

Luther.

Foreign Law & Investments

Newsletter 4. Quartal 2012

Aus der Luther-Welt

Seite 3

„Save the date“

Seite 5

INTERNATIONAL

Listing in Asien

Seite 6

AUSTRALIEN

Das Verbraucherschutz- und Produkthaftungsrecht in Australien

Seite 9

BRASILIEN

Schiedsverfahren in Brasilien

Seite 12

CHINA

Die Internationalisierung des RMB und ihre Bedeutung für das Chinageschäft ausländischer Unternehmen

Seite 14

Neue Schiedsregeln der CIETAC: Reform und Streit bei der chinesischen Schiedsorganisation

Seite 18

Das neue Ein- und Ausreisegesetz in China

Seite 20

SIPO beschleunigt die Prüfung von Patenten

Seite 22

Vertretungsrecht in China: die Bedeutung der Stempel

Seite 23

INDIEN

Befreiungsschlag: Einzelhandel wird für Ausländer geöffnet

Seite 25

Indischer Supreme Court beschränkt die Interventionsmöglichkeit indischer Gerichte in ausländischen Schiedsverfahren

Seite 29

MYANMAR

Zähes Ringen um neues Investitionsgesetz

Seite 32

SINGAPUR

Neues regulatorisches Umfeld für Fund Management Companies in Singapur

Seite 35

Wettbewerbsbeschränkungen im Arbeitsrecht Singapurs

Seite 40

Büroeröffnung in London

Seit Jahresbeginn ist Luther auch in der britischen Metropole vertreten und baut damit sein internationales Netzwerk weiter aus. Luther kann seinen internationalen und deutschen Mandanten damit eine noch intensivere Beratung auch im englischen Markt bieten. Mit dem Londoner Büro soll zudem auch der Kontakt zu führenden Institutionen und Finanzinvestoren gestärkt werden, die eine wesentliche Rolle bei internationalen Finanzierungen und M&A-Transaktionen einnehmen.

Am 27. September 2012 wurde die Eröffnung des neuen Repräsentanzbüros in London vor 180 Gästen im ehrwürdigen Institute of Directors on Pall Mall gefeiert. Nach der Begrüßung durch unsere Managing Partner Prof. Dr. Hans-Georg Hahn und Dr. Markus Sengpiel sowie den Leiter des Londoner Büros Tobias Verlande war Networking bei Drinks und Canapés angesagt.



China-Veranstaltungen mit Prof. Cheng Siwei

Anlässlich einer Europareise von Prof. Cheng Siwei war Luther im September 2012 Gastgeber bzw. Mitveranstalter hochkarätiger China-Veranstaltungen in Frankfurt a. M., Berlin und Köln. Prof. Cheng war bis zum Jahr 2008 über 10 Jahre lang der stellvertretende Vorsitzende des ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses und damit Inhaber eines der höchsten Staatsämter in China. Zugleich kann er auf eine bedeutende wissenschaftliche Laufbahn zurückblicken, in der er wesentliche Schriften über das chinesische Wirtschaftssystem verfasst hat. Als „elder statesman“ nimmt Prof. Cheng noch immer einflussreiche Positionen ein, u. a. als Chairman des IFF International Finance Forum und Chairman des China Advisory Council des World Economic Forum.

„Growing Chinese Investment in Europe“ war Thema einer Abendveranstaltung vor etwa 50 geladenen Gästen in Frankfurt a. M. In seinem Vortrag ging Prof. Cheng auf die Welle chinesischer Investitionen in Deutschland ebenso ein wie auf den bevorstehenden Führungswechsel in Peking und andere aktuelle Ent-

wicklungen in China. In der sich anschließenden Diskussionsrunde über die Übernahmen deutscher Unternehmen durch chinesische Investoren erfuhren die Zuhörer interessante Hintergründe solcher Transaktionen.

In Berlin standen Umweltthemen im Mittelpunkt einer von der Bertelsmann-Stiftung zusammen mit der Körber-Stiftung, der Robert-Bosch-Stiftung und Luther organisierten Veranstaltung. Prof. Cheng diskutierte in der bis auf den letzten Platz gefüllten Berliner Bertelsmann-Repräsentanz u. a. zusammen mit dem ehemaligen Bundesumweltminister Töpfer über „Chinas Aufbruch in die Green Economy“.

Höhepunkt des China-Jahres der Stadt Köln und des von NRW Invest organisierten NRW-Chinafestes war eine hochkarätig besetzte Wirtschaftskonferenz in Köln mit etwa 500 Teilnehmern, davon auch viele Vertreter chinesischer Unternehmen. Prof. Cheng wusste in seinem Panel u. a. mit Prof. Braun (Aufsichtsratsvorsitzender TÜV Rheinland), Gerold Böse (CEO Koelnmesse) und Ute Berg (Wirtschaftsdezernentin der Stadt Köln) mit guten Antworten und Kommentaren zu den aktuellen wirtschaftlichen Herausforderungen in China zu überzeugen.



7. IHK-Außenwirtschaftstag NRW am 13. September 2012 in Dortmund

Mit rund 800 Teilnehmern gehörte der IHK-Außenwirtschaftstag NRW wieder zu den größten Außenwirtschaftsveranstaltungen in Deutschland. Unter dem Motto „Weltweiser: Wege zum internationalen Erfolg“ fanden die Teilnehmer sowohl Expertenwissen zu ausgewählten Länderregionen als auch Fach- und Sachinformationen für die Unternehmenspraxis. Luther war wie in den Vorjahren wieder mit Referenten zu internationalen Fragestellungen in den Workshops und einem Stand in der Westfalenhalle vertreten.

Networking Event in Shanghai

Auch in diesem Jahr lud Luther Shanghai wieder gemeinsam mit dem Deutschen Generalkonsulat und Baden-Württemberg International Mandanten und Aussteller der Automotive Testing Exposition in Shanghai zu einem großen Networking Event ein. Der Stellvertretende Generalkonsul Stefan Möbs begrüßte am 19. September 2012 über 90 deutsche und chinesische Gäste, die einen anstrengenden Messetag entspannt bei Luther Shanghai ausklingen ließen. Für Anregungen sorgten die einleitenden Worte von Joseph Lee, Vizedirektor der Shanghaier Handelskommission, der einen kleinen Einblick in die chinesische Sicht auf die Deutsch-Chinesischen Beziehungen und auf die Erwartungen der Shanghaier Regierung an die ausländische – insbesondere die deutsche – Industrie gewährte – Stoff für abendfüllende Diskussionen.



China-Europe Event bei der Commerzbank in London

Die British Chamber of Commerce in Germany (BCCG) veranstaltete am 12. Juli 2012 zusammen mit der Commerzbank London eine Konferenz zum Thema „Business Opportunities between China and Europe“. In Vorträgen und einer anschließenden Panel Diskussion gingen die Referenten u. a. von der Commerzbank und von Luther auf Herausforderungen bei Geschäftsbeziehungen in und mit China, die Internationalisierung der chinesischen Währung RMB und die sich dadurch ergebenden Vorteile im Handel mit China, sowie auf die zunehmende Welle chinesischer Investitionen in Europa ein.

India Day am 12. Juni 2012 in Köln

Bereits zum 4. Mal fand am 12. Juni 2012 in Köln der India Day statt. Veranstalter waren neben Luther die Koelnmesse, Maier + Vidorno sowie DB Schenker. Passend zur Europameisterschaft war dieses Jahr das RheinEnergieStadion Austragungsort der mit knapp 300 Teilnehmern aus ganz Deutschland sehr gut besuchten Indienveranstaltung.

Der EU-Botschafter in Indien, Joao Cravinho, ging in seinem Vortrag vor allem auf die seit 2007 laufenden Verhandlungen über ein Freihandelsabkommen zwischen der EU und Indien ein und äußerte die Einschätzung, dass ein Abschluss in greifbarer Nähe sei. Der langjährige deutsche Botschafter in New Delhi, Bernd Mützelburg, gab in seiner Key Note Speech einen Überblick über die neuesten wirtschaftlichen und politischen Entwicklungen auf dem indischen Subkontinent. Die bestehenden Herausforderungen kamen dabei ebenso wie die zahlreichen Wirtschaftsskandale und die stockenden Reformen zur Sprache, die zu einer Verunsicherung bei ausländischen Investoren führten. Die internationale Presse, aber auch viele der etwa 68.000 indischen Zeitungen, äußern sich mittlerweile sehr kritisch und sprechen die politischen Defizite in Indien offen an. Die neue indische Botschafterin in Deutschland, Sujatha Singh, warb in einer leidenschaftlichen Gegenrede um Verständnis für die manchmal langen Entscheidungsprozesse in ihrem Land. Auch weitere Referenten rieten Unternehmen, die über einen Markteintritt in Indien nachdenken dazu, Geduld zu haben.

In hochkarätig besetzten Diskussionsrunden mit Vertretern von in Indien tätigen Unternehmen wurden die Chancen und Risiken einer Geschäftstätigkeit in Indien beleuchtet. Daneben gingen Workshops und Einzelgespräche auf verschiedene Themenbereiche wie Messeauftritt, Logistik, M&A sowie rechtliche und steuerliche Herausforderungen in Indien ein. Insgesamt zeichneten Referenten und Teilnehmer ein sehr positives Bild der deutsch-indischen Handelsbeziehungen. Die Veranstaltung klang mit einer Stadionführung sowie einem Get-together mit Public Viewing (EM-Spiel) aus.



Thomas Weidlich, LL.M. (Hull), Partner
Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Köln
Telefon +49 221 9937 16280
thomas.weidlich@luther-lawfirm.com

Impressionen vom India Day 2012 im RheinEnergieStadion Köln



Die Vorbereitungen für den India Day 2013 laufen bereits auf Hochtouren

India Day 2013 – Save The Date

11 June 2013 – Koelnmesse, Congress Centre East, Cologne



„Save The Date“

13. Asien-Pazifik Konferenz der Deutschen Wirtschaft

- 1.–3. November 2012, New Delhi, Indien

AUTOMOTIVE INDIA Kongress

- 7. November 2012, Köln

Indische Tochtergesellschaften professionell führen

- 19./20. November 2012, Frankfurt a.M.

China Compliance Breakfast

- 5. Dezember 2012, Frankfurt a. M.
- 6. Dezember 2012, Köln
- 7. Dezember 2012, Berlin

INTERNATIONAL

Listing in Asien

Bedingt durch die Eurokrise sowie das Schwächeln der amerikanischen Wirtschaft nimmt das Interesse an einem möglichen Investment in Asien kontinuierlich zu. Hinzukommt, dass sich die asiatischen, und insbesondere die chinesischen Märkte spürbar öffnen und dabei gleichzeitig versuchen, ihre Transparenz zu erhöhen – wie etwa die jüngsten Verlautbarungen der *Singapore Exchange* (SGX) zur Verschärfung ihrer IPO-Regeln erkennen lassen. 2011 wurde alleine bei Börsengängen in China mehr als das Doppelte als bei IPOs an allen anderen Börsen weltweit eingesammelt. Trotz der momentan auch in Asien spürbaren *Baisse* wird die Bedeutung der asiatischen Kapitalmärkte weiter wachsen. Es wird daher wohl nur eine Frage der Zeit sein, bis wir nicht nur chinesische Emittenten in Frankfurt begrüßen dürfen, sondern auch deutsche Unternehmen an den Börsen in Hongkong, Singapur oder auch in Shanghai sehen werden.

Hongkong

Eine führende Rolle auf dem asiatischen Kapitalmarkt spielt seit langem Hongkong, das zwar seit 1997 wieder zu China gehört, aber weitgehende Sonderrechte und insbesondere noch ein eigenes Rechtssystem genießt. Ferner existiert dort mit dem Hongkong-Dollar eine eigene, im Gegensatz zum chinesischen Renminbi (RMB) frei konvertierbare Währung.

In Hongkong ist ein Börsengang ausländischer Unternehmen sowohl im Rahmen einer Erst- als auch Zweitzulassung (mit unterschiedlichen Anforderungen) prinzipiell zulässig. Das Zulassungsverfahren ist strenger als in Deutschland. Während des Prozesses müssen ein Sponsor sowie ein rechtlicher Berater die Übereinstimmung mit den Vorschriften bestätigen. Im Rahmen dessen erfolgt insbesondere eine Äquivalenzprüfung der ausländischen Rechtsordnung. Für deutsche Unternehmen ergeben sich dabei vor allem Abweichungen mit der dualistischen Führungsstruktur (Trennung Vorstand/Aufsichtsrat), der begrenzten Zuständigkeit der Hauptversammlung sowie gegenüber dem deutschen Aktienrecht strengeren Kapitalerhöhungsvorschriften, insbesondere beim genehmigten Kapital. Hier besteht jedoch ein weites Ermessen der Behörden hinsichtlich umfangreicher Befreiungen. Die Hongkonger Börse hat dazu einen „*Guidance Letter*“ aufgelegt (*HKEx Guidance letter*, HKEx-GL20-10 (July 2010), in dem viele Regelungen des deutschen Aktiengesetzes wie Managementstruktur, Rechte von Anteilseignern und der Umgang mit Minderheitsgesellschaftern auf ihre Kompatibilität mit den Hongkonger Regularien hin kommentiert werden. Neben einer prinzipiellen Anerkennung der deutschen Regelungen („*acceptable place of incorporation of an issuer*“/vgl. *Listing Decision* HKEx-LD71-1, Sept. 2009) enthält er Vorschläge für das Vorgehen bei Abweichungen. In jedem Fall müssen jedoch die Regularien der Hongkonger Börse beachtet werden, welche insbesondere in Bezug auf die Finanzberichterstattung und Insiderregularien mit dem deutschen Recht vergleichbar sind. Auswirkungen auf die *Corporate Governance* der deutschen Gesellschaft ergeben sich daraus insbesondere in Bezug auf die Zuständigkeit und Durchführung der Hauptversammlung (Erweiterung des Zustimmungskatalogs, Zulassung von Aktionären per Online-Teilnahme, Zweisprachigkeit) sowie die Besetzung der Aufsichtsratsmitglieder (mindestens drei „unabhängige“ Mitglieder im Sinne der Regularien der Hongkonger Börse), die jedoch mittlerweile auch zum Teil durch den *Corporate Governance Codex* Einzug in den Alltag deutscher börsennotierter Unternehmen erhalten haben.

China (Festland)

Ein Listing auf dem Festland China ist weitestgehend den sog. *State Owned Entities* (SOEs) vorbehalten; kleinere private Unternehmen erhalten selten eine Genehmigung seitens der zuständigen Börse oder nur nach langer Wartezeit. Der Börsengang einer chinesischen AG setzt ein Mindesteigenkapital von 30 Millionen RMB voraus, wobei 25 % davon nach dem Börsengang öffentlich gehandelt werden müssen. Wenn das Eigenkapital 400 Millionen RMB überschreitet, müssen mindestens 10 % der Aktien frei gehandelt werden. Zusätzlich darf die zu listende Gesellschaft in den vergangenen drei Jahren weder einen Gesetzesverstoß begangen, noch falsche Angaben in den Jahresabschlüssen gemacht haben. Die Ausgabe von Aktien, unabhängig ob im Rahmen einer Neugründung oder Kapitalerhöhung, ist nach dem chinesischen *Securities Law* bewilligungsbedürftig, wofür die CSRC zuständig ist. Um ein öffentliches Angebot handelt es sich dann, wenn es sich an mehr als 200 Personen richtet.

Ein Listing für im Ausland gegründete Unternehmen ist bislang noch nicht zulässig. Der Aktienmarkt in China bietet hingegen ein enormes Potenzial an Privatanlegern, insbesondere im Gegensatz zu Hong Kong, wo meist institutionelle Investoren ihr Geld anlegen. Seit 2009 werden bereits Pläne der chinesischen Zentralregierung für die Öffnung der Shanghai Börse auch für ausländische Unternehmen diskutiert. Hintergrund sind die Bestrebungen der Zentralregierung, Shanghai bis 2020 zu einem internationalen Finanzdrehkreuz auszubauen, die auch die Einrichtung eines International Boards an der Börse in Shanghai vorsehen. Avisiert dafür werden insbesondere drei verschiedene Typen ausländischer Investoren: internationale Unternehmen, die bereits über eine China-Präsenz verfügen, in Hongkong gelistete *Blue-chip*-Unternehmen, und sogenannte *Red-chips* (d. h. über eine ausländische Börse gehandelte Aktien chinesischer Unternehmen). Nach einzelnen Pressemitteilungen sollen an dem *Shanghai International Board* Zweitnotierungen großer Konzerne geplant sein, die Entwürfen zufolge eine Marktkapitalisierung von wenigstens 30 Milliarden RMB (derzeit ca. 3,7 Milliarden Euro) aufweisen und in den vergangenen drei Jahren 3 Milliarden RMB (derzeit ca. 370 Millionen Euro) verdient haben. In den Medien werden Unternehmen wie HSBC, Coca-Cola und Adidas immer wieder mit einem möglichen Börsengang in Shanghai in Verbindung gebracht. Auch Allianz, BASF, Bayer, Deutsche Post, SAP oder Siemens wird ein solches Interesse nachgesagt. Bis es jedoch dazu kommt, muss es insbesondere grundlegende Änderungen an den Transparenzvorschriften der chinesischen Börsenregularien geben. Entscheidend wird insbesondere sein, welche Rechnungslegungsgrundsätze und Sprachen für Veröffentlichungen erlaubt sind.

Singapur

Die *Singapore Exchange* (SGX) verfügt über zwei *Trading Boards*: *Main Board* und *Catalist*. Aktuell kommen über 40 % der Listings an der SGX aus dem Ausland.

Mit Wirkung zum 10. August 2012 hat die SGX ihre Regeln für das *Main Board* verschärft und insbesondere Mindestanforderungen für Kapitalkennzahlen eingeführt. Hintergrund waren die Skandale durch die Börsennotierung einiger kleinerer chinesischer Unternehmen, sog. „*S-chips*“, die Gegenstand von Sonderprüfungen aufgrund mangelnder *Corporate Governance* geworden sind.

Für ein Listing an dem *Main Board* muss ein Unternehmen daher nun eines der folgenden drei Kriterien erfüllen:

das Unternehmen muss über eine Marktkapitalisierung zum Zeitpunkt des IPO von mindestens SGD 150 Millionen (derzeit ca. 97 Millionen Euro) verfügen, wenn es im letzten Geschäftsjahr einen Gewinn erzielt hat und mindestens drei Jahre operativ tätig gewesen ist; oder

das Unternehmen muss über eine Marktkapitalisierung von mindestens SGD 300 Millionen (derzeit ca. 191 Millionen Euro) auf Basis des IPO-Preises erreichen, wenn es nur im abgelaufenen Geschäftsjahr einen operativen Gewinn erzielt hat; oder

das Unternehmen muss im abgelaufenen Geschäftsjahr einen konsolidierten Vorsteuergewinn von mindestens SGD 30 Millionen (derzeit ca. 19 Millionen Euro) aufweisen und mindestens drei Jahre operativ tätig gewesen sein.

Die Kriterien gelten sowohl für Erst- als auch für Zweitnotierungen auf dem *Main Board*. Zusätzlich hat sich geändert, dass der minimale Preis für einzelne Dividendenpapiere SGD 0,50 (derzeit ca. 0,32 Euro) beträgt anstatt der vorherigen SGD 0,20 (derzeit ca. 0,13 Euro). Für das *Main Board* muss zudem ein Unternehmen mindestens 200 Aktionäre aufweisen und der Anteil der öffentlich gehandelten Anteile 15 % betragen.

Malaysia

Den wohl beeindruckendsten Aufstieg in 2012 hat die Börse in Kuala Lumpur hingelegt. Gemessen an dem IPO-Volumen 2011 noch auf Platz 15, rangiert *Bursa Malaysia* in 2012 derzeit auf Rang 3 hinter den beiden großen US-Börsen *New York Stock Exchange* und *Nasdaq*. Dies ist allerdings auch bedingt durch das Listing einiger großer Staatsunternehmen wie *Felda Global Ventures Holding Bhd.*, dem in diesem Jahr weltweit hinter *Facebook* bislang zweitgrößten Listing mit einem Volumen von 3,3 Milliarden US-Dollar. Ob sich hier eine langfristige Alternative zu einem Listing in Hongkong oder Singapur abzeichnet, muss allerdings erst noch abgewartet werden.

Die 2004 von *Kuala Lumpur Stock Exchange* in *Bursa Malaysia* umbenannte Börse bietet unterschiedlichen Unternehmensgrößen ein Listing an dem *Main Board* und dem *Second Board* („ACE“). Ausländische Unternehmen können sowohl ein Erst- als auch ein Zweitlisting beantragen.

Für ein Listing am *Main Board* der *Bursa Malaysia* müssen die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

- **Profit-Test:** in den vergangenen drei bis fünf Geschäftsjahren ein Gesamtgewinn von mindestens 20 Millionen RM (derzeit ca. 5 Millionen Euro) und im letzten aktuellen Geschäftsjahr von mindestens RM 6 Millionen (derzeit ca. 1,5 Millionen Euro);
- **Marktkapitalisierungs-Test:** Eine Marktkapitalisierung von mindestens RM 500 Millionen (derzeit ca. 127 Millionen Euro) ab dem Listing und einem operativen Gewinn in mindestens dem letzten Geschäftsjahr vor dem Antrag.
- **Infrastructure Project Corporation-Test:** Das Unternehmen muss über ein von der Regierung oder einer staatlichen Agentur verliehenes Recht bzw. Konzession (Lizenz mit Mindestlaufzeit von 15 Jahren) verfügen, ein Infrastrukturprojekt mit Projektkosten von nicht weniger als RM 500 Millionen (derzeit ca. 127 Millionen Euro) innerhalb oder außerhalb von Malaysia zu bauen oder zu betreiben.

Im *Second Board* bestehen diese Voraussetzungen nicht.

Ausländische Unternehmen müssen zusätzliche Bedingungen nachweisen, wie etwa – vergleichbar mit den Anforderungen in Hongkong – dass die Heimat-Rechtsordnung in Bezug auf Corporate Governance, Aktionärsschutz sowie Übernahmeregulungen mit denen in Malaysia vergleichbar ist oder die Gesellschaft ihre Satzung entsprechend anpasst. Ebenfalls muss nachgewiesen werden, dass die Accounting- und Bewertungsgrundsätze im Heimatland mit denen in Malaysia übereinstimmen. Sofern das Unternehmen hauptsächlich in Malaysia operativ tätig

ist, muss mindestens ein Direktor in Malaysia ansässig sein. Ein Zweitlisting für ausländische Unternehmen ist nur am *Main Board* möglich – zusätzlich zu den oben genannten Voraussetzungen muss das Unternehmen dafür bereits an dem Hauptmarkt einer Börse gelistet sein, die Mitglied der *World Federation of Exchanges* ist, sich zudem an deren Regelungen halten, und deren Transparenzvorschriften mit denen Malaysias übereinstimmen.

Ausblick

Für weltweit tätige Unternehmen kann ein Erst- oder Zweitlisting an einem der Finanzzentren Asiens Sinn ergeben. Dies gilt insbesondere für Unternehmen, die in Asien besonders stark wachsen und investieren wollen. Ein Listing in Asien ermöglicht den Zugang zu einem interessanten neuen Investorenkreis und kann auch die Absatzchancen in der Region verbessern. Etliche deutsche Konzerne bereiten sich augenscheinlich bereits auf ein Zweitlisting in Asien vor und schaffen die aktienrechtlichen Voraussetzungen für einen solchen Schritt. Zugleich wächst das Interesse deutscher Unternehmen an einem IPO in Asien als Alternative zu einem Börsengang in ihrem Heimatmarkt.



Thomas Weidlich, LL.M. (Hull), Partner
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Köln
Telefon +49 221 9937 16280
thomas.weidlich@luther-lawfirm.com



Dr. Katja Bidmon
Luther
Shanghai
Telefon +86 21 5010 6583
katja.bidmon@cn.luther-lawfirm.com

AUSTRALIEN

Das Verbraucherschutz- und Produkthaftungsrecht in Australien

Das australische Verbraucherschutz- und Produkthaftungsrecht wurde durch das am 1. Januar 2011 in Kraft getretene *Australian Consumer Law* (ACL), welches einen Bestandteil des neuen *Competition and Consumer Act 2010* (Cth) bildet, reformiert. Bis dahin war das australische Produkthaftungsrecht im *Trade Practices Act 1974* (TPA) geregelt, welches seit dem 1. Januar 2011 in *Competition and Consumer Act 2010* umbenannt und durch das ACL ergänzt wurde.

Nachfolgend stellen wir die wesentlichen Grundzüge des neuen australischen Verbraucherschutz- und Produkthaftungsrecht kurz dar. Das ACL regelt insbesondere:

- die verschuldensunabhängige Garantiehaftung des Verkäufers bei Verbrauchergeschäften;
- die verschuldensunabhängige Haftung des Herstellers und Lieferanten bei Waren mit Sicherheitsmängeln (Produkthaftung); sowie
- den Rückruf von Produkten und Mitteilungspflichten.

Verschuldensunabhängige Garantiehaftung des Verkäufers bei Verbrauchergeschäften

Verbrauchergeschäfte unterliegen einer verschuldensunabhängigen gesetzlichen Garantiehaftung. Ein Verbrauchergeschäft liegt dann vor, wenn eine Person Waren von bis zu einem Wert von AUD 40.000 erwirbt, die für den persönlichen Gebrauch bzw. im Haushalt verwendet werden.

Insbesondere müssen alle Waren, die an einen Verbraucher veräußert werden, eine akzeptable Qualität aufweisen und sich für den Zweck eignen, für den Waren der gleichen Art gewöhnlich verwendet werden. Nicht erfasst von der gesetzlichen Garantie sind solche Mängel, auf die der Verbraucher schriftlich und eindeutig hingewiesen wurde. Die gesetzliche Garantiehaftung muss dem Verbraucher verständlich und klar mitgeteilt werden. Hierzu macht das ACL bestimmte Formulierungsvorgaben, die ab dem 30. September 2012 zwingend einzuhalten sind.

Soweit eine gesetzliche Garantie verletzt ist, kann der Verbraucher abhängig vom Ausmaß des Mangels bestimmte Ansprüche gegen den Verkäufer geltend machen. Durch das ACL wurden zwei neue Begriffe in das australische Recht eingeführt: der *major failure* und der *non-major failure*.

- *Major failure*: ein *major failure* liegt vor, wenn die Ware nicht für die übliche bzw. vereinbarte Verwendung eingesetzt werden kann, erheblich von der Beschreibung oder dem Muster abweicht, Sicherheitsmängel aufweist oder ein verständiger Verbraucher bei Kenntnis der Abweichung die Ware nicht erworben hätte. Der Verbraucher kann bei einem *major failure* die Ware zurückweisen und entweder eine Rückzahlung des Kaufpreises oder aber eine Ersatzlieferung verlangen. Zusätzlich steht dem Verbraucher ein Schadensersatzanspruch für kausale und zurechenbare Schäden zu.

- *Non-major failure*: Wenn kein *major failure* vorliegt, hat der Verbraucher einen Anspruch auf Mangelbeseitigung innerhalb eines angemessenen Zeitraums. Der Verkäufer kann zwischen der Nachlieferung, der Nachbesserung und der Rückerstattung des Kaufpreises wählen. Sofern der Verkäufer entsprechende Maßnahmen versäumt, hat der Verbraucher einen Ersatzanspruch für die notwendigen Reparaturaufwendungen. Darüber hinaus steht dem Verbraucher auch bei einem *non-major failure* ein Schadensersatzanspruch zu.

Der Verkäufer kann, wenn er von einem Verbraucher wegen eines Mangels in Anspruch genommen wurde, Regress beim Hersteller nehmen, wenn die Ware keine akzeptable Qualität hat, der Beschreibung nicht entspricht oder nicht für den vereinbarten Verwendungszweck geeignet ist.

Die Rechte des Verbrauchers bei einer Verletzung von gesetzlichen Garantien können vertraglich weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden.

Verschuldensunabhängige Haftung des Herstellers und der Lieferanten (Produkthaftung)

Die verschuldensunabhängige Haftung des Herstellers und der Lieferanten nach dem ACL ist eng an die Europäische Produkthaftungsrichtlinie angelehnt. Der Verbraucher kann, soweit er durch eine mit einem Sicherheitsmangel behaftete Ware einen kausalen Schaden erlitten hat, von dem Hersteller oder Lieferanten Schadensersatz verlangen.

Ein Sicherheitsmangel im Sinne des ACL liegt vor, wenn der üblicherweise erwartete Sicherheitsstandard nicht gewahrt ist. Ein bloßer Mangel, wie etwa die schlechte Qualität oder die Funktionsunfähigkeit, genügen hingegen nicht zur Begründung eines Produkthaftungsanspruchs. Zur Beurteilung eines Sicherheitsmangels sind der Verwendungszweck, die Verpackung, die Werbung, die Gebrauchsanleitung und eventuell unzureichende Warnungen heranzuziehen. Liegt ein Sicherheitsmangel vor, kann Schadensersatz für Tod, Körperverletzungen sowie für Schäden an anderen beweglichen und unbeweglichen Gegenständen geltend gemacht werden, soweit diese durch den Sicherheitsmangel kausal verursacht wurden. Die verschuldensunabhängige Haftung kann nur unter besonderen Umständen vermieden werden. Der Hersteller bzw. Lieferant haftet beispielsweise dann nicht, wenn er nachweisen kann, dass

- der Sicherheitsmangel erst nach der Auslieferung entstanden ist;
- der Sicherheitsmangel durch die einzuhaltenden gesetzlichen Vorgaben bedingt ist;
- das Produkt zum Zeitpunkt der Veräußerung dem Stand der Technik oder Forschung entsprach und der Sicherheitsmangel zu diesem Zeitpunkt nicht feststellbar war; oder
- der Sicherheitsmangel durch die Zusammensetzung des Endprodukts entstanden ist, wenn der in Anspruch genommene Hersteller nur Bestandteile dieses Endproduktes fertigt, die als solche keinen Sicherheitsmangel aufweisen.

Rückruf von Produkten und Mitteilungspflichten

Das ACL regelt freiwillige und obligatorische Rückrufe von Produkten. Danach sind nicht (wie bisher auch unter dem TPA) nur solche Produkte zurückzurufen, von denen als solche eine Gefahr für Leib und Leben ausgeht. Vielmehr muss ein Rückruf auch dann erfolgen, wenn durch eine besondere *Verwendung* der Produkte eine Gefahr für Leib und Leben ausgehen kann. Dies gilt selbst dann, wenn die Gefahr von einer *nicht sachgerechten* Verwendung ausgehen kann, soweit diese vernünftigerweise vorhersehbar („*reasonably foreseeable*“) ist.

Ein freiwilliger Rückruf muss dem zuständigen Minister innerhalb einer Frist von zwei Tagen bekannt gegeben werden.

Nachdem ein Rückruf angeordnet oder eingeleitet wurde, muss die Öffentlichkeit detailliert informiert werden.

Sobald ein Hersteller bzw. der Lieferant von Verbrauchsgütern davon Kenntnis erlangt, dass ein bestimmtes Produkt mit dem Tod oder einer schwerwiegenden Körperverletzung in Zusammenhang gebracht werden kann, muss dies innerhalb von zwei Tagen dem zuständigen Minister mitgeteilt werden. Diese Mitteilungspflicht besteht, wenn der Hersteller bzw. Lieferant entweder:

- *selbst* davon ausgeht, dass der Tod oder die schwerwiegende Verletzung von dem Produkt bzw. dessen Verwendung verursacht wurde; oder
- davon Kenntnis erlangt, dass *ein Dritter* davon ausgeht, dass dies der Fall ist.

Durchsetzung/Bußgelder

Die zuständige Aufsichtsbehörde für die Einhaltung des ACL ist die australische Competition and Consumer Commission (ACCC). Verstöße gegen das ACL sind strafbewehrt und können mit Bußgeldern von bis zu AUD 1,1 Millionen für juristische Personen und AUD 220.000 für natürliche Personen belegt werden.

Handlungsbedarf

Sämtliche Unternehmen, die Verbrauchsgüter in Australien vertreiben, sollten ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen daraufhin überprüfen, ob diese den neuen Regelungen des ACL ausreichend Rechnung tragen. Insbesondere sind Verbraucher auf die gesetzlichen Garantien hinzuweisen. Seit dem 30. September 2012 ist hierfür ein bestimmter Wortlaut zu verwenden.

Weiterhin empfehlen wir, bestimmte interne Handlungsabläufe festzulegen, um sicherzustellen, dass die Mitteilungs- und Rückrufpflichten nach dem ACL eingehalten werden.



Dr. Angelika Yates, Partnerin

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Telefon: +61 481 180 320

angelika.yates@luther-lawfirm.com

BRASILIEN

Schiedsverfahren in Brasilien

Von der Intervention der ordentlichen Gerichte zur Anerkennung des Prinzips von *Kompetenz- Kompetenz* der Schiedsgerichte

Die Fußballweltmeisterschaft 2014 und die Olympischen Spiele 2016 werfen ihre weiten Schatten voraus. Gelöst werden müssen nicht nur die logistischen, organisatorischen, sicherheitspolitischen und infrastrukturellen Probleme in Brasilien. Auch in vertraglichen Beziehungen zwischen lokalen Firmen und ausländischen Vertragspartnern, die insbesondere im Bau- und Transportgewerbe investiert haben, können Konflikte auftreten, die früher oder später auch in streitigen Auseinandersetzungen enden können. Da in internationalen Verträgen mit brasilianischen Firmen vermehrt auf Schiedsverfahren als Konfliktlösung gesetzt wird, ist auch in Brasilien mit einem weiteren Ansteigen von Schiedsverfahren zu rechnen.

Hintergrund

Die Schiedsgerichtsbarkeit kam in Brasilien zunächst nur schleppend voran. Das brasilianische Recht hatte zwar 1996 mit Erlass des Gesetzes no. 9.307/96 („*Brasilianisches Schiedsgesetz*“) die rechtlichen Rahmenbedingungen für Schiedsverfahren in Brasilien neu geschaffen. In dem ersten Jahrzehnt nach Einführung des Gesetzes wurde jedoch zunächst die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes angezweifelt, so dass es kaum zur Anwendung kam. Nachdem die Form des Schiedsverfahrens als Konfliktlösung verfassungsrechtlich akzeptiert war, haperte es in der Folgezeit an der ordnungsgemäßen Anwendung, da weder die Parteien noch die Schiedsrichter ausreichend mit dem anzuwendenden Verfahren vertraut waren. Zudem hatten in der Vergangenheit erhebliche Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf die Kompetenzverteilung zwischen den Schiedsgerichten und den ordentlichen Gerichten dazu geführt, dass keine verlässliche Basis für ein autonomes Schiedsverfahren gegeben war, da stets die Intervention durch die ordentlichen Gerichte zu befürchten war.

Es hat sich jedoch in Brasilien einiges getan. Nachfolgend sollen die jüngsten Entwicklungen zur Kompetenzverteilung zwischen Schieds- und ordentlichen Gerichten, auch unter Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung, dargestellt werden.

Schiedsverfahren in Brasilien

Das Brasilianische Schiedsgesetz sieht vor, dass die Parteien Auseinandersetzungen untereinander grundsätzlich auch im Wege eines Schiedsverfahrens klären können. Voraussetzung ist jedoch, dass sich die Parteien einer wirksamen Schiedsklausel oder -vereinbarung unterworfen haben (*acte the compromise*). Einmal vereinbart, sind die Parteien an ein Schiedsverfahren gebunden und dies steht der Anrufung der ordentlichen Gerichte entgegen (mit Ausnahme des einstweiligen Rechtsschutzes). Gemäß dem Prinzip von *Kompetenz-Kompetenz*, welches in Art. 8 des Brasilianischen Schiedsgesetzes geregelt ist, kann das Schiedsgericht grundsätzlich dabei selbst über die eigene Zuständigkeit und im Zusammenhang hiermit über das Bestehen oder die Gültigkeit der Schiedsklausel entscheiden.

Unstimmigkeiten oder Unklarheiten in den Schiedsklauseln haben jedoch in der Vergangenheit häufig dazu geführt, dass die ordentlichen Gerichte – nach Anrufung durch einer der Parteien – dem Schiedsgericht die Kompetenz streitig gemacht und das Verfahren an sich gezogen haben. Dies war insbesondere dann der Fall, wenn die Schiedsklauseln keine klaren und vollständigen Regelungen zum Ort, der Sprache oder zum anwendbaren Recht des Schiedsverfahrens enthielten oder es verschiedene in sich widersprüchliche Schiedsregelungen gab. Das Prinzip von *Kompetenz-Kompetenz* wurde infolgedessen durch die Gerichte faktisch außer Kraft gesetzt.

Jüngste Entwicklungen

Trotz der oben genannten Startschwierigkeiten hat sich Brasilien zu einem Land mit einem der schnellsten und effizientesten Schiedsregime in internationalen Angelegenheiten entwickelt. Die Vertragsparteien schätzen die Neutralität, Vertraulichkeit und Schnelligkeit des Schiedsverfahrens und den Sachverstand der Schiedsrichter und bevorzugen diese Art der Konfliktlösung gegenüber den teils sehr langwierigen gerichtlichen Verfahren. Die aktuellen Zahlen zeigen, dass ca. 80% der Parteien in internationalen Streitigkeiten das Schiedsverfahren als Streitbeilegungsmechanismus wählen; in großen komplexen internationalen Industrieverträgen wird dieses sogar fast immer verwendet.

Aktuelle Studien des Brasilianischen Ausschusses für Schiedsverfahren (*Comite Brasileiro de Arbitragem/CBAr*) haben dabei die in diesem Zusammenhang relevanten Fragestellungen bzgl. der Kompetenzverteilung zwischen den Schiedsgerichten und den ordentlichen Gerichten untersucht und kamen dabei zu den folgenden Ergebnissen (siehe auch www.cbar.org.br):

Wirksamkeit und Gültigkeit von Schiedsklauseln

In der Mehrheit der Fälle wird die Wahl des Schiedsverfahrens als wirksam akzeptiert, mit Ausnahme der Fälle, in denen Schiedsklauseln unklar oder widersprüchlich zu anderen Schiedsregelungen (z.B. in anderen Verträgen) waren. Grundsätzlich wurde aber das Prinzip von *Kompetenz-Kompetenz* anerkannt.

Vorläufiger Rechtsschutz

Sicherungsmaßnahmen (*medidas cautelares*) können in Brasilien durch das Schiedsgericht erlassen werden, wenn der Eintritt eines Schadens droht. Die ordentlichen Gerichte sind jedoch für die Durchsetzung und Vollstreckung solcher Sicherungsmaßnahmen im einstweiligen Rechtsschutz zuständig, wenn sich die betroffene Partei weigert, der Anordnung der Sicherungsmaßnahme durch das Schiedsgericht Folge zu leisten. Die ordentlichen Gerichte prüfen dabei aber grundsätzlich nicht die inhaltliche Richtigkeit der Anordnung, so dass die Schiedsgerichte im Prinzip die materiell-rechtliche Kompetenz in diesen Angelegenheiten haben.

Als Ergebnis der Studien lässt sich zusammenfassend festhalten, dass die Entwicklung sich hinbewegt zu einer weniger starken Intervention der Gerichte in Schiedsverfahren und somit dem Prinzip von *Kompetenz-Kompetenz* mehr Geltung verschafft.

Beispiel aus der Rechtsprechung

Ein vielbeachtetes Beispiel aus der Rechtsprechung, welches die Einstellung der Gerichte pro Schiedsverfahren widerspiegelt, ist der Fall FAT Ferroatlántica S.L. ./ Zeus Mineração Ltda. aus dem Jahr 2010.

Ferroatlántica und Zeus gründeten ein Joint Venture mit dem Ziel der gemeinsamen Erforschung und Förderung von Bodenschätzen in Brasilien. Zu diesem Zweck wurde auch eine gemeinsame Gesellschaft, die FAT Brasilien, gegründet, in die Zeus die Schürfrechte und Ferroatlántica Kapital (USD 22 Millionen) einbrachte. Der Joint-Venture-Vertrag enthielt eine Schiedsklausel, die auf die Schiedsordnung der *International Chamber of Commerce* (ICC) verwies, während die Satzung der FAT Brasilien die Schiedsordnung der *Brasilien-Canada Chamber of Commerce* vorsah.

Der Joint-Venture-Vertrag gewährte Ferroatlántica eine Exit-Option, wonach Ferroatlántica aus dem Joint Venture gegen Rückzahlung des eingezahlten Kapitals (abzüglich der Forschungsaufwendungen der FAT Brasilien) wieder aussteigen konnte, wenn die Forschungsergebnisse nicht den Zielvereinbarungen entsprachen. Da die Forschung tatsächlich nicht die erwarteten Ergebnisse brachte, übte Ferroatlántica seine Option aus und forderte die Rückzahlung des Kapitals. Zeus verweigerte die Zahlung, so dass Ferroatlántica ein ICC-Schiedsverfahren initiierte. Daraufhin rügte Zeus in einer Klage im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vor dem ordentlichen Gericht in Caetité aufgrund der widersprüchlichen Schiedsklauseln die Zulässigkeit des Schiedsverfahrens und erhielt in erster Instanz Recht. Das Schiedsverfahren wurde ausgesetzt. In der Berufungsinstanz wurde die einstweilige Verfügung jedoch wieder verworfen. Das Berufungsgericht in Bahia entschied, dass die Existenz von entgegenstehenden Schiedsvereinbarungen keinen ausreichenden Grund für die Intervention von den ordentlichen Gerichten und der Aussetzung von Schiedsverfahren darstellt. Zwar können widersprüchliche Schiedsklauseln zu Auslegungsschwierigkeiten führen, jedoch, vorausgesetzt eine Schiedsvereinbarung besteht, ist es zunächst Sache der Schiedsgerichte, und nicht Sache der ordentlichen Gerichte, darüber zu entscheiden.

Fazit

Sowohl die Studien des Ausschusses des CBAr als auch die aktuelle Rechtsprechung zeigen, dass die ordentlichen Gerichte tendenziell das Prinzip von *Kompetenz-Kompetenz* immer mehr befürworten, auch bei teils widersprüchlichen Schiedsklauseln. Die Zurückhaltung der Gerichte, in laufende Schiedsverfahren zu intervenieren, ist aus Sicht von internationalen Investoren sicherlich zu begrüßen. Nichtsdestotrotz ist bei der Ausgestaltung der Schiedsklauseln auf eine saubere, vollständige und widerspruchsfreie Formulierung zu achten, insbesondere wenn die geschäftlichen Beziehungen auf verschiedenen Vertragsgrundlagen beruhen.



Philipp Dietz, LL.M. (Edinburgh), Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Köln

Telefon +49 221 9937 14224

philipp.dietz@luther-lawfirm.com

CHINA

Die Internationalisierung des RMB und ihre Bedeutung für das Chinageschäft ausländischer Unternehmen

In Zeiten der Schuldenkrise in Europa und den USA treibt die chinesische Regierung die Internationalisierung ihrer „Volkswährung“ RMB (so die wörtliche Übersetzung von Renminbi) strategisch voran. Seit mehr als einem Jahr kann der RMB als Zahlungsmittel im Außenhandel eingesetzt werden. Der Wechselkurs des RMB wurde von der chinesischen Zentralbank schrittweise flexibilisiert: seit April 2012 darf die Handelsspanne um ein Prozent (zuvor 0,5 Prozent) nach oben und nach unten von dem festgelegten Mittelkurs der chinesischen Zentralbank abweichen. Die sich abzeichnenden Veränderungen scheinen sogar geeignet, mittelfristig die dominante Position des amerikanischen Dollars (US-Dollar) in Frage zu stellen. Auch wenn der RMB noch ein gutes Stück davon entfernt ist, zu einer „Weltwährung“ zu werden, ergeben sich für in China tätige Unternehmen neue Handlungsoptionen.

Wichtige Schritte auf dem Weg zur Internationalisierung des RMB

Trotz der wachsenden Bedeutung der chinesischen Wirtschaft auf dem Weltmarkt spielt die chinesische Währung beim internationalen Handel bislang nur eine sehr untergeordnete Rolle. Nach einem Bericht der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich wurden 2010 nur 0,3% und auch 2011 erst 0,5% des globalen Devisenumsatzes in RMB abgewickelt, während etwa 85% in USD erfolgten. Seit 2009 treibt die chinesische Regierung die Internationalisierung des RMB durch den Abschluss von bilateralen Währungsabkommen und durch verschiedene Reformmaßnahmen an. Ziel ist es, dass die chinesische Währung auch im Ausland als Zahlungsmittel genutzt werden kann und letztlich als Reservewährung internationale Akzeptanz findet.

Juli 2007: Erste RMB-Anleihen in Hongkong

Juli 2009: Ein Pilotprogramm der chinesischen Regierung erlaubt 365 ausgewählten Unternehmen in der Provinz Guangdong und in Shanghai grenzüberschreitende Zahlungen in RMB mit Handelspartnern in Hongkong, Macao und den ASEAN-Ländern

Februar 2010: Ausländische Unternehmen und Finanzinstitutionen dürfen in Hongkong Anleihen in RMB ausgeben

Mitte 2010: Das „RMB Trade Settlement Scheme“ wird eingeführt, womit chinesische Importe und Exporte in RMB bezahlt werden können

Erweiterung des Pilotprogramms auf 67.400 Unternehmen in 20 Provinzen (Abdeckung von 95% des chinesischen Außenhandels)

Grenzüberschreitende Geschäfte können in RMB abgerechnet werden

Januar 2011: Die chinesische Zentralbank (PBoC) erlaubt ausgewählten Unternehmen in China erstmals Auslandsinvestitionen in RMB zu tätigen

Mai 2011: RMB-Konten können bei autorisierten Finanzinstituten im Ausland auch außerhalb Hongkongs eröffnet werden

August 2011: Geografische Erweiterung des „RMB Trade Settlement Scheme“ auf ganz China

Oktober 2011: Ausländische Direktinvestitionen können in Offshore-RMB abgewickelt werden

Ende 2011: Währungsabkommen mit Japan: Bilaterale Geschäfte sollen statt in US-Dollar in Yen/RMB abgewickelt werden

März 2012: Erweiterung des „RMB Trade Settlement Scheme“ auf alle chinesischen Unternehmen mit Export- und Importqualifikation

Mai 2012: Erleichterung für Investitionen in Offshore-RMB für Foreign-Invested Venture Capital Companies („FIVCCs“)

Abwicklung internationaler Handelsbeziehungen in RMB

Mit der Ausweitung des Pilotprogramms vom Juni 2009 haben mittlerweile Unternehmen in ganz China die Möglichkeit, internationale Geschäfte in RMB abzurechnen. Vorher mussten diese in Devisen wie US-Dollar, Euro oder japanischen Yen abgewickelt werden. Nun können Zahlungen für Waren und Dienstleistungen sowie sog. „*Current Account Items*“ in RMB abgerechnet werden. „*Current Account Items*“ enthalten Handelsnebenkosten, wie z. B. Provisionen, Fracht, Ausstellungskosten oder andere laufende Posten ohne direkten Handelsbezug. Ausländische Unternehmen müssen dafür ein RMB-Konto zum Zweck der Handelsabwicklung eröffnen. Neben den Niederlassungen chinesischer Banken im Ausland bieten mittlerweile auch mehrere deutsche Banken diesen Service an. Die meisten Unternehmen greifen in der Praxis auf ein RMB-Konto in Hongkong zu, von welchem dann RMB in Auslandswährungen umgetauscht wird.

Die chinesische Zentralbank hat ferner das Verfahren für RMB-Überweisungen von China ins Ausland vereinfacht, durch das die grenzüberschreitende Abwicklung nun schneller und einfacher geht. Auch das „*China International Payment System*“ (CIPS) soll in den nächsten zwei Jahren ausgebaut werden, um die internationale Abwicklung von Zahlungen weiter zu verbessern.

Die Lockerung der RMB-Kontrolle zeigt bereits Wirkung: Nach Angaben der chinesischen Zentralbank ist das in RMB abgewickelte Handelsvolumen 2010 gegenüber dem Vorjahr sprunghaft um das fast 50-Fache gestiegen und hat sich im Jahr 2011 nochmals verdreifacht. Bis Ende 2011 wurden grenzüberschreitende Zahlungsgeschäfte in Höhe von 2,58 Billionen RMB in chinesischer Währung durchgeführt, also fast 10 % des gesamten Handelsvolumens Chinas. Es wird erwartet, dass diese Tendenz in diesem Jahr weiter anhält.

Für ausländische Importeure oder Exporteure bietet die Abrechnung in RMB viele Vorteile: sie können einen Festpreis in RMB mit chinesischen Partnern vereinbaren und damit Nachver-

handlungen und eine Preisanpassung wegen Wechselkursänderungen vermeiden. Dadurch besitzen sie auch eine bessere Verhandlungsposition und können Preisnachlässe mit chinesischen Händlern aushandeln, weil diese Geschäfte lieber in RMB abschließen. Analysten sprechen von Preisvorteilen von durchschnittlich um die 5 %. Für die chinesischen Händler entfallen nämlich bei der Abrechnung in RMB entsprechende Risikoaufschläge und Wechselkosten. Multinationale Unternehmen können Währungsrisiken von Im- und Exporten innerhalb der Unternehmensgruppe einfacher ausgleichen: Verkäufen in RMB stehen oft Einfuhren von Komponenten oder Vorprodukten außerhalb Chinas gegenüber, die jetzt ebenfalls in RMB ohne Wechselkurseffekte abgerechnet werden können. Ausländische Exporteure können darüber hinaus von der potenziellen Aufwertung des RMB profitieren.

Anleihen in RMB

Hongkong hat sich zu einem Markt für Anleihen und Finanzierungen aller Art auch in RMB entwickelt, der dortige Offshore-RMB-Markt ist in den letzten Monaten regelrecht explodiert. Im Juli 2007 wurden die ersten Unternehmensanleihen in chinesischer Währung in Hongkong (sog. „Dim-Sum-Bonds“) ausgegeben und damit eine attraktive Möglichkeit eröffnet, für Investitionen in China Kapital in chinesischer Währung zu beschaffen. Als erste ausländische Unternehmen nutzten 2010 McDonalds und Caterpillar diese Option. Seitdem „boomt“ der Markt für die RMB-Anleihen und 2011 folgten mit Volkswagen, BMW, Bosch und Siemens-Hausgeräte die ersten deutschen Unternehmen. In diesem Jahr haben Lanxess und die KfW eine Dim-Sum-Anleihe ausgegeben und es ist davon auszugehen, dass weitere deutsche Unternehmen folgen werden. Inzwischen gibt es auch die ersten RMB-Bonds außerhalb Chinas und Hongkongs. Am 18. April 2012 begab die britische Großbank HSBC eine dreijährige Anleihe in RMB in London – welches sich ähnlich wie Singapur als Finanzzentrum für den Devisenhandel in RMB etablieren möchte. Insgesamt hat der Markt für Dim-Sum-Bonds eine Größe von fast 25 Milliarden Euro (Stand 10. Mai 2012) erreicht.

Für die Dim-Sum-Bonds spricht zunächst die niedrige Verzinsung im Vergleich zu einem lokalen Bankkredit. Ohnehin haben Privatunternehmen es in China meistens schwer, überhaupt eine Bankfinanzierung zu erhalten. Die Emission von RMB-Anleihen ist auch deshalb attraktiv, weil Unternehmen so ohne Wechselkursrisiken ihre Investitionen in China finanzieren und sich von der Abhängigkeit von Euro oder US-Dollar befreien können. Nicht zuletzt erhöhen ausländische Unternehmen durch die Emission ihre Bekanntheit im chinesischen Markt und durch den Zugang zu institutionellen Anlegern in Asien oftmals auch die Verbreitung ihrer Investorenbasis. Besondere regula-

torische Anforderungen gibt es für Dim-Sum-Bonds nicht, die Dokumentation ähnelt sehr der für Eurobond-Emissionen. Es gibt auch keine besonderen Vorgaben hinsichtlich der Rechtswahl, weshalb die bisher von deutschen Unternehmen ausgegebenen Anleihen deutschem Recht unterworfen wurden. Die Anleihebedingungen entsprechen daher weitgehend den bekannten Standards im deutschen Eurobond-Markt. Die Verwendung der durch Dim-Sum-Bonds bezogenen Offshore-RMB auf dem chinesischen Festland unterliegt allerdings der Genehmigung durch die staatliche Devisenbehörde (SAFE) und weiteren regulatorischen Anforderungen in China.

Nach jüngsten Berichten sollen ausländische Unternehmen in naher Zukunft aber auch direkt auf dem Festland Anleihen in RMB (sog. „Panda-Bonds“) begeben können. Einstweilen haben ausländische Investoren nur indirekt Zugang zum innerchinesischen Anleihen-Markt: eine Vereinbarung zwischen der chinesischen Zentralbank und der Weltbank vom 23. April 2012 erlaubt der *International Bank for Reconstruction and Development* (IBRD) und der *International Development Association* (IDA) über die chinesische Zentralbank in Inter-Bank-Anleihen in China zu investieren.

Ausländische Direktinvestitionen in Offshore-RMB

Am 13. Oktober 2011 hat das chinesische Handelsministerium (MOFCOM) eine Mitteilung über grenzüberschreitende Direktinvestitionen in RMB erlassen („MOFCOM-Mitteilung“). Am darauf folgenden Tag hat die chinesische Zentralbank Verwaltungsmaßnahmen über die Abwicklung ausländischer Direktinvestitionen (FDI) in RMB veröffentlicht („PBoC-Maßnahmen“). Damit ist es ausländischen Investoren nun möglich, Direktinvestitionen in China in RMB zu tätigen und dafür RMB-Konten in China zu führen. Bislang konnten ausländische Direktinvestitionen lediglich in US-Dollar erfolgen. Die neuen Regelungen haben bereits zu einem erheblichen Rückfluss von Offshore-RMB geführt: bis Ende 2011 wurden 74 ausländische FDI-Projekte in Offshore-RMB mit einem Investitionsvolumen von 16,5 Milliarden RMB genehmigt (bei 90,7 Milliarden RMB insgesamt an ausländischen Direktinvestitionen).

Zur Verwendung für Direktinvestitionen in China müssen Offshore-RMB nach der MOFCOM-Mitteilung aus den folgenden Quellen stammen: (a) Zahlungsabwicklung im grenzüberschreitenden Handel, (b) Kapitalerträge in China, die ins Ausland überwiesen wurden, oder (c) Ausgabe von Aktien oder Unternehmensanleihen (sog. Dim-Sum-Bonds). Solche Offshore-RMB können für alle Formen ausländischer Direktinvestitionen genutzt werden, und zwar für die Neugründung eines chine-

sischen Unternehmens (WFOE, Joint Venture etc.), die Erhöhung des registrierten Kapitals eines bereits bestehenden Unternehmens oder den Erwerb eines chinesischen Unternehmens. Darüber hinaus besteht jetzt auch die Möglichkeit, das in ausländischer Währung (US-Dollar) genehmigte registrierte Kapital bereits bestehender chinesischer Unternehmen in Offshore-RMB umzutauschen. Zudem ist ausländischen Investoren erlaubt, Offshore-RMB an Unternehmen mit ausländisch investiertem Kapital zu leihen. Allerdings zählen solche RMB-Kredite ausländischer Anteilhaber, verbundener Unternehmen und ausländischer Finanzinstitute zu Krediten aus dem Ausland, die den gesetzlich vorgegebenen Rahmen zwischen Gesamtinvestitionssumme und Eigenkapital eines Unternehmens nicht überschreiten dürfen. Verboten sind Investitionen von Offshore-RMB in Wertpapiere und Finanzderivate sowie für Auftragskredite (sog. „Entrustment Loans“) in China. Der Erwerb von Aktien börsennotierter Unternehmen wird jedoch unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt.

Um Offshore-RMB in China als Eigen- oder Fremdkapital verwenden zu dürfen, ist eine Genehmigung erforderlich. China will weiterhin Kontrolle über die nach China fließenden Kapitalströme haben, der Genehmigungsprozess wurde in den letzten Monaten aber schrittweise vereinfacht. Die Genehmigung erfolgt bei einer Investition ab 300 Millionen RMB und in einigen anderen Fällen zentral durch das Handelsministerium (MOFCOM), ansonsten aber durch die lokal zuständigen Handelsbehörden. Neben den üblichen Unterlagen bei ausländischen Direktinvestitionen sind auch Unterlagen über Herkunft und Verwendung der Offshore-RMB einzureichen. Die chinesische Zentralbank kontrolliert nun nur noch die zweckmäßige Verwendung der Offshore-RMB und schreibt in den PBoC-Maßnahmen die Eröffnung unterschiedlicher Konten vor. Danach muss jeweils ein Konto für Ausgaben zur Gründung eines ausländisch investierten Unternehmens, für die Kapitalaufbringung, für Re-Investitionen, für Akquisitionen, für Anteilsübertragungen sowie für Darlehen aus Offshore-RMB eröffnet werden. Das jeweilige Konto darf dabei nur für den vorgesehenen Zweck und nicht als Girokonto genutzt werden. Bei Kontobewegungen überprüft die chinesische Zentralbank die eingereichten Unterlagen und überwacht genau die Verwendung des RMB.

Insgesamt sind bedeutende Erleichterungen im Chinageschäft festzuhalten, vor allem der Aufwand für den mehrfachen Devisentausch kann jetzt deutlich reduziert werden.

Die folgende Auflistung zeigt die beschriebene Vereinfachung der Handelsabwicklung in China:

Bisher

Gründung eines ausländisch investierten Unternehmens in China mit Devisen

Umtausch in RMB

Tägliche Geschäftsführung und Zahlung von Steuern & anderen Gebühren

Umtausch in Devisen

Grenzüberschreitende Geschäfte, z. B. Lieferungen aus Deutschland

Umtausch in RMB

Geschäftsleitung, Rechnung, Zahlung von Steuern & Gebühren

Umtausch in Devisen

Ausschüttung der Gewinne an ausländische Muttergesellschaft

Neu

Gründung eines ausländisch investierten Unternehmens in China mit Offshore-RMB

RMB

Tägliche Geschäftsführung und Zahlung von Steuern & anderen Gebühren

RMB

Grenzüberschreitende Geschäfte, z.B. Exporte ins Ausland

RMB

Geschäftsleitung, Rechnung, Zahlung von Steuern & Gebühren

Umtausch in Devisen

Ausschüttung der Gewinne an ausländische Muttergesellschaft

Ausblick

Die chinesische Regierung hat durch eine Reihe von Maßnahmen in den letzten Monaten und Jahren die chinesische Währung auf den Weg der Internationalisierung gebracht. Peking hat die Risiken der Anknüpfung des RMB an den US-Dollar schon lange erkannt und möchte die in Höhe von mehr als 3 Billionen US-Dollar aufgehäuften Devisen (das sind fast 70 % der gesamten chinesischen Devisenreserven!) abbauen. Erklärtes Ziel ist es, den RMB als internationale Reservewährung zu etablieren und bis 2020 die Hälfte des chinesischen Außenhandels in chinesischer Währung abzuwickeln.

Der RMB ist allerdings nach wie vor nicht frei handelbar. Der Wechselkurs wird nicht am Markt bestimmt, sondern bewegt sich um einen von der chinesischen Zentralbank festgesetzten (wenn auch inzwischen etwas breiteren) Referenzkurs. Der Umtausch in Devisen unterliegt weiterhin strengen Kapitalverkehrskontrollen. Entsprechend spielt die chinesische Währung bisher noch keine wichtige Rolle im internationalen Zahlungsverkehr.

Gerade in den letzten Monaten ging zwar manches deutlich schneller als erwartet. Das in RMB abgewickelte Handelsvolumen ist sprunghaft angestiegen, auch wenn sich dies bisher hauptsächlich auf Hongkong und andere asiatische Länder beschränkt. Noch sind RMB-Banktransaktionen im westlichen Ausland nicht

sehr verbreitet, aber auch hier gibt es deutliche Zeichen eines Wandels. Finanzzentren wie London, Frankfurt und Singapur positionieren sich bereits, um an dem erwarteten rasanten Anstieg im RMB-Handelsgeschäft teilzuhaben.

Es wird erwartet, dass sich die Tendenz der RMB-Internationalisierung fortsetzt und sich der chinesische Finanzmarkt weiter öffnet. Die chinesische Zentralbank stellte Anfang 2011 einen Zeitraum von fünf Jahren für die freie Konvertibilität des RMB in Aussicht und schloss dabei gleichzeitig eine frühzeitige Freigabe nicht aus. Analysten gehen teilweise sogar von einer Öffnung schon 2013 aus. Vermutlich wird es so schnell dann aber doch nicht gehen: Peking wird die Kontrolle über die eigene Währung erst dann aufgeben, wenn man sich weitgehend sicher sein kann, dass dadurch keine wesentlichen Nachteile für die weitere wirtschaftliche Entwicklung entstehen werden. Der Aufstieg des RMB zur drittgrößten Weltwährung neben US-Dollar und Euro scheint dennoch unaufhaltbar und sollte bei den Chinaplänen ausländischer Unternehmen sorgsam im Auge behalten werden.



Thomas Weidlich, LL.M. (Hull), Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Köln

Telefon +49 221 9937 16280

thomas.weidlich@luther-lawfirm.com



Shen Yuan, LL.M. (Köln)

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Köln

Telefon +49 221 9937 25693

yuan.shen@luther-lawfirm.com

Neue Schiedsregeln der CIETAC: Reform und Streit bei der chinesischen Schiedsorganisation

Wegen des mangelnden Vertrauens in die chinesische Gerichtsbarkeit und den Schwierigkeiten bei der Vollstreckung ausländischer Urteile in China finden sich in vielen Handelsverträgen mit chinesischen Partnern Schiedsklauseln. Auch die chinesische Sprache im Gerichtsverfahren stellt ein Hindernis für ausländische Parteien dar. Die Verhandlung vor einem Schiedsgericht hat den Vorteil, dass das Verfahren informeller und durchsichtiger gestaltet werden kann und gleichzeitig die Vollstreckbarkeit in China durch das „New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche“ von 1958 (zumindest theoretisch) sichergestellt ist.

Neben den vielen namhaften internationalen Schiedsinstitutionen wird im chinesischen Umfeld oft CIETAC als Schiedsgericht gewählt. Die *China International Economic and Trade Arbitration Commission* („CIETAC“) wurde im Jahr 1957 eingerichtet und galt bisher als eine verlässliche Institution für wirtschaftliche Streitigkeiten. Im Jahr 2011 hat die CIETAC insgesamt 1.435 neue Schiedsverfahren akzeptiert – darunter 470 internationale Fälle.

Zum 1. Mai 2012 ist eine umstrittene Reform der CIETAC-Schiedsregeln in Kraft getreten („*Schiedsregeln 2012*“). Gleichzeitig entbrannte ein heftiger Streit mit den CIETAC-Subkommissionen in Shanghai und Shenzhen, die sich daraufhin für unabhängig erklärten. Auf den heftigen Streit zwischen der CIETAC in Beijing und ihren Subkommissionen in Shanghai und Shenzhen gehen wir nachfolgend ebenfalls ein, vorweg stellen wir hier die wichtigsten Regelungen kurz vor:

Rechtswahl

Nach dem chinesischen „Internationalen Privatrecht“ dürfen die Parteien das anwendbare Recht in der Schiedsvereinbarung wählen. Mangelt es an einer entsprechenden Vereinbarung, ist das Recht des Sitzes des Schiedsgerichts oder des Schiedsorts anzuwenden. In den Schiedsregeln 2012 wurde dieser Grundsatz aufgegriffen und damit endgültig klargestellt, dass die von den Parteien in ihrer Schiedsvereinbarung vorgesehene Rechtswahl bindend ist. Bei Fehlen oder Mangelhaftigkeit einer solchen Vereinbarung bestimmt das Schiedsgericht das anwendbare Recht in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Regelung.

Einstweiliger Rechtsschutz

Eine wesentliche Neuerung der Schiedsregeln 2012 ist die Einführung einstweiliger Rechtsschutzmaßnahmen (§ 21 Abs. 2). Auf Antrag einer Partei kann CIETAC eine entsprechende Entscheidung (*procedural order*) oder einen Zwischenspruch (*interlocutory award*) erlassen. Das Gericht wird entscheiden, ob die beantragende Partei hierfür eine Sicherheit leisten muss.

Insbesondere in Streitigkeiten über die Verletzung geistigen Eigentums spielen einstweilige Unterlassungsanordnungen eine wichtige Rolle, um eine rechtsverletzende Handlung frühzeitig zu verhindern und zu verbieten. Auch bei Streitigkeiten über ein internationales Bauprojekt ist z. B. die Anordnung der Erhaltung des „Status Quo“ von großer Bedeutung, um Schaden aus Arbeits- oder Zahlungsunterbrechung zu vermeiden. Die Schiedsregeln 2012 berücksichtigen dieses Bedürfnis im Einklang mit der internationalen Praxis.

Einstweilige Rechtsschutzmaßnahmen sind in anderen Schiedsordnungen durchaus üblich. In China bestehen allerdings Bedenken hinsichtlich der Vollstreckbarkeit eines solchen Zwischenspruchs. Denn nach dem einschlägigen chinesischen Zivilprozessgesetz bzw. Schiedsgesetz kann nur das zuständige Volksgericht eine einstweilige Maßnahme anordnen. Ein Schiedsgericht kann dementsprechend nur dann einstweiligen Rechtsschutz anordnen, wenn das anwendbare ausländische Recht solchen vorsieht. Es bleibt daher abzuwarten, wie diese neue Regelung von CIETAC durchgesetzt wird. Angesichts der eingeschränkten bzw. ungewissen Sicherungsmaßnahmen im chinesischen Recht ist insbesondere dann zu überlegen, den Schiedsverfahrenssitz außerhalb Chinas zu vereinbaren, wenn sich der Verfahrensgegenstand im Ausland befindet.

Andere Neuerungen

Zusammenlegung von Schiedsverfahren: Nach der Schiedsregel 2012 soll es nun möglich sein, mehrere Schiedsverfahren zusammenzulegen. Voraussetzung ist, dass die streitigen Sachverhalte im engen Zusammenhang stehen. Im Hinblick auf Zeit- und Kostenaufwand eine sehr sinnvolle Regelung, die freilich im Regelfall der Zustimmung der Parteien bedarf.

Verfahren zur Auswahl der Schiedsrichter: gemäß Art. 28 der Schiedsregel 2012 soll der Direktor der Schiedskommission bei der Festlegung der Schiedsrichter unter Berücksichtigung des anwendbaren Rechts, des Schiedsorts, der Schiedssprache und der Staatsangehörigkeit der Parteien entscheiden; dadurch soll eine willkürliche Entscheidung hinsichtlich der Festlegung der Schiedsrichter verhindert werden.

Anzahl Schiedsrichter: die Parteien dürfen fünf (statt bisher drei) Schiedsrichter als Kandidaten für den Vorsitz vorschlagen.

Schriftform: Verzicht auf die Schriftform für Schiedsklauseln ist nun möglich, wenn die Schriftform auch im anwendbaren Recht nicht gefordert ist.

Schiedsort: Möglichkeit der Verlegung bzw. Bestimmung des Schiedsortes durch CIETAC, wenn keine Vereinbarung über den Schiedsort besteht oder die Vereinbarung unklar ist; in einem solch unklaren Fall kommen nicht nur – wie nach der alten Fassung – die Sitze der CIETAC und ihrer Zweigstellen (nun auch in Tianjin und Chongqing) als Verfahrenssitz in Betracht, sondern auch andere Orte – auch außerhalb Chinas – die einen Bezug zum Streitgegenstand haben.

Schiedssprache: als Verfahrenssprache kann nun auch eine andere Sprache als Chinesisch festgelegt werden; in der Praxis wird die Schiedssprache aber wohl regelmäßig Chinesisch sein, wenn keine eindeutige anderweitige Parteivereinbarung vorliegt. Aussetzung: neu eingeführt wurde die Möglichkeit der (unbefristeten) Aussetzung des Schiedsverfahrens, wobei die Aussetzungsgründe nicht näher bestimmt wurden und daher wohl auf die entsprechenden Bestimmungen im chinesischen Zivilprozessgesetz abgestellt werden wird.

Verkürztes Verfahren: Der Schwellenwert für das verkürzte Verfahren wird von 500.000 RMB auf 2.000.000 RMB erhöht.

Zwischenfazit: eine gelungene Reform

Die Änderungen in den Schiedsregeln 2012 führen zu einer weiteren Annäherung der CIETAC-Regeln an die moderne internationale Schiedspraxis. Insbesondere wird die Rolle der Parteien gestärkt. Auch bei fehlender Parteivereinbarung ist der Ermessensspielraum des Schiedsgerichts eingeschränkt, es hat bei seinen Entscheidungen mehr als zuvor die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen.

Aber: Streit innerhalb der CIETAC

Die Einführung der Schiedsregeln 2012 hat zu einem erbitterten Streit zwischen den drei CIETAC-Niederlassungen in Beijing, Shanghai und Shenzhen geführt. „*CIETAC Shanghai Branch*“ und „*CIETAC South China Branch*“ wollen die Schiedsregeln 2012 nicht anerkennen und erklären nun – für viele überraschend – dass sie seit jeher unabhängige Schiedsinstitutionen seien. Die *CIETAC Shanghai Branch* hat ein eigenes Schiedsrichterpanel und eigene neue Schiedsregeln vorgelegt, die wiederum seitens der CIETAC Beijing nicht anerkannt werden. Die *CIETAC South China Branch* verweist weiterhin auf die CIETAC-Regel der alten Fassung (Stand 2005) bis zum Erlass eigener Schiedsregeln.

Die Argumente der jeweiligen Parteien sind wenig zugkräftig und bisher konnte sich keine Seite mit ihren Vorschlägen durchsetzen. National und international war bislang nur eine „Gesamtorganisation“ CIETAC als Schiedsorgan anerkannt. Die nun entstandene Rechtsunsicherheit kann wohl nur zum Schaden aller drei Institutionen gereichen. Bis zu einer Beendigung des Streits, die etwa durch eine Intervention des Staatsrates erfolgen könnte, können wir daher nur empfehlen, CIETAC-Shanghai Branch oder CIETAC South China Branch nicht als Schiedsorgan festzulegen und ggf. bereits vereinbarte Schiedsklauseln zu ändern. Um dem Streit ganz und gar aus dem Weg zu gehen, kann man zur Zeit wohl nur zu einem Schiedsgericht außerhalb von China raten – etwa in Hongkong oder in Singapur.



Shen Yuan, LL.M. (Köln)

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Köln
Telefon +49 221 9937 25693
yuan.shen@luther-lawfirm.com



Liao Yuhui

Luther, Shanghai
Telefon +86 21 5010 6597
liaoyuhui@cn.luther-lawfirm.com

Das neue Ein- und Ausreisegesetz in China

Mehr als 50 Millionen Ausländer reisen pro Jahr in China ein und aus, davon eine Vielzahl illegal. Im Jahr 2011 gingen die Ausländerbehörden gegen etwa 20.000 Ausländer vor, die keine gültige Aufenthaltserlaubnis vorweisen konnten. Gerade in Südchina kämpfen die Behörden seit mehreren Jahren mit der immer stärker werdenden Zuwanderung aus den armen Nachbarländern. Da das Einwanderungssystem in China bis heute nicht stringent organisiert ist und verschiedene Behörden für die Registrierung und Verwaltung der in China lebenden Ausländer zuständig sind, ist die Bekämpfung der illegalen Einwanderung für die Regierung eine Sisyphos-Arbeit. Dem soll im nächsten Jahr mit einer neuen gesetzlichen Regelung abgeholfen werden.

Am 30. Juni 2012 hat der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses der Volksrepublik China ein neues Gesetz zur Einwanderungspolitik (Exit-Entry Administration Law of the People's Republic of China – 中华人民共和国出境入境管理法 – „Exit-Entry Administration Law“) verabschiedet, das am 1. Juli 2013 in Kraft treten soll. Mit diesem Gesetz werden die bestehenden Gesetze zur Kontrolle von Ein- und Ausreisen aus den späten 80er Jahren modernisiert und den heutigen Gegebenheiten und Chinas Einwanderungspolitik angepasst. Das neue Gesetz wird die alten Regelungen vollständig ersetzen. Auch wenn es auf den ersten Blick eher wie eine Zusammenlegung der bis heute vereinzelt vorliegenden Regelungen zur Aufenthaltspolitik erscheint, bringt das neue Gesetz einige Änderungen mit sich, die ausländische Arbeitnehmer und deren Arbeitgeber in China im Fokus haben sollten.

Die wesentlichen Bestimmungen des neuen Gesetzes werden im Folgenden erläutert:

Beschränkungen von Ein- und Ausreise

Einer der Hauptaugenmerke des Gesetzgebers lag darauf, die Aufnahme einer abhängigen Beschäftigung in China ohne gültige Arbeitserlaubnis zu unterbinden. Schon während des Genehmigungsprozesses soll der Grund für die Visumsbeantragung überprüft werden. Wird vermutet, dass der Ausländer in China tätig werden will, soll auch die Ausstellung eines Touristen- oder Business-Visums verweigert werden. Die gegenwärtige Praxis vieler ausländisch investierter Unternehmen, Mitarbeiter über längere Zeiträume ohne gültige Arbeits- und Aufenthaltserlaubnis und nur mit einem Business-Visum zu beschäftigen, soll damit unterbunden werden.

Für ausländisch investierte Unternehmen und deren ausländische Mitarbeiter dürften auch folgende Bestimmungen Relevanz entfalten: Wurden Arbeitnehmergehälter nicht gezahlt und läuft deswegen noch ein Gerichtsverfahren in China, so können gemäß Art. 28 des Exit-Entry Administration Law Ausländer an der Ausreise gehindert werden. Gleiches gilt für offene Gerichtsverfahren in Zivilsachen. In beiden Fällen wäre in der Praxis meist entweder der gesetzliche Vertreter des Unternehmens (Legal Representative) oder der Geschäftsführer (General Manager) betroffen.

Sanktionen bei illegalem Aufenthalt und illegaler Beschäftigung

Die Sanktionen für illegalen Aufenthalt und illegale Beschäftigung sind mit dem neuen Gesetz verschärft worden. Ausländer, die sich illegal in China aufhalten, werden zunächst verwarnt, müssen dann aber je nach Länge des Aufenthalts mit Geldstrafen in Höhe von RMB 500 (derzeit ca. 60 Euro) pro Tag bis zu insgesamt RMB 10.000 (derzeit ca. 1.200 Euro) oder einer Haftstrafe von bis zu fünfzehn Tagen rechnen. Ausländer, die ohne gültige Arbeitserlaubnis in China beschäftigt sind, müssen mit Geldstrafen von RMB 5.000 (derzeit ca. 600 Euro) bis zu insgesamt RMB 20.000 (derzeit ca. 2.400 Euro) rechnen. In schweren Fällen drohen dem Arbeitnehmer auch bis zu fünfzehn Tage Haft. Der Gesetzgeber hat die Bedeutung des schweren Falls bis jetzt allerdings noch nicht spezifiziert.

Im Gegensatz zu der alten Regelung trifft das neue Gesetz nun auch Arbeitgeber, die ausländische Arbeitnehmer illegal beschäftigen. Diese können mit einer Strafe von RMB 10.000 (derzeit ca. 1.200 Euro) pro illegal angestellten Mitarbeiter belegt werden. Dies kann sich auf bis zu RMB 100.000 (derzeit ca. 12.000 Euro) summieren.

In besonders schweren Fällen können Ausländer, die gegen die Aufenthaltsregeln verstoßen, des Landes verwiesen und in ihr Heimatland deportiert werden. Je nach Grund der Deportation dürfen betroffene Ausländer zwischen einem und zehn Jahren danach nicht mehr nach China einreisen.

Speicherung biometrischer Daten

Die Erhebung personenbezogener Daten im Rahmen des Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung in China wird ausgeweitet: Ausländer müssen künftig ihre Fingerabdrücke und „weitere biometrische Daten“ der Behörde für Öffentliche Sicherheit zur Verfügung stellen. Die Behörde kann hiermit verschiedenste Arten von biometrischen Daten – von Netzhautscans bis hin zu Handschriftenproben – verlangen. Das chinesische Datenschutzrecht steckt zurzeit noch in den Kinderschuhen, so dass noch nicht absehbar ist, wie extensiv von dieser neuen Befugnis tatsächlich Gebrauch gemacht werden wird. Es ist zudem davon auszugehen, dass das Außenministerium oder das Ministerium für Öffentliche Sicherheit in Zukunft noch detailliertere Regelungen auch bei kürzeren Aufenthalten in China erlassen wird, so dass auch Touristen oder Geschäftsreisende davon betroffen wären.

Verstärkung der Kontrollmöglichkeiten

Mit Einführung des Gesetzes wird eine nationale Datenbank geschaffen, die die bis dato vorhandenen Informationen des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit und die des Außenministeriums zusammenführt. Mit dieser zentralisierten Informationsbasis wird es möglich, Ein- und Austritt aus dem Land sowie Aufenthaltsort und weitere Informationen über den betroffenen Ausländer besser zu überwachen. Das Gesetz fordert zudem explizit Arbeitgeber und Schulen dazu auf, Verdachtsfälle von unrechtmäßigen Arbeitsverhältnissen und Einschreibungen an Schulen an das Büro für Öffentliche Sicherheit zu melden. Bereits Mitte dieses Jahres hat die Regierung in Peking eine mehrmonatige Kampagne ins Leben gerufen, die eine verstärkte Kontrolle von bereits im Land lebenden Ausländern beinhaltete. Auslöser war nach Medienangaben der angebliche Übergriff eines Ausländers auf eine Chinesin im Frühjahr 2012 in Beijing, der teilweise zu stark ausländerfeindlicher Berichterstattung führte. Dies und die folgende Kampagne führten allgemein zu einer Beunruhigung unter den Ausländern in ganz China. Die Einführung des neuen Ausländergesetzes trägt der Tatsache Rechnung, dass China immer mehr Ausländer anzieht und wirtschaftlich auch für Arbeitssuchende interessant ist. Mit Chinas weiterem Wirtschaftswachstum wird die Attraktivität noch ansteigen. Die Ausländerpolitik der Volksrepublik wird daher zunehmend an Bedeutung gewinnen. Zumindes kurzfristig ist davon auszugehen, dass die Ausländerbehörden die vorliegenden Regelungen schärfer durchsetzen und die Voraussetzungen für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis genauer prüfen werden.



Meike Jochims

Luther

Shanghai

Telefon +86 21 5010 7508

meike.jochims@cn.luther-lawfirm.com

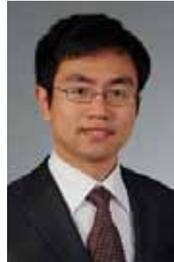
SIPO beschleunigt die Prüfung von Patenten

Schutz geistigen Eigentums ist derzeit in China nur möglich, wenn Patente und Marken in China angemeldet sind. Im Ausland angemeldete Schutzrechte genießen in China bislang keinen unmittelbaren Schutz, sodass Technologien und Marken ungestraft kopiert werden können.

Besonders für ausländische Unternehmen in China ist daher die folgende Neuerung im Rahmen des Patentrechts relevant: Am 1. August 2012 traten die Verwaltungsmaßnahmen des staatlichen chinesischen Amtes für geistiges Eigentum (*State Intellectual Property Office*) für eine beschleunigte Prüfung von Erfindungspatentanmeldungen („Maßnahmen“) in Kraft. Die Maßnahmen gelten für die Anmeldung sog. Erfindungspatente im Bereich von Energieeinsparung, erneuerbarer Energien, Fahrzeugen mit alternativen Antriebssystemen und Low-Carbon-Technologie. Gemäß Artikel 2 der Maßnahmen kann die Prüfung durch das SIPO für solche Erfindungspatente gegenüber der Anmeldung anderer Patente bevorzugt durchgeführt werden. Für eine bevorzugte Behandlung müssen dabei folgende formelle Anforderungen erfüllt werden: (1) Elektronischer Antrag, (2) Zusätzliche Vorlage der Anträge beim lokalen Patentamt, und (3) Bestätigung eines qualifizierten Instituts über die Geeignetheit der Erfindung für das beschleunigte Verfahren.

Die Maßnahmen sind für die Entwicklung des Patentwesens in China ein entscheidender Schritt, weil sie zum ersten Mal eine beschleunigte Prüfung für inländische und ausländische Patentanmeldungen ermöglichen. Die SIPO erhält jährlich über 1,5 Millionen Patentanmeldungen, davon rund 30 % Erfindungspatente. In der Regel dauert die materielle Prüfung drei Jahre oder noch länger. Die Verwaltungsmaßnahmen beschränken die Bearbeitungszeit im Rahmen des beschleunigten Verfahrens auf ein Jahr.

Die chinesische Regierung legt einen Schwerpunkt auf die Förderung der Entwicklung neuer Technologien. Im Jahr 2008 wurde eine nationale Strategie zum Schutz geistigen Eigentums verabschiedet, um eigene Innovationen in der Wirtschaft zu stärken. Das beschleunigte Verfahren kann insoweit einen großen Beitrag zum Schutz geistigen Eigentums leisten. Es ist jedoch noch nicht absehbar, wie effektiv die Maßnahmen sich in der Praxis erweisen werden. Je nach Arbeitsbelastung kann die SIPO die Anzahl der anzunehmenden Anträge im beschleunigten Verfahren festlegen und damit auch beschränken. Eine weitere Beschränkung kann sich auch daraus ergeben, dass alle Anträge zunächst von den lokalen Ämtern für geistiges Eigentum genehmigt werden müssen, was wiederum zu einer Verlangsamung des Verfahrens führen kann. Es bleibt damit abzuwarten, wie nützlich das beschleunigte Verfahren in der Praxis tatsächlich sein wird.



Pan Xing

Luther

Shanghai

Telefon: +86 21 5010 7526

panxing@cn.luther-lawfirm.com

Vertretungsrecht in China: die Bedeutung der Stempel

In Deutschland, Europa und den meisten westlichen Ländern hat sich die Unterschrift als Zeichen durchgesetzt, welches die Echtheit eines Dokuments oder die Gültigkeit eines Vertrages bestätigt. Demgegenüber spielt bei offiziellen Handels- und Regierungsgeschäften in China das Siegel bzw. der Stempel eine überragende Rolle. Die Bedeutung dieser Siegel bzw. Stempel ist vor allem im Bereich der Handelsgeschäfte nach wie vor immens. Der Stempelabdruck bedeutet eine rechtskräftige Willenserklärung und hat damit im Allgemeinen eine größere Bedeutung als die Unterschrift in China. Gestempelt wird immer in roter Farbe.

Erscheinungsformen

Nachdem ein Unternehmen bei der örtlichen Behörde für Industrie und Handel („*Administration of Industry and Commerce*“ oder „*AIC*“) registriert wurde, muss es beim Amt für öffentliche Sicherheit („*Public Security Bureau*“ oder „*PSB*“) ein Firmensiegel beantragen. Hier werden alle Firmensiegel genehmigt und ein Musterabdruck verwahrt. Darüber hinaus existieren auch genaue Vorgaben hinsichtlich Gestaltung, Größe und Form der Stempel für juristische Einheiten oder Unternehmen. Die Stempel können nur von einem bei der Polizei angemeldeten und registrierten Stempelmacher angefertigt werden. Jedes Unternehmen muss mindestens ein offizielles Firmensiegel führen, um geschäftlich tätig zu werden. Für den Geschäftsalltag ist es jedoch allgemeine Unternehmenspraxis, mehrere Stempel für verschiedene geschäftliche Anforderungen zu nutzen.

Firmenstempel („*Company Chop*“)

Der offizielle Firmenstempel ist der wichtigste Stempel des Unternehmens. Der Inhaber erhält die Befugnis, Geschäftsaktivitäten im Namen des Unternehmens durchzuführen. Mit der Abstempelung ist der Vertrag wirksam. Prinzipiell kann jeder, der im Besitz des Stempels ist, das Unternehmen rechtlich binden. Der Stempel wird für privatrechtliche Unternehmensdokumente und für die Eröffnung des Bankkontos benötigt, aber auch für alle Dokumente bei staatlichen Behörden.

Stempel des Legal Representative

Auch für den gesetzlichen Vertreter des chinesischen Unternehmens („*Legal Representative*“) muss ein Stempel mit dessen Namen beantragt werden. Der Stempel ersetzt die Unterschrift des gesetzlichen Vertreters. In Kombination mit dem Firmenstempel ist der Stempel des gesetzlichen Vertreters für Bankgeschäfte sowie für zahlreiche andere Dokumente erforderlich, insbesondere für den Antrag auf Erteilung einer Geschäftslizenz oder aber für die Steuerregistrierung.

Vertragsstempel

Neben dem Firmenstempel gibt es für den Abschluss von Verträgen einen Vertragsstempel. Die Verwendung eines solchen Vertragsstempels ist gesetzlich zwar nicht vorgesehen, der Vertragsstempel wird aber in der Praxis oft anstelle des Firmenstempels für den Abschluss von Verträgen verwendet. Neben der Abstempelung des Vertrages mit dem Vertragsstempel wird die Wirksamkeit des Vertrages zudem oft von der Unterschrift oder der Abstempelung mit dem Namensstempel des gesetzlichen Vertreters abhängig gemacht. Unternehmen, die über keinen Vertragsstempel verfügen, müssen den Firmenstempel für den Abschluss von Verträgen verwenden.

Finanzstempel

Die Verwendung des Finanzstempels ist für alle Finanztransaktionen des Unternehmens wie Barabhebungen, Überweisungen oder Änderungen von Kontoinformationen erforderlich. In der Regel verwahren die Banken einen Musterabdruck des Stempels, um die Echtheit der Dokumente zu überprüfen. Das Unternehmen kann aber mit der Bank gewisse abweichende Vereinbarungen treffen. So kann vereinbart werden, dass die Dokumente zur Gültigkeit zusätzlich der Abstempelung mit dem Firmenstempel bedürfen.

Darüber hinaus existieren zahlreiche weitere Stempel für verschiedene Bereiche. Die meisten Unternehmen halten ein ganzes Stempel-Arsenal für verschiedene Verwendungszwecke bereit.

Folgen für die Praxis

Die Siegel bzw. die Stempel des Unternehmens und insbesondere der Firmenstempel gehören zu den wertvollsten und wichtigsten Vermögensgegenständen des Unternehmens. So sind in der Vergangenheit Unternehmen in China zum Stillstand gebracht worden, weil ein Zugriff auf die unternehmenseigenen Stempel nicht möglich und somit die Unternehmensführung nicht in der Lage war, notwendige Rechtsgeschäfte zu tätigen.

Interne Kontrollen zur Sicherung und zum Schutz vor Missbrauch der Stempel sind somit unumgänglich. So sollten die Stempel sicher von der jeweils autorisierten Person unter Verschluss gehalten werden. Auch der Zugriff innerhalb des Unternehmens sollte nur solchen Personen gestattet werden, die auch zur Verwendung der Stempel berechtigt sind. Möglich wäre auch die Verwahrung durch eine externe Stelle wie beispielsweise Anwälte.

In jedem Fall sollte das Unternehmen klare Richtlinien schaffen, die die Verwendung der Stempel genau festlegen. Die Richtlinien sollten konkret bestimmen, welche Personen welche Stempel für welche konkreten Geschäfte verwenden dürfen.

Ausländische Investoren, die in China ein Unternehmen gründen, haben oft einen chinesischen Mitarbeiter (den „*General Manager*“) vor Ort, dessen Aufgabenbereich das alltägliche Geschäft ist. In der Regel verwahrt dieser auch die Stempel. Um einem Missbrauch vorzubeugen und auch aus Deutschland eine gewisse Kontrolle über die Verwendung der Stempel zu haben, sollten interne Richtlinien erlassen und die Verwendung der Stempel genau festgelegt werden.



Katja Neumüller

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



Sebastian Friedl

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

INDIEN

Befreiungsschlag: Einzelhandel wird für Ausländer geöffnet

Die indische Regierung hat am 14. September 2012 endlich einige lang erwartete Erleichterungen für ausländische Direktinvestitionen verkündet. Betroffen sind mehrere Branchen, allen voran der Einzelhandel. Im *Single-Brand*-Bereich soll es künftig keine Beteiligungsgrenzen mehr geben, d.h. Ausländer können hier jetzt 100 % halten. An indischen Supermärkten (*multi-brand retail*) können sich ausländische Unternehmen nun mit bis zu 51 % beteiligen dürfen; zuvor war eine Beteiligung ausländischer Investoren gänzlich ausgeschlossen. Die daran geknüpften Auflagen sind jedoch erheblich und zugleich müssen auch die Bundesstaaten diese Möglichkeit einräumen. Der lange erwartete „Befreiungsschlag“ wurde mit dem Bruch des Regierungsbündnisses allerdings teuer erkaufte. Im Bereich des Einzelhandels dürfte das letzte Wort also noch lange nicht gesprochen sein.

Als Indien 1995 dem Allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen („GATS“) der Welthandelsorganisation („WTO“) beitrug, hatte sich das Land verpflichtet, den Einzelhandel für ausländische Investoren zu öffnen. Investoren im In- und Ausland verfolgen seitdem aufmerksam die Schritte, welche die indische Regierung zur Öffnung der Märkte einleitete. Seit den 90er Jahren gab es verschiedene Reformen und Gesetzesänderungen, mit denen Restriktionen für Foreign *Direct Investments* („FDI“) in Indien aufgehoben oder zurückgefahren wurden. Dies gilt gerade für den Bereich des Einzelhandels, wie die nachfolgende Grafik verdeutlicht.

1997 – FDI in cash and carry (Großhandel) mit 100 % Beteiligung nach Regierungsvorgaben erlaubt

2006 – FDI in cash and carry (Großhandel) mit 100 % Beteiligung nach dem „Automatic“-Verfahren

2006 – FDI bis zu 51 % im Single-Brand Einzelhandel nach Regierungsvorgaben erlaubt

2010 – Diskussions-Papier FDI im Multi-Brand Einzelhandel wird von der Regierung initiiert

2012 – FDI bis zu 100 % im Single-Brand Einzelhandel nach speziellen Regierungsvorgaben erlaubt

2012 – FDI bis zu 51 % im Multi-Brand Einzelhandel nach speziellen Regierungsvorgaben erlaubt

Ausländische Direktinvestitionen im Einzelhandelssektor waren in Indien grundsätzlich verboten. Eine Ausnahme bildeten bislang solche Einzelhandelsgeschäfte, die lediglich Artikel einer einzigen Marke verkauften (*single brand retail*). In diesem Bereich waren ausländische Beteiligungen von bis zu 51 % mit vorheriger Genehmigung des *Foreign Investment Promotion Boards* seit 2006 zulässig. Am 23. November 2011 beschloss das indische Kabinett dann überraschend, den Einzelhandelssektor generell für ausländische Investoren zu öffnen. Wenige Tage später ließ die indische Regierung aber verlauten, dass die Pläne für die Öffnung des Einzelhandels für ausländische Investoren wegen des massiven innenpolitischen Widerstandes zunächst wieder auf Eis gelegt werden. Die Öffnung des Einzelhandels für ausländische Handelsunternehmen war danach monatelang Gegenstand heftiger Debatten im indischen Parlament und auch innerhalb der Regierung. Die im September 2012 beschlossenen umfassenden Reformen haben zwar nunmehr den Einzelhandel für ausländische Investoren weiter

geöffnet, das politische Chaos allerdings eher noch vergrößert: der größte Partner Trinamool Kongress hat die Regierungskoalition verlassen, so dass Premier Manmohan Singh nun einer Minderheitsregierung vorsteht.

Multi-Brand-Einzelhandel

Das dem indischen Wirtschafts- und Industrieministerium unterstellte *Department of Industrial Policy and Promotion* („DIPP“) hat mit der Press Note 5/2012 vom 20. September 2012 nun auch ausländischen Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt, im Bereich des *Multi-Brand*-Einzelhandels in Indien zu investieren. So können ausländische Unternehmen sich an indischen Supermärkten mit bis zu 51 % beteiligen. Allerdings wurden hierfür eine Reihe an Voraussetzungen und Auflagen formuliert.

Staatliche Genehmigungen

Als Ausdruck des wachsenden Einflusses der Bundesländer wird diesen zum ersten Mal die Entscheidung überlassen, ob ausländische Investitionen in einem Bundesland zugelassen werden oder nicht, d. h. die Einräumung der Möglichkeit einer Beteiligung am *Multi-Brand*-Einzelhandel durch einen ausländischen Investor liegt allein in der Kompetenz des jeweiligen Bundesstaates. Diese Zuständigkeit ergibt sich aus der Verfassung Indiens. Zum jetzigen Stand unterstützen nur zehn der achtundzwanzig Bundesstaaten den Vorschlag der Regierung, d. h. von Ausländern kontrollierte Supermärkte wird es zunächst nicht in ganz Indien geben.

Ausländische Investoren benötigen in jedem Fall die vorherige Zustimmung des *Department of Industrial Policy and Promotion* („DIPP“) und des *Foreign Investments Promotion Board* („FIPB“). Darüber hinaus müssen die Einzelhändler im Einklang mit landesgesetzlichen Vorschriften im Bereich der Bauordnung, Lagerung, Zugangswegen, Parkplätzen etc. und anderen logistischen Anforderungen agieren. Ein ausländischer Investor muss also eine Vielzahl an nationalen und bundesstaatlichen Regelungen beachten.

Nur in Großstädten

Wegen der großen Vorbehalte einer Marktöffnung vor allem seitens kleiner Einzelhändler in ländlichen Gebieten werden Verkaufsstandorte ausländischer *Multi-Brand*-Händler nur in Städten mit einer Mindesteinwohnerzahl von einer Million Einwohnern (inklusive einer Fläche von 10 km um die Stadtgrenzen herum) zugelassen. Demnach kommen derzeit etwa 53 indische Städte als Standorte in Betracht. Bundesländer oder Regionen, welche keine Städte mit einer Einwohnerzahl von mindestens einer Million Einwohner haben, können allerdings andere Großstädte benennen.

Mindestinvestitionsvolumen

Ein ausländischer Anteilseigner muss sich verpflichten, innerhalb von fünf Jahren mindestens 100 Millionen US-Dollar in ein *Multi-Brand*-Handelsunternehmen zu investieren.

Mindestens 50 % des ausländischen Investments müssen zudem binnen drei Jahren in „*back-end*“-Infrastruktur investiert werden. Dazu zählen alle Investitionen, die im Bereich der Verarbeitung, Fertigung, Vertrieb, Design-Verbesserung, Qualitätskontrolle, Verpackung, Logistik, Lagerung und landwirtschaftlichen Produktion gemacht werden. Insbesondere die Kosten für Grundstücke und Immobilien werden jedoch nicht als „*back-end*“-Infrastrukturinvestments berücksichtigt. In der Praxis wird es Abstimmungsbedarf mit den Behörden geben, wo genau die Grenze zwischen „*back-end*“ und „*front-end*“ im Einzelfall verläuft.

Hintergrund für diese Anforderungen ist der hohe Investitionsbedarf im indischen Einzelhandel. Er leidet an hohen Kosten und Verschwendung aufgrund unkoordinierter Lieferketten und unzulänglichem Zwischenhandel. Es fehlt eine funktionierende Infrastruktur, die mit Hilfe ausländischer Investoren nun geschaffen werden soll.

Lokale Produktion bzw. Beschaffung

Eine Genehmigung ist an weitere Bedingungen, insbesondere im Bereich der Einkaufspolitik, geknüpft. Es besteht eine Verpflichtung, frische landwirtschaftliche Produkte bei indischen Bauern zu kaufen. Mindestens 30 % der angebotenen Waren müssen von kleinen lokalen Anbietern (Anlagevermögen unter einer Million US-Dollar) stammen (sog. „*local content*“). Diese Beschaffungsanforderungen werden auf der Grundlage eines Durchschnittswertes berechnet, welcher den Gesamtwert der gekauften Waren der letzten fünf Jahre zum Gegenstand hat. Die Einhaltung dieser Bedingung muss von dem Unternehmen selbst überwacht und vom Abschlussprüfer kontrolliert werden. Die „*local content*“-Anforderungen sollen einen Schub für die indische Landwirtschaft und andere „Kleinunternehmer“ bringen und sind natürlich auch vor dem Hintergrund der innenpolitischen Debatte zu sehen.

Vergleichbare Vorgaben bestehen auch im Bereich des *Single-Brand*-Einzelhandels, wo diese als problematisch gelten (dazu nachfolgend). Demgegenüber sehen Experten die Anforderungen für den *Multi-Brand*-Einzelhandel weniger kritisch, da Supermärkte ein breiteres Spektrum an Waren anzubieten haben als Einzelhändler mit nur einer Marke.

Single-Brand-Einzelhandel

Noch einen Schritt weiter geht die indische Regierung beim *Single-Brand*-Einzelhandel. Hier wird es künftig überhaupt keine Beteiligungsgrenzen mehr geben, d. h. Ausländer können jetzt 100 % halten. Vorausgegangen waren auch hier hitzige Diskussionen zu Ob und Wie der Marktöffnung.

Markenrecht des ausländischen Investors

Durch das *Circular 2/2011* erfolgte im September 2011 zunächst eine weitere Verschärfung. Produkte, die im Wege des *single brand retail* mit ausländischer Beteiligung vertrieben werden, mussten unter einer einheitlichen Marke nicht nur in Indien, sondern auch in anderen Ländern verkauft werden und der ausländische Investor musste Inhaber („*owner*“) der entsprechenden Marke sein. Damit waren Direktinvestitionen eines ausländischen Franchisenehmers in den indischen Einzelhandel nicht mehr gestattet.

Die Bedingung, dass der ausländische Investor zwingend Eigentümer der Marke sein muss, wurde in der Folgezeit stark kritisiert, da sie die weltweiten IP-Holdingstrukturen ignorierte. Dies ist nun dahingehend geändert worden, dass ein ausländischer Investor für die spezifische Marke für die er eine Genehmigung beantragt hat, im Rahmen des *Single-Brand*-Einzelhandels investieren darf, wenn er direkt Inhaber der Marke ist oder über eine Lizenz, einen Franchise-Vertrag oder eine sonstige Lizenzvereinbarung verfügt. Die Verantwortung für die Einhaltung dieser Voraussetzung obliegt dem indischen Unternehmen, durch welches das ausländische Investment durchgeführt wird. Bei der Zulassung ist eine Kopie der oben beschriebenen Lizenzvereinbarung vorzulegen.

Lokale Produktion bzw. Beschaffung

Im Grundsatz beibehalten wird das „*local content*“-Erfordernis für Unternehmen mit einer ausländischen Beteiligung von über 51 %, wonach mindestens 30 % der angebotenen Waren von lokalen Anbietern (Dorf- und Handwerksbetriebe, Künstlern und andere „Kleinunternehmen“) stammen sollen (zuvor war dies zwingend). Zugleich sind eine Reihe technischer Details aber noch in der Diskussion.

Erleichterungen für ausländische Investoren in anderen Bereichen

Luftfahrt

Bis jetzt war es ausländischen Fluggesellschaften und Investoren im Bereich des Luftverkehrs nur gestattet, sich bei Fracht-Fluggesellschaften, Helikopter- und Wasserflugzeugtransportunternehmen zu beteiligen. Diese Beschränkung wurde nun durch die Regierung teilweise aufgehoben. Nun ist es ausländischen Investoren möglich, auch im Bereich der zivilen Luftfahrt tätig zu werden, allerdings nur unter weiteren zahlreichen speziellen Bedingungen und Anforderungen. So gilt insbesondere eine Beteiligungsgrenze von 49 %.

Rundfunk

Die Regierung ist den langjährigen Forderungen der Medienlandschaft nachgekommen, die Grenze von Auslandsinvestitionen prinzipiell von 49 % auf 74 % bei Rundfunk- bzw. Medienunternehmen anzuheben. Die Anforderungen und Bedingungen für Investitionen sind in den einzelnen Bereichen Kabelfernsehen, Mobile-TV und Radio unterschiedlich. Immerhin wurde die Berechnungsmethode für ausländische Investitionen in den beiden Bereichen Telekommunikation sowie Rundfunk nun stark vereinheitlicht.

Energiehandel

Die Reformveränderungen im Bereich des Energiesektors verliefen eher leise. Die Regierung hat ausländische Investitionen und Beteiligungen von bis zu 49 % unter weiteren Bedingungen zugelassen. Diese Öffnung des Marktes soll zu einer Verbesserung der Verfügbarkeit von Energie und ihrer Verteilung sorgen. Im Hinblick auf die vorhandenen Defizite in diesem Bereich erhofft sich die Regierung weitere Entwicklung in diesem Segment.

Fazit

Es ist natürlich nicht zu übersehen, dass viele der jetzt beschlossenen Erleichterungen gewissermaßen aus der Not heraus geboren sind. Indien braucht dringend Investitionen in die Infrastruktur, beispielsweise im Bereich der Luftfahrt, der Energieerzeugung und des gesamten Handels, die ohne ausländisches Kapital nicht zu bewältigen sind. Die Neuerungen kommen spät und sind mit ganz erheblichen Einschränkungen verbunden: im Einzelhandel 100 Millionen US-Dollar Mindestinvestition innerhalb von fünf Jahren, mindestens 30% der angebotenen Waren müssen von lokalen Anbietern (kleinen und mittleren Unternehmen) stammen, Beschränkung zunächst auf Städte mit über eine Million Einwohner und rigide Genehmigungsvorbehalte, um nur die wichtigsten Punkte zu nennen.

Ein Novum ist die Kompetenzverlagerung im Bereich *multi-brand retail* auf die Bundesstaaten, woraus sich neue Unwägbarkeiten ergeben können. Eine je nach Bundesstaat unterschiedliche Umsetzung der zentralstaatlichen Vorgaben oder gar zusätzliche Auflagen können in der Praxis zu einem sehr komplexen Regelwerk führen, „einfacher“ dürfte es also kaum werden. Wohl auch vor dem Hintergrund, dass eine Nachprüfung über die Grenzen der Bundesstaaten hinausschwierig werden dürfte, wurde der E-Commerce-Handel sowohl für *Single-Brand* als auch *Multi-Brand* ausdrücklich verboten.

Die Modernisierung des indischen Einzelhandels bleibt eine gewaltige Herausforderung. Die Vorteile für die indische Wirtschaft und auch für die Bevölkerung liegen auf der Hand, zugleich bleibt dies ein innenpolitisch sehr umkämpftes Thema. Die jüngsten Streiks und Demonstrationen in Folge der Erhöhung der staatlich regulierten Preise für Diesel oder den Veränderungen beim Höchstbetrag für subventionierte Gasflaschen pro Familie lassen erahnen, welche Brisanz hierin steckt. Die in einigen Bundesländern anstehenden Wahlen werden es der Minderheitsregierung unter Manmohan Singh nicht einfacher machen. Die indische „Retail Saga“ lehrt aber einmal mehr, dass es in Indien eine Wirtschaftskrise braucht, bevor wichtige Reformen gelingen. Es scheint jedenfalls, als ob das Land nun endlich bereit ist, notwendige Veränderungen umzusetzen. Oder wie es eine indische Tageszeitung formuliert hat: „*India is once again open for business!*“



Thomas Weidlich, LL.M. (Hull), Partner
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Köln
Telefon +49 221 9937 16280
thomas.weidlich@luther-lawfirm.com



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

Indischer Supreme Court beschränkt die Interventionsmöglichkeit indischer Gerichte in ausländischen Schiedsverfahren

Der oberste Gerichtshof Indiens (*Supreme Court*) hat nunmehr endgültig über die Rolle indischer Gerichte bei internationalen Schiedsverfahren, die außerhalb Indiens durchgeführt werden, entschieden. Das Gericht hat geurteilt, dass indische Gerichte nicht die Kompetenz haben, internationale Schiedsverfahren zu überprüfen, sofern diese nicht in Indien stattfinden. Die stark kritisierte Entscheidung im Verfahren *Bhatia International vs. Bulk Trading S.A. and Anr.*, in dem den indischen Gerichten eine deutlich stärkere Rolle beigemessen wurde, ist damit überholt.

Hintergrund

Das indische Gesetz bezüglich Schiedsverfahren („*Arbitration and Conciliation Act 1996*“ oder „*ACA*“) ist in vier Teile untergliedert. Teil 1 des ACA bezieht sich dabei auf inländische Schiedsverfahren („*Domestic Arbitration*“), Teil 2 regelt die Gültigkeit ausländischer Schiedssprüche („*Foreign Awards*“) in Indien. In der Vergangenheit hatte der *Supreme Court* jedoch entschieden, dass Teil 1 alle Schiedsverfahren umfasst, die ausländischen („*Foreign Awards*“) inbegriffen, es sei denn, die Verfahrensbeteiligten haben explizit oder konkludent die Anwendbarkeit von Teil 1 ausgeschlossen. Wurde Teil 1 nicht ausgeschlossen, konnten die ordentlichen Gerichte dieselben Rechte wie bei einem inländischen Schiedsverfahren geltend machen und so erheblichen Einfluss auf den Ausgang des ausländischen Schiedsverfahrens nehmen. Dies hat bei vielen ausländischen Investoren für große Unruhe gesorgt.

Neueste Entwicklungen: Aufhebung des Bhatia International-Urteilspruchs

Der Supreme Court hat seine früheren Urteile in den Verfahren *Bhatia International vs. Bulk Trading S.A. and Anr.*, und *Venture Global Engineering vs. Satyam Computer Services Ltd.* mit seiner Entscheidung vom 6. September 2012 in dem Verfahren *Baharat Aluminium Company vs. Kaiser Aluminium Technical Services Inc.* jedoch aufgehoben und in Hinblick auf im Ausland stattfindende Schiedsverfahren entschieden, dass das ACA den ordentlichen Gerichten weder die Kompetenz einräumt, einstweilige Verfügungen zu erlassen noch etwaige Schiedssprüche zu annullieren.

Damit steht fest, dass außerhalb Indiens durchgeführte Schiedsverfahren nicht der Überprüfung durch ordentliche Gerichte unterliegen. In den Kompetenzbereich der ordentlichen Gerichte fällt damit nur noch die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche.

Der *Supreme Court* stellte außerdem fest, dass sich Teil 1 und 2 des ACA gegenseitig ausschließen. Das Urteil macht unmissverständlich klar, dass Teil 1 sich nur auf Schiedsverfahren bezieht, die in Indien stattfinden. Auch wurde entgegen der bisherigen allgemeinen Praxis klargestellt, dass ein Schiedsverfahren, welches außerhalb Indiens durchgeführt wird, nicht schon deshalb zu einem inländischem Schiedsverfahren wird, nur weil die indische Schiedsordnung von den Parteien für anwendbar erklärt wurde.

Vor dem Urteil in Sachen *Baharat Aluminium* wurde die Anwendbarkeit von Teil 1 des ACA in Schiedsvereinbarungen zwischen einer indischen und einer ausländischen Partei, die einen außerhalb Indiens gelegenen Schiedsort wählten, regelmäßig ausgeschlossen. Eine Ausnahme wurde lediglich für die Regelungen bzgl. des einstweiligen Rechtsschutzes vereinbart. Dies ermöglichte es den Parteien, zum einen ein schnelles modernes Schiedsverfahren durchführen zu können, zum anderen aber bei Bedarf auf einstweiligen Rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte zurückgreifen zu können.

Auswirkung der neuen Rechtsprechung auf bestehende und zukünftige Vereinbarungen

Angesichts der Tatsache, dass die indischen Gerichte die Entscheidungen des *Supreme Courts* in den Fällen *Bhatia International and Venture Global* in verschiedenen Fällen angewandt haben, hat der *Supreme Court* entschieden, dass die neue Rechtsprechung nur für in Zukunft zu treffende Entscheidungen und im Zuge dessen nur für Schiedssprüche, die nach dem 6. September 2012 getroffen worden sind, Gültigkeit besitzt.

Für zukünftige Vereinbarungen ist die neue Rechtsprechung ebenfalls relevant. Für die Parteien bedeutet dies, dass sie sich im Klaren über die neuen Entwicklungen in der Rechtsprechung sein müssen.

Entscheiden sich die Parteien für einen ausländischen Schiedsort, können sie jedenfalls im Grundsatz nicht mehr die indischen Gerichte für ein einstweiliges Rechtsschutzverfahren anrufen. In Fällen, in denen die Berufung auf ebendiese Klausel wichtig ist oder werden könnte, könnte es daher ratsam sein, Indien als Verfahrensort zu wählen, wobei dann jedoch wieder die Gefahr von Interventionen durch die indischen ordentlichen Gerichte droht. Wie sich die neuen Vorgaben des *Supreme Court* in der Praxis bewähren, wird sich in den kommenden Monaten zeigen.

Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche

Ein Schiedsspruch aus einem Land, welches Unterzeichner der *New York Convention* oder der *Geneva Convention* ist, und von Indien anerkannt wird, kann auf Antrag der Partei, zu deren Gunsten der Schiedsspruch ergangen ist, in Indien vollstreckt werden. Die indischen Gerichte müssen, wenn die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, den Schiedsspruch in Indien vollstrecken. Die indischen ordentlichen Gerichte können gem. Art. 48 des ACA die Vollstreckung nur dann ablehnen, wenn (i) die Schiedsklausel unwirksam ist, (ii) die Partei, die von dem Schiedsspruch betroffen ist, nicht rechtzeitig über die Bestellung der Schiedsrichter oder das Schiedsverfahren unterrichtet oder nicht gehört wurde, (iii) Unregelmäßigkeiten im Schiedsverfahren oder bei der Zusammenstellung des Schiedsgerichts aufgetreten sind, (iv) der Gegenstand des Schiedsverfahrens nach indischem Recht nicht schiedsfähig ist oder (v) die Vollstreckung des Urteils gegen den *ordre public* Indiens verstoßen würde.

Vollstreckung von Urteilen ausländischer Gerichte

Die obigen Ausführungen stellen klar, dass die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche grundsätzlich in Indien anerkannt ist und keine Bedenken hiergegen mehr bestehen sollten. Ein Schiedsverfahren kann vor diesem Hintergrund insbesondere dann sinnvoll sein, wenn die Vollstreckung von ausländischen Gerichtsurteilen sich schwieriger gestaltet.

Die Vollstreckung von Urteilen eines ausländischen Gerichtes in Indien ist in Art. 13 und Art. 44-A des CPC (*Civil Procedure Code*) geregelt und wird grundsätzlich auch für zulässig erklärt. Gem. Art. 44-A des CPC wird ein Urteilspruch durch ein höheres Gericht („*Superior Court*“) eines Landes, welches als „reziprokes Land“ anerkannt ist, genauso vollstreckt, als wenn das Urteil vor einem indischen Gerichtes ergangen wäre. Zu diesem Zweck muss die Person, welche die Vollstreckung eines ausländischen Urteils anstrebt, eine beglaubigte Abschrift des Urteils zusammen mit einer Bescheinigung des *Superior Court* einreichen, aus dem sich ergibt, in welchem Umfang schon vollstreckt wurde.

Stammt das Urteil nicht von einem höheren Gericht oder nicht aus einem Land, welches als „reziprokes Land“ anerkannt ist, muss das Urteil erst ein gesondertes Vollstreckungsverfahren durch ein dafür zuständiges indisches Gericht durchlaufen. Deutschland gilt nicht als „reziprokes Land“, so dass das Verfahren bei der Vollstreckung von Urteilen deutscher Gerichte in Indien erhebliche Zeit in Anspruch nehmen kann. Reziproke Länder sind z.B. Großbritannien, Hongkong und Singapur.

Fazit

Zusammengefasst kann Folgendes festgehalten werden:

- Teil 1 des ACA, welches die indischen Gerichte ermächtigt, einstweilige Verfügungen zu erlassen und Schiedssprüche außer Kraft zu setzen, wurde auf Schiedsverfahren innerhalb Indiens beschränkt.
- Ausländische Schiedssprüche sind nur dann einer Überprüfung durch die indischen ordentlichen Gerichten unterworfen, sofern es um die Vollstreckung dieser ausländischen Schiedssprüche geht.
- Die Entscheidung im *Fall Baharat Aluminium* hat keine Rückwirkung und gilt nur für ausländische Schiedsverfahren, die nach dem 6. September 2012 entschieden werden.
- Die neue Rechtsprechung des indischen *Supreme Court* hat Auswirkungen auf die Gestaltung von Schiedsklauseln. Auch bestehende Verträge sollten überprüft und ggf. angepasst werden.

Die Entscheidung des *Supreme Courts* ist begrüßenswert und führt zu einer Einschränkung der Interventionsmöglichkeit indischer Gerichte bei außerhalb Indiens stattfindenden Schiedsverfahren. Das Urteil wird das Vertrauen der Investoren in internationale Schiedsverfahren bei ihren Investments in Indien stärken, auch wenn die Entscheidung eine Reihe weiterer Fragen aufwirft.



Philipp Dietz, LL.M. (Edinburgh), Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Köln

Telefon +49 221 9937 14224

philipp.dietz@luther-lawfirm.com



Sonam Rohella

Luther Corporate Services Pvt Ltd

Gurgaon, India

sonam.rohella@luther-services.com

MYANMAR

Zähes Ringen um neues Investitionsgesetz

Das Parlament Myanmars hatte, nach einigem Ringen der verschiedenen politischen Fraktionen untereinander, am 7. September 2012 ein lang erwartetes Gesetz für ausländische Investitionen verabschiedet. Um Rechtskraft zu erlangen, hätte es noch vom Staatspräsidenten Thein Sein unterzeichnet werden müssen. Dieser hat es jedoch ans Parlament zur Nachbesserung zurückverwiesen, da es nicht so investitionsfreundlich war, wie ursprünglich von Thein Seins Regierung und ausländischen Investoren erhofft. Nun muss das Gesetz in der nächsten Sitzungsperiode des Parlaments Mitte Oktober erneut verhandelt werden.

Das neue Investitionsgesetz soll das bestehende Gesetz von 1988 ablösen. Der Wortlaut des vom Parlament verabschiedeten Gesetzes ist zwar bislang nicht veröffentlicht, einige seiner Regelungen sind aber bereits bekannt geworden. Es sollte ein Kompromiss zwischen dem ursprünglichen reform- und investitionsfreundlichen Entwurf der Regierung Thein Seins und einem eher protektionistischen Entwurf des Parlaments sein.

Reformprozess in Myanmar

Thein Sein gilt als gemäßigter Reformpolitiker, der auch von der Opposition als Gesprächspartner respektiert wird. Er wurde Anfang 2011 nach Abschaffung der Militärjunta vom Parlament zum ersten zivilen Präsidenten seit 50 Jahren gewählt. Thein Sein hat seitdem wichtige politische Reformen angestoßen. So wurden hunderte politische Häftlinge freigelassen, die Oppositionsführerin Aung San Suu Kyi zog ins Parlament ein und im August dieses Jahres wurde die Medienzensur abgeschafft.

Als Folge der in den letzten Jahren eingeleiteten Reformen und der Öffnung des Landes wurden die EU-Embargos gegen Myanmar suspendiert, mit Ausnahme des Waffenembargos, das zunächst bestehen bleiben soll. Die EU verfügt seit Mitte dieses Jahres auch über eine eigene Vertretung im Land, die demokratische und politische Prozesse intensivieren und unterstützen soll. Während asiatische Investoren, vor allem aus China und Thailand, bereits seit einigen Jahren viel in Myanmar investieren, ist der Startschuss für Investitionen aus Europa erst mit der Suspension der Embargos gefallen. Es besteht massiver Investitionsbedarf, insbesondere im Bereich Infrastruktur. Das Straßennetz ist marode, ein Schienennetz kaum vorhanden. Auch das Stromnetz des Landes befindet sich in einem desolaten Zustand. Stromausfälle sind an der Tagesordnung. Nur 25% der Bevölkerung haben überhaupt Zugang zum Stromnetz. Das Bankensystem ist stark unterentwickelt und die Abwicklung international üblicher Zahlungsvorgänge nur rudimentär möglich. Die Industrie ist weitestgehend noch durch militärnahe Unternehmen kontrolliert. Auch gibt es in fast jedem Aspekt des Wirtschaftslebens derzeit noch einen Schwarzmarkt und Korruption. Investoren müssen sich auf diese Schwierigkeiten einstellen. Gleichzeitig bietet das Land jedoch ein enormes wirtschaftliches Potenzial.

Großes Interesse ausländischer Investoren

Neben dem zu erwartenden Schub an Investitionen werden sich auch die Handelsbeziehungen mit europäischen Unternehmen vervielfachen. Größter Importeur myanmarischer Waren in Europa ist derzeit Deutschland. Gute Handelsbeziehungen bestehen derzeit bereits mit den anderen ASEAN-Staaten, insbesondere Thailand und Singapur, sowie China und Indien.

Myanmar hat eine strategisch gute Lage zwischen Indien, China und Thailand. Es sind Straßenbauprojekte mit allen diesen Ländern im Gange, die eine gute Anbindung der Regionen zueinander gewährleisten sollen. 2011 wurde mit dem Bau eines Tiefseehafens, eines 250 km² großen Industriegebietes und einer direkten Straßenanbindung nach Thailand ein nicht nur für Myanmars Verhältnisse gigantisches Großprojekt im Süden Myanmars ins Leben gerufen. Die hier entstehenden Kraftwerke, Stahlwerke, Düngemittelfabriken, petrochemischen Industrien und Werften haben und werden ein beträchtliches Ausmaß an ausländischen Investitionen mit sich bringen.

Ministerien und Behörden sind von Rangun im Süden in die neue Hauptstadt Naypyidaw, die im Landesinneren liegt, verlagert worden; wirtschaftliches Zentrum des Landes ist aber Rangun geblieben. Die Hauptstadt liegt etwa fünf bis sechs Autostunden von Rangun entfernt. Für behördliche Genehmigungsverfahren muss man regelmäßig nach Naypyidaw reisen, was als üblicher Teil des Geschäftslebens angesehen wird und entsprechend organisiert ist.

Myanmar ist reich an Bodenschätzen (Öl, Gas, Edelsteine, Gold, Kupfer). Hauptindustrie ist aber weiterhin die Land- und Forstwirtschaft. Vor der Diktatur stand das Land wirtschaftlich sehr gut da und wurde auch „Kornkammer Südostasiens“ genannt. Etwa 70 % der Beschäftigten arbeiten in der Landwirtschaft, in der etwa 40 % des Bruttoinlandsproduktes („BIP“) erarbeitet werden. Dem Wachstum der Industriebereiche Bergbau und Energie räumt die Regierung hohe Priorität ein. In der verarbeitenden Industrie, die derzeit nur etwa 15 % des BIP ausmacht, wird ein starkes Wachstum vor allem in den Bereichen Bekleidung und Textil erwartet. Auch der Bereich Tourismus bietet großes Wachstumspotenzial.

Allgemein wird erwartet, dass sich die Politik, vor allem mit Unterstützung der anderen ASEAN-Staaten, weiter in Richtung Demokratie entwickeln und stabilisieren wird.

Das Land hat etwa 60 Millionen Einwohner. Bildung hat einen sehr hohen Stellenwert, so dass die Bevölkerung trotz der Armut vergleichsweise gut ausgebildet ist. Auch stehen viele gute ausgebildete Staatsangehörige Myanmars, die derzeit im Ausland leben und arbeiten, aber Interesse daran haben, jetzt wieder in ihr Heimatland zurückzukehren, als potenzielle Arbeitskräfte zur Verfügung.

Erleichterungen für ausländische Direktinvestitionen geplant

Der Entwurf des neuen Investitionsgesetzes geht auf eine Initiative der Regierung unter Thein Sein zurück. Neben bereits ins Rollen gebrachter signifikanter Reformen des Wirtschaftssektors wie etwa einer Herabsetzung der Körperschaftssteuer von 30 % auf 25 %, der Abschaffung der Ausfuhrzölle, der Einführung eines flexiblen, marktgerechteren Wechselkurses der lokalen Währung „Kyat“, der Einrichtung von Sonderwirtschaftszonen, für die spezielle investitionsfreundliche Regelungen gelten, sowie einer Reform des Bankensektors, soll vor allem ein neues Investitionsgesetz dem notwendigen weiteren Aufschwung helfen.

Das derzeit bestehende Investitionsgesetz aus dem Jahr 1988 sieht bereits Steuererleichterungen, die Möglichkeit von Verlustvorträgen für drei Jahre und Zollerleichterungen für ausländische Investoren vor. Auch können ausländische Investoren bereits unter der bestehenden Gesetzeslage eine Gesellschaft in Myanmar entweder als 100%ige Tochtergesellschaft oder als Joint Venture mit einem lokalen Partner gründen oder dort eine Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft registrieren. Für ein Engagement im Land bedürfen ausländische Investoren der Genehmigung der „*Myanmar Investment Commission*“ („MIC“). Ob die Investition von der MIC genehmigt wird, hängt unter anderem von Folgendem ab: Anzahl der für lokale Angestellte geschaffenen Arbeitsplätze, Transfer von Know-how, Unterstützung der Entwicklung der lokalen Infrastruktur, Umweltfreundlichkeit des Projekts. Das Mindestkapital für 100%ige Tochtergesellschaften ausländischer Investoren für eine Dienstleistungsgesellschaft beträgt derzeit 300.000 US-Dollar und für eine Industriegesellschaft im Bereich Produktion 500.000 US-Dollar.

Dass ausländische Investitionen in das Land dennoch nur bislang eingeschränkt flossen, liegt nicht nur an den Embargos, die bis vor kurzem bestanden, sondern neben der zähen Verwaltung und komplizierten Zahlungsmechanismen auch an zahlreichen Restriktionen, die noch auf Gesetzesebene bestehen. So sind Investitionen in bestimmten Wirtschaftsbereichen staatseigenen Unternehmen vorbehalten. Dazu zählen u. a. die Förderung, der Verkauf und die Verarbeitung von Öl und Gas. Weil myanmarische Staatsunternehmen jedoch selten ohne ausländisches Kapital auskommen, gehen sie in der Praxis sogenannte „Product Sharing“-Verträge mit ausländischen Investoren ein.

Die Regierung möchte künftig ausländische Investitionen auch in bislang geschützten Wirtschaftsbereichen, inklusive dem Öl- und Gas-Sektor, zulassen. Der von der Regierung zunächst vorgelegte Entwurf des Gesetzes für ausländische Investitionen sah verbesserte steuerliche Anreize für ausländische Investitionen (Steuerbefreiung von bis zu zehn Jahren) vor. Vor allem sollte aber die Möglichkeit, Immobilien zu pachten oder zu mieten verbessert werden. Ausländische Investoren sollten Immobilienmiet- oder Erbpachtverträge mit einer Laufzeit von bis zu 30 Jahren mit Verlängerungsmöglichkeit eingehen dürfen. Bisher ist dies nur für eine Dauer von einem Jahr möglich, was ein erhebliches Hemmnis für Investitionen darstellt. Nicht zuletzt führte diese Restriktion dazu, dass ausländische Investoren in der Vergangenheit Investitionen in Myanmar über lokale Treuhänder tätigten. Die MIC hat zwischenzeitlich jedoch ausdrücklich klargestellt, dass Investitionen von Ausländern im Einklang mit dem Gesetz für ausländische Investitionen zu erfolgen haben und die Einsetzung lokaler Treuhänder als Gesellschafter nicht zulässig ist. Ein Verstoß dagegen führe dazu, dass der ausländische Investor für künftige Investitionen gesperrt werde. Auch könne der ausländische Investor etwaige Rechte und Pflichten, die er mit einem solchen Treuhänder vereinbart hat, in Myanmar nicht durchsetzen.

Der Gesetzesentwurf stieß bei lokalen Geschäftsleuten auf Kritik. Es hieß, er öffne das Land für ausländische Konkurrenz zu schnell. Die Befürworter protektionistischer Maßnahmen erreichten, dass der ursprüngliche Gesetzesentwurf soweit geändert wurde, dass er den Status quo nicht mehr verbesserte, sondern gar für ausländische Investoren verschlechterte. So sollten ausländische Investoren in zahlreichen Marktsegmenten allenfalls über ein Joint Venture mit lokalen Partnern investieren und nur 49% der Anteile an der Joint-Venture-Gesellschaft halten dürfen. Auch sollte die Investition nicht weniger als 5 Millionen US-Dollar betragen. Mindestens 75% der Angestellten sollten zudem innerhalb von sechs Jahren Staatsangehörige Myanmars sein. Der frühere Gesetzesentwurf der Regierung sah dagegen 15 Jahre Zeit für die Umstellung auf lokale Arbeitskräfte vor.

Die protektionistischen Forderungen stießen auf Widerstand der Regierung und nach kontroversen Diskussionen wurden einige der protektionistischen Regelungen wieder gestrichen. Insbesondere sieht der Gesetzesentwurf nun nicht mehr das Erfordernis der 5 Millionen US-Dollar Mindestinvestitionssumme im vom Parlament verabschiedeten Gesetzestext vor. Auch soll die Maximalbeteiligung von ausländischen Investoren in bestimmten geschützten Marktsektoren von 49% auf immerhin 50% angehoben worden sein.

Ausblick

Das Gesetz blieb aber auch nach diesen Änderungen zu weit hinter den ursprünglichen Hoffnungen ausländischer Investoren und der Thein-Sein-Regierung zurück, so dass Thein Sein es nicht in Kraft setzte. Alle Hoffnung auf eine stärkere Marktöffnung Myanmars wird nun auf die Verhandlung des Gesetzes im Parlament in der nächsten Sitzungsrunde im Oktober gesetzt. Die Entwicklung zeigt jedenfalls bereits jetzt, dass Myanmar auf dem Weg zu einer Demokratie ist.



Birgitta von Dresky, Partnerin

Luther LLP

Singapur

Telefon +65 6408 8008

birgitta.von.dresky@luther-lawfirm.com

SINGAPUR

Neues regulatorisches Umfeld für Fund Management Companies in Singapur

Nach langem Warten sind am 7. August 2012 die Änderungen des regulatorischen Umfelds für *Fund Management Companies* („FMCs“) in Singapur in Kraft getreten. Die zuständige Finanzregulierungsbehörde und gleichzeitig Zentralbank Singapurs, die *Monetary Authority of Singapore* („MAS“), hatte sich mit den Änderungen über zwei Jahre Zeit gelassen, um Feedback und Vorschläge von Betroffenen im Rahmen einer von April 2010 bis Oktober 2011 andauernden Konsultationsphase gebührend zu würdigen.

Verbesserte Rahmenbedingungen durch transparente Strukturen und klare Richtlinien

Bis dato gab es in Singapur die folgenden zwei Kategorien von FMCs:

- FMCs, die eine Lizenz zur Ausübung der regulierten Aktivität „*Fund Management*“ innehaben („LFMCs“), und
- FMCs, die aufgrund einer Ausnahmeregelung von der Pflicht der Beantragung einer Lizenz befreit sind, („EFMCs“), die aber ihre Tätigkeit der MAS anzeigen mussten.

Im Zuge des geänderten regulatorischen Umfelds hat die MAS die Kategorien der FMCs neu strukturiert. Die Gruppe der EFMCs wird mit dem neuen Regime abgeschafft und durch die Kategorie der registrierten FMCs, die Fund- Management-Aktivitäten ohne Lizenz ausüben, aber bei der MAS registriert sind („RFMCs“) ersetzt. Die Kategorie der LFMCs wird, abhängig vom Geschäftsmodell und der Art der Investoren, in zwei weitere Untergruppen unterteilt.

Nachfolgend werden die zentralen Neuerungen für FMCs in Singapur unter dem reformierten regulatorischen Umfeld dargestellt. Die von den verschiedenen Kategorien von FMCs zu erfüllenden allgemeinen Anforderungen und Compliance-Strukturen werden aufgezeigt und erläutert. Am Ende des Beitrags folgt eine kurze Bewertung der reformierten Gesetzeslage einschließlich Handlungsempfehlungen.

Neue Kategorien von FMCs

RFMCs

Die Kategorie der RFMCs bezeichnet Unternehmen, die „Fund Management“ Aktivitäten in Singapur ausüben dürfen, ohne hierfür eine Lizenz beantragen zu müssen. Statt einer Lizenz ist eine Registrierung bei der MAS erforderlich, die genau wie die Beantragung einer Lizenz, durch Übermittlung eines bestimmten Formulars bei der MAS beantragt werden muss.

Die Gruppe der RFMCs ersetzt die bis dato unter einem Ausnahme-Status als EFMCs operierenden Unternehmen. Das wesentliche Kriterium, um unter den Ausnahme-Status der EFMCs zu fallen, war bislang die Bedingung, dass die Kundenanzahl 30 qualifizierte Investoren nicht überschreitet, wovon nicht mehr als 15 Fonds oder „Limited-Partnership- Fond-Strukturen“ sein durften.

Um nun unter dem neuen Regime als RFMC qualifiziert werden zu können, müssen FMCs neben der weiterhin geltenden Beschränkung auf 30 qualifizierte Investoren sicherstellen, dass ihr Anlagevolumen 250 Millionen SGD nicht überschreitet. Sobald das Anlagevolumen droht, 250 Millionen SGD zu übersteigen, muss eine Lizenz beantragt werden. Es obliegt dabei den Unternehmen, zu beobachten, ob diese Grenze überschritten wird.

LFMCs

Sofern die für die RFMCs geltenden Kriterien überschritten sind, ist eine Fund-Management-Gesellschaft verpflichtet, eine Lizenz bei der MAS für die Ausübung der Fund-Management-Aktivitäten einzuholen. Dabei gibt es folgende zwei verschiedene Kategorien:

Als A/I LFMCs werden solche FMCs mit Lizenz bezeichnet, die Fund-Management-Aktivitäten in Singapur für qualifizierte Investoren ausüben, ohne dass die Anzahl ihrer Investoren begrenzt ist. A/I LFMCs dürfen Fund-Management-Aktivitäten daher für beliebig viele Investoren ausüben, solange diese unter die Gruppe qualifizierter Investoren subsumiert werden können.

In die zweite Kategorie fallen die sog. Retail LFMCs, die Fund-Management-Aktivitäten in Singapur für sämtliche Investoren ausüben dürfen. Sie sind weder im Hinblick auf die Art der Investoren, noch auf eine bestimmte Investorenanzahl begrenzt.

Bewerbungskriterien und weitere Anforderungen

Neben dieser strukturellen Neuordnung stellt die MAS die allgemeinen Kriterien und Anforderungen an die Führung der Geschäfte sowohl für LFMCs, als auch für RFMCs klar. Zur Gewährleistung eines hohen Qualitätsstandards von in Singapur ausgeübten Fund-Management-Aktivitäten werden die Compliance-Anforderungen für LFMCs und für RFMCs allgemein angehoben.

Um sich erfolgreich für eine Lizenz zur Ausübung von Fund-Management-Aktivitäten oder für den Status als RFMC bei der MAS bewerben zu können, müssen FMCs eine Reihe von Kriterien erfüllen. Spürbar wird dies vor allem für kleinere FMCs mit so genannten „Family-Office-Strukturen“ sein, die ihre Fund-Management-Aktivitäten in Singapur bislang als EFMC ausgeübt haben.

Während EFMCs unter dem alten Regime kaum konkrete Voraussetzungen zu Stammkapital, Compliance-Strukturen oder Risikomanagement erfüllen mussten, ist die Gruppe der RFMCs unter dem neuen Regime von der MAS, insbesondere im Hinblick auf zu erfüllende Compliance-Strukturen, Risikomanagement und Voraussetzungen zur allgemeinen Führung der Geschäfte sowie dem Stammkapital stärker reguliert. Hierdurch soll die Transparenz hergestellt werden, die bislang gerade in Bezug auf den Status der EFMCs vermisst wurde.

RFMCs

Unternehmen müssen folgende Voraussetzungen erfüllen, um erfolgreich bei der MAS als RFMC registriert werden zu können.

Personal

RFMCs müssen mindestens zwei Fachkräfte beschäftigen und als Repräsentanten benennen, die Fund-Management-Aktivitäten für das Unternehmen auf einer täglichen Basis in Vollzeit ausüben, ihren Wohnsitz in Singapur haben und eine für Fund-Management-Aktivitäten „relevante“ Berufserfahrung von mindestens fünf Jahren aufweisen. Insbesondere das Erfordernis der relevanten Berufserfahrung von mindestens fünf Jahren darf nicht unterschätzt werden. Klare Richtlinien bestehen hier zwar (noch) nicht, erfahrungsgemäß ist jedoch mit der Ansetzung eines strengen Maßstabs im Einzelfall zu rechnen.

Zudem müssen RFMCs mindestens zwei Fachkräfte als Direktoren ernennen, von denen eine Person als „Managing Director“ bestimmt werden muss. Die Direktoren müssen ebenfalls Vollzeitkräfte sein, in Singapur wohnen und eine relevante Berufs-

erfahrung von mindestens fünf Jahren aufweisen können. Erwartet wird hier z. B., dass die Direktoren und der Managing-Director-Erfahrung im Bereich Management und/oder Erfahrung in einem Aufsichtsgremium gesammelt haben.

Es ist möglich, dieselben Personen als Direktoren und Repräsentanten für das Unternehmen zu ernennen. Sofern dies angestrebt wird, ist aber sicherzustellen, dass die Fachkräfte die erforderliche relevante Berufserfahrung sowohl für die Position als Direktor, als auch im Hinblick auf die operative Ausübung der Fund-Management-Aktivitäten als Repräsentant des RFMC aufweisen.

Mindestens müssen RFMCs damit zwei Vollzeitkräfte in Singapur beschäftigen, die dann relevante Berufserfahrung im Hinblick auf ihre Direktorentätigkeit sowie die Fund-Management-Aktivitäten haben müssen.

Stammkapital

Während EFMCs kein bestimmtes Stammkapital aufweisen mussten, sind RFMCs dazu verpflichtet, bereits im Zeitpunkt des Antrags auf Registrierung, ein Stammkapital in Höhe von mindestens SGD 250.000 vorzuweisen.

Compliance-Strukturen

Eine zwingende Umsetzung von besonderen Compliance-Strukturen war für EFMCs bislang nicht vorgesehen. RFMCs müssen nun Compliance-Strukturen implementieren, die an das Geschäftsmodell und die Unternehmensstruktur angepasst sind. Die MAS gibt hier keine konkreten Vorgaben; es können externe Dienstleister als Compliance-Officer engagiert, eine entsprechende interne Compliance-Funktion geschaffen oder Unterstützung von verbundenen Unternehmen bzw. dem Mutterkonzern in Anspruch genommen werden. Das Direktorium der Gesellschaft ist für das Bestehen angemessener Compliance-Strukturen verantwortlich.

Risikomanagement

Neben den Compliance-Strukturen müssen RFMCs ein ihrem Geschäftsmodell und ihrer Unternehmensgröße entsprechendes Programm zur Erfassung, Bewertung und Vermeidung von Risiken implementieren, das zumindest folgende Anforderungen erfüllt:

- Das Risikomanagement sollte von dem Management des RFMCs überwacht werden und in seiner Funktion unabhängig von Fund-Management-Aktivitäten ausgeübt werden;
- Personen, die Risikomanagement innerhalb des RFMCs betreiben, sollten entsprechende Erfahrung haben;
- Das Risikomanagement sollte so ausgeübt werden, dass Investitionsrisiken bewertet und identifiziert werden können;

- Es müssen Mechanismen etabliert werden, mit denen identifizierte Risiken stetig beobachtet werden können;
- Alle mit dem Risikomanagement verbundenen Richtlinien, Prozesse und Berichte müssen ordnungsgemäß dokumentiert und aufbewahrt werden.

Obwohl die MAS noch keine weitergehenden konkreten Vorgaben in Bezug auf die Etablierung eines geeigneten Programms zum Risikomanagement entwickelt hat, ist bereits aufgrund der oben genannten Mindestvoraussetzungen ein strenger Maßstab anzusetzen. Die Bedingung, dass Risikomanagement unabhängig von der Ausübung der Fund-Management-Aktivitäten betrieben werden muss, zeigt, dass die MAS die Aufgabe als eine eigenständige Funktion mit eigenen Pflichten bewertet. Für kleinere RFMCs bietet sich daher eine Auslagerung des Risikomanagements an externe Dienstleister an.

Audit

RFMCs müssen sowohl einen internen, als auch einen externen Wirtschaftsprüfer benennen. Die interne Buchprüfung kann dabei entweder vom dem RFMC selbst, einem externen Audit-Team z. B. des Mutterkonzerns oder einem externen Dienstleister wahrgenommen werden.

Neben dem internen Wirtschaftsprüfer ist auf jeden Fall zusätzlich ein externer Wirtschaftsprüfer zu bestimmen, der eine unabhängige Prüfung vornimmt. Sofern die MAS den beauftragten externen Wirtschaftsprüfer nicht für angemessen hält, kann die MAS einen anderen Prüfer für die RFMCs benennen.

Geschäftsführung

Auch müssen alle RFMCs bestimmte Verhaltensregeln beim Ausüben ihrer Fund-Management-Aktivitäten beachten. Erforderlich ist z. B., dass das Anlagevermögen der Kunden getrennt vom eigenen Gesellschaftsvermögen verwaltet wird.

Ebenfalls müssen die geltenden Bewertungs- und Reporting-Regeln beachtet werden. Hierfür ist ein externer Dienstleister (fund administrator oder custodian) zu beauftragen, wenn nicht gewährleistet werden kann, dass diese Aufgabe unabhängig von der Ausübung der Fund-Management-Aktivitäten ausgeübt werden kann.

Weiter sind RFMCs dazu angehalten, Mechanismen zur Vermeidung potenzieller Interessenkonflikte zu implementieren, sowie die für Investoren relevanten Informationen diesen in angemessenem Umfang mitzuteilen.

Daneben müssen RFMCs selbstverständlich alle sonstigen, in Singapur geltenden Gesetze und administrativen Pflichten erfüllen. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die fol-

genden Vorgaben relevant: Bestimmungen zur Vermeidung von Geldwäsche und der Bekämpfung von Terrorismus, die Pflicht zur Notifikation jeglicher Änderungen des RFMCs (z.B. Änderungen der Direktoren), Notifikation über die Beendigung der Fund-Management-Aktivität vor Einstellung der Geschäfte und die Einreichung des Jahresabschlusses bei der MAS.

A/I LFMCs

Für FMCs, die in Singapur Fund-Management-Aktivitäten als A/I LFMCs ausüben möchten, gelten die für RFMCs oben dargelegten Anforderungen mit folgenden Modifikationen:

Stammkapital

Auch A/I LFMCs müssen ein Stammkapital in Höhe von SGD 250.000 vorweisen. Anders als für RFMCs verlangt die MAS jedoch, dass A/I LFMCs ihrem Unternehmensrisiko entsprechend ein Stammkapital aufweisen, das mindestens 120% des selbst bestimmten operativen Risikos beträgt. Gegebenenfalls ist daher ein höheres Stammkapital erforderlich.

Compliance-Strukturen

Während die MAS den RFMCs keine klaren Vorgaben zur konkreten Einrichtung der Compliance-Strukturen gibt, empfiehlt die MAS für A/I LFMCs die Einstellung einer vom Unternehmen unabhängigen Senior-Fachkraft oder die Einrichtung eines unabhängigen Compliance-Teams. Ist dies nicht möglich, muss ein externer Dienstleister die Compliance-Funktion für die A/I LFMCs ausüben.

Bericht an MAS

Für A/I LFMCs gelten weitergehende Notifikationspflichten als für RFMCs. Mittels von der MAS zur Verfügung gestellter Formulare sind A/I LFMCs z.B. zur quartalsweisen Berichterstattung über das Anlagevermögen, finanzielle Mittel und Risiken verpflichtet.

Retail LFMCs

Für Retail LFMCs gelten im Vergleich zu den bereits dargelegten Bedingungen folgende Besonderheiten:

Personal

Während Retail LFMCs ebenfalls zwei Vollzeitkräfte als Direktoren ernennen müssen, von denen eine Person als „Managing Director“ ernannt werden muss, sind Retail LFMCs, anders als RFMCs und A/I LFMCs dazu verpflichtet, nicht nur zwei, sondern drei Vollzeitkräfte als Repräsentanten zu ernennen.

Diese drei Repräsentanten müssen ebenfalls über mindestens fünf Jahre relevante Berufserfahrung verfügen und ihren Wohnsitz in Singapur haben. Der als Managing Director ernannte Direktor muss sogar relevante Berufserfahrung von mindestens zehn Jahren mitbringen.

Stammkapital

Retail LFMCs müssen ein Stammkapital von mindestens SGD 500.000 oder sogar SGD 1.000.000 aufweisen, abhängig von der Struktur ihrer Investitionen. Ebenso wie bei A/I LFMCs verlangt die MAS zusätzlich, dass Retail LFMCs ihrem Unternehmensrisiko entsprechend ein Stammkapital aufweisen, das mindestens 120% des selbst bestimmten operativen Risikos beträgt.

Compliance-Strukturen

Retail LFMCs sind dazu verpflichtet, innerhalb des Unternehmens eine Compliance-Funktion zu schaffen, die mit so vielen Fachkräften auszustatten ist, wie es die Struktur und das Geschäftsmodell der Retail LFMC erfordert. Die Fachkräfte müssen über eine angemessene Qualifikation verfügen und dürfen keine Fund-Management-Aktivitäten ausüben.

Berufshaftpflichtversicherung

Anders als RFMCs und A/I LFMCs sind Retail LFMCs zum Abschluss einer angemessenen Berufshaftpflichtversicherung verpflichtet. Die mindestens erforderliche Haftungssumme ist dabei von der Höhe des Anlagevermögens abhängig.

Folgen für die Praxis

Das neue Regime zur Regulierung von Fund-Management-Aktivitäten ist als Verbesserung der bislang teilweise undurchsichtigen Rahmenbedingungen zu bewerten. FMCs haben nun klare Vorgaben sowohl für ihre Einordnung als RFMC, A/I LFMC oder Retail LFMCs, als auch in Bezug auf die jeweils zu erfüllenden Anforderungen an ihr Set-up und die Unternehmensstruktur.

Insbesondere die Umbenennung und Neuordnung solcher FMCs, die von der MAS reguliert, aber von der Pflicht der Beantragung einer Lizenz befreit sind, ist zu begrüßen. Hier bestand bislang wenig Klarheit. Zweifelhaft war bereits der Status, da den Unternehmen die Prüfung, ob sie unter die Ausnahme von der Lizenzpflicht fallen, selbst oblag. Nach der Prüfung sollte dann lediglich eine Notifikation an die MAS zu deren Kenntnissnahme erfolgen. In der Praxis endete dies schon oft in einer langwierigen Prüfung durch und Kommunikation mit der MAS über die Frage, ob die Gesellschaft die Voraussetzungen eines EFMC erfüllt.

Unter dem neuen Regime ist klar, dass die FMCs, die von der Lizenzpflicht zur Ausübung von Fund-Management-Aktivitäten befreit sind, bei der MAS in einem öffentlichen Register als RFMCs vermerkt werden. Zur Registrierung sind die oben dargelegten Voraussetzungen zu erfüllen. Werden diese nicht erfüllt, so kann die Gesellschaft die Fund-Management-Aktivität in Singapur nicht ausüben. Auch wenn die zu erfüllenden Compliance-Anforderungen für bestehende EFMCs teilweise Neustrukturierungen erforderlich machen, sind die Modifikationen aufgrund der geschaffenen Transparenz und Klarheit als deutliche Verbesserung zu bewerten. Die höheren Anforderungen gewährleisten zudem eine bessere Qualität.

Handlungsempfehlungen

Unternehmen, die in Singapur von der MAS regulierte Fund-Management-Aktivitäten ausüben möchten, obliegt es nun zu prüfen, welche Anforderungen sie zur Ausübung ihrer Geschäfte erfüllen müssen. Entweder ist eine Lizenz oder eine Registrierung als RFMC zu beantragen.

Zur Umsetzung der neuen Regularien gibt die MAS den Unternehmen sechs Monate Zeit, beginnend mit dem 7. August 2012. Bis zum 6. Februar 2013 haben Unternehmen damit Zeit, eine Lizenz oder Registrierung als RFMC zu beantragen. FMCs, die derzeit als EFMCs ihre Fund-Management-Aktivitäten in Singapur ausüben, verlieren ihren Status automatisch, sofern sie sich nicht innerhalb des genannten Zeitraums für eine der beiden Optionen bewerben. Sie dürfen dann ab dem 7. Februar 2013 keine Fund-Management-Aktivitäten in Singapur mehr ausüben.

Bereits im Zeitpunkt der Antragstellung müssen die Unternehmen alle Anforderungen, inklusive der Compliance-Strukturen, und den allgemeinen Bedingungen zur Führung der Geschäfte, erfüllen.

Die Beantragung der Lizenz oder der Registrierung erfolgt online und kann von externen Beratern ausgeführt werden. Luther LLP unterstützt derzeit fünf Unternehmen bei dem Bewerbungsprozess und bietet Schulungen zum Thema an.



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



Dr. Christina Zantis, LL.M. (NUS Singapore)
Luther LLP
Singapore
Telefon: +65 6408 8025
christina.zantis@luther-lawfirm.com

Wettbewerbsbeschränkungen im Arbeitsrecht Singapurs

Singapurs Arbeitsrecht kann mit Recht als eines der weltweit liberalsten betrachtet werden. Bei der arbeitsrechtlichen Vertragsgestaltung werden den Parteien kaum Grenzen gesetzt. Eine dieser Grenzen stellt jedoch die kritische Betrachtung sogenannter „Restraint of Trade“-Vereinbarungen durch die Arbeitsgerichte in Singapur dar. Die restriktive Bewertung wurde durch zwei kürzlich gefällte höchst-richterliche Entscheidungen bestätigt.

Der Fall *Mano Vikrant Singh vs. Cargill TSF Asia Pte Ltd* behandelte den Anspruch auf Auszahlung von Bonusleistungen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Bonusplan des Unternehmens sah vor, dass die Hälfte der Bonusleistungen sofort, der restliche Betrag über eine Zeitspanne von bis zu drei Jahren ausgezahlt werden sollte. Der Anspruch auf Bonusleistungen sollte aber erlöschen, falls der Arbeitnehmer innerhalb von zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Handel mit Finanzinstrumenten oder Warenderivaten tätig wird. Nach zwei Jahren Unternehmenszugehörigkeit beendete der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis und gründete seine eigene Firma. Diese handelte mit Finanzinstrumenten und Warenderivaten, worauf der alte Arbeitgeber die Auszahlung des Bonusbetrages verweigerte.

In *Smile Inc Dental Surgeons Pte Ltd. vs. Lui Andrew Steward* ging es um den Fall eines Zahnarztes, der sich nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses selbstständig gemacht und entgegen einer im Arbeitsvertrag enthaltenen Klausel etliche Patienten in seine neugegründete Praxis mitgenommen hatte.

Was sind „Restraint of Trade“ Klauseln?

„Restraint of Trade“-Klauseln sind in Singapur weit verbreitet. Vergleichbar mit in Deutschland gebräuchlichen Wettbewerbsverbotsvereinbarungen oder Konkurrenzklauseln werden diese gerne auf Arbeitgeberseite genutzt, um Arbeitnehmer auch nach Ablauf des Beschäftigungsverhältnisses von Handlungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Geschäftsinteressen des Arbeitgebers zuwider laufen.

„Restraint of Trade“-Klauseln treten in unterschiedlichen Erscheinungsformen auf. Je nach Art ihrer Ausgestaltung verbieten sie Arbeitnehmern für einen bestimmten Zeitraum das Tätigwerden für Konkurrenten. Auch sehen die „Restraint of Trade“-Klauseln vor, dass ehemaligen Mitarbeiter, die versuchen, sich in demselben Geschäftsbereich selbstständig zu machen, ein solches Verhalten oder auch das Abwerben von Kundschaft oder Mitarbeitern durch entsprechende Vereinbarungen untersagt wird. Andere Vereinbarungen verbieten die Ausübung bestimmter Tätigkeiten in einem bestimmten räumlichen Umfeld des Arbeitgebers.

Gewisse Vertragsbestimmungen sehen auch die Verwirkung von bereits entstandenen Ansprüchen auf Entgeltzahlungen vor (sogenannte „Forfeiture Provisions“). Während herkömmliche „Restraint of Trade“-Klauseln klare Verbotregelungen für den Wettbewerb aussprechen, wird der Arbeitnehmer nach Meinung des Berufungsgerichts („Court of Appeal“) im Verfahren *Mano Vikrant Singh vs. Cargill TSF Asia Pte Ltd* im Rahmen dieser

Vereinbarungen indirekt vom Eintritt in den Wettbewerb abgehalten. Wie traditionelle „*Restraint of Trade*“-Klauseln zielen diese Vertragsbestimmungen damit ebenso darauf ab, das Arbeitnehmerverhalten auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu kontrollieren.

Durchsetzbarkeit von „*Restraint of Trade*“-Klauseln

Seit der im Jahr 2007 ergangenen Entscheidung des Court of Appeal im Verfahren *Man Financial (S) Pte Ltd vs. Wong Bark Chuan David* wird neben den schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers besonderes Augenmerk auf die inhaltliche Angemessenheit der konkreten Vereinbarung gelegt. Auf eine Beschränkung des Wettbewerbs abzielende Vertragsbestimmungen sind nur dann zulässig, sofern sie in einem zweistufigen Test als „angemessen“ in Bezug auf die Parteieninteressen als auch im Hinblick auf das öffentliche Interesse bewertet werden können.

Das Erfordernis eines solchen Tests auch für „*Forfeiture Provisions*“ wurde nun durch den Court of Appeal im Fall *Mano Vikrant Singh vs. Cargill TSF Asia Pte Ltd* bestätigt. In Abkehr zur Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts wertete der *Court of Appeal* derartige Vereinbarungen ebenfalls als Wettbewerbsbeschränkung, die der gleichen Prüfung auf Angemessenheit unterliege.

„*Restraint of Trade*“-Klauseln sind damit nur durchsetzbar, wenn sie die Interessen des Arbeitgebers verhältnismäßig schützen, so dass die Interessen des Arbeitnehmers auf eine freie und ungehinderte Erwerbs- bzw. Geschäftstätigkeit wirksam dahinter zurücktreten.

Um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsvereinbarung und in weiterer Folge deren Aufhebung zu vermeiden, ist daher besonderes Augenmerk auf den Entwurf derartiger Vereinbarungen zu legen.

Während einschlägige Klauseln manchmal aufgrund mangelhafter Sorgfalt ungenau formuliert werden, lässt die Vertragsgestaltung in anderen Fällen absichtlich großen Spielraum. Sogenannte „*Cascading Clauses*“ werden in der Hoffnung erstellt, dass ein Arbeitsgericht unzulässige Regelungen der Vereinbarung durch „Herausstreichen“ aus dem Vertrag für undurchsetzbar erklärt, den Rest der Vereinbarung jedoch bestehen lässt.

In seiner Entscheidung im Fall *Smile Inc Dental Surgeons Pte Ltd vs. Lui Andrew Steward* orientierte sich der Court of Appeal bei der Prüfung der Gültigkeit von „*Cascading Clauses*“ an ausländischer Rechtsprechung. Während New South Wales derar-

tige Vereinbarungen für zulässig erklärt, sind diese nach Meinung des kanadischen Supreme Courts nicht erlaubt. Der Court of Appeal hielt letztlich die Ansicht des kanadischen Supreme Courts für überzeugend.

Nach Meinung des Gerichts würde ein Herausstreichen unzulässiger Vertragsbestandteile zu einem Neu-Entwurf seitens des Gerichts führen, wobei dieses von Fall zu Fall subjektiv über die Angemessenheit einer Vereinbarung entschiede. Des Weiteren würden die Vertragsparteien von sämtlichen Pflichten zur sorgfältigen Vertragsgestaltung befreit. Schließlich enthielte ein solches Vorgehen auch keinen Ansporn des Arbeitgebers zum Entwurf einer angemessenen Vereinbarung, da im schlimmsten Fall die unzulässigen Teile der Vereinbarung seitens des Gerichts einfach gestrichen würden, die Restvereinbarung jedoch bestehen bliebe.

Um die Angemessenheit einer „*Restraint of Trade*“-Klausel gegebenenfalls vor Gericht belegen zu können, sollten daher bei deren Entwurf folgende Kriterien beachtet werden:

Auswahl einer vernünftigen Zeitspanne, während derer der ehemalige Arbeitnehmer nicht in Konkurrenz treten darf;
Genauere Festlegung bzw. Spezifizierung des Geschäftszweiges, in dem der Arbeitnehmer nicht aktiv werden darf; und
Festlegung eines zumutbaren geografischen Gebietes, in dem der ehemalige Arbeitnehmer nicht agieren soll.

Treuezahlungsvereinbarungen als Alternative

Aufgrund der restriktiven Auslegung von „*Restraint of Trade*“-Klauseln empfiehlt sich die Erwägung anderer Alternativen, wie etwa Treuezahlungsvereinbarungen (sogenannte „*Payment for Loyalty Clauses*“). Diese Vereinbarungen sehen Bonuszahlungen im Falle des Verbleibens des Arbeitnehmers vor und sollen diesen dadurch zu einer langfristigen Bindung an das Unternehmen motivieren. Nach Ansicht des Court of Appeal im Fall *Mano Vikrant Singh vs. Cargill TSF Asia Pte Ltd* unterscheiden sich Treuezahlungsvereinbarungen von den eingangs erwähnten Verwirkungsabreden im Wesentlichen durch zwei Punkte:

- Während Verwirkungsabreden bei bereits vom Arbeitnehmer erworbenen Ansprüchen auf Entgeltzahlungen ansetzen, sehen Treuezahlungsvereinbarungen zusätzliche Bonuszahlungen für die Treue des Arbeitnehmers vor, welche dieser im Zeitpunkt seines Austrittes aus dem Unternehmen noch nicht erworben hat.
- Verwirkungsabreden zielen auf die Kontrolle des Arbeitnehmerverhaltens nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab. Im Gegensatz hierzu betreffen Treuezahlungsvereinbarungen Handlungen und Verhaltensweisen von Arbeitnehmern während des Beschäftigungsverhältnisses. Letztere beschränken weniger die Freizügigkeit des Arbeitnehmers, sondern belohnen diesen vielmehr für dessen Treue im Fall seines Verbleibes und finden daher breitere Anerkennung.

Es wird jedoch nicht genügen, eine Wettbewerbsklausel so umzuformulieren, dass sie sich auf noch nicht erworbene Rechte bezieht. Auch dann wird das Gericht die einzelne Klausel in ihrem Kontext auf ihre Wirksamkeit überprüfen.

Fazit

„*Restraint of Trade*“-Vereinbarungen sind zwar ein beliebtes Mittel zur über das Beschäftigungsverhältnis hinausgehenden Kontrolle von Arbeitnehmerverhalten. Solche Vereinbarungen werden in Singapur jedoch bereits seit längerem kritisch betrachtet und ihre restriktive Bewertung erst kürzlich wieder durch zwei höchstgerichtliche Entscheidungen bestätigt. Die Durchsetzbarkeit von „*Restraint of Trade*“-Klauseln wird vom Bestehen eines Tests abhängig gemacht, bei dem die entsprechenden Klauseln neben einer Prüfung des Vorliegens geschützter Arbeitgeberinteressen vor allem auf ihre Angemessenheit getestet werden. Die Gründlichkeit und Sorgfalt, die beim Entwurf einer einschlägigen Klausel an den Tag gelegt wird, entscheidet generell über deren Zulässigkeit und Durchsetzbarkeit. Angesichts dieser Umstände kann sich die Erwägung anderer Alternativen empfehlen, wie etwa die Vereinbarung von Bonuszahlungen für den Fall des Verbleibs im Unternehmen.



Dr. Thomas Hufnagel, Partner
Luther LLP
Singapur
Telefon +65 6408 8005
thomas.hufnagel@luther-lawfirm.com



Matthew Boyd
Luther LLP
Singapur
Telefon +65 6408 8000
matthew.boyd@luther-lawfirm.com



Anton Fischer, LL.M. (Leiden)
Luther LLP
Singapur
Telefon +65 6408 8000
anton.fischer@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

Grafische Gestaltung/Art Direction: VISCHER&BERNET GmbH

Agentur für Marketing und Werbung, Mittelstraße 11/1

70180 Stuttgart, Telefon +49 711 23960 0, Telefax +49 711 23960 49

contact@vischer-bernet.de

Druck: Zarbock GmbH & Co. KG

Sontraer Straße 6, 60386 Frankfurt a. M., Telefon +49 69 420903 0

Telefax +49 69 420903 50, team@zarbock.de

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

Obgleich 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.

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.

