

Newsletter, 2. Quartal 2012

Foreign Law & Investments

Aus der Luther Welt	Seite 2	Indien	
Veranstaltungshinweise	Seite 3	Der Vodafone Fall: Ende gut – Alles gut?	Seite 23
Neue Publikationen	Seite 4		
<hr/>			
Australien		Indiens Budget 2012 – ein Haushalt mit Rückwirkung?	Seite 25
Der neue Personal Property Securities Act (2009): Reformierung der Vorschriften über dingliche Sicherheiten	Seite 5		
<hr/>			
Brasilien		Malaysia	
Durchgriffshaftung im brasilianischen Kapitalgesellschaftsrecht	Seite 7	Malaysias Green Image – die Förderung von erneuerbaren Energien	Seite 27
<hr/>			
Update: Ausschluss juristischer Personen als Inhaber einer EIRELI	Seite 10	Malaysia und Singapur verbessern den Schutz personenbezogener Daten durch Datenschutzgesetze	Seite 29
<hr/>			
China		Russland	
Neuere Entwicklungen in China und Auswirkungen auf die Praxis	Seite 11	Was ändert sich durch den WTO-Beitritt Russlands für deutsche Unternehmen, die auf dem russischen Markt tätig sind?	Seite 33
<hr/>			
Chinas neuer Lenkungkatalog für ausländische Investitionen	Seite 13	Singapur	
<hr/>			
Wettbewerbsverbote für Mitglieder des Managements in China	Seite 14	„Lemon Law“ oder die Verbesserung der Verbraucherrechte	Seite 36
<hr/>			
Arbeitsstreit bei der Schiedskommission in China	Seite 16	Singapur Budget 2012	Seite 38
<hr/>			
OVGH konkretisiert Insolvenzgründe und Beweislast	Seite 20	Merger Control made in Singapur	Seite 40
<hr/>			
Neue Bestimmungen über den Verstoß gegen die Anmeldepflichten nach dem chinesischen Antimonopolgesetz	Seite 21	Ungarn	
<hr/>			
		Änderungen im ungarischen Gesellschaftsrecht zum 1. März 2012	Seite 42
<hr/>			
		Vietnam	
		Arbeiterlaubnis für ausländische Arbeitnehmer in Vietnam	Seite 44

Aus der Luther Welt

Neues Luther-Büro in London

Mit der Eröffnung des neuen Repräsentanzbüros in London im März 2012 ist Luther nun auch in der britischen Metropole vertreten und baut damit sein internationales Netzwerk weiter aus. Geleitet wird das fünfköpfige Team in London durch Tobias Verlende, der von Dr. Markus Schackmann, Dr. Julia Petersen und weiteren Partnern aus Deutschland unterstützt wird. Tobias Verlende ist seit 2009 in London tätig und hat sich auf die Restrukturierungs- und Insolvenzberatung sowie auf gesellschaftsrechtliche Themen im internationalen Umfeld spezialisiert. Tobias Verlende ist sowohl in Deutschland als Rechtsanwalt als auch in England und Wales als Solicitor zugelassen.

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.



Dr. Eva Drewes in den Vorstand der German Chamber of Commerce in Shanghai gewählt

Im April 2012 fand wieder die Wahl des Vorstands der deutschen Handelskammer in Shanghai statt. 19 Kammermitglieder hatten sich um ein Amt in

dem Vorstand der größten deutschen Handelskammer im Ausland beworben. Unsere Kollegin Dr. Eva Drewes aus dem Shanghaier Büro wurde in das Gremium gewählt und wird nun im Vorstand der deutschen Kammer das Rechtsresort übernehmen.



Tobias Verlende im Vorstand der British Chamber of Commerce in Germany (BCCG) und des German British Forum (GBF)

Vor kurzem wurde Tobias Verlende, der Leiter des neuen Luther-Büros in London, bei der British Chamber of

Commerce in Germany (BCCG) zum Vorsitzenden des Regionalkomitees Großbritannien und zum Verwaltungsratsmitglied gewählt. Er wurde außerdem in den Vorstand des German British Forum (GBF) bestellt, einem weiteren Netzwerk für deutsch-britische Wirtschaftsbeziehungen.

Global Taxand Conference 2012 in Madrid

Vom 25. bis 27. April 2012 fand die jährliche Taxand-Konferenz in Madrid statt. 600 Taxander und Unternehmensvertreter aus 50 Ländern tauschten sich an drei Tagen zu aktuellen steuerlichen Fragen aus und knüpften neue Kontakte. Im Fokus der Tagung standen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Steuerplanung, insbesondere auch bei Investitionen in Schwellenländern. Daneben waren die wirtschaftliche Entwicklung und Reformen in Europa ein Thema, so auch in den Key Note Speeches des portugiesischen Außenministers Paulo Nuncio und von José Juan Ruiz (Banco Santander). Das Rahmenprogramm war nicht weniger spannend mit einer 'Spanish Extravaganza' im Palacio de Cibeles, dem Rathaus von Madrid, und einem Dinner im Bernabeu Stadion von Real Madrid.

Taxand gewinnt sechs Awards

Das Netzwerk Taxand, dem auch Luther angehört, wurde in diesem Jahr von der Fachzeitschrift International Tax Review (ITR) zum „European PE Tax Team of the Year 2012“ gekürt. Zudem gingen fünf nationale Awards an die Taxand-Mitglieder Zypern, Portugal, Finnland, Frankreich und Südafrika. Damit wurde Taxand im Jahr 2012 bereits sechsmal mit Awards der Fachzeitschrift International Tax Review ausgezeichnet.

Veranstaltungshinweise

India Day am 12. Juni 2012 in Köln

Bereits zum 4. Mal wird am 12. Juni 2012 in Köln der India Day stattfinden. Veranstalter sind neben Luther die Koelnmesse, Maier + Vidorno sowie DB Schenker. Passend zur Europameisterschaft findet der India Day dieses Jahr im RheinEnergieStadion statt.

In hochkarätig besetzten Diskussionsrunden mit Vertretern von in Indien tätigen Unternehmen werden die Chancen und Risiken einer Geschäftstätigkeit in Indien beleuchtet. Daneben gehen Workshops und Einzelgespräche auf verschiedene Themenbereiche wie Messeauftritt, Logistik, M&A sowie rechtliche und steuerliche Herausforderungen ein. Der EU-Botschafter in Indien, Joao Cravinho, und der langjährige deutsche Botschafter in New Delhi, Bernd Mützelburg, geben in ihren Key Note Speeches einen Überblick über die neuesten wirtschaftlichen und politischen Entwicklungen auf dem indischen Subkontinent. Eröffnet wird die Veranstaltung durch den Finanzminister des Landes Nordrhein-Westfalen, Dr. Norbert Walter-Borjans.

Für den Abend sind eine Stadionführung sowie ein Get Together mit Public Viewing (EM-Spiel) geplant. Die Teilnahme ist kostenfrei.

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

Mit rund 800 Teilnehmern gehört der IHK-Außenwirtschaftstag NRW zu den größten Außenwirtschaftsveranstaltungen in Deutschland. Er richtet sich vor allem an Unternehmen, die im internationalen Geschäft tätig sind oder sein wollen. Unter dem Motto „Weltweiser: Wege zum internationalen Erfolg“ erwartet die Teilnehmer sowohl Expertenwissen zu ausgewählten Länderregionen als auch Fach- und Sachinformationen für die Unternehmenspraxis. Beides wird unter anderem in Form von Workshops, Diskussionsrunden und Beratungsgesprächen vermittelt. Darüber hinaus gibt es auch 2012 wieder eine Messe rund um das Auslandsgeschäft.

Luther wird wie in den Vorjahren wieder mit Experten in den Workshops und einem Stand vertreten sein. Mehr zu der am 13. September 2012 in der Westfalenhalle und im angrenzenden Kongresszentrum in Dortmund stattfindenden Veranstaltung unter <http://www.ihkaussenwirtschaftstag-nrw.de/>.

„SAVE THE DATE“

Erfolgreich in China – keine Glückssache!

- 16. Juli 2012 Stuttgart
- 19. Juli 2012 Karlsruhe

Der Joint-Venture-Vertrag in der Praxis: China, Indien, Russland, Brasilien

- 30./31. August 2012 Frankfurt a.M.
- 23./24. Oktober 2012 München

Compliance-Risiken in Asien

- 18. September 2012 Köln
- 19. September 2012 Frankfurt a.M.

Indische Tochtergesellschaften professionell führen

- 13./14. September 2012 München
 - 10./11. Oktober 2012 Köln
 - 19./20. November 2012 Frankfurt a.M.
-

Neue Publikationen

„Global Guide to M&A Tax“

Taxand hat ein neues Handbuch veröffentlicht: Darin erläutert wird das steuerrechtliche Umfeld für M&A-Transaktionen in 35 Ländern weltweit. Das Handbuch beinhaltet unter anderem Infos zu Verlustvortrag und zur steuerlichen Abzugsfähigkeit von Zinsen sowie diverse regionalspezifische Vorschriften. Die Publikation ist kostenfrei verfügbar und liegt in englischer Sprache vor.

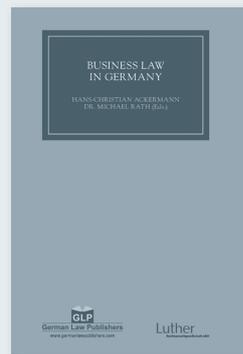
„Legal Forms in Major Jurisdictions“ nun auch als CD-Rom erhältlich

Im Dezember 2011 veröffentlichte Luther ein Kompendium über die verschiedenen Rechtsformen in mehr als 30 wichtigen Investitionsländern der Welt. Neben den europäischen Ländern umfasst das Kompendium auch verschiedene Rechtsformen in den USA sowie in Südamerika, Russland und in den großen Wachstumsmärkten im Asien-Pazifik-Raum. Das Kompendium stieß auf große Nachfrage bei unseren Mandanten, was wir zum Anlass nahmen, eine CD-Rom für einen schnellen und einfachen Zugriff auf die einzelnen Länderberichte zu erstellen. Die CD-Rom kann kostenfrei angefordert werden.



„Business Law in Germany“

Im Juni 2012 hat Luther erstmals zusammen mit dem Boorberg Verlag das Handbuch „Business Law in Germany“ veröffentlicht, das sich mit allen wesentlichen Aspekten bei Geschäftsaktivitäten in Deutschland befasst. Ausländische Investoren finden darin ebenso wie Banken, Unternehmensvertreter, Verbände und Organisationen mit einem wirtschaftlichen Interesse am Standort Deutschland wertvolle Tipps für die Praxis. Das Buch ist in englischer Sprache verfasst und kann damit auch von in Deutschland tätigen Unternehmensvertretern, die sich auf internationaler Ebene mit deutschem Recht in englischer Sprache beschäftigen, eine Hilfestellung geben.



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

Australien

Der neue Personal Property Securities Act (2009): Reformierung der Vorschriften über dingliche Sicherheiten

Am 30. Januar 2012 ist in Australien der Personal Property Securities Act (2009) („PPSA“) in Kraft getreten, welcher die Bestellung und Wirkung von dinglichen Sicherheiten (*security interests*) über materielle und immaterielle bewegliche Vermögensgegenstände (*personal property*) grundlegend reformiert.

Das PPSA findet Anwendung, wenn entweder der Sicherungsgeber eine australische Person (Gesellschaft, Partnerschaft, natürliche Person etc.) ist oder wenn der besicherte Vermögensgegenstand in Australien belegen ist. Damit sind sämtliche Gesellschaften, die in Australien geschäftlich tätig sind und sich von ihren Kunden Sicherheiten wie z. B. Eigentumsvorbehalt, Forderungsabtretung etc. gewähren lassen, vom PPSA betroffen und müssen sich mit den komplexen neuen Regeln auseinandersetzen.

Wesentliche Regelungsinhalte

Das PPSA ist ein umfassendes Regelungswerk sämtlicher dinglicher Sicherheiten über das bewegliche Vermögen von natürlichen Personen und Gesellschaften. Zunächst wird der Kreis der im australischen Recht anerkannten dinglichen Sicherheiten erheblich erweitert. So werden nun insbesondere auch Eigentumsvorbehalte (*retention of title*), Forderungsabtretungen (*assignment of accounts receivable*), Mietkäufe (*hire purchase*), Leasingvereinbarungen und Kommissionsgeschäfte (*consignments*) als mögliche dingliche Sicherheiten anerkannt. Weiterhin enthält das PPSA komplexe Regelungen hinsichtlich des Rangs und der Durchsetzbarkeit von dinglichen Sicherheiten. Zentrales Element ist dabei das neu eingeführte Konzept der „*perfection*“ der bestellten Sicherheit. Schließlich wird durch das PPSA ein elektronisches Register, das sog. Personal Property Securities Register („PPSR“) eingeführt, welches die bisherigen öffentlich einsehbaren Sicherheitenregister ersetzt und nun die Registrierung sämtlicher dinglicher Sicherheiten ermöglicht.

Das Konzept der „*perfection*“

Ob eine vereinbarte Sicherheit durchsetzbar ist oder in welchem Verhältnis sie zu anderen Sicherheiten steht, hängt insbesondere davon ab, ob „*perfection*“ eingetreten ist. Nach dem PPSA kann „*perfection*“ in drei Fällen eintreten:

- Inbesitznahme des Vermögensgegenstandes; oder
- Kontrolle über den Vermögensgegenstand; oder
- Registrierung der Sicherheit im PPSR.

In der Praxis wird insbesondere der letzte Fall relevant sein, da sich bei den im Geschäftsverkehr üblichen Sicherungsvereinbarungen (Eigentumsvorbehalt, Leasingvereinbarungen, Kommissionsgeschäft usw.) die besicherte Sache regelmäßig im Besitz des Sicherungsgebers befinden wird.

Registrierung im PPSR und Übergangsregelungen

Die Registrierung der Sicherheit im PPSR ist freiwillig. Da jedoch bei den „besitzlosen“ Sicherungsrechten die „*perfection*“ nur durch eine Registrierung im PPSR erreicht werden kann, sollte der Sicherungsnehmer die Rechtsfolgen, die sich daraus ergeben, dass eine Sicherheit nicht „*perfected*“ ist, sorgfältig prüfen und dann entscheiden, ob eine Registrierung vorgenommen werden sollte.

Die Registrierung erfolgt durch die elektronische Übermittlung eines sog. „*financing statement*“. Das „*financing statement*“ muss dabei insbesondere die folgenden Angaben enthalten: Beschreibung des besicherten Vermögensgegenstandes, den Sicherungsgeber sowie den Sicherungsnehmer. Sobald das „*financing statement*“ elektronisch an das PPSR übermittelt wurde, erhält der Sicherungsnehmer ein „*verification statement*“ und eine „*token number*“ für die Registrierung. Künftige Änderungen oder Löschungen der Registrierung können nur unter Eingabe der „*token number*“ vorgenommen werden. Weiterhin ist der Sicherungsnehmer verpflichtet, das „*verification statement*“ an den Sicherungsgeber weiterzuleiten.

Das PPSA ist auch auf solche Sicherheiten anwendbar, die vor dem 30. Januar 2012 bestellt wurden („Altsicherheiten“). Nach den Übergangsvorschriften gelten Altsicherheiten jedoch auch ohne Eintragung im PPSR für einen Zeitraum von zwei Jahren als „perfected“. Spätestens am 30. Januar 2014 müssen diese jedoch im PPSR eingetragen werden, um weiterhin „perfected“ zu sein.

Bestimmte Altsicherheiten, die in den diversen durch das PPSR ersetzten Registern eingetragen sind, werden automatisch in das PPSR überführt (sog. „data migration“). Allerdings ist insoweit erforderlich, dass der Sicherungsnehmer die für ihn in das PPSR überführten Sicherheiten identifiziert und dies dem PPSR mitteilt (sog. „find and claim process“). Der „find and claim process“ stellt sicher, dass der Sicherungsnehmer den erforderlichen „token“ erhält, um in Zukunft Änderungen oder Löschungen der in das PPSR überführten Sicherheiten vornehmen zu können.

Rechtsfolgen der „Perfection“

Gemäß den Regelungen des PPSA richten sich insbesondere der Rang, die Rechte des Gläubigers in der Insolvenz des Schuldners sowie der gutgläubige lastenfrie Erwerb des Sicherungsguts danach, ob „perfection“ eingetreten ist.

Hinsichtlich des Rangs konkurrierender Sicherheiten bestimmt das PPSA:

- „perfected“ Sicherheit gegenüber „unperfected“ Sicherheit: die „perfected“ Sicherheit geht vor;
- „perfected“ Sicherheit gegenüber „perfected“ Sicherheit: die Sicherheit, die zeitlich früher „perfected“ wurde, geht vor;
- „unperfected“ Sicherheit gegenüber „unperfected“ Sicherheit: die Sicherheit, die zeitlich früher bestellt wurde, geht vor.

Im Falle der Insolvenz des Schuldners steht dem Sicherungsnehmer nur dann ein Aussonderungsrecht zu, wenn die Sicherheit „perfected“ ist. In der Praxis bedeutet dies, dass Vermögensgegenstände die sich im Besitz des Schuldners befinden, aber im Eigentum des Gläubigers stehen (wie z. B. unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware oder vermietete Gegenstände) nur dann vom Eigentümer zurückgefordert werden können, wenn die Sicherheit im PPSR eingetragen ist.

Weiterhin bestimmt das PPSA, dass ein Dritter den besicherten Vermögensgegenstand gutgläubig lastenfrie erwerben kann, wenn die Sicherheit nicht „perfected“ ist. Damit ist ein gutgläubiger lastenfrie Erwerb einer „perfected“

Sicherheit nicht ohne weiteres möglich. Allerdings verhindert die „perfection“ den gutgläubigen lastenfrie Erwerb dann nicht, wenn die Veräußerung des besicherten Vermögensgegenstandes im allgemeinen Geschäftsverkehr („ordinary course of business“) des Schuldners erfolgt. Dies bedeutet z. B., dass unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Waren von den Kunden des Schuldners grundsätzlich lastenfrie erworben werden können, wenn diese gutgläubig sind. Interessanterweise führt die Eintragung des Eigentumsvorbehalts im PPSR nicht dazu, dass der Kunde grob fahrlässige Unkenntnis („constructive knowledge“) von der Sicherheit hat und damit seine Gutgläubigkeit verliert. Die Eintragung der Sicherheit im PPSR kann also den gutgläubigen Erwerb durch Dritte nicht per se verhindern.

Fazit

Durch das PPSA wurde das Recht der dinglichen Sicherheiten in Australien grundlegend reformiert. Die komplexen Regelungen des PPSA haben vielfältige Implikationen und werden insbesondere in den folgenden Fällen relevant:

- Lieferung von Waren unter Eigentumsvorbehalt: sämtliche Lieferverträge, die einen Eigentumsvorbehalt vorsehen, sollten vom Lieferanten daraufhin geprüft werden, ob sie den Anforderungen des PPSA genügen und ob sie im PPSR registriert werden sollten.
- Vermietung von Anlagevermögen wie z. B. Maschinen: sämtliche Leasingverträge sollten vom Leasinggeber daraufhin geprüft werden, ob sie den Anforderungen des PPSA genügen und ob sie im PPSR registriert werden sollten.
- Unternehmenskäufe: im Rahmen der Due Diligence sollte das PPSR daraufhin untersucht werden, ob und in welchem Umfang das Vermögen der Zielgesellschaft mit Sicherungsrechten Dritter belastet ist. Weiterhin ist sicherzustellen, dass im Rahmen des Closings solche Sicherheiten aus dem PPSR gelöscht werden, die vom Verkäufer abzulösen sind („lastenfrie Übertragung“). Diese Löschung kann grundsätzlich nur vom Sicherungsnehmer vorgenommen werden.

Dr. Angelika Yates
Clayton Utz, Sydney
Telefon +61 2 9353 5658
ayates@claytonutz.com

Brasilien

Durchgriffshaftung im brasilianischen Kapitalgesellschaftsrecht

Einführung

Wie jedes moderne Rechtssystem sieht auch die brasilianische Rechtsordnung Gesellschaftsformen vor, die es Unternehmern ermöglichen, ihre Haftung für Verbindlichkeiten aus ihrer unternehmerischen Betätigung auf ein bestimmtes Vermögen zu beschränken. Dies gilt in Brasilien insbesondere für die weit verbreiteten Kapitalgesellschaften in Form der „*Sociedade Limitada*“ (entspricht der deutschen GmbH) und der „*Sociedade Anônima*“ (entspricht der deutschen Aktiengesellschaft). Nach dem Haftungsregime dieser beiden Gesellschaftsformen haften die Gesellschafter nur mit ihrer Einlage. Eine generelle Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft oder eine sonstige allgemeine Nachschusspflicht besteht nicht.

Grundsatz der Haftungsbeschränkung vs. Durchgriffshaftung

Allerdings sieht die für alle juristischen Personen geltende Regelung des Art. 50 des Brasilianischen Zivilgesetzbuches (*Código Civil*) vor, dass in begrenzten Ausnahmefällen die Geschäftsführer und auch die Gesellschafter unmittelbar für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einstehen müssen. Dieser Tatbestand der „Durchgriffshaftung“ ist gemäß Art. 50 *Código Civil* dann erfüllt, wenn die gewählte Rechtsform missbräuchlich verwendet wird (*abuso da personalidade jurídica*). Ausdrücklich in der gesetzlichen Regelung als Beispiele erwähnt sind das Handeln außerhalb der Grenzen des vereinbarten Unternehmensgegenstandes (*desvio de finalidade*) und die Vermögensvermischung (*confusão patrimonial*).

Die Doktrin der Durchgriffshaftung ist auch in anderen Jurisdiktionen bekannt (in den common law-Jurisdiktionen unter dem Begriff des „*piercing the corporate veil*“), so dass die Regelung im brasilianischen *Código Civil* auf den ersten Blick nicht bahnbrechend erscheint. In Deutschland gibt es ebenfalls verschiedene von der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppen, die eine Durchgriffshaftung unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise erlauben. Dazu zählen die Vermögensvermischung (Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen verschleiert) und der „existenzvernichtende Eingriff“ (missbräuchlicher, zur Insolvenz der Ge-

sellschaft führender „kompensationsloser“ Eingriff), ferner wird eine Durchgriffshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung (d.h. evident unzureichender Ausstattung der Gesellschaft mit haftendem Kapital) diskutiert. Die hier vorgestellte Durchgriffshaftung nach brasilianischem Recht weist jedoch einige Besonderheiten auf, die auch für ausländische Gesellschafter beachtenswert sind.

Besonderheiten der Durchgriffshaftung nach brasilianischem Recht

Zunächst unterscheidet sich die Doktrin der Durchgriffshaftung in Brasilien dadurch von der Durchgriffshaftung nach deutschem Recht, dass sie inzwischen gesetzlich verankert ist. Ursprünglich wurde dieses Haftungskonzept ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage von der Rechtsprechung angewandt. In den 1990ern hat der brasilianische Gesetzgeber dann in zahlreichen Rechtsgebieten Durchgriffshaftungstatbestände eingeführt. Dies betraf insbesondere die Bereiche des Verbraucherschutzes (u.a. Art. 28 Verbraucherschutzgesetzbuch, *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*), des Umweltrechts (Art. 4 Umweldeliktsgesetz, *Lei de Crimes Ambientais*, Lei 9.605/1998), des Steuerrechts (Art. 134 VII und Art. 135 III Steuergesetzbuch, *Código Tributário Nacional*) und des Wettbewerbsrechts (Art. 18 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, *Lei Antitruste*, Lei 8.884/1994). Schließlich wurde mit der Reform des Zivilrechts im Jahr 2002 die allgemeine Regelung zur Durchgriffshaftung nach Art. 50 *Código Civil* eingeführt, die einen Durchgriff auf die Gesellschafter und – darin liegt ein weiterer Unterschied zum deutschen Recht – auch auf die Geschäftsführer ermöglicht.

Offene Fragen

Die Aufnahme der Generalklausel zur Durchgriffshaftung in den *Código Civil* hat eine Reihe von Fragen aufgeworfen, die bis heute nicht verbindlich geklärt sind. Insbesondere hat der brasilianische Gesetzgeber das Verhältnis der Generalklausel zu den spezialgesetzlichen Durchgriffstatbeständen nicht geregelt. In der Praxis führt dies dazu, dass die betroffenen Parteien (Gesellschafter, Geschäftsführer, Gesellschaftsgläubiger, Behörden, Gerichte) versuchen, die ihnen jeweils günstigen Folgen aus den unterschiedlichen Normen heranzuziehen.

Auch das Haftungsverhältnis mehrerer Gesellschafter bzw. Geschäftsführer untereinander ist in Art. 50 Código Civil nicht geregelt. Während nach einigen spezialgesetzlichen Tatbeständen eine Durchgriffshaftung lediglich Gesellschaftern mit Kontrollmehrheit droht, findet Art. 50 Código Civil nach seinem Wortlaut auf alle Gesellschafter bzw. Geschäftsführer Anwendung. Dies wirft die bislang ungeklärte Frage nach einer Mithaftung der Gesellschafter bzw. Geschäftsführer für Fehlverhalten anderer Gesellschafter bzw. Geschäftsführer und etwaige daraus resultierende Regressmöglichkeiten untereinander auf. Überdies kann eine Durchgriffshaftung, wie Gerichtsentscheidungen zeigen, auch die ehemaligen Gesellschafter bzw. Geschäftsführer einer Gesellschaft treffen, falls sie zum Zeitpunkt des missbräuchlichen Handelns noch formal die Stellung als Gesellschafter bzw. Geschäftsführer innehatten.

Schließlich wird der Durchgriffstatbestand der Vermögensmischung von der Rechtsprechung auch nach Einführung von Art. 50 Código Civil „invers“ für den Durchgriff auf die Gesellschaft eingesetzt, wenn die juristische Person dazu missbraucht wird, persönliche Vermögensgegenstände zu verschleiern und so dem Zugriff privater Gläubiger eines Gesellschafters zu entziehen (sog. *desconsideração invertida*). Ob der Gesetzgeber diese „inverse“ Anwendung mit der Normierung der Generalklausel in Art. 50 Código Civil gebilligt hat, ist fraglich, da der Wortlaut von Art. 50 Código Civil eine solche Anwendung nicht vorsieht.

Extensive Auslegung und Anwendung der Durchgriffshaftung

Problematischer als die gesetzliche Verankerung der Durchgriffshaftung ist aus Sicht von Gesellschaftern bzw. Geschäftsführern allerdings die extensive Auslegung und Anwendung von Durchgriffshaftungstatbeständen durch einige brasilianische Gerichte in den letzten Jahren. Insbesondere Arbeitsgerichte haben – ohne dass eine arbeitsrechtliche Durchgriffshaftung spezialgesetzlich vorgesehen wäre – im Falle ausstehender Löhne und nicht abgeführter Sozialabgaben in jüngster Zeit häufig nach den Grundsätzen der Durchgriffshaftung und unter Hinweis auf das übergeordnete Interesse am Schutz des Arbeitnehmers und dessen schwache Stellung im Verhältnis zum Arbeitgeber die Gesellschafter in Haftung genommen. In der juristischen Literatur hat dies zu heftiger Kritik geführt. Kritisiert wird vor allem, dass das in Art. 50 Código Civil vorgesehene Erfordernis eines tatsächlichen Missbrauchs der Rechtsform nicht konsequent geprüft und durch die vorschnelle Annahme einer Durchgriffshaftung das Regel-Ausnahme-Verhältnis (Grundsatz der Haftungsbeschränkung bei Kapitalgesellschaften, ausnahmsweise Haftungsdurchgriff bei Missbrauch) umgekehrt werde.

Gesetzesinitiativen zur Einschränkung der Durchgriffshaftung

Die Kritik an der extensiven Auslegung von Durchgriffshaftungstatbeständen durch Teile der brasilianischen Rechtsprechung hat zu Gesetzesinitiativen zur Einschränkung der Durchgriffshaftung geführt. So soll etwa nach dem Gesetzentwurf *Projeto de Lei n° 3.401/2008* eine Durchgriffshaftung nicht mehr wie bisher von Amts wegen, sondern nur noch auf Antrag einer Partei (regelmäßig ein Gesellschafts-gläubiger) durch das befassende Gericht angeordnet werden können (Art. 4 des Entwurfs). Zudem muss das Gericht nach Art. 5 § 1 des Gesetzentwurfs der säumigen Gesellschaft die Möglichkeit einräumen, einen Haftungsdurchgriff durch Zahlung abzuwenden. Ausdrücklich verbietet der Gesetzentwurf die analoge Anwendung oder extensive Auslegung der Durchgriffshaftungstatbestände (Art. 5). Ferner ist in Art. 5 § 2 des Entwurfs geregelt, dass die bloße Nichtexistenz einer für die Erfüllung der vertraglichen Zahlungspflichten ausreichenden Vermögensmasse alleine nicht den Haftungsdurchgriff erlaubt. Eine ähnliche Regelung enthält Art. 129 des Gesetzentwurfs zur Einführung eines neuen Handelsgesetzbuchs *Projeto de Lei n° 1.572/2011* vor, der ebenfalls einige einschränkende Regelungen vorsieht. Ob und wann die beiden Gesetzentwürfe in geltendes Recht umgesetzt werden, ist derzeit noch nicht absehbar.

Auswirkungen der Durchgriffshaftung für ausländische Gesellschafter

Praktische Relevanz hat die Figur der Durchgriffshaftung und die jüngere Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang natürlich auch für ausländische Gesellschafter in Brasilien, da auch diese dem Haftungsrisiko verstärkt ausgesetzt sind. Zwar ist eine Vollstreckung gegen Gesellschafter im Ausland mit einigem Aufwand verbunden, jedoch ist zu beachten, dass ausländische Gesellschafter gesetzlich verpflichtet sind, einen Bevollmächtigten mit Wohnsitz in Brasilien als Zustellungsbevollmächtigten zur Entgegennahme von Klagen und gerichtlichen Ladungen zu bestellen. Darüber hinaus müssen sich ausländische juristische Personen, die an einer brasilianischen Gesellschaft beteiligt sind, in das brasilianische Register für juristische Personen (*Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica*, CNPJ) eintragen und in diesem Zusammenhang einen zur Vertretung gegenüber den brasilianischen Steuerbehörden befugten Bevollmächtigten benennen. In der Praxis wird für beide Zwecke dieselbe Person bestellt. Die Stellung als Bevollmächtigter („*representante*“) wird häufig von lokalen Anwaltskanzleien übernommen. Die Verschärfung der Durchgriffshaftung hat in der jüngeren Vergangenheit jedoch dazu geführt, dass immer mehr Anwaltskanzleien aufgrund des bestehenden Haftungsrisikos nicht mehr gewillt sind, als *representante* zu fungieren. Hintergrund ist, dass einige

brasilianische Behörden (insbesondere Steuerbehörden) und Gerichte aufgrund des eingeschränkten Zugriffs auf das Vermögen des Gesellschafters im Ausland zunehmend versuchen, etwaige Ansprüche auch gegen den *representante* durchzusetzen, da dies eine einfachere Vollstreckung im Inland ermöglicht. Obgleich dieses Vorgehen der Behörden juristisch heftig umstritten ist, scheuen insbesondere die großen brasilianischen Kanzleien das Risiko einer Haftung als *representante* und vermitteln ausländischen Mandanten, die einen Bevollmächtigten benötigen, an externe Dienstleister Anbieter sog. „*serviços paralegais*“. Lediglich kleinere Anwaltskanzleien sind in der Regel noch bereit, für ausländische Gesellschafter die Funktion des *representante* zu übernehmen, da sie in der Regel bei der Annahme solcher Mandate etwas flexibler sind als Großkanzleien.

Fazit

Obgleich die Figur der Durchgriffshaftung auch außerhalb von Brasilien bekannt ist, sollten sich ausländische Investoren der Besonderheiten im brasilianischen Recht bewusst sein. Angesichts der offenen Fragen im Zusammenhang mit der Auslegung des Art. 50 Código Civil und der extensiven Anwendung durch die Gerichte besteht eine gewisse Rechtsunsicherheit, die zu Lasten der Gesellschafter gehen kann, auch wenn die beschriebenen Gesetzesinitiativen versuchen hier gegenzusteuern. Relevant wird das Haftungsrisiko insbesondere im Fall der Insolvenz der lokalen Gesellschaft in Brasilien, da Gläubiger dann auch versuchen werden, Gesellschafter oder Geschäftsführer haftbar zu machen. Investoren sollten sich daher überlegen, ihr Investment über eine Zwischenholding („*Special Purpose Vehicle*“) zu steuern, um das operative Geschäft der Hauptgesellschaft nicht mit einem Haftungsrisiko zu infizieren.

Philipp Dietz, LL.M. (Edinburgh)
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln
Telefon +49 221 9937 14224
philipp.dietz@luther-lawfirm.com

Sebastian Ens
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Frankfurt a.M.
Telefon +49 69 27229 24812
sebastian.ens@luther-lawfirm.com

Update: Ausschluss juristischer Personen als Inhaber einer EIRELI

In der letzten Ausgabe dieses Newsletters (4. Quartal 2011, S. 12 f.) berichteten wir über die Einführung der neuen Rechtsform „*Empresa individual de responsabilidade limitada*“ (EIRELI) in Brasilien. Wir gingen dabei insbesondere der Frage nach, inwieweit die EIRELI eine Alternative für ausländische Investoren zu den weit verbreiteten brasilianischen Kapitalgesellschaften „*Sociedade Limitada*“ (Ltda.) und „*Sociedade Anônima*“ (S.A.) darstellt. In diesem Zusammenhang erläuterten wir, dass es dem brasilianischen Gesetzgeber nicht gelungen ist, mit hinreichender Klarheit zu bestimmen, ob auch juristische Personen Inhaber einer EIRELI sein können, was für vor Ort über Kapitalgesellschaften tätige Investoren entscheidend für die Attraktivität dieser neuen Rechtsform ist. Inzwischen sind zu dem Gesetz zur Einführung der EIRELI vom 11. Juli 2011 (Gesetz Nr. 12.441/2011) drei Durchführungsverordnungen der zuständigen Registerbehörde (*Departamento Nacional de Registro do Comércio*) ergangen (*Instruções Normativas* 116-118 vom 22. November 2011), die die gesetzlichen Vorschriften konkretisieren und einige bislang offene gebliebene Fragen klären.

Der durch die Durchführungsverordnung Nr. 117 verabschiedete Leitfaden zur Registrierung der EIRELI (*manual de atos de registro de EIRELI*) stellt ausdrücklich fest, dass eine juristische Person nicht Inhaber einer EIRELI werden kann (Ziffer 1.2.11 des Leitfadens). Für ausländische Investoren, die in der Regel selbst als juristische Person orga-

nisiert sind oder jedenfalls ihren Markteintritt in Brasilien über eine oder mehrere juristische Personen organisieren, ist die EIRELI mithin kaum attraktiv, da eine natürliche Person zwischengeschaltet werden müsste, was den üblichen Konzernstrukturen widerspricht. Der Ausschluss juristischer Personen von der Inhaberschaft an einer EIRELI wird von weiten Teilen der brasilianischen Anwaltschaft bedauert, ist aber nach Inkrafttreten der Durchführungsverordnungen geltendes Recht.

Trotz dieses Ausschlusses dürfte das Ziel des brasilianischen Gesetzgebers, durch die Einführung der EIRELI Unternehmensgründungen durch Kleinunternehmer und eine Legalisierung bislang unangemeldet („schwarz“) tätiger Gewerbetreibender zu fördern, durchaus erreicht werden.

Philipp Dietz, LL.M. (Edinburgh)

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln

Telefon +49 221 9937 14224

philipp.dietz@luther-lawfirm.com

Sebastian Ens

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Frankfurt a.M.

Telefon +49 69 27229 24812

sebastian.ens@luther-lawfirm.com

China

Neuere Entwicklungen in China und Auswirkungen auf die Praxis

In ihrem Ende Februar vorgelegten Bericht „China 2030“ hat die Weltbank tiefgreifende marktwirtschaftliche Reformen angemahnt. Ein neues Wachstumsmodell sei notwendig, wozu China seinen Markt stärker dem Wettbewerb öffnen und den Privatsektor stärken müsse. Die Reformen im Unternehmens-, Arbeits- und Finanzsektor müssten weiter vorangetrieben und das staatlich geprägte Bankensystem und die Kapitalmärkte liberalisiert werden. „Notwendige Innovationen bedingen Verbesserungen im gewerblichen Rechtsschutz und die Verankerung rechtsstaatlicher Grundsätze“, so die Weltbank in ihrer knapp 500 Seiten starken Analyse. Fast zeitgleich hat Chinas Zentralbank einen Zehnjahresplan für die Liberalisierung der Kapitalmärkte vorgelegt.

Der bevorstehende Führungswechsel in Beijing gilt gemeinhin als Grund für die steigende Nervosität in Beijing und für politische Überreaktionen – die wirtschaftlichen Reformen aber scheinen weiterhin im Aufwind; der neue Investitionskatalog und die Umsatzsteuerreform sind zwei wichtige Beispiele für die Bemühungen Chinas mit den Bedürfnissen der Wirtschaft mitzuhalten bzw. lenkend einzugreifen. Im Schatten dessen werden aber auch die Verfahrensordnungen überarbeitet. Im Rahmen der letzten Tagung des 11. Nationalen Volkskongresses wurde eine umfassende Revision des Strafprozessgesetzes verabschiedet. Auch eine Revision des Zivilprozessgesetzes steht auf der Agenda des Gesetzgebers, ein erster Entwurf des Ständigen Ausschusses wurde im letzten Jahr veröffentlicht. Chinesische Medien spekulieren zudem, dass das Verwaltungsprozessgesetz auch noch in diesem Jahr revidiert wird. Daneben hat der Oberste Gerichtshof als „Ersatzgesetzgeber“ erneut einige Justizinterpretationen erlassen, beispielsweise zum Insolvenz- und Kartellrecht.

Neuer Investitionslenkungkatalog

Die Nationale Entwicklungs- und Reformkommission hat gemeinsam mit dem Handelsministerium im Dezember 2011 den Lenkungkatalog für ausländische Investitionsvorhaben aktualisiert. In Erfüllung der WTO-Beitrittsverpflichtungen wurden weitere Beschränkungen für ausländische Investoren gelockert. Gesucht sind vor allem ausländische Unternehmen, die mit ihrem Know-How zur Modernisierung der chinesischen Industrie beitragen. Chinas 12. Fünfjahresplan (2011–2015) sieht die Stärkung von „strategisch neuen

Industrien“ wie Energieeffizienz und Umweltschutz oder erneuerbare Energien, aber auch generell Kooperationen im Bereich Forschung und Entwicklung vor und unterstützt damit insbesondere technologie-intensive Vorhaben. China unterstreicht damit den Anspruch, sich als international konkurrenzfähige Industrienation zu etablieren und sein Image als „Werkbank der Welt“ abzuschütteln. Die für ausländische Unternehmen sehr bedeutsamen Neuerungen des Lenkungkatalogs haben wir in einem separaten Beitrag in dieser Ausgabe (ab Seite 13) zusammengefasst.

Umsatzsteuerreform: Pilotprojekt in Shanghai

China erhebt bislang drei Formen der Umsatzsteuer: die Mehrwertsteuer („*Value Added Tax*“, VAT), eine Verbrauchssteuer („*Consumption Tax*“) und die Geschäftssteuer („*Business Tax*“). Die VAT ist dabei ähnlich der deutschen Mehrwertsteuer ausgestaltet, insbesondere ist ein Vorsteuerabzug bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen möglich. Der VAT-Satz liegt bei 13 % bzw. 17 %. Bei Verkauf und Einfuhr bestimmter Luxusgüter wird neben der VAT noch eine Verbrauchssteuer von bis zu 20 % erhoben, die grundsätzlich nicht als Vorsteuer geltend gemacht werden kann. Auf viele Dienstleistungen – auch solche ausländischer Mutterunternehmen an ihre chinesischen Tochtergesellschaften – wird statt der VAT eine *Business Tax* in Höhe von 3 % bis 20 % erhoben, die beim Leistungsempfänger nicht als Vorsteuer geltend gemacht werden kann und damit ein echter Kostenfaktor ist.

Die unterschiedliche steuerliche Behandlung von Dienstleistungen – bei einer VAT-Pflicht Vorsteuerabzug möglich, bei *Business Tax* dagegen nicht – wurde seit langem kritisiert. Zum 1. Januar 2012 werden jetzt in Shanghai in einem Pilotprojekt bestimmte Dienstleistungen im Transport- und Logistiksektor sowie IT-, Rechts- und Steuerberatung anstelle der *Business Tax* der VAT mit einem Steuersatz von 6 % bzw. 11 % unterworfen. Im zweiten Halbjahr 2012 soll der Post-, Telekommunikations- und Versicherungssektor dazu kommen.

Wie in China üblich soll dieser Systemwechsel dann auf das ganze Land ausgeweitet werden. Für die betroffenen Dienstleister in Shanghai (so auch unser Büro) und deren zum Vor-

steuerabzug berechnete Kunden bringt die VAT-Reform einen echten Kostenvorteil. Leistungen an nicht abzugsfähige Abnehmer werden wegen der in der Regel gegenüber der *Business Tax* höheren VAT-Steuersätze aber etwas teurer.

Revision des chinesischen Strafprozessgesetzes

Am 14. März 2012 wurde das chinesische Strafprozessgesetz durch den Nationalen Volkskongress im Rahmen seiner jährlichen Tagung seit 1996 zum zweiten Mal revidiert. Die wesentlichen Änderungen betreffen die Behandlung von Beweisen, die Verteidigung des Beschuldigten, Zwangs- und Ermittlungsmaßnahmen sowie das Gerichts- und Vollstreckungsverfahren.

Hervorzuheben ist, dass nach einer Änderung der chinesischen Verfassung in 2004 nun auch im Strafprozessgesetz festgehalten wird, dass die Menschenrechte zu respektieren und zu wahren sind. Niemand darf gezwungen werden, sich selbst zu belasten. Auf den ersten Blick scheint der Beschuldigte mit dieser Norm ein Schweigerecht zu bekommen. § 118 des Strafprozessgesetzes, der inhaltlich keine Änderung erfuhr, verpflichtet den Beschuldigten jedoch, in der Vernehmung Fragen wahrheitsgemäß zu beantworten; in der Praxis wird es daher wohl weiterhin nicht möglich sein, sich nicht zur Sache einlassen zu müssen. Bedeutsam ist jedoch, dass der Beschuldigte das Recht hat, bereits während der ersten Vernehmung im Ermittlungsverfahren einen Verteidiger hinzuziehen. Bisher konnte der Beschuldigte erst ab Zustellung der Anklage einen Verteidiger beauftragen. Während des gesamten Ermittlungsverfahrens war er auf sich selbst gestellt. Abschließend sei besonders hervorzuheben, dass nun erstmalig ein Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Beweise im Strafprozessgesetz normiert worden ist. Damit kann zum Beispiel ein durch Folter oder Drohung entstandenes Geständnis zukünftig nicht mehr als Beweis verwendet werden.

Insgesamt bringt die Revision des Strafprozessgesetzes einige bedeutende Neuerungen mit sich, insbesondere hinsichtlich der Stellung des Beschuldigten und des Verteidigers. Das revidierte Strafprozessgesetz wird zum 1. Januar 2013 in Kraft treten, also erst fast 9 Monate nach dessen Verkündung. Ein Grund mag sein, dass sich vor allem die Ermittlungsbehörden auf eine nicht unerhebliche Machtreduzierung erst einstellen müssen. Ob und wie sich diese rechtsstaatlichen Neuerungen im chinesischen Rechtsalltag bewähren, bleibt aber abzuwarten.

Justizinterpretation des Obersten Gerichtshofes zu Kartellzivilprozessen

Am 1. August 2008 trat das Antimonopolgesetz der VR China („AMG“) in Kraft. Nach § 50 AMG sind Unternehmen

haftbar, wenn sie durch einen Kartellrechtsverstoß einem Dritten einen Schaden zugefügt haben. Am 30. Januar 2012 erließ nun der Oberste Gerichtshof der VR China eine Justizinterpretation, wie ein Haftungsverfahren bei einem Kartellrechtsverstoß ablaufen soll.

Danach können sowohl juristische Personen und andere Organisationen als auch natürliche Personen ein Unternehmen verklagen, wenn sie durch einen Kartellrechtsverstoß einen Schaden erlitten haben. Darüber hinaus können sie sogar klagen, wenn etwa der Inhalt eines Vertrages oder die Statuten eines Branchenverbands gegen das AMG verstoßen. Neu ist auch, dass der Kläger nunmehr ein Wahlrecht hat, wann er klagt: der Kläger muss nicht mehr auf eine Entscheidung der Kartellbehörde warten, sondern kann bereits ohne behördliche Entscheidung eine Klage gegen das beanstandete Verhalten einreichen. Der Kläger kann aber auch erst nach Eintritt der Rechtskraft der behördlichen Entscheidung klagen, was in der Praxis üblich ist. Hinsichtlich der Beweislast gibt es für den Kläger einige Erleichterungen: Handelt es sich bei dem Kartellrechtsverstoß um eine Kartellvereinbarung im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 1–5 AMG, so muss der Beklagte beweisen, dass die Vereinbarung keine den Wettbewerb ausschließende oder beschränkende Wirkung entfaltet. Soll der Beklagte hingegen seine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 17 Abs. 1 AMG missbraucht haben, so muss auch weiterhin der Kläger beweisen, dass der Beklagte eine marktbeherrschende Stellung einnimmt und diese missbraucht hat. Bei der Bemessung der Höhe des Schadenersatzes dürfen notwendige Aufwendungen des Klägers berücksichtigt werden, die dieser für die Entdeckung und Verhinderung des Kartellrechtsverstoßes gemacht hat.

Seit Inkrafttreten des AMG im Jahr 2008 sind bislang erst 61 Zivilklagen aufgrund von Kartellrechtsverstößen anhängig gewesen. Aufgrund der Beweislastumkehr und der Klagebefugnis auch für natürliche Personen ist aber davon auszugehen, dass solche Klagen zunehmen werden, wenn die Justizinterpretation am 1. Juni 2012 in Kraft tritt.

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

Claus Cammerer
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln
Telefon: +49 221 9937 25739
claus.cammerer@luther-lawfirm.com

Chinas neuer Lenkungskatalog für ausländische Investitionen

Die Nationale Entwicklungs- und Reformkommission hat gemeinsam mit dem Handelsministerium im Dezember 2011 den neuen Investitionskatalog vorgelegt, welcher am 30. Januar 2012 in Kraft trat. Im Fahrwasser des neuen Fünf-Jahresplans werden auch die ausländischen Investitionsvorhaben im Hinblick auf die Entwicklung der Wirtschaft in China neu justiert. Zur Erinnerung: Der in regelmäßigen Abständen aktualisierte Investitionslenkungskatalog („*Guidance Catalogue for Foreign Investment*“) teilt ausländische Investitionsvorhaben in vier Kategorien ein: gefördert („*encouraged*“), beschränkt zulässig („*restricted*“) und verboten („*prohibited*“). Investitionsvorhaben, die in keiner Kategorie des Katalogs aufgelistet sind, sind erlaubt („*permitted*“).

Die Einordnung eines Investitionsvorhabens als „gefördert“ bedeutet Steuer- und vor allem Zollerleichterungen für die Unternehmen. „Gefördert“ werden z. B. umweltfreundliche Projekte (Baustoffrecycling, Wasserrückgewinnung). Aus der langen Liste von geförderten Produktionsunternehmen ergeben sich die meisten Änderungen in dem neuen Katalog, so wurde z. B. die Herstellung bestimmter Chemikalien aus dem Katalog der geförderten Investitionen gestrichen. Ganz offensichtlich werden die Anforderungen an die Technik hochgeschraubt: gefördert werden sollen nun Automobilzulieferer für Elektroautos oder alternative Antriebstechniken; gefördert wird auch die Produktion von Gasmotoren mit einer Leistung von mindestens 70 Kilowatt/Liter (vorher 50) oder Dieselmotoren (bis 3 Liter) mit einer Leistung von mindestens 50 Kilowatt/Liter (vorher 40). Ob die Änderungen Rückschlüsse auf den Stand der Technik in China zulassen, können wohl nur Branchenkenner beurteilen. Wichtig ist, dass die Einordnung als geförderte ausländische Investition teilweise (aber nicht immer!) die Gründung in einem Joint Venture mit einem chinesischen Partner voraussetzt. Es ist daher bei jedem neuen Investment zu prüfen, ob eine Zulassung als „gefördertes Projekt“ möglich und auch sinnvoll ist. Der ausländische Investor muss gegebenenfalls die staatlichen Investitionsanreize gegen die „Gefahren“ des Know-how-Transfers abwägen.

In der Kategorie „beschränkt zulässig“ wurde viel gestrichen und wenig ergänzt. Der Betrieb eines Krankenhauses wurde z. B. aus der Liste der „beschränkt zulässigen“ Vor-

haben gestrichen und ist somit nun „erlaubt“. Der Joint Venture-Zwang wurde ebenso aufgehoben, so dass medizinische Einrichtungen nun auch ohne chinesische Partner gegründet werden können.

Zu beachten ist jedoch, dass auch Investitionsvorhaben, die nicht (oder nicht mehr) im Investitionskatalog aufgeführt und somit als „erlaubt“ einzuordnen sind, nicht automatisch in der Form einer 100%ig ausländisch-investierten Tochtergesellschaft zulässig sind. Zulassungsbeschränkungen können sich auch aus anderen Vorschriften ergeben. Das prominenteste Beispiel kommt aus der Automobilindustrie: Die Autoproduktion war bisher als geförderte Investition im Investitionskatalog genannt. Gleichzeitig legte der Investitionskatalog fest, dass „*manufacture of entire automobiles*“ nur mit einem chinesischen Partner und in keinem Fall mit einer ausländischen Mehrheitsbeteiligung zulässig ist. Der Katalog 2012 sieht diese Einschränkung nicht mehr vor. Die Streichung bedeutet aber dennoch nicht, dass die Automobilproduktion ohne einen chinesischen Joint-Venture Partner vorgenommen werden kann. Das Erfordernis einer 50:50-Beteiligung ist bereits seit vielen Jahren in der „*Automobile Industry Development Policy*“ festgelegt, so dass es hier bei der Joint Venture-Pflicht bleibt.

Förderung der infrastrukturschwachen Regionen

Der Nationale Lenkungskatalog ist nicht die einzige Regelung seiner Art in China. So wurden für bestimmte Regionen, z. B. die infrastrukturschwachen Mittel- und Westregionen Chinas Sonderregelungen erlassen („Katalog der geförderten Industrien für ausländische Investitionen in der Mittel- und Westregion“). Bestimmte Industrien, die im Nationalen Lenkungskatalog nicht aufgeführt (und somit erlaubt) sind, sind teilweise in anderen Investitionskatalogen als geförderte Industrien aufgelistet. Auch einzelne Provinzen und Regionen haben grundsätzlich im Rahmen des Nationalen Lenkungskatalogs die Befugnis zum Erlass eigener Kataloge, um Investoren aus bestimmten Industriezweigen in diese Regionen zu locken. Das jeweilige Vorhaben und die Standortwahl sollten im Hinblick auf die Förderungswürdigkeit daher unbedingt überprüft werden.

Abweichende Regelungen für Hong Kong, Macau und Taiwan

Für Investitionen aus den Sonderverwaltungszone Hongkong und Macau sowie Taiwan wurden neue Sonderregelungen geschaffen. Rechtsgrundlage dafür sind diverse Wirtschaftsabkommen (CEPA/ECFA), die die chinesische Zentralregierung mit den jeweils zuständigen Lokalregierungen abgeschlossen hat. Die Abkommen bieten insbesondere dort ansässigen Dienstleistern erhebliche Vorzugsbehandlungen. Bürger aus Hong Kong, Macau oder Taiwan haben unabhängig davon die Möglichkeit, als selbstständige Gewerbetreibende in China tätig zu werden (nicht möglich für andere Ausländer). Ausländische Investoren haben aber z. B. über eine Beteiligung an Unternehmen in Hong Kong die Möglichkeit, in ansonsten für Ausländer beschränkte Industrien einzusteigen. Bedingung dafür ist, dass der ausländische Investor seit mindestens einem Jahr mit mehr als 50 % an dem Unternehmen in Hong Kong beteiligt ist.

Anwendungsbereich

Die Novellierung des Lenkungskatalogs findet keine Anwendung auf bereits eingerichtete ausländisch-investierte Unternehmen (FIEs), sondern greift nur bei Neugründungen (nach dem 30. Januar 2012). Allerdings greift der neue Lenkungskatalog auch im Rahmen von Kapitalerhöhungen,

Anteilsübertragungen und Börsengängen, was für bereits in China angesiedelte ausländische Unternehmen gravierende Folgen haben kann.

Ausblick

Trotz des erweiterten Marktzugangs durch den neuen Investitionskatalog bleiben die viel beschriebenen „versteckten“ Hürden beim Marktzugang bestehen. Schon die Gründung eines ausländisch investierten Handels- oder Beratungsunternehmens mit dem gesetzlichen Mindestkapital von RMB 30.000.– (ca. EUR 3.600) ist kaum möglich, da die Behörden in der Praxis oft dennoch höhere Summen verlangen. Die Liste der Ungleichbehandlungen gegenüber den inländischen Marktakteuren ließe sich unendlich weiterführen. Ratsam ist daher, sich bereits vor einer Investition in China über die verschiedenen Standortfaktoren im Detail zu informieren.

Liao Yuhui

Luther Attorneys, Shanghai

Telefon +86 21 5010 6597

liaoyuhui@cn.luther-lawfirm.com

Wettbewerbsverbote für Mitglieder des Managements in China

Das Management einer chinesischen Gesellschaft ist zweistufig aufgebaut und besteht in der Regel aus einem sogenannten Board of Directors („BoD“), welches unmittelbar vom Gesellschafter besetzt wird, sowie dem General Manager der Gesellschaft, der vom BoD bestimmt wird und der für das Tagesgeschäft in der Gesellschaft zuständig ist.

Die Mitglieder des Managements einer chinesischen Gesellschaft sind regelmäßig an Wettbewerbsverbote gebunden, die sich aus gesellschaftsrechtlichen, vertraglichen oder auch wettbewerbsrechtlichen Regelungen ergeben können. Bei Verstößen gegen die Wettbewerbsverbote stehen der Gesellschaft oder den einzelnen Gesellschaftern ggf. Unterlassungs- und/oder Schadensersatzansprüche gegen die einzelnen Manager zu. Die nachfolgenden drei

Urteile geben einen kleinen Einblick in die chinesische Rechtspraxis:

Wahaha ./ Qinq Peng, Danone

Der mit viel Aufmerksamkeit verfolgte Rechtsstreit zwischen den beiden großen Getränkeherstellern Danone und Wahaha endete nach jahrelanger Auseinandersetzung mit einem Ausstieg von Danone aus dem Joint Venture: Seit 2005 stritten die Parteien um die tatsächliche Kontrolle in ihrem chinesischen Unternehmen. In den Jahren 2006 bis 2008 wurden sowohl in China als auch in Europa verschiedene Gerichts- und Schiedsverfahren eingeleitet – auch gegen einzelne Mitglieder des Managements der verschiedenen Joint Venture – Gesellschaften. Unter anderem klagte Wahaha wegen Verstoßes gegen das im Gesellschaftsgesetz („GesG“) normierte Wettbewerbsverbot gegen den

von Danone in das Management berufenen Qin Peng. Im Juni 2008 verurteilte das Mittlere Volksgericht der Stadt Shenyang Qin Peng, weil er gleichzeitig im Management zweier Joint Venture-Gesellschaften tätig war. Qin Peng musste seine Managementaufgaben in einem der Joint Venture-Unternehmen aufgeben und den erzielten Gewinn in Höhe von RMB 200.000 (ca. EUR 25.000) herausgeben. Bereits im November 2007 hatte Wahaha in Guilin ein ähnliches obsiegendes Urteil erwirken können.

Begründet wurden die Urteile mit den Bestimmungen des § 148 GesG, wonach Boardmitglieder, Supervisor und das Senior Management (insbesondere der General Manager) eine Treue- und Sorgfaltspflicht gegenüber der Gesellschaft haben, aus der folgt, dass sie Geschäftschancen der Gesellschaft weder für sich persönlich noch für Dritte nutzen, noch Geschäfte für sich oder Dritte durchführen dürfen, die im Wettbewerb mit der Gesellschaft stehen (§ 149 Abs. 1 Nr. 5 GesG). Das gesetzliche Wettbewerbsverbot gilt dabei ungeachtet dessen, ob dem Boardmitglied oder dem General Manager eine Vergütung gezahlt wird. Die Boardmitglieder und das Management sind während ihrer Amtszeit an das Wettbewerbsverbot gebunden und im Falle einer Verletzung gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig (§ 150 GesG) bzw. zur Herausgabe des erzielten Gewinns verpflichtet (§ 149 Abs. 2 GesG). Das Gesellschaftsgesetz normiert keinen Unterlassungsanspruch, dieser ergibt sich aber regelmäßig aus den allgemeinen Prinzipien des Zivilrechts (§§ 106 Abs. 2, 134 Abs. 1 Nr. 1 AGZ) bzw. aus dem Deliktsgesetz (§ 15). Interessanterweise wurden die entsprechenden „Parallelklagen“ von Danone gegen die von Wahaha in das Board des Joint Venture berufenen Mitglieder von den Gerichten in Xinjiang, Shandong und Jiangxi mit der Begründung abgewiesen, dass kein Wettbewerbsverhältnis vorliege.

Die Mitglieder des Managements unterliegen also grundsätzlich den Wettbewerbsbeschränkungen des Gesellschaftsgesetzes und die Gefahr eines Wettbewerbsverstößes ist auch dann gegeben, wenn die betroffenen Manager „nur“ als Boardmitglieder in einem verbundenen Unternehmen tätig werden. Typischerweise werden in das Board einer Joint Venture-Gesellschaft in China oft auch die Geschäftsführer (oder andere Manager) des ausländischen Joint Venture-Partners berufen, so dass sich Wettbewerbsverstöße kaum vermeiden lassen. Die berufenen Boardmitglieder sollten daher immer die Zustimmung des Boards und beider bzw. aller Gesellschafter der Joint Venture-Gesellschaft einholen, um weiterhin in anderen Unternehmen verantwortungsvolle Positionen übernehmen zu können, ohne hierfür belangt zu werden. Dies gilt, wie der Fall Wahaha vs. Danone zeigt, insbesondere für die vom ausländischen Partner berufenen Boardmitglieder.

Wang Yunfei ./. Schneider Electric China

In dem Verfahren gegen Wang Yunfei wurde über die Regelung eines vertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbots gestritten. Die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, d.h. für die Zeit nach Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses, ist in § 23 des chinesischen Arbeitsvertragsgesetzes ausdrücklich vorgesehen. § 23 beschränkt die Anwendbarkeit allerdings auf das Management, leitende Ingenieure und andere Personen, die einer Geheimhaltungspflicht unterliegen. Die Laufzeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots kann bis zu zwei Jahre betragen. Voraussetzung für die Wirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots sind die Zusage und Zahlung einer angemessenen Entschädigung. Wann eine Entschädigung angemessen ist, variiert je nach der Region Chinas. Die Höhe der angemessenen Entschädigung ergibt sich meist aus örtlichen Regelungen: In Shanghai wird bereits die Weiterzahlung von 20 % des Monatsgehalts des Arbeitnehmers als angemessen erachtet, während die örtlichen Bestimmungen in Nanjing die Zahlung von mindestens 1/3 des Jahresgehalts vorsehen.

In dem vom Gericht zu entscheidenden Fall wurde Wang Yunfei im Jahr 2005 von Schneider Electric China, einem französischen Hersteller von Elektrogeräten, eingestellt. Entscheidend in diesem Fall war, dass die Gesellschaft zwar ihren Sitz in Shanghai hatte, Wang Yunfei aber in einem Büro in Nanjing arbeitete. Neben dem Arbeitsvertrag unterzeichneten Wang Yunfei und Schneider Electric China eine Geheimhaltungs- und Wettbewerbsvereinbarung, nach der sich Wang Yunfei verpflichtete, für einen Zeitraum von 12 Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht für einen Wettbewerber tätig zu werden. Als Gegenleistung wurde eine Entschädigung in Höhe von einem Monatsgehalt vereinbart. Im Fall der Verletzung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots durch Wang Yunfei sollte eine Vertragsstrafe in Höhe des Dreifachen der Entschädigungssumme fällig werden. Im April 2007 verließ Wang Yunfei die Firma. Schneider zahlte daraufhin im Hinblick auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot drei Monatsgehälter aus. Dennoch wurde Wang Yunfei unmittelbar bei einem deutschen Wettbewerber von Schneider in Nanjing tätig.

Die arbeitsrechtliche Schiedskommission in Shanghai nahm im darauffolgenden Schiedsverfahren die Wirksamkeit der Regelung eines vertraglichen Wettbewerbsverbots und ein Wettbewerbsverstoß von Wang Yunfei gegen diese Bestimmung an. Wang Yunfei gab sich damit nicht zufrieden und klagte vor dem Volksgericht in Nanjing, welches die Nichtigkeit des Wettbewerbsverbots feststellte. In der Begründung führte es an, dass die Zahlung einer Entschädigung von

drei Monatsgehältern nicht ausreichte, um ein Wettbewerbsverbot zu begründen. Das Gericht ließ dabei aber außer Acht, dass die Höhe der Zahlung am Sitz der Gesellschaft (Shanghai) für angemessen angesehen worden wäre. Das Nanjinger Urteil wurde vom Höchsten Volksgericht (Gazette of the Supreme People's Court (Vol. 11, 2009)) bestätigt.

Rosenberger ./ Li Yong u.a.

Neben den vertraglichen Wettbewerbsverboten und der gesellschaftsrechtlichen Treue- und Sorgfaltspflicht lässt sich auch aus der im chinesischen Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) normierten Geheimhaltungspflicht ein Schadensersatzanspruch herleiten. Vorteil einer Klage auf Grundlage des UWG ist, dass höhere Schadensersatzsummen gefordert werden können und kein arbeitsrechtliches Schiedsverfahren durchlaufen werden muss. Nachteilig ist die erschwerte Beweisführung hinsichtlich des Inhalts und Umfangs der Geschäftsgeheimnisse. Gleichzeitig muss der Kläger nachweisen, dass entsprechende Vorbeugungsmaßnahmen gegen eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht getroffen wurden.

Im Fall Rosenberger ./ Li Yong klagte das Unternehmen Rosenberger gegen Li Yong und andere Manager der Ge-

sellschaft, die gemeinsam eine eigene Gesellschaft mit ähnlichem Geschäftszweck gegründet hatten. Die Gesellschaft wurde noch während der Anstellung von Li Yong und den anderen Managern bei Rosenberger gegründet. Rosenberger machte vor Gericht geltend, dass die Beklagten sich Geschäftsgeheimnisse von Rosenberger zu Eigen gemacht und Kunden für ihre Gesellschaft abgeworben hätten. Das Mittlere Volksgericht in Beijing entschied im Dezember 2006 zugunsten von Rosenberger und verurteilte die Beklagten zur Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von ca. RMB 3 Mio. (ca. 350.000 Euro). In der Berufung wurde das Urteil allerdings aufgehoben und der Schadensersatzanspruch mit dem Hinweis abgewiesen, dass Rosenberger die Geheimhaltungspflichten und die Ausnutzung der Geschäftsgeheimnisse nicht ausreichend dargelegt habe. Rosenberger verlor den Fall, weil dem Gericht die Beweiskette nicht ausreichend erschien.

Tian Yibing

Luther Attorneys, Shanghai

Telefon +86 21 5010 6582

tianyibing@cn.luther-lawfirm.com

Arbeitsstreit bei der Schiedskommission in China

Seit Einführung des chinesischen Arbeitsvertragsgesetzes am 1. August 2008 stehen Arbeitsstreitigkeiten verstärkt im Interesse der Öffentlichkeit. Im Jahr 2009 wurden insgesamt 317.072 Arbeitsstreitverfahren entschieden. Davon wurden 20.899 Verfahren in Beijing, 21.400 in Shanghai, 11.412 in Guangzhou und 34.211 in Shenzhen verhandelt. Etwa 870.000 Fälle wurden 2009 bei den Schiedskommissionen in China eingereicht und mehr als 3/4 der Verfahren wurde noch im selben Jahr beendet.

Nachfolgend findet sich ein Überblick über das arbeitsrechtliche Schiedsverfahren und seine wichtigsten Verfahrensgrundsätze. Anschließend werden typische bei der Schiedskommission verhandelte Arbeitsstreitigkeiten und die verschiedenen Lösungsansätze in verschiedenen Städten und Regionen vorgestellt.

Arbeitsrechtliches Schiedsverfahren

Mit Einführung des Arbeitsvertragsgesetzes trat am 1. Mai 2008 auch das Gesetz über Arbeitsrechtliche Mediation und Schiedsverfahren („Verfahrensgesetz“) in Kraft. Das Verfahrensgesetz sieht vor, dass arbeitsrechtliche Streitigkeiten durch Beratung, Mediation, Schieds- und Gerichtsverfahren beigelegt werden. Weder eine Beratung noch eine Mediation sind zwingend für die beteiligten Parteien und eine dadurch erzielte Einigung ist nicht unmittelbar vollstreckbar. Die meisten Arbeitsstreitigkeiten werden daher direkt bei der örtlichen Schiedskommission eingereicht. Das Schiedsverfahren ist in den meisten Fällen zwingende Voraussetzung für ein späteres Gerichtsverfahren. Es fallen keine Verfahrensgebühren bei der Schiedskommission an und die Parteien übernehmen ihre anfallenden Ausgaben wie beispielsweise Anwaltskosten selbst.

Verfahrensgrundsätze

Im Gegensatz zu anderen Schiedsverfahren in China können die Parteien einer Arbeitsstreitigkeit weder das anwendbare Recht noch die Schiedskommission oder die Schiedsrichter wählen. Entsprechend dem Arbeitsgesetz, dem Arbeitsvertragsgesetz und dem Verfahrensgesetz ist das chinesische Recht auf Arbeitsstreitigkeiten anzuwenden und das Schiedsverfahren wird in chinesischer Sprache geführt. Örtlich zuständig ist die Schiedskommission am Ort der Ausübung der Tätigkeit oder am Sitz des Arbeitgebers.

Als Schiedsrichter werden Beamte der Arbeitsbehörde, ehemalige Richter, Akademiker, Angestellte von Personalabteilungen oder Gewerkschaftsmitglieder eingesetzt. Grundsätzlich sind Schiedsverfahren öffentlich. Die Parteien können jedoch auch den Ausschluss der Öffentlichkeit beantragen. Das Schiedsgericht ist angehalten, das Schiedsurteil innerhalb von 45 Tagen ab Antragstellung zu fällen. Dieser Zeitraum kann – nach Genehmigung des Vorsitzenden der Schiedskommission – um weitere 15 Tage verlängert werden. In der Praxis können viele Schiedsgerichte aufgrund der Arbeitsbelastung diese Frist aber selten einhalten.

Verjährung

Vor Inkrafttreten des Verfahrensgesetzes galt bei Arbeitsstreitigkeiten eine Verjährung von nur 60 Tagen. Seit 1. Mai 2008 ist die Verjährungsfrist bei Arbeitsstreitigkeiten auf ein Jahr verlängert worden. Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Tag, an dem die Partei Kenntnis von der Rechtsverletzung erlangt hat oder hätte Kenntnis erlangen müssen. Damit ist die Verjährungsfrist immer noch deutlich kürzer als bei anderen zivilrechtlichen Streitigkeiten, die einer Verjährungsfrist von zwei Jahren unterliegen. Des Weiteren regelt das Verfahrensgesetz nunmehr auch die Hemmung und die Unterbrechung der Verjährung.

Streitigkeiten um verspätete oder nicht gezahlte Vergütung verjähren gemäß dem Verfahrensgesetz bei Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses nicht. Ist das Arbeitsverhältnis jedoch beendet, so muss der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Vergütung innerhalb von einem Jahr nach Beendigung des Arbeitsvertrages geltend machen. Die Vergütung im Sinne des Verfahrensgesetzes umfasst u.a. vertraglich vereinbartes oder gesetzlich geregeltes Gehalt, Boni, Zuschüsse, Überstundenvergütung und Sonderzahlungen wie im Krankheitsfall und im Mutterschutzurlaub. Entschädigungszahlungen wie Abfindungen sind hingegen nicht von der im Verfahrensgesetz geregelten Arbeitsvergütung umfasst.

Wirkung des Schiedsurteils

Ist ein Arbeitnehmer nicht mit dem Schiedsurteil einverstanden, so kann er gemäß Artikel 48 ff. des Verfahrensgesetzes innerhalb von 15 Tagen nach Zugang des Schiedsurteils Klage gegen den Arbeitgeber beim zuständigen örtlichen Volksgericht einreichen. Die Gerichtskosten belaufen sich auf maximal RMB 10, also ca. ein Euro. Für den Arbeitnehmer ist es daher einfach und kostengünstig ein Gerichtsverfahren einzuleiten.

Für den Arbeitgeber gelten unterschiedliche Fristen: Betrifft das Schiedsurteil die Geltendmachung von Vergütung, medizinischen Kosten im Zusammenhang mit einem Arbeitsunfall, Entschädigung oder Schadensersatz, deren Höhe das Zwölfwache des örtlichen Mindestmonatslohns nicht übersteigt, oder Streitigkeiten bezüglich der Durchsetzung von Arbeitsstandards wie Arbeitsstunden, Pausen, Jahresurlaub, Sozialversicherung usw., kann der Arbeitgeber innerhalb von 30 Tagen nach Zugang des Schiedsurteils beim Volksgericht in Berufung gehen, wenn er einen Rechtsfehler, die fehlende Zuständigkeit der Schiedskommission oder gefälschte Beweise usw. geltend macht. In allen anderen Fällen kann der Arbeitgeber innerhalb von 15 Tagen nach Zugang des Schiedsurteils Berufung beim Volksgericht einreichen.

Beweislast

Grundsätzlich ist der Arbeitgeber verpflichtet, behauptete Tatsachen, wie beispielsweise den Kündigungsgrund zu beweisen. Der Arbeitnehmer muss lediglich Indizien zur Begründung von Tatsachen wie das Arbeitsverhältnis, die verspätete oder Nichtzahlung des Gehalts, Überstunden usw. einreichen. Kann der Arbeitnehmer die entsprechenden Beweise nicht vorlegen, weil die Beweise sich im Machtbereich des Arbeitgebers befinden, so kann das Schiedsgericht gemäß Artikel 39 des Verfahrensgesetzes die Vorlage dieser Beweise durch den Arbeitgeber anordnen. Kommt der Arbeitgeber dieser Anordnung nicht nach, so wird der Fall zu Ungunsten des Arbeitgebers entschieden.

Typische Arbeitsstreitigkeiten

In Anbetracht gestiegener Personalkosten und gesetzlicher Regelungen, die die Rechte der Arbeitnehmer deutlich stärken, müssen Arbeitgeber ihre Personalangelegenheiten mit großer Vorsicht und Sorgfalt regeln. Viele Arbeitnehmer und ihre Rechtsberater versuchen derzeit, die arbeitsrechtlichen Gesetze und Bestimmungen zu ihrem Vorteil auszunutzen. Die chinesischen Schiedskommissionen und Gerichte haben daher viele interne Auslegungsrichtlinien veröffentlicht, um den Interessen beider Parteien gerecht zu werden und grundlegende Rechtsprinzipien wie das des guten Glaubens zu wahren.

Rechtswidrige Kündigung durch Arbeitgeber

Der Arbeitgeber kann gemäß dem Arbeitsvertragsgesetz nur bei Vorliegen eines Grundes kündigen. Eine unbegründete Kündigung ist nicht zulässig. Im Falle einer rechtswidrigen Kündigung kann der Arbeitnehmer entweder die Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses oder die Zahlung einer doppelten Abfindung geltend machen. Bei einer begründeten ordentlichen Kündigung hat der Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertragsgesetz Anspruch auf Abfindung in Höhe von einem Monatsgehalt pro Arbeitsjahr. Das Monatsgehalt wird jedoch beim Dreifachen des durchschnittlichen Monatsgehalts der Angestellten am Arbeitsort gedeckelt.

Kann der Arbeitgeber die einseitige Kündigung nicht rechtfertigen, so wird das Schiedsgericht in der Regel die Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses anordnen. In diesem Zusammenhang wird das Schiedsgericht den Arbeitgeber zudem auffordern, das Gehalt für den Zeitraum, in dem der Arbeitnehmer aufgrund der rechtswidrigen Kündigung nicht arbeiten konnte, nachzuzahlen. In der Praxis wird der Schiedsrichter versuchen, den Arbeitnehmer zu überzeugen, den Anspruch auf Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses aufzugeben und stattdessen die doppelte Abfindung geltend zu machen. Solch ein Versuch scheitert jedoch regelmäßig, außer wenn der Arbeitgeber zusätzlich zur doppelten Abfindung eine Entschädigung in Höhe von bis zu sechs Monatsgehältern oder 50–100 % der doppelten Abfindung anbietet.

Dabei ist es für die Entscheidung des Schiedsrichters nicht entscheidend, ob die vorherige Position des Arbeitnehmers bereits vergeben wurde und keine äquivalenten Positionen beim Arbeitgeber vorhanden sind. In diesem Fall ist dem Arbeitgeber zu raten, das Schiedsurteil hinzunehmen und Berufung beim Volksgericht einzulegen. Die Chancen, dass das Volksgericht statt der Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses die Zahlung der doppelten Abfindung anordnet, ist höher, da das Gericht bei seiner Urteilsfindung auch die Vollstreckungsmöglichkeit des Urteils berücksichtigen muss.

Überstunden

Unabhängig von anderslautenden Vereinbarungen zwischen den Parteien kann der Arbeitnehmer die Vergütung von Überstunden geltend machen, wenn das in China übliche Arbeitszeitsystem (maximal 8 Stunden pro Tag und 40 Stunden pro Woche) auf ihn Anwendung findet. Ausnahmen bestehen für leitende Angestellte, für die die Einführung eines sogenannten flexiblen Arbeitszeitsystems beantragt werden kann, bei dem nur Überstunden an gesetzlichen Feiertagen vergütet werden.

Lokal werden diese Regelungen unterschiedlich gehandhabt: In den Provinzen Jiangsu und Shandong wird der Anspruch von leitenden Angestellten auf Überstundenvergütung nur bedingt anerkannt, auch wenn der Arbeitgeber keine Registrierung des flexiblen Arbeitszeitsystems durchgeführt hat. In der Provinz Guangdong werden Vereinbarungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer zugelassen, die besagen, dass die Überstundenvergütung mit dem Monatsgehalt abgegolten ist, wenn der Stundenlohn des Arbeitnehmers höher ist als der gesetzliche Mindestlohn. Die Schiedsgerichte in der Provinz Jiangsu weisen den Anspruch des Arbeitnehmers auf Überstundenvergütung ab, wenn der Arbeitgeber beweisen kann, dass das tatsächlich gezahlte Gehalt neben der normalen Vergütung bereits die Überstundenvergütung beinhaltet.

Die Geltendmachung von Überstundenvergütung macht einen Großteil der Arbeitsstreitigkeiten der letzten Jahre aus. Insbesondere tendieren Arbeitnehmer dazu, Überstundenvergütung rückwirkend für mehrere Jahre zu verlangen, wenn sie von ihrem Arbeitgeber entlassen werden. Sie argumentieren, dass während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses keine Verjährungsfrist greife. Die meisten chinesischen Gerichte folgen dieser Argumentation. Die Gerichte in der Provinz Zhejiang sind jedoch beispielsweise der Auffassung, dass Ansprüche bezüglich einer Überstundenvergütung einer Verjährungsfrist von zwei Jahren unterliegen. Sollte der Arbeitsvertrag gekündigt oder zeitlich abgelaufen sein, so greife die Jahresfrist. Diese Regelungen wurden in einer internen Richtlinie in 2009 festgelegt.

In einigen anderen Regionen kommt es zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich der Ansprüche auf Überstundenvergütung. Wenn der Arbeitnehmer Indizien für die Behauptung, dass die Beweise für die Überstunden sich in der Sphäre des Arbeitgebers befinden, vorlegt, so trägt der Arbeitgeber die Beweislast, dass keine Überstunden geleistet wurden. Die Gerichte in der Provinz Guangdong haben im Jahr 2008 eine interne Richtlinie herausgegeben, wonach der Arbeitgeber die Beweislast für nichterbrachte Überstunden der letzten zwei Jahre vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses trägt. Sollte der Arbeitnehmer rückwirkend Überstundenvergütung über den vorgenannten Zweijahreszeitraum hinaus beanspruchen, so trägt er hierfür die Beweislast. Sollte er keine Beweise vorlegen können, so wird das Schiedsgericht seinen Antrag diesbezüglich abweisen.

Fehlender schriftlicher Arbeitsvertrag

Gemäß dem Arbeitsvertragsgesetz muss ein Arbeitsvertrag innerhalb eines Monats ab Beschäftigungsaufnahme mit dem Arbeitnehmer schriftlich geschlossen werden. Wird ein solcher Vertrag nicht geschlossen, hat der Arbeitnehmer

Anspruch auf doppeltes Monatsgehalt ab dem zweiten Arbeitsmonat bis zum Ablauf eines Jahres. Wird nach Ablauf eines Jahres kein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen, so wird der Abschluss eines unbefristeten Vertrages angenommen.

Viele Streitigkeiten über die Zahlung von doppeltem Monatsgehalt basieren auf dem Umstand, dass der Arbeitgeber eine schriftliche Vertragsverlängerung nach Ablauf des ersten befristeten Vertrages verweigert oder vergisst. Ebenso häufig kommt es vor, dass leitende Angestellte der Personalabteilung absichtlich ihre schriftlichen Arbeitsverträge verlieren oder zerstören, um nach Vertragsbeendigung eine doppelte Gehaltszahlung zu verlangen. Um diesem entgegen zu wirken, haben viele Regionen Richtlinien zur Handhabung solcher Arbeitsstreitigkeiten veröffentlicht.

In der Provinz Jiangsu wird der Anspruch auf doppelte Gehaltszahlung in zwei Ansprüche aufgeteilt. Der Anspruch auf das normale Monatsgehalt unterliegt keiner Verjährungsfrist, während der Anspruch auf das zusätzliche Monatsgehalt nach einem Jahr verjährt. Die Gerichte in Guangzhou haben eine ähnliche Regelung, wobei die einjährige Verjährung rückwirkend ab dem Antragsdatum beim Schiedsgericht berechnet wird. Die Gerichte in Shanghai sind der Auffassung, dass die zusätzlichen Gehälter der Verjährungsfrist von einem Jahr unterliegen, die Verjährungsfrist jedoch für jeden geltend gemachten Monat neu beginnt.

Bei den Gerichten in Shanghai ist insgesamt eine konservativere Einstellung zum Fehlen eines schriftlichen Arbeitsvertrages festzustellen. Sie überprüfen zunächst, ob der Arbeitgeber die Möglichkeit zum Abschluss eines schriftlichen Vertrages angeboten hat und ob der Arbeitnehmer dies willkürlich verzögert hat. In solchen Fällen wird der Anspruch des Arbeitnehmers auf doppelte Gehaltszahlung abgewiesen. Kann der Arbeitgeber nachweisen, dass er dem Arbeitnehmer schriftlich eine Vertragsverlängerung nach Ablauf des ersten befristeten Vertrages angeboten und der Arbeitnehmer die schriftliche Fixierung verweigert hat, so hat der Arbeitgeber das Recht, das Arbeitsverhältnis schriftlich mit sofortiger Wirkung zu kündigen. Im Zusammenhang mit der Geltendmachung von doppeltem Gehalt durch einen Personalleiter hat ein Schiedsgericht in Shanghai kürzlich den Anspruch des Arbeitnehmers abgewiesen, da der Arbeitgeber Indizienbeweise vorlegen konnte, die bewiesen, dass der Arbeitgeber mit allen anderen Angestellten schriftliche Arbeitsverträge abgeschlossen hatte und nur der Arbeitsvertrag des Personalleiter nicht aufgefunden werden konnte.

Meike Jochims
Luther Attorneys, Shanghai
Telefon +86 21 5010 7508
meike.jochims@cn.luther-lawfirm.com

Tian Yibing
Luther Attorneys, Shanghai
Telefon +86 21 5010 6582
tianyibing@cn.luther-lawfirm.com

OVGH konkretisiert Insolvenzgründe und Beweislast

Am 9. September 2011 wurde die erste Auslegung zur Anwendung des chinesischen Insolvenzgesetzes von dem Obersten Volksgerichtshof Chinas („OVGH“) verabschiedet, die am 26. September 2011 in Kraft trat. In dieser Auslegung hat der OVGH in erster Linie die Insolvenzgründe und die Beweislast konkretisiert, die seit dem Inkrafttreten des chinesischen Insolvenzgesetzes am 1. Juni 2007 in der Praxis häufig zur Verwirrung und Schwierigkeit bei einem Insolvenzantrag durch Gläubiger geführt haben.

Insolvenzgründe

Zunächst hat der OVGH in seiner Auslegung eindeutig festgelegt, dass ein Insolvenzantrag aus zwei Gründen gestellt werden kann. Das zuständige Gericht betrachtet einen Schuldner erst dann als reif für einen Insolvenzantrag, wenn der Schuldner

- zur Tilgung der fälligen Schulden nicht fähig und überschuldet ist; oder
- zur Tilgung der fälligen Schulden nicht fähig und seine mangelnde Zahlungsfähigkeit ersichtlich ist.

Für beide Insolvenzgründe wird jedoch die Unfähigkeit des Schuldners zur Tilgung der fälligen Schulden vorausgesetzt. Zugleich muss entweder der Schuldner überschuldet sein oder es ihm ersichtlich an seiner Zahlungsunfähigkeit mangeln. Ob eine mit dem Schuldner gesamtschuldnerisch haftende Partei zahlungsfähig ist oder nicht, ist irrelevant für die Beurteilung, ob ein Insolvenzantrag gegen den Schuldner gestellt werden kann.

Unfähigkeit zur Tilgung der fälligen Schulden

Eine Unfähigkeit des Schuldners zur Tilgung der fälligen Schulden ist bei Vorliegen der folgenden drei Voraussetzungen gegeben:

- das Schuldverhältnis ist rechtmäßig zustande gekommen; und
- die Schuld ist fällig; und
- der Schuldner hat die Schuld nicht vollständig getilgt.

Überschuldung

Eine Überschuldung liegt hingegen vor, wenn die Bilanz des Schuldners oder die anderen Finanzberichte wie der Wirtschaftsprüfungsbericht oder der Vermögensbewertungsbericht des Schuldners zeigen, dass das gesamte Vermögen des Schuldners seine Schulden nicht deckt.

Ersichtliche mangelnde Zahlungsfähigkeit

Liegt keine Überschuldung des Schuldners vor, muss das zuständige Gericht in den folgenden Fällen eine mangelnde Zahlungsfähigkeit des Schuldners prüfen:

- Schulden können mangels Finanzmittel oder Liquidität nicht getilgt werden; dies kann auf langfristigen Verlusten oder auf Schwierigkeiten bei der Gewinnerzielung beruhen;
- Es fehlt an einem gesetzlichen Vertretern oder Finanzverwaltungspersonal und die Schulden können daher nicht getilgt werden;
- eine gerichtliche Zwangsvollstreckung führt nicht zur Tilgung der Schulden; oder
- sonstige Fälle, die die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners verursachen.

Beweislast bei der Antragstellung

Stellt ein Gläubiger den Insolvenzantrag, trägt er nur die Beweislast für eine Unfähigkeit des Schuldners zur Tilgung der fälligen Schulden. Der Antrag des Gläubigers wird ohne weiteres angenommen, sofern der Schuldner nicht fristgemäß einen gültigen Widerspruch eingelegt hat. Nach der Antragsannahme verlangt das Gericht eine Erklärung des Schuldners über sein Vermögen, eine Auflistung der Forderungen und Verbindlichkeiten des Schuldners sowie die Finanz und Buchführungsberichte.

Im Falle einer aufgelösten und nicht (binnen einer angemessenen Frist) liquidierten juristischen Person muss der Insolvenzantrag eines Gläubigers vom Gericht angenommen werden, es sei denn, der Schuldner kann nachweisen, dass kein Insolvenzgrund vorliegt. Verweigert das zuständige Gericht die Annahme oder die rechtmäßige Bearbeitung des Insolvenzantrages, kann der Antragsteller den Antrag beim Gericht höherer Instanz stellen.

Dr. Li Guang, LL.M. (Cornell/Freiburg)
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Stuttgart
Telefon +49 711 9338 10074
guang.li@luther-lawfirm.com

Neue Bestimmungen über den Verstoß gegen die Anmeldepflichten nach dem chinesischen Antimonopolgesetz

Zusammenschlusskontrolle und Hintergrund der neuen Bestimmungen

Seit dem 1. August 2008 ist das chinesische Antimonopolgesetz (AMG) in Kraft, welches neben diversen wettbewerbsrechtlichen Regelungen auch Vorgaben zur kartellrechtlichen Zusammenschlusskontrolle sowie der diesbezüglichen Anmeldepflichten enthält, die insbesondere bei M&A-Transaktionen relevant werden. Gemäß § 20 AMG in Verbindung mit weiteren Ausführungsbestimmungen müssen danach Unternehmenszusammenschlüsse beim Antimonopolvollzugsorgan des Staatsrates („MOFCOM“) angemeldet werden, die folgende Voraussetzungen erfüllen:

- weltweiter Umsatz aller beteiligten Unternehmen im vergangenen Geschäftsjahr mehr als RMB 10 Milliarden und jeweiliger Umsatz von mindestens zwei der beteiligten Unternehmen in China mehr als RMB 400 Millionen; oder
- in China insgesamt erwirtschafteter Umsatz aller beteiligten Unternehmen mehr als RMB 2 Milliarden und jeweiliger Umsatz von mindestens zwei der beteiligten Unternehmen in China RMB 400 Millionen.

Vor der Anmeldung darf der Zusammenschluss nicht vollzogen werden. Unter den Begriff „Zusammenschluss“ fallen dabei insbesondere die Zusammenlegung von Unternehmen, der Erwerb des Kontrollrechts an einem anderen Unternehmen durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögen sowie der (vertragliche oder sonstige) Erwerb des Kontrollrechts oder der Fähigkeit, bestimmenden Einfluss auszuüben. Ausnahmen gelten für interne Konzernumstrukturierungen. Mit der Anmeldung müssen zudem verschiedene Unterlagen eingereicht werden:

- die Zusammenschlussvereinbarung,
- eine Erklärung darüber, welchen Einfluss der Zusammenschluss auf die Wettbewerbsbedingungen auf dem relevanten Markt hat, sowie
- die durch einen Wirtschaftsprüfer geprüften Finanzberichte des letzten Geschäftsjahres aller an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen.

Innerhalb von 30 Tagen wird dann von der Behörde darüber

entschieden, ob eine Hauptprüfung eröffnet wird, welche wiederum innerhalb von 90 Tagen abgeschlossen werden muss. Erfolgt keine Entscheidung der Behörde innerhalb der ersten 30-Tagefrist, kann der Zusammenschluss von den Unternehmen vollzogen werden.

Für alle Fristen ist es jedoch erforderlich, dass die eingereichten Unterlagen vollständig sind, was in der Vergangenheit schon zu Verzögerungen geführt hat.

Inhalt der neuen Bestimmungen über den Verstoß gegen die Anmeldepflichten

Am 30. Dezember 2011 hat MOFCOM mit Wirkung zum 1. Februar 2012 vorläufige Bestimmungen für Unternehmen erlassen, die entgegen den vorgenannten Bedingungen einen Zusammenschluss ohne Anmeldung vollzogen haben. Im Wesentlichen werden damit Ermittlungsbefugnisse sowie Sanktionen festgelegt.

Vorgaben zum Ermittlungsverfahren

Die Ermittlungen der Behörde können entweder durch einen vertraulich zu behandelnden Report eines Unternehmens oder einer natürlichen Person mit Hinweis auf einen möglichen Verstoß gegen die Anmeldepflichten („whistleblower“) oder durch andere Quellen der Behörde eröffnet werden. Der vertrauliche Bericht muss dabei schriftlich erfolgen und bereits erste Beweise für einen Verstoß enthalten. Sofern MOFCOM zu der Überzeugung gelangt, dass die Anfangsbeweise ausreichend sind, wird das Verfahren eröffnet und die betroffenen Unternehmen darüber unterrichtet.

Das Ermittlungsverfahren vollzieht sich dann im Wesentlichen im Rahmen des folgenden Zeitplans:

1. innerhalb von 30 Tagen müssen die beschuldigten Unternehmen Dokumente und Unterlagen an die MOFCOM übermitteln, aus denen sich ergibt, dass entweder die Voraussetzungen für eine Anmeldepflicht nicht vorgelegen haben oder eine Anmeldung bereits erfolgt ist.
2. Die Behörde hat daraufhin 60 Tage Zeit, die übermittelten Unterlagen zu sichten und zu entscheiden, ob ein

Verstoß gegen die Anmeldepflichten vorliegt. Wenn ein Verstoß aus Sicht der Behörde nicht gegeben ist, werden die Ermittlungen beendet und die betroffenen Unternehmen darüber unterrichtet. Sofern jedoch aus Sicht von MOFCOM stichhaltige Hinweise für einen Verstoß vorliegen, werden die Unternehmen im Rahmen einer vorläufigen Mitteilung darüber unterrichtet, dass weitere Ermittlungen vorgenommen werden und solange sämtliche bisherige Vereinbarungen suspendiert sind.

3. Im Falle einer Mitteilung über einen möglichen Verstoß haben die Unternehmen erneut 30 Tage Zeit, weitere entlastende Unterlagen und Dokumente an MOFCOM zu übermitteln.
4. MOFCOM muss ihre Ermittlungen im Anschluss innerhalb weiterer 180 Tage abschließen.

In diesem Zeitraum ist die Behörde insbesondere befugt:

- Die Geschäftsräume und andere Bürogebäude zu untersuchen;
- Anfragen an das Unternehmen, Beteiligte oder andere relevante Organe zu stellen und sie zur Erklärung der betreffenden Umstände aufzufordern;
- Relevante Dokumente, Vereinbarungen, Buchführungs- und Kontounterlagen, Geschäftskorrespondenz sowie weitere elektronische Daten der betroffenen Unternehmen, Beteiligten oder anderen betroffenen Einheiten oder Einzelpersonen zu sichten und zu vervielfältigen;
- Beweise zu versiegeln und zu beschlagnahmen;
- Sich nach den Bankkonten der Unternehmen zu erkundigen.

Vor dem endgültigen Abschluss der Ermittlungen werden die betroffenen Unternehmen über die Ergebnisse und die dazugehörigen Beweise im Rahmen einer Vorabmitteilung unterrichtet. Die Unternehmen sind dann berechtigt, etwaige Einwände inklusive dazugehörigem Beweismaterial schriftlich vorzutragen. Abschließend wird die MOFCOM ihre Entscheidung den Unternehmen schriftlich mitteilen und hat das Recht, diese Entscheidung auch zu veröffentlichen.

Gegen diese Entscheidung können die Unternehmen zunächst Beschwerde bei derselben Behörde einlegen oder – im Falle einer Ablehnung – im Anschluss den Gerichtsweg verfolgen. Nicht geregelt ist allerdings, ob die Entscheidung der MOFCOM solange suspendiert ist.

Sanktionen im Falle eines Verstoßes

Die Bestimmungen über mögliche Sanktionen orientieren sich im Wesentlichen an § 48 AMG, wonach Strafzahlungen

bis zu einer Summe von RMB 500.000 verhängt werden können, falls die MOFCOM zu der Überzeugung gelangt, dass ein Verstoß gegen die Anmeldepflicht vorliegt. Ferner kann MOFCOM die folgenden Maßnahmen zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands anordnen:

- Verbot der Fortsetzung des Zusammenschlusses;
- innerhalb eines vorgegebenen Zeitrahmens Anordnung des Verkaufs der Anteile oder Vermögensgegenstände, die im Rahmen des Zusammenschlusses erworben wurden;
- Anordnung der Übertragung des erworbenen Geschäftes innerhalb eines bestimmten Zeitraums.

MOFCOM ist zudem befugt, bereits auch die Verhinderung der Zurverfügungstellung von entsprechender Dokumentation, die Zerstörung oder Entwendung von Beweismitteln oder andere Maßnahmen zur Behinderung der Untersuchungsmaßnahmen unter Strafe zu stellen. Hierbei ist allerdings nicht eindeutig geregelt, ob dies nur gegenüber den betroffenen Unternehmen oder auch den anderen Beteiligten sowie Privatpersonen Anwendung findet.

Bedeutung

Die neuen Bestimmungen sind die aktuellsten in einer Reihe von Auslegungsbestimmungen zum AMG. Im Hinblick auf ihre Vorgaben zur Durchsetzung der Ermittlungsbefugnisse sind sie jedoch einzigartig. Sie basieren auf der Ankündigung der MOFCOM, die Durchsetzung der Vorschriften des AMG zu stärken. Nach Auskunft von MOFCOM seien zwar insbesondere die Anmeldungen einer Zusammenschlusskontrolle in 2011 im Verhältnis zu 2010 um mehr als 40 % angestiegen, blieben jedoch weiterhin hinter den nicht angemeldeten Zusammenschlüssen, die die Anmeldekriterien erreichten, zurück. Insgesamt sollen die Vorschriften zur Verbesserung der Konsistenz des Ermittlungsvorgehens, zur Klarstellung der Anerkennungskriterien und des Ermittlungsprozesses dienen. Vor dem Hintergrund, dass die genannten Zeitperioden nicht die Vorprüfung der Vollständigkeit der Unterlagen berücksichtigen, sollten die betroffenen Unternehmen das Risiko weiterer Verzögerungen einplanen. Generell sollten die Regelungen dahingehend verstanden werden, dass die MOFCOM ihren Vorsatz, das AMG zu stärken und mit Sanktionen zu belegen, nun mehr Nachdruck verleihen möchte.

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

Indien

Der Vodafone Fall: Ende gut – Alles gut?

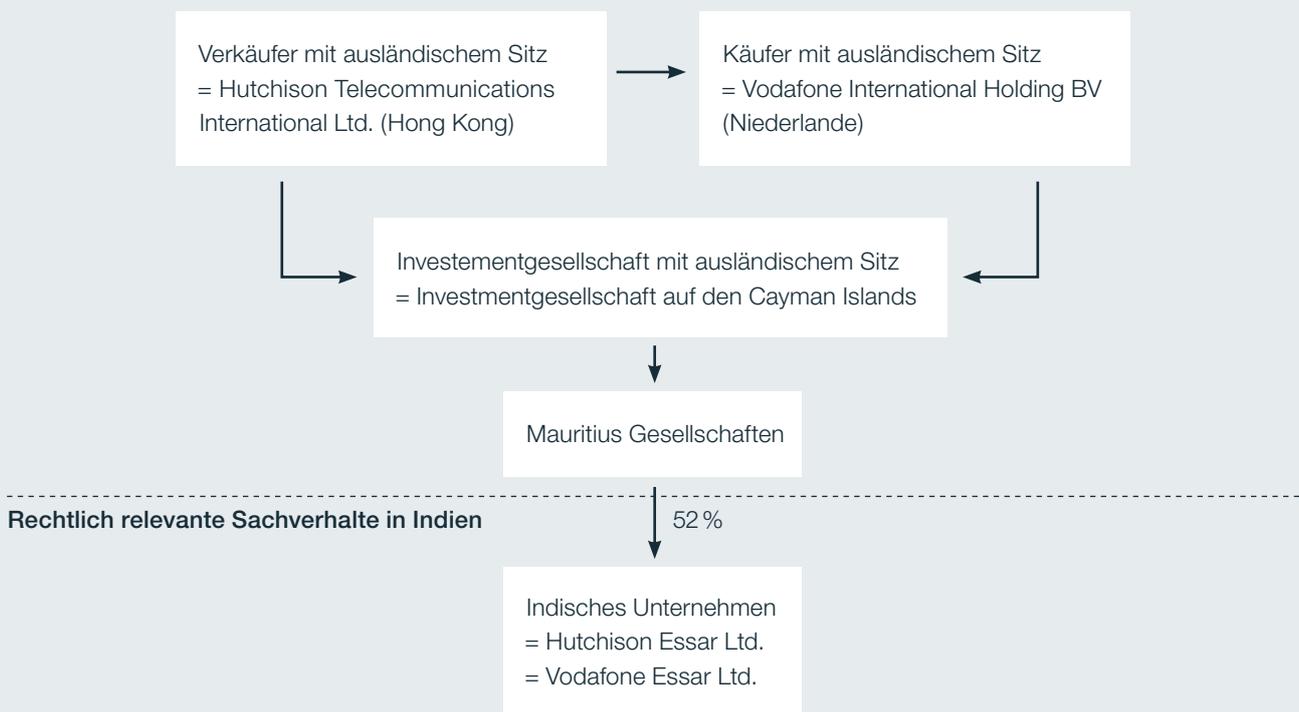
Der seit 2008 bei den indischen Gerichten anhängige Vodafone Fall wurde am 20. Januar 2012 vom Supreme Court of India in letzter Instanz zugunsten von Vodafone entschieden. Dies wurde von internationalen Investoren positiv aufgenommen. Die indische Regierung plant nun jedoch rückwirkende Gesetzesänderungen, die zu einem Wiederaurollen des Vodafone Falls führen könnten.

Der Vodafone Fall

Kurz zum Hintergrund des Vodafone Falls: In 2007 hatte Vodafone für ca. USD 11 Mrd. eine Mehrheitsbeteiligung an der indischen Hutchison Essar Ltd. erworben. Die Transaktion wurde dabei so gestaltet, dass die Vodafone International Holdings BV mit Sitz in den Niederlanden von der Hutchinson Telecommunications International Ltd. mit Sitz in HongKong, Anteile an einer Holding-Gesellschaft mit Sitz auf den Cayman Islands erwarb. Diese Holding-Gesellschaft wiederum hält über mehrere Mauritius-Gesellschaften

die Mehrheitsanteile an der indischen Hutchinson Essar Ltd. Nach Abschluss der Transaktion wurde Vodafone von den indischen Steuerbehörden aufgefordert, Steuern auf den Veräußerungsgewinn (*capital gains tax*) in Höhe von ca. USD 2 Mrd. zu zahlen. Eigentlicher Steuerschuldner der *capital gains tax* ist zwar grundsätzlich der Veräußerer (hier also Hutchinson, HongKong). Nach dem indischen Steuerrecht kann jedoch der Erwerber dazu verpflichtet sein, einen Teil des Kaufpreises einzubehalten und an die Steuerbehörden abzuführen (*capital gains withholding tax*). Das Ansinnen der indischen Steuerbehörden löste erhebliche Kritik aus, da es sich um einen reinen Auslandssachverhalt handelt, der lediglich mittelbar zu einer Übertragung von in Indien belegenen Vermögensgegenständen führte. Die indischen Steuerbehörden argumentierten jedoch, dass die zwischengeschalteten Holding-Gesellschaften lediglich die Funktion hätten, die Transaktion vom Zugriff des indischen Fiskus abzuschotten, und daher ignoriert werden müssten.

Rechtlich relevante Sachverhalte außerhalb Indiens



Die Entscheidung des Supreme Courts

Der Supreme Court hat nun entschieden, dass der indische Fiskus nicht berechtigt ist, den aus der Vodafone Transaktion resultierenden Veräußerungsgewinn zu besteuern. Dies wurde insbesondere damit begründet, dass die indischen Steuerbehörden nicht befugt seien, einen reinen Auslandssachverhalt, der sich nur mittelbar in Indien auswirkt, zu besteuern. Die Entscheidung setzt sich detailliert mit der Abgrenzung zwischen einer zulässigen Steuervermeidung (*tax avoidance*) und einer unzulässigen Steuerhinterziehung (*tax evasion*) auseinander. Die Holdingstruktur müsse in ihrer gesamten Komplexität gesehen werden und dürfe nicht willkürlich in einzelne Teile zerlegt werden. In diesem Zusammenhang wurden auch die Regeln zum „*piercing of the corporate veil*“ geprüft und das Gericht hat bestätigt, dass ein Ausblenden der rechtlichen Eigenständigkeit der Konzerngesellschaften nur in eng umschriebenen Ausnahmefällen zulässig sei. Das Gericht gelangte zu dem Ergebnis, dass die von Vodafone gewählte Transaktionsstruktur eine zulässige Steuergestaltung sei. Mangels einer ausdrücklichen Vorschrift im indischen *Income Tax Act*, welche eine Besteuerung von Veräußerungsgewinnen aus einer lediglich mittelbaren Übertragung von in Indien belegenen Vermögen zulasse, hätten die indischen Steuerbehörden keine rechtliche Grundlage für die von ihnen gegenüber Vodafone festgesetzten Steuern. Insbesondere sei der Wortlaut des von den Steuerbehörden insoweit herangezogenen § 9 *Income Tax Act* nicht hinreichend präzise.

Die Reaktion des indischen Gesetzgebers

Nur knapp acht Wochen nach der Entscheidung des Supreme Court hat die indische Regierung im Rahmen des Budget 2012-2013, welches am 16. März 2012 veröffentlicht wurde, weitreichende Änderungen der Steuergesetze angekündigt (siehe hierzu den nachstehenden Beitrag in diesem Newsletter). Diese Änderungen sind in dem sog. *Finance Bill 2012* enthalten. Das Änderungsgesetz wurde bereits vom Unterhaus des indischen Parlaments verabschiedet.

Unter anderem sollen „*General Anti-Avoidance Rules*“ (GAAR) eingeführt werden, die bisher zulässige Steuergestaltungen in Frage stellen. Die seitens der Regierung vorgeschlagenen GAAR waren ungewöhnlich weitreichend und stießen daher auf erhebliche Kritik. Die Einführung der GAAR, welche bereits am 1. April 2012 in Kraft treten sollten, wurde daher nun um ein Jahr zurückgestellt. Die GAAR werden derzeit von einem eigens hierfür eingerichteten Committee geprüft. Dieses Committee wird der Regierung bis Ende Mai 2012 das Ergebnis seiner Prüfung vorlegen und Änderungsvorschläge unterbreiten.

Unabhängig von der Einführung der GAAR soll jedoch auch eine klarstellende Änderung des § 9 *Income Tax Act* erfolgen. Diese Änderung führt dazu, dass Erträge aus der mittelbaren Übertragung von in Indien belegenen Vermögen durch sog. *non-residents* (also insbesondere auch ausländische Unternehmen) in Indien steuerpflichtig sind. Da diese Änderung als „Klarstellung“ zu dem im Jahr 1962 in Kraft getretenen § 9 *Income Tax Act* gilt, wurde zunächst befürchtet, dass diese Rückwirkung entfaltet und sämtliche Transaktionen erfasst, die in den letzten fünfzig Jahren abgeschlossen wurden. Die indische Regierung hat jedoch nun klargestellt, dass bereits abgeschlossene Steuerprüfungen nur innerhalb der gesetzlich vorgesehenen „Überprüfungsfristen“ wieder „aufgemacht“ werden können. Das Änderungsgesetz sieht insoweit vor, dass die bisherige zweijährige „Überprüfungsfrist“ auf sechs Jahre verlängert wird. D.h. sämtliche „offshore“ Transaktionen, die nach dem Steuerjahr 2004-2005 erfolgt sind, stehen potentiell erneut auf dem Prüfstein. Auch der Vodafone Fall kann daher ungeachtet der letztinstanzlichen Entscheidung des Supreme Courts erneut aufgerollt werden, wenn die Klarstellung des § 9 *Income Tax Act* in Kraft tritt.

Verunsicherung ausländischer Investoren

Es ist verständlich, dass ausländische Investoren von diesem Vorgehen der indischen Regierung erheblich verunsichert sind. Indien verliert damit an Kreditwürdigkeit und setzt das Vertrauen ausländischer Investoren in seine Rechtsstaatlichkeit aufs Spiel. Auch innerhalb Indiens hat der Finanzminister erhebliche Kritik geerntet. So sagte ein Berater von Prime Minister Mammohan Singh: „*A government that changes the law retrospectively at will to fit its interpretation introduces tremendous uncertainty into business decisions, and it sets itself outside the law.*“ Andere Kritiker gingen sogar soweit, Indien mit einer „*banana republic*“ gleichzusetzen. Die zunehmende Frustration ausländischer Investoren mit den politischen Strukturen und staatlichen Institutionen in Indien werden auch dadurch belegt, dass immer mehr ausländische Investoren zur ultima ratio eines Verfahrens nach bilateralen Investitionsschutzabkommen greifen. Vodafone hat ein solches Verfahren eingeleitet, welches sich Jahre hinziehen kann. Vor kurzem hat die australische Bergbaugesellschaft White Industries Australia Ltd. ein Verfahren unter dem bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen Australien und Indien gewonnen. White Industries hatte im Jahre 1989 ein Joint Venture mit einer indischen Gesellschaft zur gemeinsamen Entwicklung eines Kohlebergwerks in Ostindien gegründet und im Jahr 1999 einen Schiedsspruch der International Chamber of Commerce gegen den indischen Partner erstritten. Der Joint Venture Vertrag sah eine entsprechende Schiedsklausel vor. Die indischen Gerichte haben jedoch die Voll-

streckung des Schiedsspruchs verzögert, so dass sich White Industries im Jahr 2010 schließlich nicht anders zu helfen wusste, als eine Klage unter dem australisch-indischen Investitionsschutzabkommen einzuleiten. Das Verfahren wurde in Singapur vor einem dreiköpfigen Schiedsgericht durchgeführt und im November 2011 zugunsten von White Industries entschieden. Der Schiedsspruch kam dabei zu der bemerkenswerten Schlussfolgerung, dass „die indische Gerichtsbarkeit aufgrund der systemimmanenten Verzögerungen keinen effektiven Rechtsschutz biete...“. Wenn Indien nicht bald mehr Sicherheit für ausländische Investoren schafft, steht zu befürchten, dass solche Klagen zunehmen und sich ausländische Investoren aus Indien zurückziehen werden.

Dr. Angelika Yates
Clayton Utz, Sydney
Telefon +61 2 9353 5658
ayates@claytonutz.com

Philipp Dietz, LL.M. (Edinburgh)
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln
Telefon +49 221 9937 14224
philipp.dietz@luther-lawfirm.com

Indiens Budget 2012 – ein Haushalt mit Rückwirkung?

Am 16. März 2012 hat Finanzminister Pranab Mukherjee dem indischen Parlament den Staatshaushalt für das Fiskaljahr 2012/2013 (1.4.2012 – 31.3.2013) vorgestellt. Auch dieses Jahr liegt der Fokus des Staatshaushalts wieder auf einer Konsolidierung des weiter gestiegenen Haushaltsdefizits. Trotz der Kalkulation eines Haushaltsdefizits im Staatshaushalt für das Fiskaljahr 2011/2012 von 4,9% dürfte das tatsächliche Haushaltsdefizit bei 5,9% liegen. Das höhere Haushaltsdefizit führte der Finanzminister auf gesunkene Steuereinnahmen durch ein geringes Wirtschaftswachstum von geschätzten 6,9% statt geplanten 9,0% zurück. Erklärtes Ziel ist daher, weiterhin die steigende Inflation zu bekämpfen und gleichzeitig das Wirtschaftswachstum zu fördern. Eine Maßnahme zur Einsparung wird sein, Ausgaben für zentrale Subventionen auf unter 2% des GDP zu reduzieren. Das Haushaltsdefizit soll von knapp 6% auf 5,1% des GDP gesenkt werden, wobei für das laufende Finanzjahr recht optimistisch von einem Wirtschaftswachstum in Höhe von 7,6% ausgegangen wird.

Der aktuelle Staatshaushalt wird, wie schon die Jahre zuvor, von vielen Experten als enttäuschend bezeichnet, da er die anstehenden Herausforderungen Indiens nicht gebührend berücksichtigt und keine ausreichenden Investitionsanreize setzt. Mit Blick auf die 2014 anstehenden Parlamentswahlen und den bekannten innenpolitischen Schwierigkeiten der Regierung von Premierminister Manmohan Singh war aber wohl auch nicht viel mehr zu erwarten. Wieder

wurde kein Datum für die beiden großen Steuerreformen genannt und auch andere, seit längerem angemahnte Wirtschaftsreformen kommen nicht voran. Für ganz erhebliche Verunsicherung im Investitions- und M&A-Sektor sorgte zudem der Vorschlag, Offshore-Transaktionen rückwirkend und nach ersten Befürchtungen sogar bis in das Jahr 1962 zu besteuern.

Finanz- und Kapitalmarktsektor

Im Finanzsektor wird wechselseitige Übertragbarkeit von indischen Rupees (IDR), vorbehaltlich einer Obergrenze, erlaubt werden. Ziel ist es, die ausländische Beteiligung am indischen Kapitalmarkt zu erhöhen. Außerdem sollen im neuen Fiskaljahr zahlreiche Gesetzesänderungen beschlossen werden.

Auch im Kapitalmarktsektor werden Reformen angestrebt. So müssen zukünftig IPOs mit einem Emissionserlös von mehr als 100 Millionen IDR in elektronischer Form über ein nationales Vermittlungsnetzwerk der Börsen veröffentlicht werden. Durch diese Änderung sollen Börsengänge vereinfacht und deren Kosten gesenkt werden. Des Weiteren wird ein elektronisches Abstimmungsverfahren für Anteilseigner eingeführt, um die Mitbestimmung bei wichtigen Fragen zu verbessern. In der ersten Phase wird dies jedoch nur für große börsennotierte Unternehmen verpflichtend sein. Darüber hinaus wird vorgeschlagen, qualifizierten Finanzinstituten (*Qualified Financial Institutions*) den Zugang

zum indischen Anleihenmarkt (*corporate bond market*) zu gestatten.

Öffnung verschiedener Sektoren für ausländische Investoren

Der indische Finanzminister bekräftigte das Ziel, einen breit angelegten Konsens bezüglich der Öffnung des *Multi Brand* Einzelhandels zu erzielen, wo weiterhin Beteiligungsbeschränkungen für ausländisches Kapital bestehen (siehe hierzu unser Beitrag im Foreign Law Newsletter 4. Quartal 2011). Ende 2011 war ein Vorstoß zur Öffnung des Einzelhandelssektors an massiven Protesten einzelner Bundesstaaten gescheitert. Zusätzlich berät die Regierung darüber, ob Investitionen ausländischer Fluggesellschaften in indische Fluggesellschaften mit einer Obergrenze von 49 % zugelassen werden sollen.

Ausbau der Infrastruktur

Ebenfalls im politischen Fokus der Regierung liegt der Ausbau der Infrastruktur. Während der Periode des 12. Fünfjahresplans sollen die Infrastrukturausgaben auf 50 Billionen IDR steigen, wobei der Privatsektor davon die Hälfte tragen soll. Im Hinblick darauf wurde die Obergrenze für externe Kreditaufnahmen (*External Commercial Borrowings*) erhöht.

Steuersystem

Zum Steuersystem Indiens bringt der Staatshaushalt 2012/13 weniger Neuerungen als geplant. Die schon länger angekündigte „*Goods and Service Tax*“ wurde nicht umgesetzt, wobei die technischen Voraussetzungen jedoch bis August diesen Jahres geschaffen werden sollen. Entgegen der Erwartungen wurde zudem abermals kein Datum genannt, wann der neue „*Direct Tax Code*“ (DTC) den „*Income Tax Act*“ ersetzen wird. Zu erwähnen bleibt noch, dass es bei der Körperschaftssteuer keine Änderungen geben wird und somit insoweit eine gewisse Kontinuität zu erkennen ist. Die bei der Erbringung von Dienstleistungen anfallende „*Service Tax*“ wurde von 10 % auf 12 % erhöht. Ausgenommen von der „*Service Tax*“ werden künftig nur noch bestimmte Leistungen, die auf einer gesonderten Negativliste aufgeführt werden. Von der Steuer befreit sind beispielsweise Dienstleistungen der öffentlichen Hand und der Güter- und Personentransport sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Erzeugung und dem Vertrieb landwirtschaftlicher Produkte.

Die Einführung sogenannter „*Advance Pricing Agreements*“ (APA) folgt der langjährigen Forderung vieler internationaler Unternehmen. APA werden zwischen einem Steuersubjekt und der Steuerbehörde vereinbart, um eine Methodik für die konzerninternen Verrechnungspreise festzulegen. Ziel

ist es, damit Streitigkeiten im Hinblick auf konzerninterne Leistungen zu vermeiden oder zumindest zu minimieren. Für internationale Unternehmen soll damit eine höhere Steuerrechtssicherheit geschaffen werden.

Dieses hehre Ziel wird mit der besonders kontrovers diskutierten Einführung der „*General Anti-Avoidance Rules*“ (GAAR) gerade nicht erreicht. Vielmehr sollen durch die geplanten neuen Regelungen *steuerliche Vorteile* im Rahmen von Offshore Investitionen negiert werden, wenn solche Holdingstrukturen ohne wirtschaftliche Substanz oder sonst auf missbräuchliche Weise gewählt wurden. Im Entwurf des DTC war bereits seit geraumer Zeit vorgesehen, auch indirekte Anteilsübertragungen außerhalb Indiens zu erfassen, wenn dadurch mittelbar in Indien belegene Vermögensgüter übertragen werden, deren Wert mindestens 50 % der Transaktion ausmacht. Als Reaktion auf die Niederlage des indischen Finanzministeriums gegen Vodafone vor dem indischen Supreme Court (siehe der vorstehende Beitrag in diesem Newsletter) wurde diese Regelung im Haushalt aber nochmals deutlich verschärft. Nach den GAAR soll es den indischen Finanzbehörden möglich sein, offshore Transaktionen zu besteuern, deren wirtschaftlicher Wert sich im Wesentlichen aus Vermögenswerten in Indien bestimmt. Zugleich sollte eine Klausel im „*Income Tax Act*“ geändert werden und damit die rückwirkende Besteuerung von relevanten Transaktionen ermöglichen, wobei der Steuerzahler die Beweislast dafür trägt, dass eine Gestaltung nicht missbräuchlich im Sinne der Neuregelung ist. Nach einem Aufschrei in der ausländischen Investment Community insbesondere gegen den geplanten rückwirkenden Charakter der Vorschriften und wohl auch angesichts der Klage von Vodafone gegen diese Pläne hat die indische Regierung abermals einen Rückzieher gemacht: man brauche „mehr Zeit, das Gesetz zu durchdenken.“

Bei der Ankündigung des Budgets hatte Finanzminister Mukherjee bereits angemerkt „*the life of a Finance Minister is not easy*“. Gleiches gilt für in Indien aktive ausländische Unternehmen, denen es die indische Regierung momentan wahrlich nicht leicht macht.

Thomas Weidlich, LL.M. (Hull)
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

Malaysia

Malaysias Green Image – die Förderung von erneuerbaren Energien

Schlag Mitternacht am 1. Dezember 2011 wurde in Malaysia das Online-System des neuen Einspeisetarifs für erneuerbare Energien freigeschaltet. Innerhalb weniger Stunden wurden hunderte Zulassungsanträge gestellt, wovon fast 90% auf die Solarindustrie entfielen.

Malaysia, einer der größten Produzenten von Solarmodulen weltweit, erreichte bereits im Jahr 2010 Platz 54 von 163 des Environmental Performance Index und schnitt damit besser ab als Staaten wie Belgien, Polen und die USA. Das Ministry of Energy, Green Technology and Water hat sich jedoch noch ehrgeizigere Ziele gesetzt: bis 2015 soll der Anteil von erneuerbaren Energien an der Stromerzeugung auf 5,5% und über 3 Gigawatt angehoben, bis 2020 der Ausstoß von Kohlenstoff um 40% reduziert und mehr als 50.000 neue Arbeitsstellen im Bereich der erneuerbaren Energien geschaffen werden. Bislang war die Stromerzeugung auf der Grundlage erneuerbarer Energien wirtschaftlich uninteressant, da die Strompreise in Malaysia aufgrund eines noch weitgehend regulierten Energiemarktes und starker Subventionierung zu den günstigsten der Welt zählen. Dies soll sich durch die neue Gesetzgebung ändern.

Der neue Einspeisetarif

Das neue Gesetz zur Förderung von erneuerbaren Energien („*Renewable Energy Act 2011*“), welches dem deutschen Erneuerbare-Energien-Gesetz angelehnt ist, löst die bisherige Förderung durch das „*Small Renewable Energy Programme*“ ab. Durch das Gesetz wird die Erzeugung von erneuerbaren Energien – Photovoltaik, Biogas, Biomasse und Kleinwasserkraftwerke – mit einer sogenannten „erhöhten Einspeisevergütung“ („*Feed-in Tariff*“) gegenüber dem Verbrauchsstrompreis gefördert.

Zu den wesentlichen Triebfedern des malaysischen Einspeisevergütungssystems zählt zum einen die gesetzliche Verpflichtung zum Ankauf und zur tatsächlichen Abnahme des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms durch die Stromnetzbetreiber (Abnahmegarantie). Daneben sind die Netzanschlussgarantie sowie das festgelegte Vorrangprinzip von Bedeutung, das bei der Einspeisung die Bevorzugung von Strom aus bestimmten regenerativen Quellen vor konventionell erzeugtem Strom vorsieht.

Umgesetzt wird das neue Einspeisetarifsystem, welches zunächst auf der malaysischen Halbinsel und in Sabah gilt, von der neu gegründeten „*Sustainable Energy Development Authority*“ (SEDA). Schon vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes wurden mit Wirkung zum 1. Juli 2011 die Stromtarife auf einen Durchschnittspreis von 33,54 Ringgitcent/kWh (ca. 8 Eurocent/kWh) angehoben, um die Förderung erneuerbarer Energien zu finanzieren. Ausgenommen ist lediglich der ostmalaysische Bundesstaat Sarawak, dessen eigenständiges Regulierungssystem zum Strombezug von dem neuen Gesetz nicht erfasst wird.

Die Raten des neuen Einspeisetarifs unterscheiden sich nach der Art und Größe der Anlagen, liegen aber insbesondere für Solaranlagen deutlich über dem Verbrauchstrompreis. Darüber hinaus gibt es zusätzliche Bonustarife, unter anderem für gebäudeintegrierte Photovoltaikanlagen oder in Malaysia hergestellte Module. Für Solarenergie können so Einspeisetarife von bis zu 1,52 Ringgit/kWh (ca. 38 Eurocent/kWh) erzielt werden, was etwa 450% des aktuellen Durchschnittspreises entspricht. Die Tarife für Biogas (max. 43 Ringgitcent/kWh), Biomasse (max. 45 Ringgitcent/kWh) und Wasserkraft (max. 24 Ringgitcent/kWh) fielen vergleichsweise geringer aus. Die für 21 Jahre (Solar und Wasserkraft) bzw. 16 Jahre (Biogas und Biomasse) garantierten Einspeisetarife unterliegen zwar einer jährlichen Degression, um die erneuerbaren Energien langfristig dem Marktpreis anzupassen. Um sicherzustellen, dass die Einspeiseförderung nicht den Rahmen des zur Finanzierung eingerichteten „Fonds für erneuerbare Energien“ übersteigt, wie dies etwa in Spanien im Jahr 2008 der Fall war, weist das malaysische Einspeisetarifsystem zwei Besonderheiten auf: eine eingeschränkte Teilnahmerechtigung sowie eine Deckelung der Förderung.

Teilnahmerechtigung

Die einschlägigen Vorschriften schränken die Teilnahme am Einspeisetarifsystem in Hinblick auf die geplante Anlagenkapazität und die antragstellenden Anlagenbetreiber ein. Die Teilnahme am Einspeisevergütungssystem mit Photovoltaikanlagen etwa ist grundsätzlich auf Anlagen mit einer Kapazität bis einschließlich 5 MW (ursprünglich: 30 MW) begrenzt. Für höhere Anlagenkapazitäten ist eine Sonder-

genehmigung des für Energieversorgungsfragen zuständigen Ministers (Ministry of Energy, Green Technology and Water) erforderlich. Außerdem unterscheidet man für Solaranlagen hinsichtlich der Antragsteller: Solaranlagen über 12kW (ursprünglich: 72kW) sind nur dann teilnahmeberechtigt, wenn sie von malaysischen Gesellschaften betrieben werden, deren ausländische Beteiligung 49% nicht überschreiten darf. Kleinanlagen mit einer Kapazität von bis zu 12kW (ursprünglich: 72kW) dürfen hingegen auch von natürlichen Personen (Malaysier oder Ausländer) betrieben werden. Das hierfür eigens eingerichtete Kontingent dient insbesondere der Förderung von gebäudeintegrierten Solaranlagen, zum Beispiel in privaten Wohnhäusern. In den meisten Fällen werden ausländische Investoren daher unabdingbar einen lokalen Partner vor Ort benötigen, um von dem neuen Einspeisetarifsystem zu profitieren.

Deckelung der Förderung

Um die Finanzierung des Einspeisetarifsystems zu gewährleisten, ist außerdem die Zulassung von Anlagen beschränkt. Halbjährlich werden Einspeisekontingente für die verschiedenen erneuerbaren Energien zur Verfügung gestellt, die nach dem „*first-come, first-served*“-Prinzip vergeben werden. Für die Solarindustrie werden für die Jahre 2012 und 2013 Anlagenkapazitäten von ca. 135 MW gefördert. Neben dem größten Förderungskontingent für ca. 195 MW für Biomasseanlagen werden in den gleichen Jahren auch Biogas und Wasserkraft bis zu 60 MW bzw. 70 MW gefördert.

Verfahren

Die Zulassung zum Einspeisevergütungssystem kann online über die SEDA-Website oder schriftlich beantragt werden. Da Anträge in Eingangsreihenfolge bearbeitet werden, ist aber insbesondere bei Photovoltaikprojekten nur der Online-Antrag erfolgversprechend. Nach einer automatischen Vorprüfung und der vorläufigen Zuteilung des Kontingents werden die zahlreichen Genehmigungsvoraussetzungen, insbesondere Spezifikationen der geplanten Anlage, Geschäftsplan und gegebenenfalls die PS Studie („*Power Systems Study*“), von der SEDA eingehend geprüft. Eine Antragsgebühr wird nur für erfolgreiche Anträge erhoben.

Nach der Bewilligung durch die SEDA sollte möglichst frühzeitig ein Antrag auf Lizenzierung der Stromerzeugung und Einspeisung in das öffentliche Stromnetz bei der hierfür zuständigen „*Energy Commission of Malaysia*“ gestellt und die Anlage registriert werden. Nach Zulassung eines Anlagenbetreibers zum Einspeisevergütungssystem durch die SEDA ist außerdem der Abschluss eines Stromabnahmevertrages mit dem jeweiligen Stromnetzbetreiber erforderlich. Die Stromnetzbetreiber sind zum Vertragsabschluss

und zum vorzugsweisen Ankauf des regenerativ erzeugten Stroms verpflichtet. Zur Beschleunigung des Verfahrens wurden von der SEDA Formularverträge veröffentlicht und gesetzliche Fristen für die Unterzeichnung des Vertrags und den Anschluss der Anlage festgelegt.

Nach erfolgter Lizenzierung und Inbetriebnahme der Anlage wird eine jährliche Lizenzierungsgebühr in Höhe von 1,50 Ringgit/kW Anlagenkapazität, min. 100,00 Ringgit (ca. EUR 23,50), max. 2.000,00 Ringgit (ca. EUR 505,70), erhoben. Für kleinere Photovoltaikanlagen wird es weiterhin eine Befreiung von der Lizenzierungspflicht geben.

Ausblick

Für die Förderungskontingente für die Jahre 2012 und 2014, die am 1. Dezember 2011 zur Verfügung gestellt wurde, gingen binnen weniger Stunden 229 Anträge ein. Die Kontingente für Photovoltaikanlagen über 72 kW waren mit 201 Anträgen für mehr als 144 Megawatt bereits nach 2 Stunden ausgeschöpft.

Vier Monate nach Einführung des Einspeisetarifsystems und Bewilligung der ersten Anträge lässt sich noch nicht vorhersagen, ob die optimistischen Zeitpläne der SEDA eingehalten werden können. Denn während der zeitliche Ablauf für die Registrierung und den Anschluss der Anlagen gesetzlich geregelt ist, scheinen insbesondere lokale Erfordernisse, die nicht in die Zuständigkeit der SEDA und den Anwendungsbereich des „*Renewable Energy Act 2011*“ fallen, die Umsetzung immer wieder zu verzögern. Hierzu gehören zum Beispiel grundlegende Voraussetzungen wie die Umwidmung von Grundflächen und Baugenehmigungen für die Errichtung der Anlagen. Nachdem die Kapazitäten für Photovoltaikanlagen aufgrund des hohen Interesses sehr schnell erschöpft waren, erwägt die malaysische Regierung aber weitere Erhöhungen des Förderungskontingents. Voraussetzung dafür könnte jedoch eine weitere Erhöhung des Strompreises zur Umlage der Kosten sein, die derzeit noch nicht beschlossen ist.

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

Alexander Bohusch
Luther LLP, Singapur
Telefon +65 6408 8000
alex.bohusch@luther-lawfirm.com

Malaysia und Singapur verbessern den Schutz personenbezogener Daten durch Datenschutzgesetze

Kaum ein anderer Bereich wird durch die fortschreitende Internationalisierung und Globalisierung von Datenverarbeitung so stark beeinflusst wie der Datenschutz. Die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten im Rahmen neuer Dienste (z. B. „Clouds“) und sozialer Netzwerke überschreiten regelmäßig nationale Grenzen. Datenschutz beschäftigt Verbraucher, Unternehmen und staatliche Behörden gleichermaßen. Hierbei geht es nicht alleine darum, ein angemessenes Schutzniveau personenbezogener Daten unter gleichzeitiger Nutzbarmachung neuer technischer Möglichkeiten zu gewährleisten, sondern auch darum, als Unternehmen und Staat wettbewerbsfähig zu bleiben.

Diese Faktoren haben auch Singapur und Malaysia zum Handeln bewegt. In beiden Ländern sind aktuell noch keine allgemeinen Gesetze zum Schutz personenbezogener Daten in Kraft. Dies hat z. B. für in Deutschland ansässige Unternehmen, die Daten an Unternehmen in Malaysia oder Singapur weiterleiten möchten, negative praktische Auswirkungen. Der grenzüberschreitende Datentransfer wird hier erschwert. In Umsetzung der EU-Datenschutzrichtlinie (95/46/EC) sind Unternehmen, die personenbezogene Daten an Unternehmen in Drittländern, wie Singapur und Malaysia, weitergeben, zu einer umfassenden Prüfung der nationalen Datenschutzgesetze des Empfängerlandes verpflichtet. Nur wenn ein ausreichender Schutz besteht, kann ein Datentransfer ohne weitere Schritte erfolgen. Die EU Kommission hat dabei die Kompetenz, festzulegen, in welchen Staaten ein solcher Schutz sichergestellt ist, womit sich eine weitere Prüfung erübrigt. Sowohl für Malaysia und Singapur hat die EU Kommission dies noch nicht anerkannt. Möchte ein innerhalb der EU ansässiges Unternehmen dennoch personenbezogene Daten an Unternehmen in Singapur oder Malaysia übermitteln, ist durch den Abschluss eines Vertrags ein angemessener Schutz der Daten sicherzustellen.

Neue Datenschutzgesetze in Malaysia und Singapur

Malaysia und Singapur haben verstanden, dass ein unzureichender Schutz personenbezogener Daten nicht nur Gefahren für die Verbraucher darstellt, sondern auch ihre Attraktivität als Wirtschaftsstandorte negativ beeinflussen kann. Beide Länder sind dabei, entsprechende Datenschutzgesetze in Kraft zu setzen.

Während Singapur gegenwärtig über den am 13. September 2011 veröffentlichten Entwurf eines umfassenden Gesetzes zum Schutz von Verbraucherdaten, „Proposed Consumer Data Protection Regime For Singapore“ („PCDPR“) berät, hat Malaysia im Jahre 2010 ein umfangreiches Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten, den „Personal Data Protection Act 2010“ („PDPA“), verabschiedet. Beide Gesetze sollen noch im laufenden Jahr 2012 in Kraft treten.

Rechtslage zum Datenschutz in Malaysia

Der PDPA, obwohl bereits 2010 verabschiedet, ist bislang nicht in Kraft getreten. Die Behörden in Malaysia rechnen mit einem Inkrafttreten des Gesetzes nicht vor Ende des Jahres 2012. Schwierigkeiten bereiten insbesondere die Errichtung der für die Durchsetzung des Gesetzes zuständigen Behörden und Einrichtungen. Im Gegensatz zu Singapur gibt es in Malaysia keine spezifischen Datenschutzgesetze. Sogar im sensiblen Bankensektor sind bis heute keine speziellen Regelungen getroffen, um die persönlichen Daten eines Individuums zu schützen.

PDPA Malaysia

Der PDPA regelt, wie der singapurische Gesetzesentwurf, die Erhebung, Verarbeitung, Speicherung und sonstige Nutzung personenbezogener Daten. Personenbezogene Daten definiert das Gesetz in § 4 als „jegliche Informationen aus einer geschäftlichen Transaktion, die ganz oder auch nur teilweise gespeichert werden und sich direkt oder auch nur indirekt auf den Dateninhaber, welcher eine natürliche Person sein muss beziehen“. Daten im Sinne des Gesetzes sind zum Beispiel, Kontodaten, Alter, Wohnort, Telefonnummer und alle sonstigen den persönlichen Bereich betreffenden Informationen, die gespeichert worden sind oder in Zukunft gespeichert sein werden. Einen Grenzfall können solche Emailadressen bilden, in denen kein persönlicher Name enthalten ist und denen deshalb nicht automatisch ein bestimmter individueller Dateninhaber zugeordnet werden kann.

Wie der singapurische Gesetzesentwurf basiert auch der PDPA auf dem Prinzip des zweckgebundenen Einverständnisses des Dateninhabers. Daten dürfen nur für den Zweck erhoben und verwendet werden, in den der Dateninhaber

auch eingewilligt hat. Sollen die Daten für andere Zwecke verwandt oder weitergegeben werden, bedarf es wie in Singapur einer erneuten Einwilligung des Dateninhabers. Nach § 7 PDPA muss der Dateninhaber zudem in der jeweiligen Nationalsprache und auch in englischer Sprache über „das Ob, das Was und das Warum“ der Datenerhebung schriftlich informiert worden sein. Diese Information muss auch den Hinweis auf das Recht des Dateninhabers zur Änderung der Daten und Auskunft enthalten. Anders als nach dem Gesetzesentwurf in Singapur reicht eine allein mündliche Information über den Zweck der Datenerhebung nicht aus.

Anwendungsbereich und Datentransfer außerhalb Malaysias

Sachlich ist der PDPA ausschließlich auf natürliche und juristische Personen des Privatsektors anwendbar. Reguliert wird die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen von geschäftlichen Transaktionen. Der Geltungsbereich ist auf natürliche oder juristische Personen, die Daten selber verarbeiten oder auch solche, die Daten verarbeiten lassen oder die Verarbeitung autorisieren beschränkt. Der PDPA ist nicht nur auf solche natürliche oder juristischen Personen anwendbar, die in Malaysia ansässig sind, sondern lässt für die Anwendung des Gesetzes bereits die Datenverarbeitung unter Nutzung entsprechender Mittel in Malaysia ausreichen.

Der territoriale Geltungsbereich des PDPA 2010 ist auf persönliche Daten, die in Malaysia verarbeitet oder gesammelt werden beschränkt und gilt nicht für solche, die außerhalb Malaysias verarbeitet oder gesammelt wurden, es sei denn, diese Daten sollen in Malaysia weiter verarbeitet werden. Die Weiterleitung in Malaysia gewonnener Daten an Unternehmen in Staaten außerhalb Malaysias, unterliegt in Malaysia, ähnlich wie innerhalb der EU strengen Regeln. Solange dazu nicht die ausdrückliche Zustimmung des Dateninhabers erteilt wurde, liegt es gemäß § 129 PDPA grundsätzlich in der Kompetenz der Behörden, festzulegen, ob eine Weiterleitung der Daten an ein, in einem bestimmten Drittland ansässiges, Unternehmen erfolgen darf oder nicht.

Datenspeicherung und Aufbewahrung

Die Regelungen des PDPA zur Datenspeicherung und Aufbewahrung entsprechen den im Singapurischen Gesetzesentwurf enthaltenen Voraussetzungen. § 9 PDPA verpflichtet den Datenbenutzer dazu, bestmögliche Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen, um die Daten vor unautorisierten Zugriff, Verlust oder Veränderung zu schützen. § 10 PDPA bestimmt, dass persönliche Daten nur so lange gespeichert werden dürfen, wie es der vorausgesetzte Zweck erfordert. Nach § 11 PDPA muss der Datenbenutzer

alle Schritte unternehmen, dass die Daten vollständig, richtig und aktuell für den vorausgesetzten Zweck sind. Nach § 12 PDPA muss jedem Dateninhaber uneingeschränkte Auskunft in Bezug auf seine persönlichen Daten gewährt werden. Eine entsprechende Anfrage muss innerhalb von 21 Tagen beantwortet werden.

Implementierung und Strafrahmen

Die Durchsetzung des PDPA soll durch eine unabhängige Datenschutzkommission erfolgen. Es ist die Errichtung einer Reihe von Beratungs-, Regulierungs- und Vollzugsbehörden geplant, welche die Einhaltung des gesetzlichen Rahmens überwachen und Verstöße entsprechend ahnden sollen. Ein Verstoß gegen das Gesetz wird gemäß § 5 Absatz 2 PDPA 2010 mit Geldstrafe von bis zu RM 300.000 oder Freiheitsstrafen von bis zu 2 Jahren bestraft.

Rechtslage zum Datenschutz in Singapur

Zur Erleichterung des elektronischen Datenverkehrs hat Singapur im Jahre 2002 einen Musterkodex („Model Data Protection Code for the Private Sector“) zur Verwaltung und Verarbeitung personenbezogener Daten durch private Unternehmen veröffentlicht. Die Beachtung des in dem Kodex enthaltenen Minimumstandards zum Umgang mit personenbezogenen Daten wurde in das freiwillige Ermessen der Unternehmen gestellt. Rechtsverbindlich ist der Umgang mit personenbezogenen Daten in Singapur gegenwärtig nur sektorspezifisch reguliert. Regelungen über die Erhebung, Nutzung, Offenlegung und Weitergabe personenbezogener Daten befinden sich beispielsweise im Bankgesetz („Banking Act“), im Gesetz über Infektionskrankheiten („Infectious Diseases Act“) und im Gesetz über Amtsgeheimnisse („Official Secrets Act“).

Gesetzesentwurf in Singapur („PCDPR“)

Der PCDPR soll nun die Erhebung, Nutzung, Offenlegung, Aufbewahrung und Löschung personenbezogener Daten rechtsverbindlich regeln. Personenbezogene Daten definiert der PCDPR in Artikel 3.9 als „Informationen über ein bestimmtes oder bestimmbares Individuum“; wobei Individuum als natürliche lebende oder bereits verstorbene natürliche Person verstanden wird.

Der Gesetzesentwurf basiert auf den folgenden drei Grundprinzipien:

- Einverständnis des Dateninhabers zur Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten;
- Offenlegung des Zwecks der Datenerhebung oder Verarbeitung; und
- Angemessenheit der Erhebung/ Verarbeitung der Daten zu dem offengelegten Zweck.

Einverständnis des Dateninhabers

Nach Artikel 3.31 des PCDPR muss ein Unternehmen grundsätzlich das Einverständnis des Dateninhabers einholen, bevor es personenbezogene Daten zu einem bestimmten Zweck erhebt, verarbeitet oder offenlegt. Dieses Einverständnis kann, je nach Gesamtumständen des Einzelfalls ausdrücklich oder konkludent erteilt werden. Bei jemandem, der etwa einen Arzt aufsucht und freiwillig seine persönlichen Daten bei der Registrierung angibt, wird angenommen, dass er konkludent der Nutzung der Daten für die Zwecke der ärztlichen Behandlung zugestimmt hat, auch ohne eine solche ausdrückliche Zustimmung.

Vollständig entbehrlich ist das Einverständnis, wenn ein solches nicht praktikabel oder möglich ist und die Datenerhebung und -verarbeitung eindeutig im Interesse des Betroffenen erfolgt. Dies ist z. B. bei einer medizinischen Behandlung der Fall, wenn der Betroffene nicht in der Lage ist, sein Einverständnis zu erteilen, etwa weil er im Koma liegt.

In Bezug auf Arbeitnehmer-/Arbeitgeberverhältnisse sieht der PCDPR vor, dass ein Einverständnis der Arbeitnehmer zur Datenerhebung und Nutzung nicht erforderlich ist, solange die Datenerhebung verhältnismäßig ist und nur für die Zwecke des Arbeitsverhältnisses genutzt wird. Allerdings ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer darüber zu informieren, welche Daten er erhebt und für welchen Zweck.

Offenlegung des Zwecks der Datenerhebung oder Verarbeitung

Nach Artikel 3.41 des PCDPR ist der Zweck der Datenerhebung offenzulegen. Dem Dateninhaber muss der Grund für die Erhebung der Daten entweder mündlich oder schriftlich mitgeteilt werden. Zudem ist das Unternehmen verpflichtet, einen Ansprechpartner zu benennen, der dem Dateninhaber bei Fragen in Bezug auf die Datenerhebung zur Verfügung steht.

Die weitere Verarbeitung der Daten darf nur zu dem Zweck erfolgen, dem der Dateninhaber bei Erhebung der Daten zugestimmt hat. Werden die Daten zu einem anderen Zweck verarbeitet oder genutzt, muss ein neues Einverständnis eingeholt werden.

Angemessenheit der Erhebung/ Verarbeitung der Daten

Das Unternehmen hat zudem den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Daten dürfen nur zu solchen Zwecken erhoben und verarbeitet werden, die eine vernünftige Person als angemessen erachten würde.

Anwendungsbereich und Datentransfer außerhalb Singapurs

Das Gesetz soll nicht nur für in Singapur ansässige Unternehmen gelten, sondern für alle Unternehmen anwendbar sein, die innerhalb Singapurs personenbezogene Daten erheben, nutzen, verarbeiten und/oder speichern. Außerhalb Singapurs soll das Gesetz keine Anwendung finden. Werden personenbezogene Daten an Unternehmen außerhalb Singapurs weitergegeben, muss daher zum Schutz des Dateninhabers sichergestellt werden, dass in dem jeweiligen Staat ein ausreichender Schutz seiner personenbezogenen Daten gewährleistet ist.

Anders als die innerhalb der EU anwendbaren Regeln zum Datentransfer in Drittstaaten, verlangt Singapur hier keine ausdrücklichen Entscheidungen oder Feststellungen in Bezug auf das Datenschutzniveau des Empfängerstaates von einer der EU Kommission vergleichbaren Behörde. Singapur verfolgt gemäß Artikel 3.60 des PCDPR einen eher „Prinzipien-orientierten Ansatz“. Es wird in den Verantwortungsbereich des Unternehmens gelegt, zu prüfen und sicherzustellen, dass in dem Empfangsstaat ein ausreichender Schutz personenbezogener Daten besteht.

Datenspeicherung und Aufbewahrung

Der PCDPR erlaubt die Aufbewahrung personenbezogener Daten für einen solchen Zeitraum, wie es der Zweck der Datenerhebung erfordert. Sobald der Zweck die Speicherung der Daten nicht mehr rechtfertigt, sollten die Daten unter Vernichtung sämtlicher Dokumente gelöscht werden. Singapur sieht hier keine zeitliche Grenze für die Aufbewahrung personenbezogener Daten vor. Die Aufbewahrung der Daten selbst muss nach den Artikeln 3.63 bis 3.66 des PCDPR eine akkurate Speicherung der Daten gewährleisten. Dem Dateninhaber muss auch jederzeit Zugang zu den Daten gewährt werden und die Daten sind bei Bedarf sofort zu berichtigen.

Durchsetzung und Strafrahmen

Ein auf dem PCDPR basierendes Datenschutzgesetz soll nach Auskunft der Behörden in Singapur im Laufe des Jahres 2012 verabschiedet werden und in Kraft treten. Für die Durchsetzung des Gesetzes wird eine noch zu bildende Datenschutzkommission verantwortlich sein. Ebenfalls ist die Einrichtung einer unabhängigen Beschwerdestelle geplant. Bei Verstößen gegen das Gesetz kann die Datenschutzkommission das jeweilige Unternehmen zur sofortigen Befolgung der jeweiligen Gesetzesvorschrift verbindlich unter Androhung oder direkter Verhängung einer Geldstrafe auffordern. Das Gesetz sieht Geldstrafen von bis zu 1 Millionen Singapur Dollar vor.

Ausblick und Handlungsempfehlungen

Mit dem geplanten in Kraft treten der Datenschutzgesetze in Malaysia und Singapur Ende des Jahres 2012 werden eine Reihe von Neuerungen auf in Malaysia tätige und in Singapur ansässige Unternehmen zukommen, die mit persönlichen Daten in irgendeiner Form in Berührung kommen. Gleichzeitig bedeuten die Gesetze eine Sicherstellung der Wettbewerbsfähigkeit beider Länder in Bezug auf den internationalen Datenverkehr. Es ist davon auszugehen, dass bei erfolgreicher Durchsetzung der Gesetze das Schutzniveau für personenbezogene Daten in beiden Ländern von den zuständigen Behörden, wie etwa der EU Kommission, als angemessen qualifiziert werden kann, womit die Grundlagen für die grenzüberschreitende Datenübertragung geschaffen sind.

Nach dem Singapur Gesetzentwurf wird eine Umsetzungsphase nach Inkrafttreten des Gesetzes von ein bis zwei Jahren vorgeschlagen. Für im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits erhobene personenbezogene Daten wird die Einholung eines ausdrücklichen Einverständnisses des Dateninhabers nur dann verlangt, wenn sich der Zweck der Datennutzung nachträglich ändert. Der DPDA in Malaysia sieht eine Übergangsphase zur Umsetzung des Gesetzes ab Inkrafttreten ausdrücklich nicht vor. Für personenbezogene Daten eines Dateninhabers, die vor in Kraft treten des DPDA gesammelt wurden, ist ein Einverständnis nicht wie in Singapur entbehrlich, sondern muss innerhalb von drei Monaten nach in Kraft treten des Gesetzes „neu“ eingeholt werden.

Bei der Gestaltung von Verträgen müssen die neuen Datenschutzbestimmungen berücksichtigt werden. Die Grundprinzipien des erforderlichen Einverständnisses des Dateninhabers zur Datenerhebung und Verarbeitung, die Offenlegung des Zwecks sowie die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind hier zu beachten. In Bezug auf personenbezogene Daten, die zur Gründung, näheren Ausgestaltung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhoben werden, sollte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ausdrücklich darauf hinweisen, zu welchem Zweck die Daten erhoben werden. Auch wenn ein Einverständnis des Arbeitnehmers in die Erhebung und Verarbeitung seiner persönlichen Daten zum vorgenannten Zweck gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, sollte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zumindest entsprechend informieren. In Bezug auf die Aufbewahrung von Daten ist sicherzustellen, dass der Dateninhaber jederzeit Auskunft über seine Daten verlangen kann und die Daten nur so lange gespeichert werden, wie es der ursprüngliche Zweck der Erhebung erfordert. Werden Daten länderübergreifend weitergegeben, muss konkret geprüft werden, welche Anforderungen der

entsendende Staat an die Weiterleitung der Daten stellt. Malaysia wird hier wohl strengere Maßstäbe anwenden als Singapur.

Jedes Unternehmen sollte zur Sicherstellung, dass es die anwendbaren Gesetze identifiziert und beachtet, einen entsprechenden Datenschutzbeauftragten oder Compliance Officer benennen, der durch entsprechende Schulungen und Seminarteilnahmen bei der Aneignung des erforderlichen Wissens unterstützt wird. Die Beachtung und Kenntnis der im internationalen Rechtsverkehr jeweilig anwendbaren Gesetze und Regeln ist dringend zu empfehlen. Bei Nichtbeachtung anwendbarer Datenschutzgesetze drohen Unternehmen und den im Unternehmen verantwortlichen Mitarbeitern regelmäßig hohe Geld- und/oder Freiheitsstrafen.

Birgitta von Dresky
Luther LLP, Singapur
Telefon +65 6408 8008
birgitta.von.dresky@luther-lawfirm.com

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

Johannes Mirecki
Luther Corporate Services Sdn Bhd
Telefon +60 3 2166 0085
johannes.mirecki@luther-services.com

Russland

Was ändert sich durch den WTO-Beitritt Russlands für deutsche Unternehmen, die auf dem russischen Markt tätig sind?

Die Aufnahme Russlands in die WTO hat fast 20 Jahre gedauert. Im November 2011 erfolgte endlich der Abschluss der Verhandlungen zwischen der Russischen Föderation und der WTO. Bis zum 15. Juni 2012 plant Russland nun die Ratifizierung sämtlicher WTO-Abkommen und wird 30 Tage nach der letzten Ratifizierung dann die Vollmitgliedschaft in der WTO erlangen. Besonders bedeutsam ist der Beitritt für Fragen zur Zollabwicklung, für Transportfragen im öffentlichen Transportsektor (also insbesondere Bahnverkehr), aber auch für die Tarifpolitik im Luftverkehr: Hier ist eine umfassende Angleichung der für ausländische Waren geltenden Regeln und Gebühren an die für inländische Waren geltenden Bestimmungen geplant. Im Rahmen der Beitrittsverhandlungen der letzten Jahre hat sich die Föderation – zumindest mit Blick auf die Entwicklung des formalen Rechtsrahmens – in all diesen Bereichen bereits positiv entwickelt. Besonders wichtig erachtet wird jedoch, dass durch den WTO-Beitritt ein noch besserer Schutz ausländischer Rechte an geistigem Eigentum ermöglicht wird. Verbesserungspotenzial wird zwar noch bei den Durchsetzungsmechanismen gesehen, doch auch hier belegt die wachsende Anzahl an Schutzrechtsanmeldungen und Gerichtsverfahren zur Durchsetzung des geistigen Eigentums, dass die richtige Richtung eingeschlagen ist.

Wichtig ist zunächst, dass eine ausländische Schutzrechtsregistrierung, bspw. ein ausländisches Patent, grundsätzlich keine Wirkung in Russland hat. Anders verhält es sich mit solchen Schutzrechten, für die internationale Verträge bestehen, denen Russland beigetreten ist und die bereits im Anmeldestaat eine Erstreckung der Wirkung der Schutzrechtsanmeldung auf andere Staaten ermöglichen: So ist Russland Mitglied im „Patent Cooperation Treaty“, der die Erstreckung eines Patentbesitzes, das in einem Mitgliedstaat angemeldet wurde, auf einen anderen Mitgliedstaat ermöglicht. Für international registrierte Marken besteht Geltung für Russland aufgrund der Ratifizierung des Madrider Abkommens & Protokolls und der damit geltenden Grundsätze der „World Intellectual Property Organization“ (WIPO).

Das nationale Regelwerk zum Schutz von geistigem Eigentum in Russland

Die Normen zum Schutz von geistigem Eigentum sind in der Russischen Föderation am 1.1.2008 als 4. Abschnitt mit neun Kapiteln vollständig in das Zivilgesetzbuch („ZGB“) integriert worden. Weitergehend als die Schutzgesetze anderer WTO-Mitgliedstaaten hat Russland explizit auch das „Know-How“ als eigenes Schutzgut geregelt. Daneben sind das Urheberrecht, das Patentrecht, das Marken- und Firmenbezeichnungsrecht nebst aller damit verbundenen Rechte, insbesondere dem Lizenzrecht, geregelt, aber auch exotische Kategorien wie der „Sortenschutz“ (bezogen auf Pflanzen und Tiere), das Recht an Topologien von integrierten Mikroschaltungen etc.

Allgemeine Regelungen

Der Allgemeine Teil regelt die Standardbestimmungen, die übergreifend für alle der vorstehend genannten geschützten IP-Rechte gelten, v.a. die Vorgaben für Lizenz- und Abtretungsverträge sowie für Ansprüche gegen Schutzrechtsverletzungen. Die klare Systematik vermittelt dabei – zumindest theoretisch – Transparenz und Rechtssicherheit.

Unter anderem sind die Verwertungsmöglichkeiten geregelt, die grundsätzlich entweder durch Abtretung oder Einräumung eines Nutzungsrechts erfolgen können. Anders als im deutschen Recht ist das russische Zivilrecht nicht vom Grundgedanken der Vertragsautonomie geleitet, sondern von einem streng an den gesetzlichen Vorgaben orientierten Vertragsrecht geprägt. Mit anderen Worten: Was nicht gesetzlich ausdrücklich zugelassen ist, kann nicht vereinbart werden. Daher haben der Lizenzvertrag als auch Überleitungsverträge – anders als im deutschen Recht – eine umfassende gesetzliche Normierung erfahren. Hierzu differenziert das russische ZGB zwischen Erteilung einer ausschließlichen und einer nichtausschließlichen Lizenz, ähnlich wie man es grundsätzlich aus dem internationalen Lizenzvertragswesen kennt; nur im Falle einer nicht ausschließ-

lichen Lizenz ist der Lizenzgeber auch weiterhin berechtigt, die Nutzung an dem lizenzierten Recht nicht nur dem Lizenznehmer, sondern auch Dritten zu gewähren.

Vereinbarungen über Schutzrechte bedürfen zu ihrer Wirksamkeit gemäß ZGB zwingend der schriftlichen Form und sind entsprechend den für das vertraglich geregelte Schutzrecht geltenden Registrierungs Vorschriften unterworfen.

Bestehende ausländische Schutzrechte beim Markteintritt nach Russland

Grundsätzlich wird deutschen Unternehmen bei Eintritt in den russischen Markt empfohlen, eine Recherche dahingehend durchführen zu lassen, ob das zur Einfuhr und Veräußerung auf dem russischen Markt bestimmte Produkt gegen bestehende gewerbliche Schutzrechte in Russland verstößt. Ebenso wird in jedem Fall eine unverzügliche Registrierung der Produkte bei „Rospatent“, dem russischen Patentamt, empfohlen, um Risiken möglicher unberechtigter Entziehung oder Verletzung der Schutzrechte vorzubeugen.

Folgende Bestandsschutzfristen sieht das russische ZGB für die einzelnen Schutzrechte vor:

- Patente – 20 Jahre
- Gebrauchsmuster – 10 Jahre
- Geschmacksmuster – 15 Jahre
- Markenrechte – 10 Jahre
- Urheberrechte – Lebzeiten des Urhebers und 70 Jahre nach dessen Tod
- Know-How: Das russische ZGB stellt ausdrücklich auch „Know-How“ unter Schutz, indem es eine Lizenzierung ermöglicht; dennoch wird eine Registrierung nicht für zwingend erforderlich gehalten, da hier im Schwerpunkt Geheimhaltungspflichten geregelt sind, die den relevanten Schutz sicherstellen. Daher sollten deutsche Vertragspartner bei Offenlegung von Know-How im Rahmen von Vertragsanbahnungen oder -abschlüssen umfassende Vertraulichkeitsvereinbarungen abschließen, die den Maßstäben des russischen ZGB zum Know-How-Schutz gerecht werden. Ohne eine solche Geheimhaltungsvereinbarung besteht lediglich der gewerbliche Mindestrechtsschutz, allenfalls flankiert durch „das Gesetz über Geschäftsgeheimnisse“. Da es zur Rechtsdurchsetzung in der Praxis des russischen Know-How-Rechts bislang keine ausreichende Erfahrung gibt, empfiehlt es sich außerdem, in den Vertraulichkeitsvereinbarungen verstärkt mit dem Instrument der Vertragsstrafe zu arbeiten.

Registrierung

Lizenzverträge als auch Übertragungsvereinbarungen sind zwingend bei der hierfür zuständigen Behörde

(„Rospatent“) zu registrieren, sofern das zugrundeliegende Schutzrecht ebenfalls registrierungspflichtig ist. Um den notwendigen Schutz für das geistige Eigentum zu erhalten, muss die Registrierungspflicht für Patente, Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster und Marken gewahrt werden; ohne Registrierung wird auch zukünftig kein Schutz gewährleistet.

Für Patente sowie Gebrauchs- und Geschmacksmuster ist die Einreichung der notwendigen Unterlagen maßgeblich für den Erhalt der Priorität; „Rospatent“ prüft dann, ob die Unterlagen formal richtig und vollständig sind. Die formelle Vollständigkeit der Antragsunterlagen reicht dann bereits für die Erteilung eines Gebrauchsmusters aus, wohingegen bei einem Geschmacksmuster noch eine Prüfung stattfindet, inwieweit Gebrauchsmusterfähigkeit gegeben ist bzw. bei einem Patent neben der Patentfähigkeit noch zusätzliche Offenlegungs- und Prüffristen relevant sind.

Bei Markenrechten erfolgen ebenfalls sowohl eine formelle als auch eine inhaltliche Prüfung der mit dem Registrierungsantrag eingereichten Unterlagen. Innerhalb von einem Monat nach Einzahlung der Registrierungsgebühr hat dann eine Entscheidung über die Erteilung einer Markenregistrierung zu erfolgen und ist bei positiver Bescheidung eine entsprechende Urkunde hierüber auszustellen.

Wichtig ist, dass (juristische oder natürliche) Personen, die keinen (Wohn-)Sitz auf dem Gebiet der russischen Föderation haben, sich bei Anträgen oder Anmeldungen bei „Rospatent“ gemäß Art. 1247 ZGB von einem russischen Patentanwalt vertreten lassen müssen. Dies bietet jedoch gleichzeitig für den ausländischen Schutzrechtsanmelder die Sicherheit, dass das Anmeldeverfahren oder sonstige Verfahren gegenüber dem Register mit ausreichender Fachkunde und Expertise betrieben werden, insbesondere auch deshalb, weil – ähnlich wie in anderen Staaten – Patentanwälte eine besondere juristisch-technische Ausbildung durchlaufen haben müssen. Das russische Patentamt ist auch in englischer Sprache erreichbar unter www.fips.ru. Für Patentanmeldungen, die Geltung für den gesamten GUS-Raum haben sollen (Eurasisches Patent) finden sich entsprechende Informationen unter www.eapo.org.

Rechtsschutzmöglichkeiten und Vollstreckung

In einem ersten Schritt wird zunächst grundsätzlich empfohlen, bei Aufdeckung einer Schutzrechtsverletzung unverzüglich eine Abmahnung gegenüber dem Verletzer zu übermitteln. Damit wird die Dringlichkeit des Rechtsschutzes dokumentiert, was durchaus für den weiteren Verfahrensverlauf von Bedeutung sein kann.

Geht es um ein Annullierungsverfahren, also die Löschung einer unberechtigt oder rechtswidrig durch die Patentbehörden erfolgten Schutzgutregistrierung, ist die Patentstreitkammer bei „Rospatent“ zuständig. Allgemein wird in Fachkreisen darauf hingewiesen, dass die Patentstreitkammer überwiegend zu einer Erhaltung von einmal registrierten Schutzrechten tendiere und daher ein effektiverer Rechtsschutz von Anfang an über die zuständigen Gerichte empfohlen werde. Zuständige Gerichte bei Streitigkeiten über das Bestehen von Schutzrechten oder deren Verletzung sind Wirtschaftsgerichte (vgl. der Kammer für Handelssachen an deutschen Landgerichten, auch Arbitragegerichte genannt, was jedoch mit dem rechtlichen Verständnis von „Arbitrage“ im deutschen Rechtskreis nichts zu tun hat), wenn ein Unternehmen oder eine unternehmerisch tätige Person (=Kaufmann) involviert ist sowie ordentliche Gerichte, sofern keine Wirtschaftssubjekte beteiligt sind.

Für die Durchsetzung von Schutzrechten, die aufgrund von Lizenzverträgen gewährt wurden und bei denen eine Verletzung des Nutzungsrechtes o.ä. verfolgt sowie Unterlassungs- und Ersatzansprüche durchgesetzt werden sollen, ist ein besonderes Augenmerk auf die im Lizenzvertrag geregelte Rechtswahl und Vollstreckungsklausel gelegt. Entweder sollte russisches Recht vereinbart werden (was aufgrund des umfassenden und an europäischen Normen orientierten Regelwerkes des 4. Abschnitts durchaus empfehlenswert ist, mit Blick auf die geltenden prozessualen Vorgaben etc. aber auch Nachteile haben kann), sodass ein dann durch ein russisches Gericht erlassenes Urteil auch unmittelbar vollstreckt werden kann. Oder es bietet sich die Vereinbarung eines internationalen Schiedsgerichts an, wobei dann die Vollstreckbarkeit des durch das Schiedsgericht erlassenen Urteils nochmals durch nationales Gericht geprüft und festgestellt werden muss. Erleichterung bietet die Vereinbarung der Anwendbarkeit von russischem Recht und die Verhandlung vor einem internationalen Schiedsgericht.

Sonstige wirtschaftlich bedeutsame Änderungen durch den WTO-Beitritt Russlands

Für die deutsche Wirtschaft besonders wichtig ist – neben den Entwicklungen zum Schutz von geistigem Eigentum – dass die Exportquoten für Stahl abgeschafft werden. Dies wird erheblich positive Einflüsse auf den Stahlpreis haben. Die hohen Exportabgaben auf Öl, Gas und Eisen werden hingegen beibehalten.

Daneben wird die bislang für einige Produkte bei deren Einfuhr zwingend erforderliche Lizenzpflicht abgeschafft, was es deutschen Unternehmen ermöglicht, vereinfacht

bspw. medizinische Produkte oder Verschlüsselungs- und Sicherheitstechnologien nach Russland zu exportieren. Für die Versicherungswirtschaft ist wichtig, dass die Beteiligungsverbote ausländischer Versicherungsunternehmen über eine bestimmte Beteiligungsquote hinaus abgeschafft werden. Ebenso ist geplant, innerhalb von vier Jahren nach dem WTO-Beitritt Russlands den russischen Telekommunikationssektor vollständig zu liberalisieren und auch hier beschränkende Quoten für ausländische Investoren abzuschaffen.

Neben einer spürbaren Senkung von Tarifen im öffentlichen Bahn-Transportsektor und im Luftfrachtsektor sind die geplanten Zollsenkungen für Elektronik und Haushaltswaren, für bestimmte Lebensmittel, für chemische Produkte etc. ein hoher Anreiz gerade für deutsche mittelständische Unternehmen, den Schritt in den russischen Markt zu wagen. Insgesamt wird die Senkung der Importabgaben und Zölle für alle Industriebereiche als spürbar und vorhersehbar ausgestaltet sein, sodass auch die bisher wiederholt kritisierte Intransparenz und Korruptionsanfälligkeit weiter gesenkt werden sollen.

Reinhard Willemsen

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München

Telefon +49 89 23714 25792

reinhard.willemsen@luther-lawfirm.com

Singapur

„Lemon Law“ oder die Verbesserung der Verbraucherrechte

Was bei uns längst Standard ist, wird in Singapur noch sehr skeptisch begutachtet: Die EU- Verbrauchsgüterkauf-richtlinie (1999/44/EG) hat jetzt auch in Singapur „Umsetzung“ erfahren. Mit dem Gesetzesentwurf wird in Singapur das Verbraucherrecht den europäischen Regelungen entsprechend angepasst und die jährlich ca. 1800 (2011) Gerichtsverfahren hinsichtlich mangelhafter Produkte werden zukünftig ähnlich dem deutschen Recht beurteilt.

„Lemon Law“

Lemon Laws sind Gesetze zum Verbraucherschutz bei mangelhaften Kaufsachen, sog. „lemons“. Als mangelfrei gilt eine Sache, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet, das äußerliche Erscheinungsbild einwandfrei ist, sie auch keine geringfügigen Mängel aufweist und die Sicherheits- und Haltbarkeitsanforderungen erfüllt sind. Die Anforderungen an eine Sache werden durch die Beschreibung und Informationen auf dem Etikett, der Verpackung, Plakaten oder sonstigen gedruckten Materialien oder auch durch mündliche Aussagen des Verkäufers oder seiner Hilfspersonen bestimmt.

Consumer Protection (Fair Trading) Amendment Bill

Die bisherigen Regelungen des „Sales of Goods Act“ (SGA) und des „Supply of Goods Act“ (SUGA) für Schadensersatz bei mangelhaften Waren sollen durch neue Vorschriften im „Consumer Protection (Fair Trading) Act“ (CPFTA), „Hire Purchase Act“ (HPA) und „Road Traffic Act“ (RTA) ergänzt werden. Die neuen Regelungen sollen als weitere Rechte des Verbrauchers neben die bisherigen treten. Der Entwurf, der am 14.02.2012 dem Parlament vorgelegt wurde, soll im September 2012 in Kraft treten.

Änderungen des „Consumer Protection (Fair Trading) Act“

Die neuen Vorschriften gelten für Kaufverträge, Verträge zur Übertragung von Waren und Mietkaufverträge bei neuen und gebrauchten Sachen eines Unternehmers an einen Verbraucher, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen werden, Sec. 12B (1). Die Verbrauchereigenschaft wird vermutet, solange der Verkäufer nicht das Gegenteil beweist. Zuständig für Klagen nach dem CPFTA ist das „Small Claims Tribunal“, Sec. 12 F (7) für Klagen

unter S\$ 10.000, ansonsten der Magistrates Court.

Beweislastumkehr, Sec. 12 B (3)

Wenn innerhalb von 6 Monaten nach Übergabe der Sache ein Mangel auftritt, wird vermutet, dass dieser bereits bei Übergabe vorlag, solange der Verkäufer nicht Gegenteiliges beweist. Dies gilt nicht für Waren mit kurzer Lebensdauer oder Lebensmittel.

Der Verbraucher hat keinen Anspruch auf die Gewährleistungsrechte, wenn er

- die Sache selbst beschädigt hat,
- die Sache falsch verwendet und dadurch den Mangel verursacht hat,
- selbst oder ein Dritter versucht hat die Sache zu reparieren und sie dadurch beschädigt wurde,
- den Mangel vor Vertragsschluss kannte oder
- seine Meinung geändert hat und die Sache nicht mehr haben möchte.

Nach Ablauf der 6 Monate stehen dem Verbraucher die untenstehenden Rechte weiter zu, wenn er beweisen kann, dass der Mangel bei Übergabe vorlag.

1. Stufe der Verbraucherrechte: Nacherfüllung, Sec. 12 B (2) (a), 12 C

Der Verbraucher kann bei einer mangelhaften Sache in der ersten Stufe nach seiner Wahl nur Nachbesserung oder Lieferung einer neuen Sache verlangen. Der Verkäufer muss dann innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens und ohne den Verbraucher wesentlich zu beeinträchtigen nacherfüllen. Der Verkäufer muss die Kosten der Nacherfüllung tragen, insbesondere Arbeits-, Material und Versandkosten. Die Begriffe „angemessener Zeitrahmen“ und „wesentliche Beeinträchtigung“ werden durch die Gerichte im Einzelfall für die jeweilige Kaufsache ausgelegt unter Berücksichtigung der Natur der Sache und des Zwecks, zu dem die Sache gekauft wurde.

Wenn die gewählte Art der Nacherfüllung unmöglich oder nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist, kann der Verkäufer den Käufer auf die andere Art der Nacherfüllung

verweisen. Der Verkäufer kann die Nacherfüllung auch verweigern, wenn sie im Verhältnis zur Minderung oder zum Rücktritt unverhältnismäßig ist. Dabei sind insbesondere der Wert der Sache im mangelfreien Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Verbraucher zurückgegriffen werden kann.

2. Stufe der Verbraucherrechte: Kaufpreisminderung / Rücktritt, Sec. 12 B (2) (b), 12 D

Erst wenn Nacherfüllung nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist, nicht innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens oder nicht ohne wesentliche Beeinträchtigung des Verbrauchers erfolgt, kann der Verbraucher die Sache behalten und den Kaufpreis mindern oder vom Vertrag zurücktreten und die Sache gegen Erstattung des Kaufpreises zurückgeben. Damit wird sichergestellt, dass der Verkäufer erst die Möglichkeit erhält, den Vertrag durch Lieferung einer mangelfreien Sache oder durch Reparatur zu erfüllen.

Die Höhe der Minderung richtet sich danach, was der Verbraucher für die mangelhafte Sache gezahlt hätte. Dies kann identisch mit der Summe sein, die bisher die Gerichte unter dem SGA als Schadensersatz gewährt haben. Hier werden der Verschleiß der Sache und die Zeit zwischen Übergabe und Gewährleistung nicht mit berücksichtigt.

Bei der Rückzahlung des Kaufpreises wird die bisherige Nutzungsmöglichkeit durch den Verbraucher in Abzug gebracht.

Änderungen im „Hire Purchase Act“ (HPA)

Der HPA gilt für Verkäufe mit Eigentumsvorbehalt und Mietkaufverträge. Der HPA gilt wie bisher für neue und gebrauchte Sachen. Im Wesentlichen sind nur Anpassungen an den SGA und den SUGA vorgenommen worden. Ein Verbraucher hat das Recht, die Annahme der Sache auch wegen geringer Mängel zu verweigern. Ein Nicht-Verbraucher hat kein Recht, wegen geringer Mängel die Annahme zu verweigern, sondern kann nur Schadensersatz verlangen.

Neu ist die Abschaffung der bisherigen Kappungsgrenzen (bisher S\$20,000 und bei Autos S\$55,000) beim Wert der Kaufsache für die neu eingeführten Vorschriften, so dass in Zukunft auch höherwertige Sachen geschützt sind.

Änderungen im „Road Traffic Act“ (RTA)

Ermöglicht werden soll der Austausch defekter Fahrzeuge in Übereinstimmung mit dem CPFTA. Es soll die Möglichkeit gegeben werden, das „Certificate of Entitlement“

(COE) (nicht übertragbare ersteigerte Straßenzulassungslizenz in Singapur, meist für 10 Jahre) für ein Fahrzeug auf das Ersatzfahrzeug zu übertragen und damit auch die Registrierung, Lizenzvergabe und die damit verbundenen Gebühren und Steuern.

Bewertung

Das Lemon Law nimmt den Verbrauchern nicht das Recht, ihre Garantien oder freiwillig von den Unternehmern gewährte Umtauschmöglichkeiten wahrzunehmen. Die Verbraucher können weiterhin den Hersteller im Rahmen von Garantien in Anspruch nehmen. Der Endverkäufer, der den Gewährleistungsrechten des Verbrauchers ausgesetzt wird, kann Gewährleistung gegen den Hersteller im Rahmen seines Vertrages geltend machen oder sich auf den SGA als Käufer im Verhältnis zum Hersteller berufen (für Nicht-Verbraucher).

Die Anpassung der Vorschriften erfolgte hauptsächlich durch die Übernahme von Vorschriften aus dem „UK Sale of Goods Act“. Damit wurden die Verbraucherschutzvorschriften aus der EU-Richtlinie adaptiert. Die getroffenen Regelungen sind daher zugleich eine Annäherung an das deutsche Gewährleistungsrecht. Auch in Singapur gibt es damit zukünftig für die Unternehmer das Recht zur zweiten Andienung und für den Verbraucher ausdrücklich das Recht zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung bei einer mangelhaften Sache.

Dr. Thomas Hufnagel
Luther LLP, Singapur
Telefon +65 6408 8005 / +49 221 9937 25737
thomas.hufnagel@luther-lawfirm.com

Jaana Sturm
Luther LLP, Singapur
Telefon +65 6408 8000
jaana.sturm@luther-lawfirm.com

Singapur Budget 2012

Am 17. Februar 2012 hat der Finanzminister das Budget für das laufende Finanzjahr vorgestellt. Das Budget wurde dieses Jahr als „Budget for the Future“ präsentiert. Die Schlagworte waren dieselben wie im letzten Jahr („*inclusive society, longterm challenges, better future for the people*“). Wenngleich das Wachstum mit 4,9% in der Bandbreite der Regierungs-Vorhersage lag, ist der Ausblick für das Jahr 2012 mit 1%–3% deutlich weniger optimistisch. Nach Ansicht der Wirtschaftsplaner ist dies nicht so beunruhigend wie es zunächst erscheint. Es müsse durch die Konjunktur stützenden Maßnahmen gegengesteuert werden.

Körperschaftsteuer, Unternehmensbesteuerung und Steuerförderungen

Der Körperschaftsteuersatz verbleibt unverändert bei 17%. Bis zu SGD 300.000.– des Einkommens werden teilweise nicht besteuert: Von den ersten SGD 10.000.– bleiben 75% und von weiteren SGD 290.000.– bleiben 50% steuerfrei. Damit beträgt die effektive Körperschaftsteuerbelastung bei Gewinnen bis SGD 300.000.– weiterhin nur 8,36%. Ebenfalls unverändert blieben die steuerlichen Vorteile für neu gegründete Gesellschaften, deren Gesellschafter zu mindestens 10% natürliche Personen sind. Die ersten SGD 100.000.– bleiben nach wie vor drei Jahre lang überhaupt steuerfrei, und die weiteren SGD 200.000.– werden nur zu 50% angesetzt.

Neu eingeführt wurde nun, dass es für kleine und mittlere Unternehmen einen einmaligen Zuschuss in Höhe von 5% des Umsatzes bis zu einem Höchstbetrag von SGD 5.000.– gibt, sofern diese Unternehmen zumindest einen singapurischen (oder „permanent resident“) Angestellten beschäftigen.

Sehr zu begrüßen ist die Verdopplung der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Renovierungs- und Ausstattungsaufwendungen von SGD 150.000.– auf SGD 300.000.– für einen Zeitraum von drei Jahren. Die bisherige zeitliche Begrenzung bis zum Jahr 2013 wurde aufgehoben. Geringwertige Wirtschaftsgüter mit Anschaffungskosten bis zu SGD 5.000.– (bislang waren es SGD 1.000.–) pro Stück werden zum unmittelbaren Betriebsausgabenabzug zugelassen und müssen nicht abgeschrieben werden.

Ab April 2012 sind folgende Aufwendungen zur Anbahnung von regionalen und internationalen Geschäften bis zu einer Höhe von SGD 100.000.– pro Jahr ohne weitere Genehmigung doppelt in Ansatz zu bringen: Geschäftsreisen in das

Ausland (zur Anbahnung von Geschäft), Geschäftsreisen in das Ausland zwecks Marktforschung, sowie Teilnahme an Messen im Ausland und an bestimmten Messen in Singapur.

Productivity & Innovation Credit („PIC“)

Schon in den letzten beiden Budgets lag ein Schwerpunkt auf der PIC-Förderung. Firmen konnten Investitionen zum Erwerb geistigen Eigentums, Forschung und Entwicklung oder Automatisierung zu 400% steuerlich geltend machen, allerdings nur zu einem jährlichen Höchstbetrag von SGD 400.000.–. In drei Bereichen soll die PIC Förderung nun nachgebessert werden:

- Möglichkeit von Barzuschüssen (Cash Payout Option);
- Ausbildung und Training; sowie
- Kosten für Forschung und Entwicklung

Die steuerliche Anrechnung konnte schon in der Vergangenheit unter bestimmten Voraussetzungen in einen Barzuschuss umgewandelt werden. Allerdings nur zu einer Umwandlungsrate von 30%. Diese Umwandlungsrate wurde auf 60% erhöht (Investition SGD 100.000; Zuschuss 60.000.–; Steuervorteil ohne Umwandlung 400% = SGD 400.000; 17% Steuer = SGD 68.000). Für sogenannte In-House Trainer wurde die Notwendigkeit einer Zertifizierung für Ausgaben bis SGD 10.000.– aufgehoben. Prinzipale können Aufwendung für das Training ihrer Agenten geltend machen (Versicherungswirtschaft, Immobilienmakler). Software-Entwicklung, die nicht nur interner Administrations-Routine dient, kann nunmehr als „Forschung und Entwicklung“ geltend gemacht werden. Gleiches gilt für F&E Aufwendungen aus Kostenteilungsvereinbarungen, allerdings nur 60% der Kostenbeiträge.

Merger & Acquisition Allowance

Die Steuerförderung zur Unterstützung des Erwerbs von Unternehmen wurde ausgebaut. 200% der Transaktionskosten bis zu einem Höchstbetrag von SGD 100.000.– pro Jahr sind ab sofort abzugsfähig. Solche Transaktionskosten umfassen in der Regel Aufwendungen für die Durchführung einer Due Diligence oder für die Steuerberatung und Rechtsberatung. Die Vorteile aus der „Merger & Acquisition Allowance“ können mit den Vorteilen aus dem bereits bestehenden „Headquarter Incentive Scheme“ kombiniert werden. Zu diesem Zweck kann das „Economic Development Board“ unter bestimmten Voraussetzungen darauf verzichten, dass der wirtschaftlich Endberechtigte auf der

Seite des Erwerbers in Singapur ansässig ist, wie es zuvor notwendig war.

Equity Investments

Eine wichtige Frage in der Vergangenheit war die steuerliche Behandlung von Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen durch Kapitalgesellschaften. Obwohl in Singapur Veräußerungsgewinne an sich steuerfrei sind, bestand immer eine gewisse Unsicherheit über die Rechtsnatur dieser Gewinne und damit über ihre Steuerbarkeit. Klargestellt wurde insoweit, dass Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen für die veräußernde Gesellschaft in jedem Fall steuerfrei sind, wenn die veräußerten Anteile mindestens 20 % des Kapitals der Zielgesellschaft darstellen und die veräußernde Gesellschaft diese Anteile mindestens 24 Monate lang gehalten hat.

Finanzsektor

Auf dem Finanzsektor wurde die Liste steuerlich begünstigter Einkünfte und Investitionen durch Negativlisten ersetzt, nach der nur noch sehr wenige Einkünfte und Investitionen nicht steuerlich begünstigt werden. Auf der Negativliste stehen etwa der Erwerb von Anteilen und Anleihen von Gesellschaften, die in Singapur belegene Immobilien besitzen oder mit diesen gewerblich handeln. REITS können anstelle von Barausschüttungen zukünftig auch Anteile an die Inhaber ausgeben, ohne die begünstigte steuerliche Behandlung zu verlieren.

Die Quellensteuerbefreiung für von Finanzinstituten an Nichtansässige gezahlte Zinsen wurde erweitert und erstreckt sich damit nun auch auf Zahlungen an Betriebsstätten Nichtansässiger in Singapur. Die Quellensteuerfreiheit von Zahlungen aus „Over-The-Counter“ (OTC) Finanzderivaten wurde bis in das Jahr 2021 hinein verlängert. Steuerabzugsfähigkeit von „Impairment Provisions“ wurde um 3 Jahre verlängert.

Transportsektor

Die Quellensteuer für Zahlungen von Bareboat-, Voyage- oder Zeitcharter an Nichtansässige wurde aufgehoben. Quellensteuerbefreiung auf Zinsen aus Container-Finanzierungskrediten wird automatisch gewährt. Gewinne von „Maritime Sector Incentive“ – Begünstigten aus der Veräußerung von Schiffen, auch solcher die noch im Bau sind, werden von der Einkommenssteuer befreit. Das „Aircraft Leasing Scheme“ wurde um 5 Jahre verlängert.

Einkommensteuer

Die persönlichen Steuersätze der Progressionstabelle sind unverändert geblieben. Auch der Höchststeuersatz von 20 % für Einkommen über SGD 320.000,- verbleibt. Ledig-

lich die Steuerfreibeträge für behinderte und ältere Arbeitnehmer wurden verdoppelt. Für die untersten Einkommensgruppen werden verschiedenste Finanzhilfen eingeführt. Hervorzuheben ist dabei die Erhöhung der CPF Beiträge für ältere Arbeitnehmer (über 50 Jahre) sowie eine Reihe von Subventionen im Gesundheits- und Pflegebereich.

GST, Sonstiges

Der Handel in Gold und Edelmetallen wird ab Oktober 2012 von der Umsatzsteuer befreit. Von der tatsächlichen Erhebung der Umsatzsteuer wird abgesehen (außer Alkohol und Tabak), wenn die Güter für den Re-Export innerhalb von 6 Monaten (früher 3 Monate) bestimmt sind. Ferner werden ab 2013 internationale Kreuzfahrten von der Umsatzsteuererstattung für Touristen erfasst, wenn diese nach deren konkreten Reiseplan Singapur „endgültig“ verlassen und sich verpflichten, nicht innerhalb der folgenden 48 Stunden wieder einzureisen. Personen, die von Auslandsreisen zurückkehren und dabei Waren nach Singapur einführen, müssen keine Umsatzsteuer zahlen, soweit der Wert der Waren SGD 600,- bzw. SGD 150,- bei Auslandsaufenthalten von weniger als 48 Stunden (Steuerfreibeträge) nicht überschreitet.

Um die Abhängigkeit von und die Nachfrage nach ausländischen Arbeitskräften zu reduzieren, wird die Gastarbeiterabgabe („Foreign Worker Levy“) wie bereits in den vergangenen beiden Jahren weiter erhöht. Dies geht einher mit der Erhöhung der Anforderungen an solche ausländischen Arbeitskräfte, auf welche die Gastarbeiterabgabe nicht erhoben wird. Zugleich wird der erlaubte Gastarbeiteranteil reduziert: Im Produktionssektor von 65 % auf 60 %, bei Dienstleistungen von 50 % auf 45 % und für S-Pass-Inhaber (d.h. ausländische Beschäftigte mit mittlerer Qualifikation) von 25 % auf 20 %. Auch im Bausektor werden die sogenannten „Man-Year Entitlements“ um 5 % reduziert. Im Gegenzug werden für die Anstellung singapurischer Arbeitskräfte über 50 Jahre mit einem Gehalt bis SGD 3.000,- 8 % der Bezüge vom Staat getragen, bei Abgängern von Sonderschulen mit Gehältern bis SGD 1.500 sogar 16 %. Dieselfahrzeuge, welche der EURO V-Norm entsprechen, werden ab 2013 mit einer erheblich reduzierten KFZ Steuer begünstigt. Zugleich können Fahrzeuge mit geringem CO2 Ausstoß von einer bis zu SGD 20.000,- geringeren Registrierungsgebühr profitieren.

Dr. Knut Unger, Rechtsanwalt
Luther LLP, Singapur
Telefon +65 6408 8007
knut.unger@luther-lawfirm.com

Merger Control made in Singapur

Der Wirtschaftsboom der letzten Jahre in Südostasien hat zu einer Vielzahl an Unternehmensgründungen sowie zu zahlreichen Zusammenschlüssen bereits bestehender Unternehmen geführt. Viele wirtschaftlich bedeutsame Transaktionen betrafen dabei Singapur; Grund genug für die Wettbewerbsbehörde des Stadtstaates, ihre Tätigkeit nach mehr als 30 überwachten Zusammenschlüssen zu prüfen und öffentliche Konsultationen über geplante Änderungen ihrer Richtlinien Unternehmenszusammenschlüssen durchzuführen. Oberste Maxime ist hierbei eine Verbesserung der Transparenz und weitere Rationalisierung des Verfahrens. Die derzeit bestehenden materiellen Regelungen sollen unverändert erhalten bleiben.

Das Vorhaben der „Competition Commission of Singapore“ („SCC“) zum Anlass nehmend, soll dieser Artikel das Verfahren der Zusammenschlußkontrolle in Singapur beleuchten.

Status Quo

2004 wurde mit der Einführung von Singapur's „Competition Act 2004“ ein stark wirtschafts-fokussiertes Wettbewerbsrecht ins Leben gerufen, wobei besonderes Augenmerk auf eine „Verbesserung der ökonomischen Effizienz“ Singapurs gelegt wurde.

Während Unternehmenszusammenschlüsse in den meisten Staaten einem Genehmigungsverfahren unterliegen und beispielsweise in den U.S.A und Europa im Falle eines Unterbleibens der Anmeldung beträchtliche Strafen drohen, wird Unternehmen in Singapur die Möglichkeit zur freiwilligen Anzeige eines Zusammenschlusses gegeben. Die Parteien haben dabei nicht nur die Möglichkeit, bereits abgeschlossene, sondern auch erst im Planungsstadium befindliche Transaktionen einer Überprüfung durch die Wettbewerbsbehörde zu unterwerfen. Trotz der Freiwilligkeit einer Anzeige wurde diese von Singapurs Wettbewerbsbehörde schon bisher in Situationen empfohlen, wo

- der Marktanteil des fusionierten Unternehmen jenseits von 40 % liegt; oder
- der Marktanteil zwischen 20 % und 40 % liegen wird, und der Marktanteil der drei größten Unternehmen nach der Fusion 70 % und mehr beträgt.

Selbst wenn die genannten Größenordnungen nicht erreicht werden, kann wegen anderer Aspekte des Zusammen-

schlusses, die sich wettbewerbsbeschränkend auswirken könnten, eine Überprüfung durch die CCS sehr sinnvoll sein.

Geplante Neuerungen

Erleichterte Selbsteinschätzung

Geht es nach der CCS, soll ein vereinfachter Weg zur Selbsteinschätzung von Zusammenschlüssen eingeführt werden. Die geplanten Richtlinien geben anhand einer zweistufigen Analyse Aufschluss darüber, wann ein Zusammenschluss angezeigt werden sollte. So wird es als unwahrscheinlich angesehen, dass eine Fusion zweier kleiner Unternehmen mit relativ geringen Umsätzen (im Inland unter S\$5 Millionen sowie weltweit unter S\$10 Millionen) wettbewerbsrechtliche Bedenken hervorrufen. Ebenfalls als gering wird das Risiko wettbewerbsrechtlicher Verstöße dort eingestuft, wo sich die Tätigkeitsbereiche der Unternehmen nicht überschneiden und keines der Unternehmen das andere mit Gütern oder Dienstleistungen versorgt. Wo jedoch fusionierende Unternehmen Güter oder Leistungen derselben Art anbieten und deren Marktanteil 40 % der inländischen Bedarfsdeckung übersteigen, wären sie nach den Neuerungen gut beraten, ihre geplante Fusion anzuzeigen.

Die geplante Einführung einer Umsatzgrenze als zweite Evaluationsstufe impliziert, dass der Einfluss von Zusammenschlüssen kleinerer Unternehmen auf den Markt Singapurs als weniger gravierend eingestuft wird als der einer Fusion größerer Unternehmen.

Vertraulichkeit

Im Laufe des Beurteilungsverfahrens holt die Wettbewerbsbehörde die Meinung dritter Personen über die Auswirkungen geplanter Zusammenschlüsse auf den Markt ein. Dies hat zur Folge, dass die CCS nach gegenwärtiger Rechtslage keine Anzeigen geplanter Zusammenschlüsse bearbeitet, wenn die Parteien diese noch vor Dritten geheim halten wollen. Nach dem Vorschlag der CCS könnten Parteien in Zukunft unter bestimmten Umständen eine vertrauliche Meinung der Behörde ohne Involvierung Dritter über die wettbewerbsrechtliche Konformität geplanter Zusammenschlüsse einholen. Die neue Option ist eine willkommene Änderung, vor allem für geplante Zusammenschlüsse börsennotierter Unternehmen, und gewährleistet ein höheres Maß an Rechtssicherheit.

Schutz von Geschäftsgeheimnissen

Parteien werden im Rahmen des Anzeige- und Beurteilungsverfahrens dazu angehalten, der Wettbewerbsbehörde sämtliche nicht nur im Zusammenhang mit der geplanten Transaktion, sondern auch mit ihren Unternehmen stehenden Informationen preiszugeben. Um dabei Geschäftsgeheimnisse zu wahren, fügen die Parteien ihrer Anzeige zwei Dokumentensätze bei: einen mit und einen ohne vertrauliche Informationen. Die SCC kann die nicht-vertrauliche Version der Unterlagen nutzen, um den Zusammenschluss mit Dritten zu erörtern und um eine nicht-vertrauliche Version ihrer Entscheidung zu veröffentlichen.

Während nach dem derzeitigen Stand Unklarheiten darüber bestehen, welche Informationen als geheim einzustufen sind, geben die geplanten Richtlinien nun weiteren Aufschluss. Informationen sollen als nicht vertraulich einzustufen sein, die

- zwar das Unternehmen eines der Beteiligten betreffen, deren Offenlegung dieser Partei jedoch keinen kommerziellen Schaden zufügen kann, oder
- Allgemeinwissen innerhalb der Branche darstellt oder für Marktteilnehmer leicht erhältlich ist, oder von informierten Marktteilnehmern und/oder Wirtschaftsanalysten vermittelt werden können.

Wo die Forderung nach vertraulicher Behandlung von Informationen oben genannte Punkte betrifft, oder sonst nach Meinung der Wettbewerbsbehörde überzogen oder unvernünftig erscheint, kann die CCS das Beurteilungsverfahren solange unterbrechen, bis die Parteien einen nicht vertraulichen Satz an Unterlagen einbringen, das den Behördenanforderungen genügt.

Straffung des Verfahrens

Singapurs Zusammenschlussverfahren sieht im Allgemeinen zwei Beurteilungsphasen vor. Dem Erhalt einer vollständigen Anzeige folgt eine vorläufige Evaluierung des geplanten Zusammenschlusses. Diese erste Phase des Beurteilungsverfahrens soll innerhalb von 30 Werktagen bewerkstelligt werden. Sie gibt der Behörde die Möglichkeit, im Fall wettbewerbsrechtlich unbedenklicher Zusammenschlüsse rasch positive Entscheidungen zu fällen. Sollte der Wettbewerbsbehörde eine abschließende Beurteilung nicht möglich sein, nimmt die CCS auf Antrag der Parteien in einer zweiten Phase eine gründlichere Prüfung des geplanten Zusammenschlusses vor. Diese zweite Verfahrensphase soll innerhalb von 120 Werktagen abgeschlossen werden.

Um die effektive Verfahrensdauer zu verkürzen, plant die

CCS, die Informationsanforderungen an die Parteien in der ersten Phase des Verfahrens künftig herabzusetzen, ohne jedoch den Zeitrahmen für das Beurteilungsverfahren zu verändern. Die Parteien sollen des Weiteren die Möglichkeit haben, in der ersten Phase des Beurteilungsverfahrens aufgetretenen Bedenken durch Angebote zu Selbstverpflichtungen zu begegnen. Die Auseinandersetzung der CCS mit den Angeboten der Parteien kann zwar zur Verlängerung der Verfahrensdauer der ersten Phase führen, erspart jedoch den Parteien unter Umständen eine zeitraubende zweite Beurteilungsphase.

Erörterungen vor Anzeige

Die Parteien haben die Möglichkeit, die Meinung der CCS zu einem geplanten Zusammenschluss in Form einer Erörterung der Sachlage bereits vor dessen Anzeige einzuholen. Erörterungen im Vorstadium helfen so die Verfahrensdauer zu verkürzen. Sie sind umso nützlicher, je mehr Information von den Parteien dabei zur Verfügung gestellt wird. Die geplanten Neuerungen streichen die Wichtigkeit sowie Vorteile dieser Erörterungen hervor. Beispielsweise können Parteien die Relevanz bestimmter generell für Phase 1 des Beurteilungsverfahrens benötigter Informationen mit der Wettbewerbsbehörde verhandeln, wenn diese nach ihrer Ansicht nicht zur Beurteilung ihres Zusammenschlusses erforderlich sind.

Ausblick

Mit den geplanten Neuerungen soll ein Spagat glücken zwischen Vorhersehbarkeit und Transparenz auf der einen Seite, und einem vermehrten Eingehen auf Parteiinteressen auf der anderen; dies alles natürlich „Singapur-getreu“ unter der Prämisse höchster wirtschaftlicher Effizienz. Vor diesem Hintergrund darf gespannt auf den Ausgang der öffentlichen Konsultation gewartet werden. Nach deren Ende, der Auswertung der Reaktionen, und den daraus gezogenen Konsequenzen wird sich zeigen, ob der Wirtschaftsmetropole mit einer weiteren Adaptierung ihres Wettbewerbsrechtes ein nächster Schritt auf dem Weg zum „ökonomischen Vorzeige-Staat“ gelingt.

Dr. Thomas Hufnagel
Luther LLP, Singapur
Telefon +65 6408 8005 / +49 221 9937 25737
thomas.hufnagel@luther-lawfirm.com

Anton Fischer, LL.M.
Luther LLP, Singapur
Telefon +65 6408 8000
anton.fischer@luther-lawfirm.com

Ungarn

Änderungen im ungarischen Gesellschaftsrecht zum 1. März 2012

Am 1. März 2012 sind zahlreiche Änderungen im ungarischen Gesellschaftsrecht in Kraft getreten.

Die Ziele der im Gesetz über Wirtschaftsgesellschaften sowie im Firmenbuchgesetz durchgeführten Änderungen sind vielfältig. Die wichtigsten Zielsetzungen waren die Folgenden: die Verfahren bez. des Firmenbuchs sowie der Zahlungsunfähigkeit effektiver zu gestalten, den Gläubigerschutz zu verbessern, die Missbrauchsfälle im Wirtschaftsleben zurückzudrängen, sowie die Durchsetzung der Rechte zu erleichtern. Die Regeln des Verfahrens zur Zahlungsunfähigkeit haben sich ebenfalls verändert mit dem Ziel, das Vermögen der Schuldnergesellschaft besser zu schützen, und die Anzahl der Liquidationsverfahren zu verringern, u.A. dadurch, dass die Vergleichsmöglichkeiten in Konkursverfahren erweitert werden.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Legislative durch die Änderungen dazu beitragen möchte, dass die Gläubiger und den Staat schädigende Verhaltensweisen im Wirtschaftsleben zurückgedrängt werden.

Nachstehend werden nach Themengebieten die wichtigsten Änderungen zusammengefasst, in erster Linie auf die gesellschaftsrechtlichen Änderungen fokussierend. Bestehende Gesellschaften sind verpflichtet, im Rahmen des ersten Änderungsantrages nach dem 1. März 2012 sich an die neuen gesetzlichen Regelungen anzupassen, spätestens jedoch bis zum 1. Februar 2013.

1. Weitergehende Datenlieferungsverpflichtung

Hinsichtlich der ins Handelsregister eingetragenen Personen müssen weitere Identifikationsdaten angegeben werden: so müssen z.B. die Steuernummern der ins Handelsregister einzutragenden/ eingetragenen Gesellschafter/ Aktionäre im Eintragungs- bzw. Änderungsantrag an das Handelsgericht angegeben werden.

Sollte die ausländische Wirtschaftsgesellschaft (mit oder ohne Rechtspersönlichkeit) bzw. die ausländische Privatperson als Gesellschafter oder leitender Repräsentant über keine ungarische Adresse verfügen, muss zwingend ein Zustellungsbevollmächtigter benannt werden. Diese Position

kann sowohl eine über einen ungarischen Sitz verfügende Organisation, als auch eine über einen ständigen Wohnsitz in Ungarn verfügende Privatperson einnehmen.

Sofern eine ausländische Gesellschaft Gesellschafter einer ungarischen Gesellschaft ist/wird, muss die Führung dieser ausländischen Gesellschaft in ihrem heimischen Handelsregister durch eine Bestätigung der entsprechenden registrierführenden Behörde nachgewiesen werden (eine ähnliche Regelung gab es bereits früher in Ungarn und wurde jetzt erneut eingeführt).

Das Nutzungsrecht des Firmensitzes (inkl. das der weiteren ungarischen Niederlassungen) muss nachgewiesen werden und das entsprechende Dokument ans Handelsgericht übermittelt werden. Anzumerken wäre, dass es nicht mehr möglich ist, dass eine Anwaltskanzlei als Sitz einer Wirtschaftsgesellschaft dient.

2. Durchführung von behördlichen Kontrollen

Die Regeln zum gesetzlichen Aufsichtsverfahren sind strikter geworden: die Anzahl der gesetzlichen Möglichkeiten wurde erweitert um Gesellschaften, die der Aufforderung des Handelsgerichts nicht nachkommen, als aufgelöste Gesellschaften deklarieren zu können (z. B. wenn die Gesellschaft an ihrem Sitz nicht vorzufinden ist bzw. einen unbekanntem Sitz hat, oder falls die Gesellschaft trotz Aufforderung den Jahresabschluss nicht hinterlegt und veröffentlicht).

Die Regeln zur Annahme von leitenden Positionen wurden verschärft. Das Handelsgericht kontrolliert fortlaufend die ins Handelsregister eingetragenen leitenden Repräsentanten, sogar durch Verknüpfung mit dem Kriminalregister. Der Abgleich der Daten kann aber ausschließlich dazu dienen, um feststellen zu können, ob bei der jeweiligen, ins Handelsregister als leitender Repräsentant eingetragenen Person eine Unvereinbarkeit aufgrund der Ausschlussregeln des Gesetzes über Wirtschaftsgesellschaften besteht. Sollte ein solcher Grund vorliegen, wird das Handelsgericht durch die das Kriminalregister führende Behörde zwecks Einleitung eines gesetzlichen Aufsichtsverfahrens verständigt.

Bei einem Gesellschafterwechsel wird die Gesellschaft auf Anregung des Handelsgerichts von der Steuerbehörde dahingehend geprüft, ob die Gesellschaft laut Steuerregister öffentliche Schulden über 15 Mio HUF hat. Sollte dies der Fall sein, wird die Gesellschaft aufgerufen, mit dem Stichtag der Anteilsübertragung eine durch einen Wirtschaftsprüfer geprüfte Vermögensbilanz anzufertigen und beim Handelsgericht einzureichen.

Sollte eine Gesellschaft ihrer Verpflichtung zur Hinterlegung und Veröffentlichung des Jahresabschlusses nicht nachkommen muss eine Verwaltungsstrafe gezahlt werden. Über das Versäumnis unterrichtet die Steuerbehörde – nach erfolgloser Aufforderung an die Gesellschaft – das Handelsgericht und das Handelsgericht fordert die Gesellschaft zum Nachreichen des Jahresabschlusses auf.

3. Die Haftung der Rechtsanwälte wird ausgeweitet

Der Rechtsanwalt ist verpflichtet die im Rahmen der einfachen Gesellschaftsgründung an das Handelsgericht übermittelten Unterlagen auf ihre Gesetzeskonformität zu überprüfen.

Sofern die Gründungsurkunde bzw. das Unterschriftsmuster des Repräsentanten von dem Rechtsanwalt angefertigt wird, hat der Rechtsanwalt – im Einklang mit den Vorgaben laut Geldwäsche- und Anwaltsgesetz – eine Personenidentifikation vorzunehmen.

4. Sonstiges

Die Gebühr des vereinfachten Registrierungsverfahrens für neue Gesellschaften wurde von HUF 15.000,- auf HUF 50.000,- (bei GmbHs und AGs) bzw. auf HUF 25.000,- (bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, z.B. einer KG) erhöht.

Die Wirtschaftsgesellschaften mussten sich bis spätestens 1. März 2012 bei ihrer örtlichen Handels- und Gewerbekammer registrieren lassen und eine jährliche Gebühr i.H.v. HUF 5.000,- als Beitrag zu den öffentlichen Aufgaben der Kammer entrichten (dadurch wird aber noch keine Kammermitgliedschaft begründet).

Die Möglichkeit der Zwangsliquidation entfällt: die nach den bisherigen Regeln mögliche Zwangsliquidation hat in Einzelfällen ermöglicht, dass die Gesellschaft auf eine Außeninitiative ohne Rechtsnachfolger aufgelöst wurde. Die Abwicklung solcher Verfahren war jedoch sehr mühsam und die bestellten Zwangsliquidatoren kamen meistens nicht in den Besitz jener Informationen welche die erfolgreiche Abwicklung des Verfahrens ermöglicht hätten. Außerdem wandelten sich die meisten Zwangsliquidationen in normale

Liquidationsverfahren um, was dann in einem erneuten Verfahren resultierte.

Allerdings wurde die Institution der Zwangslöschung (aus dem Handelsregister) eingeführt: dieses Verfahren soll die schnellere Schließung von Gesellschaften ohne finanziellen Mittel dienen (d.h. von „leeren Gesellschaften“). Dadurch können Gesellschaften ohne Liquidationsverfahren aufgelöst werden, bzw. können sich hinziehende freiwillige Liquidationen abgeschlossen werden (z. B. wenn die freiwillige Liquidation bereits seit 3 Jahren läuft).

Dr. Attila Fest
Managing Partner
Walde, Fest & Partners Attorneys at Law
in cooperation with
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Kossuth Lajos tér 13–15, 1055 Budapest
www.waldefest.hu
Telefon: +36 1 381 0000
Telefax: +36 1 381 0001
Mobile: +36 70 933 0612

Vietnam

Arbeitserlaubnis für ausländische Arbeitnehmer in Vietnam

Die Erlangung einer Arbeitserlaubnis für ausländische Arbeitnehmer in Vietnam gestaltet sich aufgrund der nicht vorhersehbaren bürokratischen Hürden oftmals als schwierig und zeitaufwändig. Mit dem Ziel der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens zur Erlangung einer Arbeitserlaubnis für ausländische Arbeitnehmer wurde mit Wirkung zum 1. August 2011 eine Verordnung erlassen, Decree No. 46/2011/ND-CP („Decree 46“), welche die Ausgangsverordnung 34/2008/ND-CP vom 25. März 2008 („Decree 34“) ergänzt und teilweise ersetzt.

Grundvoraussetzungen

Ein Ausländer darf in Vietnam eine Arbeitstätigkeit aufnehmen, sofern er nachfolgende Voraussetzungen erfüllt. Er muss

- (1) das Mindestalter von 18 Jahren erreicht haben;
- (2) die für die Arbeitsstelle erforderliche gesundheitliche Eignung mitbringen;
- (3) ein Geschäftsführer oder ein sonstiger leitender Angestellter auf Führungsebene sein, oder aber Qualifikationen und Spezialwissen vorweisen, welche noch nicht bei vietnamesischen Arbeitnehmern vorhanden sind;
- (4) ein polizeiliches Führungszeugnis vorlegen, welches belegt, dass weder nach ausländischem noch vietnamesischem Recht ein Strafverfahren anhängig und dass in der Vergangenheit keine Straftaten gegen die nationale Sicherheit begangen worden ist; und
- (5) eine von dem „Department of Labour, War Invalids and Social Affairs“ erteilte Arbeitserlaubnis besitzen, sofern auf ihn nicht ein Ausnahmetatbestand zutrifft.

Je nach Berufsgruppe können die Anforderungen an den Nachweis der speziellen Fähigkeiten in Punkt (3) unterschiedlich sein. Maßstab sind Berufserfahrung und das Vorhandensein von akademischen Abschlüssen.

Zugelassene Arbeitgeber

Wer als Arbeitgeber von Ausländern überhaupt in Betracht kommt, ist abschließend geregelt. Mit dem neuen Decree 46 wurde der Katalog von Unternehmensformen, die taugliche Arbeitgeber sind, um nachfolgende Formen erweitert:

- Freiwillige gemeinnützige Interessenverbände und Unternehmensverbände, die nach vietnamesischem Recht gegründet wurden; sowie
- Kleinbetriebe („business households“) und Privatpersonen, die Geschäfte in Vietnam betreiben dürfen.

Die Ausweitung der potentiellen Arbeitgeber auf kleinere Geschäftseinheiten und gemeinnützige Verbände dürfte für deutsche Unternehmen kaum eine größere Rolle spielen, da der Markteintritt in Vietnam in der Regel über eine Repräsentanz, eine Zweigniederlassung oder ein Joint Venture mit einem vietnamesischen Unternehmen erfolgt, welche auch schon vor der Änderung als Arbeitgeber von Ausländern zugelassen waren.

Befreiung vom Erfordernis einer Arbeitserlaubnis

Der vietnamesische Gesetzgeber hat einen Ausnahmekatalog erlassen, wonach die als Arbeitgeber zugelassenen Unternehmen auch Ausländer ohne Arbeitserlaubnis einstellen dürfen. Dieser Ausnahmekatalog wurde durch das Decree 46 nochmals um weitere vier Tatbestände erweitert. Exemplarisch sind nachfolgende Ausnahmen zu nennen:

Ein Ausländer darf ohne Arbeitserlaubnis in Vietnam arbeiten, sofern

- (1) die Zeit der Tätigkeit einen Zeitraum von drei Monaten nicht übersteigt;
- (2) er Gesellschafter einer nach vietnamesischem Recht gegründeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist, die aus mindestens zwei Gesellschaftern besteht;
- (3) er Eigentümer einer nach vietnamesischem Recht gegründeten „Ein-Mann“-Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist;
- (4) Mitglied der Geschäftsführung einer nach vietnamesischem Recht errichteten Aktiengesellschaft ist;
- (5) er ohne in Vietnam wohnhaft zu sein Dienstleistungen für einen Service Provider anbietet, wofür er jedoch keine Gegenleistung erhält, die aus Vietnam heraus geleistet wird, und er diese Dienstleistungen nicht selbst erbringt oder direkt verkauft;
- (6) er Leiter einer Repräsentanz oder Leiter eines Projektbüros ist; (neu)

- (7) er mit der Vertretung aller Geschäfte einer ausländischen Nichtregierungsorganisation (NGO) betraut ist; (neu)
- (8) er im Wege einer Entsendung in einem der elf Dienstleistungsbereiche tätig ist, zu denen sich Vietnam der WTO zur Ausnahme verpflichtet hat, wie Beratungs- und Finanzdienstleistung, Bauwirtschaft, Transport und Logistik, Tourismus, Kultur und Bildung; (neu) oder
- (9) andere Fälle entsprechend den Regelungen des Premierministers. (neu)

Auch wenn einer der Ausnahmetatbestände einschlägig sein sollte, bedeutet dies nicht, dass der mit dem normalen Antragsverfahren üblicherweise verbundene administrative Aufwand gänzlich entfällt. Im Gegenteil, der Arbeitgeber ist auch hier verpflichtet, die Daten des ausländischen Arbeitnehmers wie Name, Alter, Nationalität, Passnummer, Jobposition, Datum des Arbeitsbeginns sowie Beendigung, an die zuständige Behörde weiterzuleiten. Diese Mitteilung hat mindestens sieben Tage vor Arbeitsbeginn zu erfolgen.

Wird die Befreiung von der Arbeitserlaubnis auf die unter (1) bis (4) genannten Tatbestände gestützt, gilt weiterhin zu beachten, dass bis auf das Erfordernis der Arbeitserlaubnis alle genannten Voraussetzungen nachzuweisen sind. Folglich sind der Mitteilung ein polizeiliches Führungszeugnis, ein Gesundheitszeugnis, ein Lebenslauf sowie Nachweise über entsprechende Qualifikationen beizulegen.

Selbst wenn daher die Befreiungsvorschrift zur Anwendung kommt, ist aufgrund der Mitteilungsfrist und der beizulegenden Dokumente ein entsprechender zeitlicher Vorlauf einzuplanen.

Ausschreibungspflichten

Auch das Verfahren zur Anwerbung eines ausländischen Arbeitnehmers hat durch das Decree 46 eine Änderung erfahren. Ein Arbeitgeber musste bisher mindestens 30 Tage vor der Anwerbung eines Ausländers die offene Stelle in mindestens einer zentralen oder einer lokalen Zeitung in geschriebener, mündlicher, bildlicher oder elektronischer Form mit Angaben zur Anzahl der einzustellenden Arbeitnehmer, Position, Fachkenntnis, Vergütung, Arbeitsbedingungen und sonstigen anderen Voraussetzungen ausschreiben. Diese Vorgaben wurden verschärft, indem nunmehr verlangt wird, dass die Ausschreibung sowohl in einer zentralen als auch lokalen Zeitung zu veröffentlichen ist.

Auf der anderen Seite hat der Gesetzgeber eine weitere Ausnahme geschaffen, wann eine Ausschreibung entbehrlich ist. Die Pflicht zur Ausschreibung entfällt nunmehr nicht

nur, wenn die Anwerbung über eine lokale Personalagentur erfolgt, sondern auch wenn es sich bei der ausgeschriebenen Stelle um einen Posten an einer internationalen Schule handelt, die unter der Führung von internationalen Organisationen in Vietnam oder ausländischen diplomatischen Vertretungen oder solchen mit ähnlichem Charakter stehen.

Verlängerung der Arbeitserlaubnis

Eine weitere Verschärfung zu Lasten ausländischer Arbeitnehmer findet sich in den neuen Regelungen zur Verlängerung von bestehenden Arbeitserlaubnissen.

Zur Stärkung des lokalen Arbeitsmarktes durften Unternehmen bereits schon nach alter Rechtslage nur dann ausländische Arbeitnehmer einstellen, wenn die Stelle nicht mit einem vietnamesischen Arbeitnehmer besetzt werden konnte, da diesem die für die Position erforderlichen Qualifikationen und Fähigkeiten noch fehlten. Einem Antrag auf Verlängerung der Arbeitserlaubnis für einen ausländischen Arbeitnehmer mussten daher Gründe beigelegt werden, (a) warum eine Besetzung mit einem vietnamesischen Arbeitnehmer nicht möglich war und immer noch nicht ist, und (b) welche Ausbildungsmaßnahmen getroffen wurden oder werden, um den namentlich zu benennenden Vietnamesen darauf vorzubereiten, die Position des ausländischen Arbeitnehmers zu übernehmen.

Diese Erklärung ist nach dem nunmehr geltenden Decree 46 nicht mehr ausreichend. Vielmehr wird nun verlangt, dass dem Antrag ein bereits abgeschlossener Ausbildungsvertrag des Unternehmens mit dem vietnamesischen Arbeitnehmer, der den ausländischen Arbeitnehmer ersetzen soll, beigelegt wird. Dieses Erfordernis ist in der Praxis sehr umstritten, da die Unternehmen sich in ihrer Entscheidung der Besetzung des eigenen Managements entmündigt sehen.

Formerfordernis und Bearbeitungsfristen

Eine positive Entwicklung zeigt sich hingegen in der Erleichterung der Formerfordernisse. Bislang waren Unterlagen, die im Rahmen des Antragsverfahrens eingereicht werden mussten, nicht nur ins Vietnamesische zu übersetzen und notariell zu beglaubigen, sondern diese mussten auch im Wege des Konsularverfahrens legalisiert werden. Dies wurde dahingehend geändert, dass nunmehr eine notarielle Beglaubigung ausreichend ist. Der Wegfall des Legalisierungserfordernisses bedeutet eine Verkürzung des gesamten Antragsprozesses und damit eine Beschleunigung des Verfahrens, was von vielen Seiten begrüßt wird.

Einen weiteren positiven Schritt zur Beschleunigung des Verfahrens ist in der Verkürzung der Bearbeitungsfrist zu

sehen. Grundsätzlich ist ein Antrag auf Arbeitserlaubnis mindestens 20 Tage vor Arbeitsbeginn zu stellen und die Behörde hat nach Erhalt der vollständigen Antragsdokumente innerhalb von 10 Tagen (bisher 15 Tagen) über die Erteilung oder Ablehnung der Arbeitserlaubnis zu entscheiden. Es bleibt abzuwarten, ob die Änderung in der Praxis tatsächlich umgesetzt wird und damit den erwünschten Effekt bringt.

Ausblick

Die Änderungen, die das Decree 46 eingeführt hat, sind nicht in jeder Hinsicht positiv zu bewerten. Gerade gegen die neuen Regelungen zur Verlängerung von Arbeitserlaubnissen bestehen Bedenken hinsichtlich der Konformität mit dem WTO-Abkommen und dem bilateralen Abkommen mit den USA. Insbesondere die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Abschluss eines Ausbildungsvertrags mit einem vietnamesischen Arbeitnehmer verstößt gegen das „*WTO Schedule of Specific Commitments in Services*“, Art. XVI (1) und XVI (2) des „*General Agreement on Trade in Services*“.

Nach den bilateralen Abkommen mit den USA steht es US-Unternehmen zudem frei, sich ihre Führungskräfte auszusuchen, und zwar unabhängig von der Nationalität. Diese Entscheidungsfreiheit wird durch die vorgenannte Verpflichtung verletzt, da diese dazu führt, dass dem Unternehmen eine lokale Führungskraft aufgedrängt wird.

Es wurden bereits etliche Petitionen und Beschwerden von Unternehmen und Außenhandelskammern, u.a. dem European Chamber of Commerce, gegen das Decree 46 eingereicht. Es bleibt daher abzuwarten, wie die Vorschriften umgesetzt und ob aufgrund des internationalen Drucks die Vorschriften weiteren Änderungen unterworfen werden.

Thi Thuy Trang Phan, LL.M.
Luther LLP, Singapur
Telefon +65 6408 8021
trang.phan@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.

Unsere Büros in Deutschland

Berlin

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Friedrichstraße 140
10117 Berlin
Telefon +49 30 52133 0
berlin@luther-lawfirm.com

Dresden

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Radeberger Straße 1
01099 Dresden
Telefon +49 351 2096 0
dresden@luther-lawfirm.com

Düsseldorf

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Graf-Adolf-Platz 15
40213 Düsseldorf
Telefon +49 211 5660 0
dusseldorf@luther-lawfirm.com

Essen

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Gildehofstraße 1
45127 Essen
Telefon +49 201 9220 0
essen@luther-lawfirm.com

Frankfurt a. M.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
An der Welle 10
60322 Frankfurt a. M.
Telefon +49 69 27229 0
frankfurt@luther-lawfirm.com

Hamburg

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Gänsemarkt 45
20354 Hamburg
Telefon +49 40 18067 0
hamburg@luther-lawfirm.com

Hannover

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Berliner Allee 26
30175 Hannover
Telefon +49 511 5458 0
hanover@luther-lawfirm.com

Köln

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Anna-Schneider-Steig 22
50678 Köln
Telefon +49 221 9937 0
cologne@luther-lawfirm.com

Leipzig

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Grimmaische Straße 25
04109 Leipzig
Telefon +49 341 5299 0
leipzig@luther-lawfirm.com

München

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Karlstraße 10–12
80333 München
Telefon +49 89 23714 0
munich@luther-lawfirm.com

Stuttgart

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Augustenstraße 7
70178 Stuttgart
Telefon +49 711 9338 0
stuttgart@luther-lawfirm.com

Unsere Auslandsbüros

Brüssel

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Avenue Louise 240
1050 Brüssel
Telefon +32 2 6277 760
brussels@luther-lawfirm.com

Budapest

Luther in Kooperation mit:
Walde, Fest & Partners
Attorneys at Law
Kossuth Lajos tér 13–15
1055 Budapest
Telefon +36 1 381 0000
office@waldefest.hu

London

Luther
7 Pilgrim Street
London EC4V 6LB
london@luther-lawfirm.com

Luxemburg

Luther
3, rue Goethe
1637 Luxemburg
Telefon +352 27484 1
luxembourg@luther-lawfirm.com

Shanghai

Luther
21/F ONE LUJIAZUI
68 Yincheng Middle Road
Pudong New Area, Shanghai
Shanghai 200121
Telefon +86 21 5010 6580
shanghai@cn.luther-lawfirm.com

Singapur

Luther LLP
4 Battery Road
#25-01 Bank of China Building
Singapur 049908
Telefon +65 6408 8000
singapore@luther-lawfirm.com

Ihren lokalen Ansprechpartner finden Sie auf unserer Homepage unter www.luther-lawfirm.com

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