

Der Schutz ausländischer Investitionen in der VR China

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Universität Osnabrück

vorgelegt

von

GaoFei

aus

Hebei VR China

Osnabrück 2007

Berichterstatter: Prof. Dr. Albrecht Weber

Mitberichterstatter: Prof. Dr. Jens-Peter Schneider;

Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	V
Einführung	1
I. Kapitel: Internationaler Investitionsschutz im allgemeinen.....	4
1. Begriffbestimmung	5
a. Der Begriff der Investition.....	5
b. Der Begriff des Investors.....	7
2. Behandlungsstandards.....	9
a. Die Inländerbehandlung.....	10
b. Die Meistbegünstigung.....	11
c. Der gerechte und billige Behandlungsstandard	12
d. Der volle Schutz und Sicherheit	13
3. Der freie Personen- und Zahlungsverkehr	14
4. Die Enteignung	14
a. Begriffsbestimmung.....	15
b. Voraussetzungen der Enteignung.....	16
5. Die Streitschlichtung.....	18
Zusammenfassung.....	19
II. Kapitel: Der multilaterale Investitionsschutz.....	20
1. Das ICSID.....	20
a. Das ICSID als Investitionsstreitigkeiten schlichtendes Forum im Allgemeinen	20
b. Die Zuständigkeit vom ICSID	21
c. Das Verfahrensrecht	23
d. Das anwendbare Recht.....	25
2. Die MIGA.....	26
a. Der organisatorische Aufbau und die Kapitalbeschaffung der MIGA.....	26
b. Die Voraussetzungen für die Gewährung der Investitionsgarantie.....	27
c. Die versicherbaren Risiken der MIGA	29
3. Die WTO.....	31
a. Das TRIMs-Übereinkommen.....	32
b. Das GATS	37
c. Das TRIPs-Übereinkommen	44
Zusammenfassung.....	63
III. Kapitel: Der Schutz ausländischer Investitionen in der VR China.....	65
1. Formen der ausländischen Investitionen in der VR China	69
a. Das Equity Joint Venture (EJV).....	69
b. Das Contractual Joint Venture (CJV).....	74
c. Das Wholly Foreign Owned Enterprise (WFOE).....	76
2. Der Schutz ausländischer Investitionen nach innerstaatlichem Recht Chinas.....	77
a. Der verfassungsrechtliche Schutz ausländischer Investitionen in der VR China	77

b. Der Schutz ausländischer Investitionen nach den einfachen Gesetzen Chinas.....	77
9	
Zusammenfassung.....	89
3. Das deutsch-chinesische Investitionsabkommen.....	90
a. Der Investitionsbegriff.....	90
b. Die Inländerbehandlung.....	91
c. Die Enteignung und Entschädigung.....	92
d. Die Streitbeilegung zwischen deutschen Investoren und China.....	92
4. Die Anpassung des chinesischen Rechts an WTO-Regelungen.....	93
a. Das generelle Verhältnis vom Völkervertragsrecht und dem chinesischen innerstaatlichen Recht.....	94
b. Die Umsetzung des TRIMs-Übereinkommens.....	97
c. Die Umsetzung des GATS.....	100
d. Die Umsetzung des TRIPs-Übereinkommens.....	101
Zusammenfassung.....	129
Ausblick.....	131
Anhang.....	132
A. Die Verfassung der VR China (Auszug).....	132
B. Das Gesetz der VR China über ausschließlich ausländisch kapitalisierte Unternehmen.....	135
C. Das Gesetz der VR China über gemeinschaftlich betriebene Unternehmen chinesisch-ausländischer Kapitalbeteiligung.....	138
Literaturverzeichnis.....	143

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
Art.	Artikel
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
CJV	Contractual Joint Venture
Doc.	Dokument
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJV	Equity Joint Venture
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Fn.	Fußnote
GATS	General Agreement on the Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: Internationaler Teil
Hrsg.	Herausgeber
IBRD	International Bank for Reconstruction and Development
ICC	International Chamber of Commerce
ICSID	International Center for the Settlement of Investment Disputes
IDA	International Development Agency
IFC	International Finance-Corporation
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
IP	Intellectual Property
JWT	Journal of World Trade
KPCh	kommunistische Partei Chinas
lit.	Litera
MAI	Multilateral Agreement on Investment
MIGA	Multilateral Investment Guarantee-Agency
NAFTA	North American Trade Agreement
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVK	Nationaler Volkskongress (China)
OECD	Organization for Economic Co-Operation and Development
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RIW/AWD	Recht der internationalen Wirtschaft/Außen- wirtschaftsdienst
RMB	Renminbi (chinesische Währung)
Rn.	Randnummer
S.	Seite
sog.	so genannt
TRIMs	Trade-Related Investment Measures

TRIPs	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
usw.	und so weiter
v.	versus
vgl.	vergleiche
WFOE	Wholly Foreign Owned Enterprise
WTO	World Trade Organization
Ziff.	Ziffer
z.B.	zum Beispiel

Der Schutz ausländischer Investitionen in der VR China

Einführung

Die ausländische Investition stellt eine grenzüberschreitende Kapitalbewegung dar. Dabei unterscheidet man die Direktinvestition von der Portfolioinvestition. Während die Direktinvestition durch einen wesentlichen Einfluss auf das Unternehmen gekennzeichnet ist, fehlt dem Investor der Portfolioinvestition die Möglichkeit, die Geschäftsführung des Unternehmens zu leiten.¹ In dieser Arbeit wird der Begriff der Investition im Sinne der Direktinvestition angewendet.

Die ausländischen Investitionen spielen im internationalen Wirtschaftsverkehr eine wichtige Rolle.² Obwohl zwischen Industrie- und Entwicklungsländern keine Einigkeit über die Auswirkungen von ausländischen Investitionen besteht,³ sind die ausländischen Investitionen sowohl für das Herkunftsland als auch für das Empfängerland der Investition von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Seitens des Herkunftslands werden grenzüberschreitende Investitionen getätigt, um neue Märkte zu erschließen, die im Inland nicht bzw. nur sehr eingeschränkt zur Verfügung stehenden Produktionsmittel zu versorgen oder um die günstigeren Produktionsfaktoren, z.B. Arbeitskräfte und Infrastrukturen, im Empfängerland zu nutzen und damit die Produktionskosten zu senken. In Bezug auf das Empfängerland schaffen die durch ausländische Investitionen gegründeten Unternehmen neue Arbeitsplätze, profitieren inländische Zulieferer und vermehren die Steuereinnahmen des Staates. Außerdem ist auch die Übertragung der Technologien vom Herkunftsland auf das Empfängerland möglich, was für die zukünftige wirtschaftliche Entwicklung des Empfängerlands hilfreich ist.

Neben den wirtschaftlichen Interessen hängt die Entscheidung eines Investors für

¹ Eine zusammenfassende Darstellung dazu siehe *Luthra*, Zulassung und Rechtsschutz von Direktinvestitionen in den Entwicklungsländern am Beispiel Indiens, S. 14 ff. Danach ist mit beiden Investitionsformen verbunden zwar die Beteiligung an einem Unternehmen durch den Kapitaltransfer. Die Portfolioinvestition zielt allerdings allein darauf, dass der Investor in einem kurzen Zeitraum durch seine finanzielle Beteiligung (wie z.B. Aktien ohne Stimmrecht) an einem Unternehmen Gewinne erhalten kann. Bei der Direktinvestition handelt es sich darum, dass der Investor durch seine Einsetzung von Finanzmitteln oder Sacheinlagen die Produktion, die Geschäftstätigkeit sowie die Entwicklungspolitik dieses Unternehmens mitbestimmen kann. Zur Frage, mit welcher Beteiligungsquote eine Investition als Direktinvestition zu definieren ist, besteht keine einheitliche Auffassung. Dabei sollte die nationale Rechtsordnung nur insofern eine Rolle spielen, als sie beispielsweise im Fall der Gründung eines neuen Unternehmens eine Mindestbeteiligungsquote für ausländische Investoren vorsehen könnte. Das chinesische EJV-Gesetz sieht z.B. vor, dass der Anteil der ausländischen Partners eines EJV am registrierten Kapital nicht weniger als 25% darf (Vgl. Kapitel 3, 1, a, (S. 69) dieser Arbeit).

² Schon Anfang der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts erfuhren die ausländischen Direktinvestitionen ein auffallendes Zuwachstempo. Die Summe der globalen Zuflüsse im Jahre 2004 betrug 648 Mrd. US-\$ und ist fast zehnfach so groß wie im Jahre 1982. Trotz eines dreijährigen Rückgangs von 2001 bis 2003 liegt die durchschnittliche jährliche Steigerungsrate im Zeitraum von 1986-2004 bei 18,7%. Vgl. *UNCTAD* (Hrsg.), *World Investment Report 1991*, S. 4 f.; *World Investment Report 2005*, S. 14.

³ Siehe dazu zusammenfassend *Sidhu*, Die Regelung von Direktinvestitionen in der WTO, S. 30 ff.

seine Investition im Ausland von der Rechtsordnung des Empfängerlandes ab, die besonders den Bestand und die Weiterentwicklung seiner Investition betrifft. Deshalb ist es notwendig, internationale Investitionsregelungen zu bilden, denn ohne internationale Regeln könnte das Gastland sein nationales Recht willkürlich verändern und die ausländischen Investitionen würden somit Gefahr laufen. Zwar bestanden schon im Jahre 2003 zwischen 176 Ländern 2265 bilaterale Investitionsabkommen,⁴ die umfassende Regelungen zum Investitionsschutz enthalten. Allerdings umfassen die geltenden wichtigen multilateralen Instrumente des internationalen Investitionsschutzes, wie MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*), ICSID (*International Center for the Settlement of Investment Disputes*) und WTO (*World Trade Organization*), nur einzelne Sektoren im Bereich des Schutzes der ausländischen Investition. Das Scheitern der Verhandlungen über das *Multilateral Agreement on Investment* (MAI) unter dem Dach der OECD im Jahre 1998 zeigt, dass sogar innerhalb der Industrieländer die ausländische Investition auch ein sensibles Thema ist.⁵ Die Herausbildung eines für die meisten Staaten annehmbaren einheitlichen Investitionsregelungswerkes steht deswegen vor Schwierigkeiten.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich unter Berücksichtigung der geltenden internationalen Investitionsregelungen mit dem Schutz der ausländischen Investitionen in der VR China. Sie ist insoweit von Interesse, als man einerseits daran denkt, dass die VR China im Jahre 2004 tatsächlich 60,6 Mrd. US-\$ ausländische Investitionen nutzte und damit weltweit den zweiten Platz im Bereich der Einführung von ausländischen Investition belegte⁶ und andererseits die VR China als einen Staat betrachtet, der keine rechtsstaatliche Tradition hat und von einer anderen Ideologie als die westlichen Staaten beherrscht ist. Der rechtliche Konflikt zwischen Staaten stellt einen Bedarf nicht nur am wirtschaftlichen Interessenausgleich, sondern auch an einer gegenseitigen Anerkennung der Kulturen von verschiedenen Völkern in der Welt dar. Ende der 70er Jahre des 20. Jahrhunderts verfolgte die VR China keine isolationistische auswärtige Politik mehr und Wirtschaftsreformen wurden durchgeführt. Dementsprechend wurde eine Reihe von Gesetzen verabschiedet. Darunter waren auch die Gesetze betreffend die ausländischen Investitionen in der VR China, die mit der Vertiefung der Wirtschaftsreformen nicht nur einmal modifiziert wurden. Im Jahre 2001 wurde die VR China Mitglied der WTO. Dem Beitritt folgen die Öffnung der Märkte und die Umsetzung des WTO-Rechts. Insofern bringt die Mitgliedschaft in der WTO sowohl wirtschaftliche Herausforderungen und Chancen für die VR China mit sich, wie auch einen tiefgreifenden Einfluss auf ihr Ausländerinvestitionsrecht.

Diese Arbeit besteht aus drei Teilen. Im ersten Kapitel wird der internationale

⁴ Statistische Angaben aus der Webseite von der UNCTAD: http://www.unctadxi.org/templates/Page_1007.aspx.

⁵ Zum MAI siehe *Karl*, Das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI), RIW 1998, S. 432 ff.

⁶ Statistische Angaben aus der Webseite vom Handelsministerium der Volksrepublik China (<http://german.mofcom.gov.cn/aarticle/statistiken/kapital/200503/20050300031634.html>, Zugriff am 9. Oktober 2006) und *zhong guo WTO bao gao 20004-2005* (China WTO Bericht 2004-2005), S. iii.

Investitionsschutz im Allgemeinen zusammengefasst. Wegen des Fehlens eines umfassenden multilateralen Investitionsabkommens richtet sich der inhaltliche Umfang des internationalen Investitionsschutzes nach den bilateralen und regionalen Investitionsabkommen.

Der zweite Teil stellt drei wichtige Instrumente des internationalen Investitionsschutzes, nämlich die MIGA, das ICSID und die WTO dar, deren Mitglied die VR China ist. Mit der Versicherung bestimmter Arten von nichtkommerziellen Investitionsrisiken in den Entwicklungsländern ist die MIGA im Bereich des Investitionsschutzes von praktischer Bedeutung. Außerdem sollten die im MIGA-Übereinkommen genannten Investitionsrisiken zeigen, vor welchen Gefahren die ausländischen Investitionen möglicherweise stehen.⁷ Das ICSID als ein internationales Schiedsforum ist allgemein in bilateralen Investitionsabkommen vorgesehen.⁸ Darüber hinaus trägt das ICSID zum Rechtsschutz Privater bei, indem es Investoren ein Klagerecht gegenüber dem Empfängerland der ausländischen Investition verleiht. Als eine weltweite Handelsorganisation enthält die WTO jedoch in beiden Bereichen (Warenhandel und Handel mit Dienstleistungen) zahlreiche materiellrechtliche Investitionsregelungen, die einer Umsetzung in innerstaatliches Recht bedürfen. Deswegen verdienen die WTO-Investitionsregelungen eine relativ ausführliche Darstellung in diesem Teil.

Im letzten Teil dieser Arbeit wird der Schutz der ausländischen Investitionen in der VR China untersucht. Er beginnt mit der historischen Entwicklung von ausländischen Investitionen sowie Ausländerinvestitionsrecht in der VR China. Daran schließend wird versucht, die geltenden Rechtsvorschriften, die den Schutz der ausländischen Investitionen in der VR China betreffen, darzustellen und zu analysieren, inwieweit das chinesische Recht schon mit internationalen Investitionsregelungen, besonders mit den WTO-Regelungen übereinstimmt, in welchen Sektoren noch Lücken bestehen und was die VR China noch tun sollte, um solche Lücken zu füllen und damit den Verpflichtungen aus ihrer Mitgliedschaft in einer internationalen Organisation in vollem Umfang nachzukommen.

⁷ Görs, Internationales Investitionsrecht, S. 22.

⁸ Zeng, *WTO yu zhongguo waizifa de fazhan* (WTO und die Entwicklung des Ausländerinvestitionsrechts Chinas), S. 255.

I. Kapitel: Internationaler Investitionsschutz im allgemeinen

Die heutigen Investitionsabkommen lassen sich auf die traditionellen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträge (FCN-Verträge) zurückführen, in denen Bestimmungen über den Schutz des Eigentums von Ausländern enthalten waren.⁹ Nach dem zweiten Weltkrieg wurde die Bedeutung der FCN-Verträge mit dem Abschluss einer Reihe von multilateralen Abkommen, z.B. das GATT von 1947, das Abkommen über die Errichtung der OECE von 1948 sowie das Europäische Niederlassungsabkommen von 1955, geringer. Gleichzeitig trat jedoch ein gegenseitiger Bedarf an grenzüberschreitenden Investitionen ein. Während der innerstaatliche Markt der Industrieländer aufgrund der schnellen Wirtschaftsentwicklung gesättigt und damit die Erschließung von neuen Märkten in den Entwicklungsländern notwendig war, bestand bei den Entwicklungsländern ein enormer Kapitalbedarf zur eigenen Entwicklung. Wegen der Nationalisierung in osteuropäischen und ehemaligen kolonialen Ländern standen die Investitionen in solchen Ländern jedoch vor Gefahren. Deshalb stellt sich die Frage, wie die ausländischen Investitionen in den Entwicklungsländern geschützt werden können. Obwohl nicht nur einmal versucht wurde, auf multilateraler Ebene die Regelungen für den Schutz des Vermögens von Ausländern zu treffen, waren die Erfolge jedoch enttäuschend.¹⁰ So fiel der Blick der Industrieländer auf die bilaterale Lösung. Hier standen zwei Möglichkeiten zur Verfügung. Die erste Möglichkeit lag darin, den herkömmlichen FCN-Verträgen neue Bestimmungen über den Investitionsschutz hinzuzufügen. Das war der Weg der USA und Japan. Die Bundesrepublik Deutschland wählte einen anderen Weg, indem sie spezifische Investitionsabkommen mit anderen Staaten abschloss. Damit bildete sich ein völlig neues Instrument zum Investitionsschutz heraus, nämlich das bilaterale Investitionsabkommen.

Die bilateralen und regionalen Investitionsabkommen sehen im Vergleich zu den geltenden Instrumenten des internationalen Investitionsschutzes einen relativ kompletten Schutz der ausländischen Investitionen vor, der für die zukünftige Bildung eines einheitlichen umfassenden multilateralen Investitionsabkommens aufschlussreich ist, und bilden damit das inhaltliche Vorbild für dieses Kapitel. Danach fallen unter den Bereich des Investitionsschutzes der Begriff der „Investition“ und des „Investors“, die Behandlungsstandards der ausländischen Investitionen, der freie Personen- und Zahlungsverkehr, die Zulässigkeit von Enteignungen sowie die Regelungen zur Streitbeilegung.

⁹ Zur Entstehungsgeschichte der bilateralen Investitionsabkommen *Banz*, Völkerrechtlicher Eigentumsschutz durch Investitionsschutzabkommen, S. 19 ff.

¹⁰ Ausführlich dazu *Veith/Böckstiegel*, Der Schutz von ausländischem Vermögen im Völkerrecht, S. 83 ff.

1. Begriffbestimmung

a. Der Begriff der Investition

Die Bestimmung des Begriffs der Investition ist sowohl für den sachlichen als auch für den personellen Schutzbereich eines Investitionsabkommens von entscheidender Bedeutung. Einen allgemeingültigen Investitionsbegriff gibt es zurzeit jedoch noch nicht.¹¹ Er wird in der Vertragspraxis unterschiedlich behandelt.

Das ICSID-Übereinkommen verzichtet auf den Versuch, eine den Investitionsbegriff betreffende Vorschrift einzuführen. Der Grund dafür liegt darin, dass die Einleitung eines Schiedsverfahrens im Rahmen des ICSID nur aufgrund der schriftlichen Zustimmung beider Streitparteien möglich ist und damit ihnen selbst die Bestimmung des Investitionsbegriffs überlassen wird.¹² Der Eigenschaft als eine die Investitionen versichernde Organisation entsprechend sieht Art. 12 MIGA nur die versicherungsfähigen Investitionen vor und enthält keinen abstrakten Investitionsbegriff. Im Rahmen der WTO regelt das TRIMs-Übereinkommen die handelsbezogenen Investitionsmaßnahmen, mit anderen Worten, das TRIMs-Abkommen ist auf den Handel zugeschnitten, nicht aber auf die Investition und die Bestimmung des Investitionsbegriffs scheint ihm insofern überflüssig. Das andere Übereinkommen in der WTO, das Investitionsregelungen betrifft, ist das GATS. Die Investitionsbezogenheit vom GATS ist jedoch allein durch den Modus der kommerziellen Präsenz gekennzeichnet und es ist deshalb hinreichend, dass Art. XXVIII GATS den Begriff der „kommerziellen Präsenz“ statt der Investition festlegt.

Die uneinheitliche Behandlung des Investitionsbegriffs in den multilateralen Abkommen führt dazu, dass die meisten bilateralen und regionalen Investitionsabkommen, die eine gewisse Einigkeit über die zu schützenden Gegenstände aufzeigen, eine ziemlich weite, nicht erschöpfende Liste von Vermögenswerten enthalten, die zu der Investition im Sinne des einschlägigen Abkommens gehören. Das deutsche Musterinvestitionsabkommen von 1998¹³ sieht beispielsweise in Art. 1 Abs. 1 vor:

„[Für die Zwecke dieses Vertrags] umfasst der Begriff »Kapitalanlagen« Vermögenswerte jeder Art, insbesondere

- a) Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen sowie sonstige dingliche Rechte wie Hypotheken und Pfandrechte;
- b) Anteilsrechte an Gesellschaften und andere Arten von Beteiligungen an Gesellschaften;
- c) Ansprüche auf Geld, das verwendet wurde, um einen wirtschaftlichen Wert zu schaffen, oder

¹¹ Vgl. *Görs*, Internationales Investitionsrecht, S. 191 f.

¹² Vgl. *Ott*, Möglichkeiten und Grenzen der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten durch ein Schiedsgericht, S. 38; *Pirrung*, Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage bezüglich der Bundesrepublik Deutschland, S. 56.

¹³ Abgedruckt in *Sidhu*, Die Regelung von Direktinvestitionen in der WTO, Anhang II, S. 312 ff.

- Ansprüche auf Leistungen, die einen wirtschaftlichen Wert haben;
- d) Rechte des geistigen Eigentums, wie insbesondere Urheberrechte, Patente, Gebrauchsmuster, gewerbliche Muster und Modelle, Marken, Handelsnamen, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, technische Verfahren, Know-how und Goodwill;
 - e) öffentlich-rechtliche Konzessionen einschließlich Aufsuchungs- und Gewinnungskonzessionen [...].“

Umstritten ist, ob der sachliche Schutzbereich dieses Investitionsabkommens nur die Direktinvestitionen oder auch die Portfolioinvestitionen enthält. Für die Meinung, wonach nur die Direktinvestitionen schutzwürdig sind, spricht, dass nur die Direktinvestitionen mit ihrem unternehmerischen Tätigwerden und daraus entstehenden möglichen Einfluss auf die Wirtschaftsentwicklung des Empfängerlands einen stärkeren Schutz verdienen als die Portfolioinvestitionen.¹⁴ Nach dem Wortlaut „Vermögenswerte jeder Art“ und „andere Arten von Beteiligungen an Gesellschaften“ soll das Investitionsabkommen jedoch auch auf die Portfolioinvestitionen Anwendung finden. Die Portfolioinvestitionen können zwar die Geschäftsführung nicht lenken. Als Teile der Vermögenswerte des Unternehmens sind sie jedoch für die Gründung, den Bestand sowie die Entwicklung des Unternehmens nicht von untergeordneter Bedeutung. Es ist außerdem in einem Unternehmen als Ganzes nicht durchsetzbar, zu bestimmen, welche Vermögenswerte zu den Direktinvestitionen und welche zu den Portfolioinvestitionen gehören. Hierzu kommt auch die Tatsache in Betracht, dass der Übergang von Investitionsformen praktisch möglich und eine Abgrenzung zwischen beiden Investitionsformen in diesem Falle schwierig ist.¹⁵

In Bezug auf den Wortlaut „Vermögenswerte jeder Art“ stellt sich auch die Frage, welches Kriterium die Investition von den Vermögenswerten, wie den vererbten und danach vermieteten Häusern im Gastland, die man empirisch nicht als Investition betrachtet, unterscheidet.¹⁶ Die Antwort nach dem deutschen Musterinvestitionsabkommen ist undeutlich. Die USA versuchen, dazu die Grenze zu setzen, indem sie in ihrem Musterabkommen die Investition als „*every kind of investment*“ definieren.¹⁷ Die Begriffswiederholung deckt jedoch keine Charakteristika der Investition auf und bringt Schwerverständlichkeiten mit sich. Obwohl der MAI-Entwurf drei elementare Eigenschaften der Investition (die Anlage von Kapital im Gastland, die Gewinnerwartung sowie die Risikoübernahme¹⁸) nennt, bleibt dieses Problem nicht gelöst, denn auch die als Beispiel genannten Häuser erfüllen diese drei Voraussetzungen. Ein erfolgreiches Regelungswerk dazu bildet das NAFTA (*North American Free Trade Agreement*).¹⁹ Nach Art. 1139 NAFTA können die erwähnten

¹⁴ So Karl, Das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI), RIW 1998, S. 432 (433 f.).

¹⁵ Vgl. Sidhu, Die Regelung von Direktinvestitionen in der WTO, S. 47, Fn. 63.

¹⁶ Beispiel aus Görs, Internationales Investitionsrecht, S. 193, 196.

¹⁷ Siehe Art. I lit. d des US-Musterinvestitionsabkommens, abgedruckt in UNCTAD, International Investment Instruments: A Compendium, Bd. VI, S. 501 (502) (Internet: http://www.unctad.org/en/docs/dite2vol6_e_n.pdf).

¹⁸ Siehe Karl, Das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI), RIW 1998, S. 432 (433).

¹⁹ Vgl. Görs, Internationales Investitionsrecht, S. 196. Das NAFTA ist abrufbar unter: http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_e.aspx?DetailID=160.

Häuser nur unter der Voraussetzung „*used for the purpose of economic benefit or other business purposes*“ von dem Investitionsbegriff erfasst sein. Damit wird die Investition vom bloßen Eigentum abgegrenzt.

Die Ansprüche auf Geld und Leistungen, die einen wirtschaftlichen Wert haben, sind als Bestandteile des Investitionsbegriffs genannt. Zu schützen sind jedoch nur die Forderungen, die in einer engen Verbindung mit den Investitionen selbst stehen²⁰ (z.B. der Anspruch auf die Errichtung des Fabrikgebäudes, nicht aber die Ansprüche aus den Handelsverträgen des schon vor den Investitionen bestehenden Geschäftsverkehrs).

Das geistige Eigentum und die öffentlichen Rechte wie die Konzessionen als völkerrechtlich erkannte Eigentumsformen²¹ genießen auch eine Erwähnung in den zahlreichen Investitionsabkommen.

Wie oben geschildert, bringt die umfangreiche Aufzählung der zur Investition gehörenden Vermögenswerte Unklarheiten mit sich. Außerdem scheint diese Methode im Vergleich zu einem abstrakten Investitionsbegriff starr und kann sich nicht rechtzeitig an neuen Situationen anpassen. Trotzdem sollen jedoch die von den bilateralen und regionalen Investitionsabkommen dargestellten Gemeinsamkeiten zukünftigen Verhandlungen über ein multilaterales Investitionsabkommen zugrunde liegen.

b. Der Begriff des Investors

Von einem Investitionsabkommen zu schützen sind nur die von ausländischen Investoren getätigten Investitionen. Dementsprechend fallen in den personellen Schutzbereich eines Investitionsabkommens nur die Investoren, die die Nationalität des anderen Unterzeichnerstaates haben als des Empfängerlands. Die Investoren können natürliche oder juristische Personen sein.

Für die Bestimmung der Nationalität der natürlichen Person ist grundsätzlich die nationale Rechtsordnung des einschlägigen Staates zuständig. Die Ermessensfreiheit des Staates dazu ist jedoch völkerrechtlich eingeschränkt.²² Nach der Entscheidung des IGH im *Nottebohm-Fall*²³ beispielsweise kann der Besitz der Staatsangehörigkeit allein nicht die Ausübung des diplomatischen Schutzes des Staates rechtfertigen. Maßgebend ist hier die tatsächliche Verbindung zwischen der natürlichen Person und dem Staat.

²⁰ Vgl. *Görs*, Internationales Investitionsrecht, S. 194; *Frick*, Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern, S. 180.

²¹ Vgl. *Banz*, Völkerrechtlicher Eigentumsschutz durch Investitionsschutzabkommen, S. 136 f.

²² *Ipsen*, Völkerrecht, 5. Aufl., S. 328 f., Rn. 5.

²³ *IGH*, *Nottebohm-Fall*, ICJ Rep. 1955, S. 4 ff. Vgl. Deutsche zusammenfassende Darstellungen bei *Bippus*, Der internationalrechtliche Schutz von Investitionen im Ausland unter besonderer Berücksichtigung des diplomatischen Schutzrechts der Staaten, S. 53 ff.; *Seidl-Hohenveldern*, Der Fall *Nottebohm*, RIW/AWD 1955, S. 147 ff.

Für die Bestimmung der Staatszugehörigkeit der juristischen Person wurden verschiedene Theorien entwickelt. Nennenswert sind die Gründungs-, Sitz- und Kontrolltheorie.

Nach der Gründungstheorie besitzt die juristische Person die Staatszugehörigkeit des Staates, nach dessen Recht sie gegründet wurde.²⁴ Diese Theorie ist von einem klaren und in der Praxis einfach nachprüfbar Kriterium geprägt²⁵ und findet vor allem in angelsächsischen Ländern Anwendung. Sie hat jedoch den Nachteil, dass die tatsächliche Verbindung zwischen der juristischen Person und dem Gründungsortstaat nicht sicher ist, weil ein Inländer sein Unternehmen in einem der Sitztheorie folgenden fremden Land gründen und die unternehmerischen Geschäftstätigkeiten jedoch ganz im Inland ausüben kann, um die strengeren inländischen Rechtsvorschriften zu umgehen oder die Vorteile zu genießen, die vom Staat eigentlich nur den ausländischen Investoren gewährt werden.

Während die Gründungstheorie auf dem bloßen Gründungsakt basiert, ist der Blick der Sitztheorie auf das wirtschaftliche Leben einer juristischen Person gerichtet. Diese Theorie besagt, dass die Staatszugehörigkeit der juristischen Person nach dem Ort bestimmt wird, wo sich ihr „tatsächlicher Geschäftssitz“²⁶ befindet. Für die Sitztheorie ist deshalb die Frage, was unter „tatsächlicher Geschäftssitz“ zu verstehen ist, von entscheidender Bedeutung. Dazu werden vielfältige Kriterien aufgestellt,²⁷ wie der effektive Verwaltungssitz, der Tätigkeitsort der gesetzlichen Vertreter der juristischen Person und der Ort der Versammlungen der Mitglieder usw.. Heranzuziehen ist jedoch das Kriterium des effektiven Verwaltungssitzes,²⁸ da sie das Lebenszentrum der juristischen Person bildet, indem dort die abstrakten Entscheidungen der Unternehmensleitung konkret umgesetzt und die Produktion und der Absatz des Unternehmens gelenkt werden.²⁹ Die Sitztheorie stellt zwar die Anknüpfung des anzuwendenden Rechts an die substantielle Geschäftstätigkeit der juristischen Person sicher. Nachteilig ist aber, dass die Verlegung des Verwaltungssitzes zu einem Statuswechsel der juristischen Person und einer darauf folgenden neuen Eintragung führt, was unter Berücksichtigung des Phänomens der Globalisierung normalerweise das Verpassen der besten kommerziellen Chancen bedeutet.

Nach der Gründungs- und Sitztheorie sind die Investitionen eines nach dem Recht eines Nichtunterzeichnerstaates eines bestimmten Investitionsabkommens

²⁴ Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl., S. 335, Rn. 22.

²⁵ Bippus, Der international rechtliche Schutz von Investitionen im Ausland unter besonderer Berücksichtigung des diplomatischen Schutzrechts der Staaten, S. 40.

²⁶ Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl., S. 335, Rn. 23.

²⁷ Siehe dazu ausführlich Ebenroth/Bippus, Die Sitztheorie als Theorie effektiver Verknüpfungen der Gesellschaft, Juristenzeitung 1988, S. 677 (679 ff.); Dinkhoff, Internationale Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Gesellschaftsrechts und des Steuerrechts, S. 19.

²⁸ Zu den Mängeln von anderen Kriterien siehe Dinkhoff, Internationale Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Gesellschaftsrechts und des Steuerrechts, S. 19 ff.

²⁹ Ipsen, Völkerrecht 5. Aufl., S. 335, Rn. 23; Isay, Die Staatsangehörigkeit der juristischen Person, S. 79 f.

gegründeten Unternehmens in einem Unterzeichnerstaat vom Schutzbereich des Investitionsabkommens nicht erfasst, obwohl es von Staatsangehörigen eines anderen Unterzeichnerstaats kontrolliert wird. Denkt man jedoch daran, dass es üblich ist, die grenzüberschreitenden Investitionen durch die im Ausland lokalisierten Tochtergesellschaften zu tätigen, so besteht hier eine Rechtsschutzlücke. In diesem Falle ist die Kontrolltheorie, nach welcher die „Staatszugehörigkeit“ der juristischen Person von der Nationalität der natürlichen Personen, die hinter der juristischen Person stehen und sie beherrschen, abhängt,³⁰ von besonderer Bedeutung. Ungeachtet der Tatsache, dass der IGH im *Barcelona Traction*-Fall³¹ seiner Entscheidung die Gründungstheorie zugrunde legt, findet die Kontrolltheorie mit ihrer Wirkung, den Schutzbereich eines Investitionsabkommens zu erweitern, in einigen Investitionsabkommen³² Anwendung. Was unter „Kontrolle“ zu verstehen ist, ist dem einzelnen Abkommen zu entnehmen. Beispielskriterien bilden der entscheidende Einfluss auf die Geschäftsführung des Unternehmens oder auf die Bildung des Vorstands und die enormen Interessen durch die Investitionen.³³

Wegen der unterschiedlichen innerstaatlichen Rechtsordnungen kann eine natürliche oder juristische Person gleichzeitig zwei oder mehreren Staaten angehören. Kann ein Doppelstaatler sich auf das Investitionsabkommen berufen, dessen Unterzeichner die beiden Heimatstaaten desselben Doppelstaatlers sind? Die Antwort hängt davon ab, mit welchem Heimatstaat der Doppelstaatler in engerer Verbindung steht (sog. effektive Staatsangehörigkeit).³⁴ Wenn er beispielsweise nur in diesem Heimatstaat seinen Wohnsitz hat oder seine Geschäftstätigkeit ausübt, so fallen seine Investitionen in jenem Heimatstaat in den Schutzbereich des Investitionsabkommens. Diese Lösung entspricht einerseits der Tendenz im Völkerrecht, dass das Prinzip der effektiven Staatsangehörigkeit nicht nur im Verhältnis zwischen Heimatstaaten und Drittstaat, sondern auch zwischen beiden Heimatstaaten selbst angewandt wird;³⁵ andererseits berücksichtigt sie auch diesen Zweck des Investitionsabkommens, nämlich durch den Schutz von ausländischen Investitionen den Wirtschaftsverkehr zwischen Unterzeichnerstaaten zu fördern.

2. Behandlungsstandards

Zu den in heutigen Investitionsregelungswerken üblich festgelegten Behandlungsstandards, die in der Tat aus der historischen Handelsvertragspraxis entstehen,³⁶ gehören die Inländerbehandlung, die Meistbegünstigung, der gerechte und billige

³⁰ *Bippus*, Der international rechtliche Schutz von Investitionen im Ausland unter besonderer Berücksichtigung des diplomatischen Schutzrechts der Staaten, S. 42.

³¹ IGH, *Barcelona Traction*-Fall, ICJ 1970, S. 3 ff.; eine zusammenfassend Darstellung dazu siehe *Bippus*, Der international rechtliche Schutz von Investitionen im Ausland unter besonderer Berücksichtigung des diplomatischen Schutzrechts der Staaten, S. 91 ff.

³² Vgl. Art. 1113 NAFTA; Art. 25 Abs. 2 (b) ICSID-Übereinkommen. Weitere Beispiele befinden sich in *Sacerdoti*, Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection, S. 312 f.

³³ Vgl. *Sacerdoti*, Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection, S. 312 f.

³⁴ *Ipsen*, Völkerrecht, 5. Aufl., S. 334, Rn. 18; S. 335, Rn. 25.

³⁵ Vgl. *Seidl-Hohenveldern/Stein*, Völkerrecht, 10. Aufl., S. 242, Rn. 1337-1341; S. 244, Rn. 1345.

³⁶ *Frick*, Bilateral Investmentsschutz in Entwicklungsländern, S. 83.

Behandlungsstandard sowie der volle Schutz und Sicherheit.

Man bezeichnet die Inländerbehandlung und Meistbegünstigung als relative Behandlungsstandards, weil sie sich entweder auf die innerstaatliche Rechtsordnung der jeweiligen Vertragspartei, oder auf den Vertrag mit einem Drittstaat beziehen und keine selbständige Regelung enthalten. Demgegenüber werden die beiden anderen als absolute Behandlungsstandards genannt.

a. Die Inländerbehandlung

Im Vergleich zu dem Grundsatz der Meistbegünstigung ist die Inländerbehandlung in relativ wenigen Investitionsabkommen verankert, denn viele Empfängerländer der ausländischen Investition wollen sich das Recht vorbehalten, die inländischen Gesellschaften zu bevorzugen.³⁷

Die Inländerbehandlung hat zum Zweck, dass die ausländischen Investitionen im Empfängerland nicht schlechter behandelt werden als die inländischen. Eine bessere rechtliche Position ausländischer Investitionen erfordert sie jedoch nicht. Ihr Anwendungsbereich ist nicht auf die zu der Investition gehörenden Vermögenswerte an sich beschränkt. Erfasst sind auch die Betätigungen des Investors, die im Zusammenhang mit den Investitionen stehen,³⁸ da sich die Investition nicht als stiller Zustand, sondern als lebendige Tätigkeit kennzeichnet. Der Natur nach können ausländische und inländische Investitionen jedoch nicht absolut gleich behandelt werden. Wichtig ist deshalb, ob die staatlichen Maßnahmen das faire Konkurrenzklima verletzen oder nicht. In diesem Sinne gewährt die Inländerbehandlung nur die gleichen Chancen, nicht aber die gleichen Ergebnisse.

Das Geltendmachen der Inländerbehandlung setzt das Vorliegen einer gleichen oder vergleichbaren Situation für in- und ausländischen Investitionen voraus.³⁹ Die Herstellung der allgemein gültigen Kriterien dafür scheint allerdings schwierig zu sein und sie können nur im Einzelfall festgelegt werden. In dem Schiedsverfahren obliegt es dem Investor als Kläger, die Existenz der diskriminierenden Behandlung unter der gleichen Situation darzulegen; der Nachweis einer diskriminierenden Intention des Empfängerlandes ist dagegen nicht vom Investor zu verlangen.⁴⁰

³⁷ UNCTAD, Trends in International Investment Agreements: An Overview, S. 61.

³⁸ Vgl. Art. 3 lit. 2 des deutschen Musterinvestitionsabkommens sowie *Sacerdoti*, Bilateral Treaties and Multi-lateral Instruments on Investment Protection, S. 348. Als solche von der Inländerbehandlung zu schützenden Betätigungen des Investors nennt beispielsweise Art. 1 Abs. 1 lit. e des Investitionsabkommens zwischen den USA und Russland von 1992 die Organisation, die Kontrolle, der Betrieb, die Instandhaltung und Disposition des Unternehmens; der Erwerb, das Benutzen, der Schutz und die Disposition des Eigentums vom Unternehmen; das Darlehen von Kapitalien; der Ankauf, das Auswerfen und Ausgeben von Aktien; der Devisenwechsel für den Import; die Erteilung der Sondergenehmigung, die Rechte aus der Lizenz, usw. (Das Investitionsabkommen zwischen den USA und Russland von 1992 ist abrufbar unter: <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>).

³⁹ *Dolzer*, in *Graf Vitzthum* (Hrsg.), Völkerrecht, 2. Aufl. S. 484, Rn. 24.

⁴⁰ *Görs*, Internationales Investitionsrecht, S. 206 f., insbesondere Fn. 661.

Unter bestimmten Bedingungen kann die Inländerbehandlung durchbrochen werden. Als generelle Ausnahmen gelten die Vorschriften des Empfängerlandes zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit. Als spezielle Ausnahmen werden vom jeweiligen Investitionsregelungswerk unterschiedliche Bereiche genannt.⁴¹

b. Die Meistbegünstigung

Der Behandlungsstandard der Meistbegünstigung ist fast in allen Investitionsabkommen festgeschrieben.⁴² Wesen der Meistbegünstigung ist, dass die Investitionen aus einem Vertragsstaat nicht weniger günstig vom Empfängerland behandelt werden als die aus irgendeinem Drittstaat.⁴³ Historisch betrachtet diente die Meistbegünstigung eher dem freien Eintritt zum nationalen Warenmarkt als dem Schutz des ausländischen Eigentums, denn die Einführung der Meistbegünstigung in zahlreiche bilaterale Handelsverträge verhinderte die weitere Zolllenkung angesichts des Problems von sog. *free-rider*, nämlich der Möglichkeit von dem meistbegünstigten Vertragsstaat, ohne entsprechende Gegenleistungen die einem Drittstaat gewährten Vorteile zu genießen, und der Abschluss eines multilateralen Handelsvertrages war deswegen notwendig.⁴⁴ Ihre Wirkung im Bereich der Regulierung der grenzüberschreitenden Investitionen ist deshalb insoweit gering, als der Sektor des Zugangs zum nationalen Kapitalmarkt auf bilateraler Ebene nur in den US-Investitionsabkommen enthalten ist und auf multilateraler Ebene (in der WTO) durch die sog. Positive Liste geregelt wird.⁴⁵

In der Regel bezieht sich die Meistbegünstigung nur auf materielle rechtliche Vorschriften zum Investitionsschutz.⁴⁶ Nach der Entscheidung des ICSID-Schiedsgerichts im Fall *Maffezini* wird ihre Anwendung jedoch auf die Vorschriften zur Streitbeilegung ausgedehnt.⁴⁷ Allerdings betont das Schiedsgericht in seiner Entscheidung auch, dass in vier Fällen die Meistbegünstigung keine Erstreckung auf die Vorschriften zur Streitbeilegung erfährt. Dies sind die

⁴¹ Zur Klassifizierung der in bi- und multilateralen Investitionsabkommen vorgesehenen Ausnahmen siehe *UNCTAD*, National Treatment, S. 43 ff.

⁴² *Görs*, Internationales Investitionsrecht, S. 203.

⁴³ Allgemein zur Meistbegünstigung siehe *Kramer*, Die Meistbegünstigung, RIW 1989, S. 473 ff.; *Brößkamp*, Meistbegünstigung und Gegenseitigkeit im GATT, S. 23 ff.

⁴⁴ Zur historischen Entwicklung der Meistbegünstigung siehe *Brößkamp*, Meistbegünstigung und Gegenseitigkeit im GATT, S. 28 ff.

⁴⁵ Vgl. *Görs*, Internationales Investitionsrecht, S. 204. Zur Problematik der positiven Liste siehe unten: Kapitel 2, 3, b, dd (S. 41 f.) dieser Arbeit.

⁴⁶ *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 5. Aufl., S. 221, Rn. 19.

⁴⁷ *Maffezini v. Spanien*, Decision on Jurisdiction vom 25. Januar 2000, § 54 ff. (Abrufbar unter: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award10>); Siehe dazu *Görs*, Internationales Investitionsrecht, S. 207 f. *Maffezini* war ein argentinischer Investor in Spanien. Nach dem bilateralen Investitionsabkommen zwischen Argentinien und Spanien von 1991 war der Streit dem nationalen (hier spanischen) Gericht vorzulegen. Nur wenn in einem Zeitraum von 18 Monaten keine Entscheidung getroffen wird oder trotz der Entscheidung des nationalen Gerichts der Streit fortbesteht, ist die Anrufung des ICSID-Schiedsgerichts möglich. Aufgrund der im argentinisch-spanischen Investitionsabkommen festgeschriebenen Meistbegünstigungsklausel legte *Maffezini* jedoch die Streitsache direkt dem ICSID-Schiedsgericht vor, denn das bilaterale Investitionsabkommen zwischen Spanien und Chile von 1991 sieht vor der Anrufung des ICSID-Schiedsgerichts keine Befristung von 18 Monaten vor.

Vereinbarungen betreffend die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs, die irreversible Wahl eines Mechanismus zur Streitbeilegung, die Wahl eines speziellen Forums zur Streitbeilegung wie des ICSID und zum letzten die Wahl eines institutionalisierten Systems zur Streitbeilegung, welches detaillierte Bestimmungen zum Prozess der Streitbeilegung enthält (z.B. das NAFTA).⁴⁸

Da die Inländerbehandlung und Meistbegünstigung den Behandlungsstandards der ausländischen Investitionen zuzuordnen sind, stellt sich die Frage, ob ein Vertragsstaat aufgrund der Meistbegünstigung die Inländerbehandlung beanspruchen kann.⁴⁹ Sind die beiden in einem Investitionsabkommen nebeneinander festgeschrieben, ist diese Frage zu verneinen, denn sonst wäre die Inländerbehandlung hier überflüssig. Diese Frage ist schwierig zu beantworten, wenn ein bilaterales Investitionsabkommen keine Inländerbehandlung, sondern nur die Meistbegünstigung vorsieht. In diesem Falle ist jedoch zu berücksichtigen, dass in der Regel die Inländerbehandlung den Ausländern eine günstigere rechtliche Position gewährt als die Meistbegünstigung.⁵⁰ Die Einschließung der Inländerbehandlung in die Meistbegünstigung würde insofern den meistbegünstigten Staat ermöglichen, ohne entsprechende Gegenleistungen die Inländerbehandlung zu genießen, was der die Meistbegünstigung gewährende Staat eigentlich nicht will. Das heißt jedoch nicht, dass sich die beiden Behandlungsstandards einander ausschließen. Der Sinn des Nebeneinanderbestehens der beiden Behandlungsstandards liegt in der Sicherstellung einer besonders günstigen rechtlichen Position der ausländischen Investitionen: wenn eine Maßnahme des Empfängerlandes nicht von der Inländerbehandlung erfasst ist, dann ist sie an der Behandlung der drittstaatlichen Investitionen zu messen.⁵¹

Die Meistbegünstigung wird auch nicht ohne Ausnahmen angewendet.⁵² Die generellen Ausnahmen für die Inländerbehandlung gelten auch für die Meistbegünstigung. Außerdem sind die Begünstigungen, die sich aus der Mitgliedschaft in einer regionalen Organisation der wirtschaftlichen Integration (wie einer Zoll- oder Wirtschaftsunion, einem gemeinsamen Markt oder einer Freihandelszone) ergeben, Vorschriften betreffend die Steuerangelegenheiten und das geistige Eigentum üblicherweise vom Anwendungsbereich der Meistbegünstigung ausgeschlossen.

c. Der gerechte und billige Behandlungsstandard

Der gerechte und billige Behandlungsstandard findet in viele Investitionsabkommen Eingang.⁵³ Als ein abstraktes Prinzip ist sein rechtlicher Gehalt nur im Einzelfall

⁴⁸ *Maffezini v. Spanien*, Decision on Jurisdiction vom 25. Januar 2000, § 63.

⁴⁹ Zum Verhältnis von Inländerbehandlung und Meistbegünstigung siehe *Frick*, *Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern*, S. 95 ff.

⁵⁰ *Zeng, WTO yu zhongguo waizifa de fazhan* (WTO und die Entwicklung des Ausländerinvestitionsrechts Chinas), S. 247.

⁵¹ Vgl. *Frick*, *Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern*, S. 101.

⁵² Ausführlich dazu siehe *UNCTAD*, *Most-Favoured-Nation Treatment*, S. 17 ff.

⁵³ Art. 2 Abs. 2 des deutschen Musterinvestitionsabkommens; Art. 1105 NAFTA; Art. II Abs. 3 lit. a. des

situationsbezogen zu bestimmen, wobei subjektive Elemente nicht ganz ausgeschlossen werden können.⁵⁴ Zusammenfassend kommen dem gerechten und billigen Behandlungsstandard folgende Funktionen zu:

In erster Linie wird er als Mittel zur Lückenausfüllung betrachtet. Das ist dann der Fall, wenn eine Maßnahme des Empfängerlandes nicht von seinen Pflichten aus der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung abgedeckt ist (z.B. eine diskriminierende Maßnahme nicht wegen der Nationalität, sondern wegen des Investitionsorts im Empfängerland).

Zum zweiten spielt der gerechte und billige Behandlungsstandard bei der Interpretation des betroffenen Investitionsabkommens eine wichtige Rolle. Bestehen verschiedene Interpretationsmöglichkeiten, ist die auszuwählen, die den Interessen von beiden Parteien am besten gerecht wird.⁵⁵

Nach der Entscheidung des ICSID-Schiedsgerichts im Fall *Tecmed v. Mexiko* gilt der gerechte und billige Behandlungsstandard als Ausdruck des Grundsatzes von Treu und Glauben und schützt damit die grundlegenden Erwartungen des ausländischen Investors gegenüber dem Empfängerland.⁵⁶ Zu solchen Erwartungen gehören ein konsequentes, eindeutiges und transparentes Verhalten des Empfängerlandes in seiner Beziehung zum ausländischen Investor; keine willkürliche Aufhebung der getroffenen Entscheidungen; keine willkürliche Entziehung der erteilten Genehmigungen; der Einsatz der legalen Mittel zur Verwaltung des ausländischen Investors oder seiner Investitionen sowie der Erhalt der durch Gesetze vorgesehenen Entschädigung im Falle der Enteignung der ausländischen Investitionen.

d. Der volle Schutz und Sicherheit

Der Behandlungsstandard „voller Schutz und Sicherheit“ befindet sich in nicht wenigen Investitionsabkommen.⁵⁷ Danach soll das Empfängerland alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel nutzen, damit dem ausländischen Investor sowie seiner Investition keine Schäden zugefügt wird.⁵⁸ Seine Wirkung ist hinsichtlich der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung nicht zu überschätzen. Von besonderer Bedeutung ist der volle Schutz und Sicherheit jedoch, wenn z.B. im Empfängerland nationale Unruhen oder ausländerfeindliche Handlungen eintreten.

US-Musterinvestitionsabkommens.

⁵⁴ Dolzer, in Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 2. Aufl. S. 486, Rn. 28.

⁵⁵ Vgl. Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl., S. 248, Rn. 11; Frick, Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern, S. 92.

⁵⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexiko*, Schiedsspruch vom 29. Mai 2003, besonders § 154 (Abrufbar unter: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award10>); eine kurze Darstellung dazu siehe Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 5. Aufl., S. 220, Rn. 14 f.

⁵⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 2 des deutschen Musterinvestitionsabkommens; Art. 1105 Abs. 1 NAFTA sowie Art. II Abs. 3 lit. a des US-Musterinvestitionsabkommens.

⁵⁸ Görs, Internationales Investitionsrecht, S. 211.

3. Der freie Personen- und Zahlungsverkehr

Es ist schwierig, sich vorzustellen, dass ein Investor seine Kapitalien in ein fremdes Land investiert, ohne dort bestimmte inländische Personen hinzuschicken. Einige Investitionsabkommen gewähren deshalb dem Investor in der Vorbereitungsphase der Investition eine freie Einreise ins Empfängerland und nach der Zulassung der Investition eine freie Wahl des Stammpersonals.⁵⁹ Allerdings können nur die mit der Investition in Zusammenhang stehenden Personen diesen freien Verkehr genießen⁶⁰ und von einer Freizügigkeit ist noch keine Rede.

Für einen Investor ist die Möglichkeit, sein Kapital in einen anderen Staat als das Empfängerland frei transferieren zu können, von großer Bedeutung. Denn es kann sich dabei um eine neue Investitionsentscheidung des Investors handeln, wenn das Investitionsklima im jetzigen Empfängerland schlecht oder ein günstigerer Investitionsort gefunden wird. Dementsprechend verpflichten die meisten Investitionsabkommen die Unterzeichnerstaaten zu einem freien Transfer der investitionsbezogenen Zahlungen. Unter solche Zahlungen fallen nach Art. 5 des deutschen Musterinvestitionsabkommens das Kapital zur Aufrechterhaltung oder Ausweitung der Kapitalanlage, die Gewinne durch die Investition, die Rückzahlung von Darlehen, der Liquidations- oder Verkaufserlös sowie die erhaltenen Entschädigungen im Falle der Enteignung.⁶¹ Eine übliche Ausnahme von dem freien Transfer bilden die Zahlungsbilanzschwierigkeiten des Empfängerlands.⁶²

4. Die Enteignung

Enteignungen stellen die Maßnahmen des Empfängerlands dar, die am tiefsten in die ausländischen Investitionen eingreifen und gehören deswegen zum unentbehrlichen Bestandteil der Investitionsabkommen. Die Regelungen zur Enteignung in den Investitionsabkommen finden ihr Fundament im Eigentumsschutz des allgemeinen Völkerrechts.⁶³

⁵⁹ Vgl. Kapitel 16 NAFTA sowie Art. VII des US-Musterinvestitionsabkommens.

⁶⁰ Art. VII Abs. 1 lit. a des US-Musterinvestitionsabkommens lautet beispielsweise „[...], each Party shall permit to enter and to remain in its territory nationals of the other Party for the purpose of establishing, developing, administering or advising on the operation of an investment to which they, or a company of the other Party that employs them, have committed or are in the process of committing a substantial amount of capital or other resources.“

⁶¹ Zu bedenken ist hier, dass die Bestimmungen zum freien Zahlungsverkehr in den Investitionsabkommen vom Übereinkommen über den Internationalen Währungsfond (IMF) überlagert werden, gemäß dessen Art. VI Abschnitt 3 es dem Mitgliedsstaaten verboten ist, Zahlungen für laufende Geschäfte oder Übertragungen von Mitteln zur Erfüllung von Verbindlichkeiten über Gebühr zu verzögern. Devisenbeschränkungen sind nach Art. XIV Abschnitt 2 nur übergangsweise erlaubt. So findet der IMF in vielen Investitionsabkommen Berücksichtigung. Siehe dazu *Görs*, Internationales Investitionsrecht, S. 202 f.

⁶² *Sidhu*, Die Regelung von Direktinvestitionen in der WTO, S. 61.

⁶³ Zum Eigentumsschutz im allgemeinen Völkerrecht siehe *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 5. Aufl., S. 202 ff.; *Görs*, Internationales Investitionsrecht, S. 25 ff.; *Notter*, Völkerrechtlicher Investitionsschutz, S. 21 ff.

a. Begriffsbestimmung

Der Begriff der Enteignung im Völkerrecht ist unscharf.⁶⁴ Auch die Investitionsabkommen verwenden ihn generell, ohne jedoch eine deutliche Definition dazu zu geben. Im Rahmen eines Investitionsabkommens ist die Enteignung die direkte und zwingende Entziehung eines einem ausländischen Investor zustehenden Eigentumsrechts an einzelnen zur Investition gehörenden Vermögenswerten durch das Empfängerland zu verstehen. Die nicht zur Investition gehörenden Vermögenswerte des ausländischen Investors werden nicht durch das Investitionsabkommen, sondern durch das allgemeine Völkerrecht geschützt. Es spielt hier keine Rolle, ob sich der Staat die entzogene Investition selbst aneignet oder sie auf einen Dritten übertragen werden.⁶⁵ Handelt es sich bei einer Enteignungsmaßnahme um ganze Unternehmenszweige eines ausländischen Investors, spricht man von einer Nationalisierung der Investition.

Neben der Enteignung und Nationalisierung sind auch die Maßnahmen des Empfängerlands dem Enteignungsbegriff zuzuordnen, die die gleichen Wirkungen wie die ersten beiden Eingriffsformen entfalten, ohne jedoch die ausländischen Investitionen zu entziehen. Denn bei diesem enteignungsgleichen Eingriff scheint zwar die Herrschaft des ausländischen Investors über seine Investition unberührt zu bleiben, inhaltlich wird sie aber ausgehöhlt.⁶⁶

Von der Enteignung zu unterscheiden sind die Maßnahmen des Empfängerlands, die im Interesse der Allgemeinheit getroffen werden und die Benutzung des Eigentums regeln (sog. Nutzungsregelung).⁶⁷ Darunter fallen beispielsweise die Bauplanung, die Genehmigung sowie die Mietpreisbeschränkung.⁶⁸ Die Unterscheidung zwischen beiden Regelungstypen ist offensichtlich, wenn das Eigentum an der Investition zwingend von dem Investor auf das Empfängerland oder einen Dritten übertragen wird. Schwierigkeiten bereitet jedoch die Unterscheidung zwischen enteignungsgleichen Maßnahmen und Nutzungsregelungen, da bei beiden Fällen kein Transfer des Eigentums an der Investition stattfindet. Hier hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) durch seine Rechtsprechung im Rahmen des Eigentumsschutzes zur Herausbildung der Kriterien dafür beigetragen. Die Grenze zur Nutzungsregelung wird unter folgenden drei Voraussetzungen vom EGMR als überschritten betrachtet:⁶⁹

⁶⁴ A. Weber, Fälle zum Völker- und Europarecht, S. 139.

⁶⁵ Vgl. ICSID-Schiedsspruch im Fall *AMCO Asia Corp. et. al. v. Indonesien*, ILM 24 (1985) S. 1022, § 158.

⁶⁶ Frick, Bilateral Investmentsschutz in Entwicklungsländern, S. 209.

⁶⁷ So lautet beispielsweise Art. 1 Abs. 2 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention „Die vorstehenden Bestimmungen beeinträchtigen jedoch in keiner Weise das Recht des Staates, diejenigen Gesetze anzuwenden, die er für die Regelung der Benutzung des Eigentums im Einklang mit dem Allgemeininteresse ... für erforderlich hält.“ Zitiert aus *Gelinsky*, Der Schutz des Eigentums gemäß Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention, S. 17.

⁶⁸ Zu den Fallgruppen der Nutzungsregelungen siehe *Gelinsky*, Der Schutz des Eigentums gemäß Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention, S. 52 ff.; *Dolzer*, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, S. 238 ff.

⁶⁹ *Gelinsky*, Der Schutz des Eigentums gemäß Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen

- Der Eigentümer kann keinen sinnvollen Gebrauch mehr von seinem vermögenswerten Recht machen, was seinen gesamten wirtschaftlichen Wert einbüßt;
- Es bleibt dem Eigentümer keine andere Gebrauchsmöglichkeit sowie
- Der Eigentümer darf auf eine fortsetzende Nutzung seines Eigentums vertrauen.

Eine ähnliche Meinung ist im ICSID-Schiedsspruch im oben erwähnten Fall *Tecmed v. Mexiko* zu finden. In diesem Fall hat das angerufene Schiedsgericht zuerst festgestellt, dass als Ergebnisse die Maßnahme von der mexikanischen Seite (die Ablehnung der Verlängerung der Genehmigung für den Betrieb einer Müllverwertungsanlage) die wirtschaftlichen und kommerziellen Tätigkeiten des Investors völlig und unwiderruflich zerstört habe und keine andere Möglichkeit dem Investor bleibe, seine Kapitalanlagen zu gebrauchen. Darüber hinaus hat das Schiedsgericht sich weiter mit der Eigenart der betroffenen Maßnahme als Enteignung beschäftigt. Dafür entscheidend ist, ob die Maßnahme in Bezug auf ihre Ziele, die Entziehung von wirtschaftlichen Rechten des Investors sowie die legitimen Erwartungen des Investors verhältnismäßig sei. Dazu hat das Schiedsgericht auf die Rechtsprechung des EGMR verwiesen, wonach die Verhältnismäßigkeit zu verneinen sei, wenn der Betroffene individuelle und übertriebene Belastungen zu ertragen habe. Dementsprechend kann die politische Begründung (in diesem Fall der Druck des Widerstandes der in der Nähe befindlichen Kommune gegen die Müllverwertungsanlage) einen entschädigungslosen Entzug der ausländischen Investition nicht rechtfertigen.⁷⁰

b. Voraussetzungen der Enteignung

Nach dem allgemeinen Völkerrecht ist die Enteignung von Ausländern nur dann zulässig, wenn sie das öffentliche Interesse zum Zweck hat, nicht diskriminierend ist und gegen eine Entschädigung erfolgt. Diese drei Voraussetzungen sind generell in den Investitionsabkommen vorgesehen.

aa. Das öffentliche Interesse

Die Bestimmung des öffentlichen Interesses ist insofern problematisch, als sie der nationalen Rechtsordnung überlassen ist, da es keine völkerrechtlichen Kriterien dafür gibt.⁷¹ Es bleibt dem einzelnen Staat deshalb großer Spielraum. Allgemein werden die politische Begründung (z.B. die Enteignung als Druckmittel gegenüber dem Heimatstaat des Investors), das Motiv zur Verbesserung der fiskalischen Situation sowie das Ziel der Bereicherung eines privaten Dritten als vom öffentlichen Interesse ausgeschlossen gehalten.⁷² Im konkreten Fall ist der Wille eines Staates allerdings

Menschenrechtskonvention, S. 67. Eine Anführung der entsprechenden Entscheidungen vom EGMR befindet sich in den Seiten 59-66.

⁷⁰ Vgl. ICSID-Schiedsspruch im Fall *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexiko*, (siehe oben Fn. 56) besonders § 117 f., § 122 sowie § 127 ff.

⁷¹ Görs, Internationales Investitionsrecht, S. 37; Notter, Völkerrechtlicher Investitionsschutz, S. 130.

⁷² Vgl. Notter, Völkerrechtlicher Investitionsschutz, S. 130 f.; Banz, Völkerrechtlicher Eigentums- schutz durch

schwierig nachzuweisen. So wurde bisher nur in einem einzigen Fall (*British Petroleum v. Libyen*, ILR 53, S. 279 ff.) die Enteignung mangels öffentlichen Interesses von dem angerufenen Schiedsgericht als völkerrechtswidrig beurteilt.⁷³

bb. Das Diskriminierungsverbot

Diese Voraussetzung gewinnt seinen Sinn, nur wenn in einem Investitionsabkommen keine Inländerbehandlung oder Meistbegünstigung vorgesehen wäre. Sonst ist sie von diesen beiden Behandlungsstandards abgedeckt.

cc. Die Entschädigung

Im Bereich des völkerrechtlichen Eigentumsschutzes von Ausländern besteht zwischen Industrie- und Entwicklungsländern eine große Uneinigkeit über die Entschädigung. Die Industrieländer halten nach wie vor an der *Hull*-Formel fest und verlangen eine volle Entschädigung. Demgegenüber ist es den Entwicklungsländern gelungen, im Jahre 1974 in der UN-Generalversammlung die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten⁷⁴ zu verabschieden, deren Art. 2 Abs. 2 lit. c lautet:

„Jeder Staat hat das Recht [...]

(c) ausländisches Vermögen zu verstaatlichen, zu enteignen oder das Eigentum zu übertragen; in diesem Fall soll der diese Maßnahme treffende Staat unter Berücksichtigung seiner einschlägigen Rechts- und sonstigen Vorschriften und aller von ihm für wesentlich erachteten Umstände eine angemessene Entschädigung zahlen. [...]“

Danach könnten die Entwicklungsländer sogar ohne Entschädigung eine Enteignung durchführen („soll eine angemessene Entschädigung zahlen“).

Im Rahmen des internationalen Investitionsschutzes verschwindet jedoch diese Meinungsverschiedenheit. Die Investitionsabkommen enthalten generell eine auf der *Hull*-Formel beruhende Entschädigungsklausel.⁷⁵ Nach *Herdegen* führen drei Begründungen zu diesem Phänomen.⁷⁶ Zuerst ist den Entwicklungsländern bewusst, dass die Verbesserung des Investitionsklimas im Vergleich zu Enteignung geeigneter ist, ihren Bedarf an der für eigene Entwicklung notwendigen Kapitalien zu decken. Zum zweiten hat der Zusammenbruch des sozialistischen Systems die Gewichte in der Völkergemeinschaft verändert. Schließlich sind die jüngeren Schiedsgerichtsentscheidungen von einer vollen Entschädigung ausgegangen.⁷⁷

Investitionsabkommen, S. 75.

⁷³ *Görs*, Internationales Investitionsrecht, S. 37 f.

⁷⁴ Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten, abgedruckt in Europa-Archiv 1975, S. D365.

⁷⁵ *Sacerdoti*, Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection, S. 395; *Görs*, Internationales Investitionsrecht, S. 211.

⁷⁶ Vgl. *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 5. Aufl., S. 206, Rn. 11.

⁷⁷ Zum Beitrag der internationalen Schiedsgerichte zur Festlegung der Entschädigungshöhe bei der Enteignung siehe auch *Schäfer*, Der Entschädigungsstandard im allgemeinen Völkerrecht, RIW 1998, S. 199 ff.

Die *Hull*-Formel verlangt eine unverzügliche, volle und effektive Entschädigung.⁷⁸ Die Unverzüglichkeit bedeutet nicht die Gleichzeitigkeit von Enteignung und Auszahlung der Entschädigung; vielmehr ist darunter „ohne schuldhaftes Zögern“ zu verstehen, da die Leistung der Entschädigung nur nach ihrer Festsetzung möglich ist und eine genaue Höhe der Entschädigung im Zeitpunkt der Enteignung jedoch nicht notwendig ist.⁷⁹ Eine effektive Entschädigung hat die freie Transferierbarkeit und die Konvertierbarkeit der Entschädigung zum Inhalt. Eine Entschädigung gilt dann als „voll“, wenn sie den Wert der enteigneten Investition abdecken kann. Nach der internationalen Schiedsgerichtspraxis richtet sich die Ermittlung der Höhe der vollen Entschädigung grundsätzlich nach dem Marktwert des enteigneten Unternehmens und die Gewinnperspektiven sind jedoch in bestimmten Fällen in die Abwägung einzuziehen.⁸⁰

5. Die Streitschlichtung

Der Weg zur Streitschlichtung bietet sich als das letzte Mittel für den Investor, seine Investitionen im Empfängerland zu schützen. In einem Investitionsabkommen werden in der Regel zwei Streitschlichtungstypen vorgesehen: die zwischen dem Empfängerland und dem Heimatstaat des Investors sowie die zwischen dem Empfängerland und dem Investor selbst.

Die zwischenstaatliche Streitschlichtung wird für den Fall der Meinungsverschiedenheit zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung oder Anwendung des betreffenden Investitionsabkommens vorgesehen. In Hinsicht auf die konkreten Faktoren der Streitschlichtung (wie die Benennung der Schiedsrichter, die Frist, in der die Entscheidung getroffen werden muss sowie das anzuwendende Recht usw.) unterscheiden sich die einzelnen Investitionsabkommen jedoch voneinander.⁸¹

Das isolierte Gefühl des Investors als Ausländer im Empfängerland, die politische Abwägung bei der Ausübung des diplomatischen Schutzes und die damit verbundene Furcht, das politische Opfer zu werden, sowie schließlich die Unmöglichkeit des Investors, direkt an der zwischenstaatlichen Streitschlichtung teilzunehmen, führen dazu, dass die Streitschlichtung zwischen dem Investor und seinem Empfängerland für den Investor sinnvoller ist. In den Investitionsabkommen stehen dem Investor überwiegend drei Streitschlichtungsmechanismen zur Verfügung:⁸² das ICSID (einschließlich dessen Zusatzverfahren für den Fall, dass entweder das Empfängerland, oder der Heimatstaat des Investors keine Vertragspartei des ICSID-Übereinkommens ist⁸³); ein ad hoc-Schiedsgericht nach der Schiedsordnung der Kommission der

⁷⁸ Siehe A. Weber, Fälle zum Völker- und Europarecht, S. 140.

⁷⁹ Frick, Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern, S. 218 f.

⁸⁰ Vgl. Görs, Internationales Investitionsrecht, S. 42; Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 5. Aufl., S.206 f., Rn. 13.

⁸¹ Ausführlich dazu siehe, *Sacerdoti*, Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection, S. 428 ff.

⁸² Görs, Internationales Investitionsrecht, S. 215.

⁸³ Die ICSID-Additional Facility Rules wurden vom ICSID-Verwaltungsrat im Jahre 1978 verabschiedet und

Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht (UNCITRAL) sowie ein privates Schiedsgericht (wie der Schiedsgerichtshof der Internationalen Handelskammer (ICC) in Paris⁸⁴).

Bei der UNCITRAL-Schiedsordnung handelt es sich nicht um eine institutionalisierte Schiedsgerichtsbarkeit, sondern um ein nach ihr gebildetes ad hoc-Schiedsgericht, dessen Vollstreckbarkeit der Schiedssprüche von der nationalen Rechtsordnung abhängig ist.⁸⁵ Das private Schiedsgericht befindet sich nur sehr selten in den Investitionsabkommen.⁸⁶ So gewinnt das ICSID im Vergleich zu anderen Schiedsverfahren eine größere Bedeutung, dem bisher die meisten Investitionsstreitigkeiten vorgelegt wurden.⁸⁷

Zusammenfassung

Völkerrechtlich wird die ausländische Investition im Wesentlichen durch zahlreiche zwischenstaatliche bilaterale und regionale Investitionsabkommen geregelt. Ein umfassendes multilaterales Vertragswerk dazu gibt es zurzeit noch nicht. Unter den Schutz der ausländischen Investition fallen die Normen, die dem Fortbestand sowie der Weiterentwicklung der ausländischen Investition dienen. Dazu zählen konkret: die Bestimmung des Begriffs von Investition und Investor, die Behandlungsstandards gegenüber ausländischer Investition (erfasst in der Regel: die Grundsätze der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung; der gerechte und billige Behandlungsstandard und der volle Schutz und Sicherheit), der freie Personen- und Zahlungsverkehr, die Regelungen zur Enteignung sowie die Streitschlichtungsbestimmungen. Trotz der Tatsache, dass der Inhalt bilateraler und regionaler Investitionsabkommen gewisse Gemeinsamkeiten darstellt, aber ausländische Investition sensible Themen berühren können (z.B. die Unabhängigkeit der Volkswirtschaft und das Recht eines Staates, das im Inland befindliche Eigentum selbständig zu regeln), stößt die Herausbildung eines sowohl für Industrie- als auch für Entwicklungsländern akzeptablen multilateralen Investitionsabkommens auf Schwierigkeiten.

befinden sich im Internet: <http://www.worldbank.org/icsid/facility/facility.htm>. Eine Übersicht dazu siehe *Ott*, Möglichkeiten und Grenzen der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten durch ein Schiedsgericht, Die Praxis von ICSID, S. 63 ff.

⁸⁴ Eine Darstellung zur Funktionsweise vom ICC-Schiedsgerichtshof siehe *Weigand*, Die neue ICC-Schiedsgerichtsordnung, NJW 1998, S. 2081 ff.

⁸⁵ Vgl. *Pirrung*, Die Schiedsverfahrensordnung der UNCITRAL, RIW/AWD 1977, S. 513 (514 ff.); *Görs*, Internationales Investitionsrecht, S. 216.

⁸⁶ *Görs*, Internationales Investitionsrecht, S. 216.

⁸⁷ *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 5. Aufl., S. 223, Rn. 24.

II. Kapitel: Der multilaterale Investitionsschutz

Dieses Kapitel befasst sich mit drei multilateralen Organisationen zum internationalen Investitionsschutz: das ICSID, die MIGA sowie die WTO. Dabei ist das ICSID der Internationalen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (IBRD) angegliedert, die mit der MIGA zusammen der Weltbankgruppe zuzuordnen ist.⁸⁸ Die VR China ist am 6. Februar 1993 Mitglied des ICSID, am 30. April 1988 Mitglied der MIGA und am 11. Dezember 2001 Mitglied der WTO geworden.

Das ICSID und die MIGA enthalten keine materiellen Investitionsregelungen. Jedoch dienen sie durch ihre jeweiligen Funktionen (bei dem ICSID: die Investitionsstreitigkeiten zwischen Investor und seinem Empfängerland beizulegen; bei der MIGA: die nichtkommerziellen Investitionsrisiken in Entwicklungsländern zu versichern) einem der Ziele der Weltbankgruppe: private ausländische Investitionstätigkeit zu fördern.⁸⁹

Die WTO als internationale Handelsorganisation führt zahlreiche Investitionsregelungen ein. Das zeigt zum einen die enge Beziehung der Investition mit dem Handel. Zum anderen ist mit den Erfahrungen im Rahmen der WTO ein neuer Weg zur Herausbildung eines weltweit geltenden Investitionsübereinkommens wahrscheinlich vorstellbar, nämlich nicht separat in einem neuen, sondern im schon bestehenden Forum die Verhandlungen über Investitionen zu führen. Mit anderen Worten: basierend auf der erreichten Einigkeit eine neue Einigkeit zu erreichen.

1. Das ICSID

a. Das ICSID als Investitionsstreitigkeiten schlichtendes Forum im Allgemeinen

Das ICSID wurde am 18. März 1965 durch das Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten gegründet.⁹⁰ Damit wird das ICSID zu einer internationalen Organisation, die sich ausschließlich mit den Investitionsstreitigkeiten beschäftigt. Bis zum Ende 2006 wurde es von 155 Staaten unterzeichnet, wovon 143 Staaten es ratifiziert haben. Seit seiner Gründung wurden dem ICSID 231 Streitfälle vorgelegt. Jedoch bleibt bis heute noch fast die Hälfte davon (110 Streitfälle) anhängig.⁹¹

Als internationales Investitionsstreitigkeiten schlichtendes Forum beteiligt sich das ICSID selbst nicht an der Schlichtung der Streitigkeiten, die die Aufgabe der Vergleichskommission oder des Schiedsgerichts ist, sondern stellt Vergleichs- und

⁸⁸ Neben der IBRD und MIGA umfasst die Weltbankgruppe die Internationale Finanz-Corporation (IFC) und die Internationale Entwicklungsorganisation (IDA).

⁸⁹ Zu Zielen der Weltbankgruppe siehe *Görs*, Internationales Investitionsrecht, S. 72.

⁹⁰ BGBl. 1969 II, S. 371 ff.

⁹¹ Statistische Angaben aus der Webseite des ICSID: <http://www.worldbank.org/icsid/index.html>.

Schiedseinrichtungen zur Verfügung und spielt dabei eine administrative Rolle.⁹² Das ICSID besitzt nach seinem Gründungsabkommen Rechtspersönlichkeit und genießt in den Mitgliedsstaaten Immunität, sofern es nicht darauf verzichtet (Art. 18-20 des ICSID-Übereinkommens). Das ICSID besteht aus einem Verwaltungsrat und einem Sekretariat. Der Verwaltungsrat setzt sich aus je einem Vertreter aus den Mitgliedsstaaten zusammen. Den Vorsitz des Verwaltungsrats führt der Präsident der Weltbank. Die bedeutsamen Aufgaben und Befugnisse des Verwaltungsrats liegen vor allem darin, die Verfahrensordnung für die Einleitung sowie für das Streitschlichtungsverfahren an sich zu beschließen (Art. 6 des ICSID-Übereinkommens). Das Sekretariat ist das Geschäftsführungsorgan, das aus einem Generalsekretär, einem oder mehreren stellvertretenden Generalsekretären und dem Personal besteht. Der Generalsekretär ist der gesetzliche Vertreter des ICSID und befugt, die Schiedssprüche zu beurkunden und die Abschriften davon zu beglaubigen. Das Sekretariat führt je ein Verzeichnis von Vermittlern und Schiedsrichtern. Jeder Mitgliedsstaat kann für jedes Verzeichnis vier Personen benennen, die nicht seine Staatsangehörigkeit haben müssen. Der Vorsitzende des Verwaltungsrats kann jedoch für jedes Verzeichnis zehn eine verschiedene Staatsangehörigkeit besitzende Personen benennen, wobei der Vorsitzende verpflichtet ist, die Vertretung unterschiedlicher Rechtssysteme und wirtschaftlicher Betätigungen zu berücksichtigen (Art. 13-14 des ICSID-Übereinkommens).

b. Die Zuständigkeit vom ICSID

Art. 25 des ICSID-Übereinkommens legt die Voraussetzungen für die sachliche und personelle Zuständigkeit vom ICSID fest. Danach können dem ICSID nur die unmittelbar mit einer Investition zusammenstehenden Streitigkeiten zwischen einem Mitgliedsstaat und einem Investor eines anderen Mitgliedsstaates unterbreitet werden, sofern die Parteien schriftlich in die Zuständigkeit vom ICSID einwilligen. Die von einem Mitgliedsstaat dem ICSID benannte Gebietskörperschaft oder staatliche Stelle ist gemäß Art. 25 Abs. 1 mit demselben Staat gleichzusetzen.⁹³ Darunter können etwa Bundesstaaten, Provinzen, Behörden und sogar Staatsunternehmen fallen.⁹⁴

Der Investor als Streitpartei muss zum Zeitpunkt seiner Einwilligung in die Zuständigkeit vom ICSID und zum Zeitpunkt der Registrierung des Antrags auf Einleitung des Ausgleichs- oder Schiedsverfahrens die An/Zugehörigkeit eines anderen Mitgliedsstaates als des Empfängerlands besitzen. Für die Bestimmung der Nationalität der natürlichen Person als Investor gelten die im letzten Kapitel dargestellten Maßstäbe. Allerdings ist der Investor, der zugleich die Nationalitäten des Empfängerlands und eines anderen Vertragsstaats hat, gemäß Art. 25 Abs. 2 lit. a ausdrücklich von der personellen Zuständigkeit des ICSID ausgeschlossen. Bei der

⁹² Vgl. Art. 1 Abs. 2 des ICSID-Übereinkommens.

⁹³ Eine Liste davon befindet sich im Internet: <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-c.htm>.

⁹⁴ Vgl. *Escher*, Zuständigkeit des Weltbank-Schiedszentrums, RIW 2001, S. 20 (23); *Amerasinghe*, Jurisdiction ratione personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, *British Yearbook of International Law* 1974-1975, S. 227 (233).

Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer juristischen Person wird nach der überwiegenden Praxis der ICSID-Schiedsgerichte auf die Gründungstheorie abgestellt.⁹⁵ Die Kontrolltheorie wird jedoch auch vom ICSID-Übereinkommen berücksichtigt. Art. 25 Abs. 2 lit. b sieht vor, dass die die Staatszugehörigkeit des Empfängerlands besitzende juristische Person wegen ihrer Kontrolle durch Angehörige eines anderen Mitgliedsstaates mit dem Empfängerland vereinbaren kann, die Streitigkeit dem ICSID zu unterbreiten.

Zur sachlichen Zuständigkeit des ICSID gehören nur die unmittelbar mit einer Investition im Zusammenhang stehenden Rechtstreitigkeiten. Ein Investitionsbegriff ist vom ICSID-Übereinkommen nicht vorgegeben, was jedoch nicht heißt, dass seine Bestimmung allein der Parteiautonomie überlassen ist. Vielmehr sollte man davon ausgehen, dass das Wort „Investition“ im ICSID-Übereinkommen als „eine Kombination objektiver und subjektiver Merkmale“⁹⁶ verwendet wird. Dementsprechend können die beiden Vertragsstaaten eines Investitionsabkommens zwar miteinander den Investitionsbegriff vereinbaren. Dieser Begriff darf jedoch die objektiven Grenzen nicht überschreiten, die der Investition selbst inhärent sind und die sie von anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten unterscheiden. Wo diese Grenzen liegen, bleibt der Überlegung des angerufenen Schiedsgerichts überlassen. So hat das Schiedsgericht im Fall *Fedax v. Venezuela* seine Meinung zu den grundlegenden Merkmalen der Investition geäußert.⁹⁷ Sie sind eine substantielle Einsetzung von Kapitalien mit gewisser Dauer, ein gewisser regelmäßiger Gewinn über einen mehrjährigen Zeitraum sowie vor allem eine signifikante Bedeutung für die Entwicklung des Empfängerlands (§ 43 des Prozessurteils).

Der unmittelbare Zusammenhang der Streitigkeit mit Investition fordert hier zuerst die Kausalität zwischen der Investition und der dem ICSID vorgebrachten Streitigkeit. Darüber hinaus sollte der Gegenstand der Streitigkeit entweder die Investition selbst sein oder er hat auf sie einen gezielten Einfluss ausgeübt.⁹⁸

Mit dem ICSID-Übereinkommen ist dem einzelnen Investor die Möglichkeit verliehen, selbst gegenüber dem Staat vor einem internationalen Schiedsgericht aufzutreten. Es stellt sich deshalb die Frage, ob man daraus schließen kann, dass der Investor schon die Stellung eines Völkerrechtssubjekts besitzt. Bei der Antwort dazu darf man nicht von der Tatsache absehen, dass diese Möglichkeit aus einem völkerrechtlichen Übereinkommen entsteht. Das heißt, dass es auf den Willen des Vertragsstaats ankommt, ob und in welchem Umfang⁹⁹ sich ein Investor mit seinem Empfängerland gleichsetzen kann. Insofern ist der Investor nur passiver Empfänger,

⁹⁵ *Escher*, Zuständigkeit des Weltbank-Schiedszentrums, RIW 2001, S. 20 (23).

⁹⁶ *Escher*, Zuständigkeit des Weltbank-Schiedszentrums, RIW 2001, S. 20 (22).

⁹⁷ *Fedax v. Venezuela*: das Prozessurteil vom 11. Juli 1997 ist abgedruckt in ILM 1998, S. 1378 ff.; das Sachurteil vom 9. März 1998 ist abgedruckt in ILM 1998, S. 1391 ff., Eine Darstellung dazu siehe *Escher*, Zuständigkeit des Weltbank-Schiedszentrums, RIW 2001, S. 20 (28 f.).

⁹⁸ *Pirrung*, Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten, S. 63 f.

⁹⁹ Gemäß Art. 25 Abs. 4 hat jeder Vertragsstaat das Recht, zu allen Zeiten dem ICSID mitzuteilen, welche Arten von Investitionsstreitigkeiten nicht der Zuständigkeit des ICSID unterliegen.

nicht aber aktiver Hersteller des Rechts.

Außerdem sind wesentliche Unterschiede zwischen dem Staat als traditionellem Völkerrechtssubjekt und dem einzelnen Investor zu finden, die nach *Ott* vor allem in der ausschließlichen gesetzgeberischen Macht des Empfängerlands, den doppelten Pflichten des Investors aus in- und ausländischer Rechtsordnung sowie der staatlichen Immunität bei der Vollstreckung des Schiedsspruchs liegen.¹⁰⁰

Schließlich ist auch fraglich, ob alle Investitionsstreitigkeiten zwischen Investor und seinem Empfängerland den völkerrechtlichen Charakter haben. Ein gutes Beispiel dazu bildet der oben erwähnte Fall *Fedax v. Venezuela*. *Fedax* ist eine niederländische Gesellschaft, die im Weg der Abtretung von einem venezolanischen Unternehmen sechs Wechsel erworben hat, die Venezuela aufgrund eines dem Handelsgesetzbuch und dem Gesetz über öffentliche Kredite unterliegenden Dienstleistungsvertrags diesem Unternehmen ausgestellt hatte. Bei deren Fälligkeit hat Venezuela jedoch die Zahlung der Hauptsumme verweigert. Das angerufene ICSID-Schiedsgericht hat angesichts des Investitionsabkommens zwischen Venezuela und den Niederlanden diese Geldforderungen als Investition qualifiziert. Hier mag die Tätigkeit von Venezuela dem privatrechtlichen Bereich zuzuordnen sein und die Frage nach dem Völkerrechtssubjekt des Investors nicht in Betracht kommen.

c. Das Verfahrensrecht

Das ICSID-Übereinkommen sieht zwei Arten von Streitschlichtungsverfahren vor: das Schieds- und das Vergleichsverfahren. Die Einleitung des jeweiligen Verfahrens ist nur aufgrund der schriftlichen gegenseitigen Zustimmung der Streitparteien möglich. Die Zustimmung ist gegeben, wenn sich die Streitparteien im Einzelfall miteinander ins Einvernehmen setzen oder wenn die Zuständigkeit des ICSID im Investitionsabkommen zwischen dem Empfängerland und dem Heimatstaat des Investors oder im nationalen Investitionsgesetz des Empfängerlands¹⁰¹ festgelegt ist. Ist die Zustimmung erteilt worden, ist sie nicht einseitig zurücknehmbar (Art. 25 Abs. 1 Satz 1 des ICSID-Übereinkommens). Der Antrag auf Einleitung eines Schieds- oder Vergleichsverfahrens ist an den Generalsekretär zu richten, der jedoch diesen ablehnen kann, wenn die Streitigkeit offensichtlich nicht in die Zuständigkeit des ICSID fällt. Das ist z.B. dann der Fall, wenn es die schriftliche Zustimmung der Streitpartei fehlt oder wenn die Streitigkeit nicht die Investition, sondern den Warenhandel betrifft. Nachdem der Generalsekretär den Antrag registriert hat, wird eine Vergleichskommission oder ein Schiedsgericht gebildet. Das Schiedsgericht besteht aus einem Einzelschiedsrichter oder einer ungeraden Anzahl von Schiedsrichtern. Bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts kommt es zuerst auf die Vereinbarung der Streitparteien an. Scheitert sie jedoch, so ernennt jede Partei

¹⁰⁰ *Ott*, Möglichkeiten und Grenzen der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten durch ein Schiedsgericht, Die Praxis von ICSID, S. 36.

¹⁰¹ Ein entsprechendes Beispiel siehe *Görs*, Internationales Investitionsrecht, S. 76.

einen Schiedsrichter und der Vorsitzende wird von den Streitparteien im Einvernehmen ernannt. Die Regelungen zur Bildung einer Vergleichskommission sind mit jenen zur Bildung eines Schiedsgerichts vergleichbar.

In einem Vergleichsverfahren entscheidet die Vergleichskommission keine Streitigkeit. Sie hat nur die Aufgaben, durch ihre Klärung der Streitfragen sowie durch ihre Bemühung eine für beide Streitparteien annehmbare Lösung zu erreichen (Art. 34 Abs. 1 des ICSID-Übereinkommens) und bis März 2006 wurde ein Vergleichsverfahren nur dreimal in Gang gesetzt. So kann von Beiträgen der Vergleichskommission zur Vervollständigung der multilateralen Investitionsregelungen keine Rede sein.

In einem Schiedsverfahren entscheidet das Schiedsgericht die Streitigkeit. Die Gültigkeit des Schiedsspruchs eines Schiedsgerichts ist von jedem Mitgliedsstaat des ICSID-Übereinkommens anzuerkennen und unterliegt keiner Überprüfung durch die nationale Rechtsordnung (Art. 53 des ICSID-Übereinkommens). Außerdem ist jeder Mitgliedsstaat verpflichtet, einen Schiedsspruch entsprechend einem innerstaatlichen rechtskräftigen Urteil zu behandeln, damit dessen Vollstreckbarkeit gewährleistet werden soll (Art. 54 Abs. 1 des ICSID-Übereinkommens).¹⁰²

Die Beschränkungen der Vollstreckung des Schiedsspruchs befinden sich jedoch in Art. 51 und Art. 55 des ICSID-Übereinkommens. Nach Art. 51 kann eine Streitpartei ein Wiederaufnahmeverfahren einleiten, wenn eine neue Tatsache ihr bekannt wird, die den Schiedsspruch entscheidend beeinflussen kann und die dem Schiedsgericht und der antragstellenden Streitpartei vor Erlass des Schiedsspruchs unbekannt war, solange diese Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit der antragstellenden Streitpartei beruht. In diesem Fall kann das Schiedsgericht nach eigener Abwägung oder nach dem Ersuchen der antragstellenden Streitpartei beschließen, die Vollstreckung des Schiedsspruchs vorläufig auszusetzen. Die in Art. 55 liegende Beschränkung bezieht sich auf die Möglichkeit der staatlichen Streitpartei, sich bei der Vollstreckung des Schiedsspruchs auf die Immunität berufen zu können. Dessen negative Wirkungen sind jedoch nicht zu überschätzen, da die Nachteile aus der Erfüllung des Schiedsspruchs ziemlich gering sind und die Nichterfüllung dagegen zum Misstrauen der potentiellen Investoren gegen denselben Staat führt.

Eine Besonderheit des ICSID-Schiedsverfahrens besteht in der Aufhebung des Schiedsspruchs durch einen ad hoc-Ausschuss. Dieses Aufhebungsverfahren ist darauf gerichtet, die Gefahr zu vermeiden, dass das Vertrauen der Streitparteien zum ICSID durch das von ihnen angerufene Schiedsgericht missbraucht werden könnte.¹⁰³

¹⁰² Zu bemerken ist hier jedoch, dass sich diese Verpflichtung des Mitgliedsstaates nur auf die Vollstreckung von Geldforderung beschränkt. Die Vollstreckung von andersartigen Schiedssprüchen basiert insofern auf den innerstaatlichen Vorschriften über die Vollstreckung eines internationalen Schiedsspruchs oder dem einschlägigen internationalen Abkommen. Vgl. Dazu *Pirrung*, Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten, S. 180; *Ott*, Möglichkeiten und Grenzen der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten durch ein Schiedsgericht, Die Praxis von ICSID, S. 53 f.

¹⁰³ *Seidl-Hohenveldern*, Die Aufhebung von ICSID Schiedssprüchen, in *Glossner* (Hrsg.), Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit, Band 3, S. 100 (103).

Als Gründe für die Einleitung des Aufhebungsverfahrens nennt Art. 52 Abs. 1 die fehlerhafte Bildung des Schiedsgerichts, offensichtliche Überschreitung der Befugnisse des Schiedsgerichts, die Bestechung eines Schiedsrichters, die schwerwiegende Abweichung von einer grundlegenden Verfahrensvorschrift sowie das Fehlen der Begründung des Schiedsspruchs. Wird der Schiedsspruch aufgehoben, kann jede Partei nochmals beantragen, die Streitigkeit einem neu gebildeten Schiedsgericht zu unterbreiten.

d. Das anwendbare Recht

Das anwendbare materielle Recht des ICSID-Schiedsgerichts ergibt sich aus Art. 42 des ICSID-Übereinkommens. Danach kommt der vereinbarten Rechtswahl der Streitparteien Vorrang. Das von den Streitparteien gewählte Recht beschränkt sich nicht nur auf irgendein innerstaatliches Recht. Möglich ist auch das Völkerrecht, denn dessen Ausschluss wäre insofern sinnlos, als Art. 42 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich dessen Anwendbarkeit beim Fehlen der Rechtswahl durch die Streitparteien vorschreibt.¹⁰⁴

Besteht keine Rechtswahl durch die Streitparteien, dann sind nach Art. 42 Abs. 1 Satz 2 des ICSID-Übereinkommens das Recht des Empfängerlands und die einschlägigen Regeln des Völkerrechts anzuwenden. Zu beachten bleibt jedoch, dass die Anwendung des Völkerrechts hier nur eine subsidiäre Rolle spielt, was auch durch die ICSID-Streitbeilegungspraxis betont wird.¹⁰⁵ Das heißt nämlich, dass das Völkerrecht das Recht des Empfängerlands nicht ersetzt, sondern es nur beschränkt.¹⁰⁶ In diesem Sinne ist die alleinige Anwendung des Völkerrechts nur aufgrund der Vereinbarung der Streitparteien möglich. Dieser Gedanke zieht sowohl die Interessen des Empfängerlands, da er grundsätzlich die Anwendung dessen Rechts verlangt, als auch den Schutz des Investors in Betracht, indem er die Anwendung des Völkerrechts als Ergänzung und Korrektur vorsieht.

Gemäß Art. 42 Abs. 3 des ICSID-Übereinkommens kann das Schiedsgericht auch mit der Ermächtigung der Streitparteien Entscheidung nach der Billigkeit treffen. Nicht befreit wird das Schiedsgericht jedoch von seiner Bindung an eine inländische Rechtsordnung oder das Völkerrecht durch die Billigkeitsentscheidungsklausel, da die Beteiligten am internationalen Wirtschaftsverkehr keinen „normenlosen willkürlichen Opportunitätsentscheid“¹⁰⁷ wollen. Nur wenn die Anwendung bestimmter rechtlicher Normen nach Meinung des Schiedsgerichts zur Unbilligkeit führen könnte oder es gar an dem Einzelfall angepassten Normen fehlt, werden die Gerechtigkeitsvorstellungen des Schiedsgerichts grundlegend für seine Entscheidung, um die rechtlichen Fehler zu korrigieren und die rechtlichen Lücken zu erfüllen.

¹⁰⁴ Görs, Internationales Investitionsrecht, S. 78.

¹⁰⁵ Siehe dazu ausführlich Görs, Internationales Investitionsrecht, S. 81.

¹⁰⁶ Vgl. Pirrung, Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten, S. 152, 155 f.

¹⁰⁷ Kaiser, Das europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961, S. 152.

2. Die MIGA

Die Idee zur Errichtung einer multilateralen Investitionsversicherungsagentur geht auf das Jahr 1948 zurück.¹⁰⁸ Während sich verschiedene Organisationen in den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts mit dieser Thematik befassten, fand erst im März 1962 eine Diskussion darüber im Rahmen der Weltbank statt, obwohl Art. 1 Abs. ii) des 1945 in Kraft getretenen Weltbank-Übereinkommens ausdrücklich vorsieht, dass der Zweck der Bank unter anderem darin besteht, private ausländische Investitionstätigkeit durch die Übernahme von Garantien oder Beteiligung an Darlehen und anderen privaten Investitionen zu fördern.¹⁰⁹ Dieses Programm der Weltbank scheiterte jedoch wegen der Meinungsverschiedenheit der Mitgliedsstaaten im Jahre 1973. Angesichts der Verringerung der Direktinvestitionsströme in die Entwicklungsländer wurde im Jahre 1981 dieselbe Thematik vom damaligen Präsidenten der Weltbank *A. W. Clausen* erneut aufgeworfen. Nach mehrjährigen Bemühungen der Weltbank kam die Endfassung des Übereinkommens zur Errichtung der Multilateralen Investitions- Garantie- Agentur zustande. Mit der Hinterlegung der Ratifikationsurkunden durch die USA und Großbritannien am 12. April 1988 wurden die im Art. 61 des MIGA-Übereinkommens vorgesehenen Voraussetzungen für dessen Inkrafttreten erfüllt.¹¹⁰ Am gleichen Tag galt das MIGA-Übereinkommen als bindend. Bis zum 14. Juli 2006 umfasste die MIGA 168 Mitgliedstaaten.

a. Der organisatorische Aufbau und die Kapitalbeschaffung der MIGA

Trotz ihrer engen Verbindung mit anderen Organisationen der Weltbankgruppe,¹¹¹ besitzt die MIGA volle Rechtspersönlichkeit. Da ihr Ziel ist, den Fluss von Investitionen für produktive Zwecke unter den Mitgliedsstaaten zu fördern (Art. 2 Abs. 1 des MIGA-Übereinkommens), verbietet Art. 34 Satz 1 ausdrücklich der MIGA und ihrem Personal die Einmischung in die politischen Angelegenheiten eines Mitgliedsstaates.

Gemäß Art. 30 des MIGA-Übereinkommens hat die MIGA drei Organe, den aus je einem Gouverneur und seinem Stellvertreter des jeweiligen Mitgliedsstaats bestehenden Rat, das vom Rat gewählte Direktorium sowie den Präsidenten und das Personal. Die Befugnis des Direktoriums liegt in erster Linie in seiner Verantwortung für die allgemeine Geschäftstätigkeit der MIGA, indem es die laufenden Geschäfte der MIGA überwacht und erforderliche Maßnahmen dafür trifft (Art. 32 Abs. a und Art. 33 Abs. a des MIGA-Übereinkommens). Außerdem übt es die anderen im

¹⁰⁸ Zur Entstehungsgeschichte der MIGA siehe *Stern*, Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA), S. 5 ff.; *Ebenroth/Karl*, Die Multilaterale-Garantie-Agentur: Kommentar zum MIGA- Übereinkommen, S. 86 f.

¹⁰⁹ Das Abkommen über die internationale Bank für Wiederaufbau und Entwicklung, BGBl. 1952 II, S. 664 ff.

¹¹⁰ Das Inkrafttreten des MIGA-Übereinkommens setzt nach Art. 61 voraus, dass mindestens fünf der im Anhang A Kategorie Eins aufgelisteten Industrieländer und fünfzehn der im Anhang A Zwei aufgelisteten Entwicklungsländer dieses Übereinkommen ratifizieren und die Gesamtzeichnungs- beträge dieser Staaten mindestens ein Drittel des in Art. 5 vorgeschriebenen Grundkapitals (ca. 360,7 Millionen US-\$) erreichen müssen.

¹¹¹ Vgl. Art. 2 Abs. 1, Art. 23 Abs. a lit. iii, Art. 32 Abs. b Satz 4, Art. 33 Abs. b sowie Art. 35 des MIGA-Übereinkommens. Das Übereinkommen zur Errichtung der Multilateralen Investitions- Garantie- Agentur, BGBl. 1987 II, S. 455 ff.

MIGA-Übereinkommen verstreuten und ihm vom Rat übertragenen Befugnisse aus.¹¹² Der Präsident führt unter der Aufsicht des Direktoriums die laufenden Geschäfte der MIGA¹¹³ und ist für die Organisation sowie die Einstellung und Entlassung des Personals verantwortlich. Die übrigen Befugnisse der MIGA obliegen nach Art. 31 Abs. a dem Rat, die jedoch mit dort aufgeführten zehn Ausnahmen auf das Direktorium übertragbar sind.

Gemäß Art. 5 des MIGA-Übereinkommens bildet das Grundkapital der MIGA eine Milliarde Sonderziehungsrechte im Wert von 1,082 Milliarde US-\$, das in 100 000 Anteile aufgeteilt ist. Jeder Mitgliedsstaat ist verpflichtet, die im Anhang A zum MIGA-Übereinkommen für ihn festgelegten Anteile zu zeichnen. Eine besondere Bedeutung der gezeichneten Anteile liegt darin, dass jeder Mitgliedstaat 177 Mitgliedschaftsstimmen zuzüglich einer Stimme für jeden gezeichneten Anteil hat, damit gewährleistet werden kann, dass die Interessen des jeweiligen Mitgliedsstaates seiner finanziellen Beteiligung entsprechen.¹¹⁴

b. Die Voraussetzungen für die Gewährung der Investitionsgarantie

Art. 12 Abs. a des MIGA-Übereinkommens schreibt als versicherbare Investitionen zuerst die Kapitalbeteiligungen vor, einschließlich der von Anteilseignern des betreffenden Unternehmens gewährten oder garantierten mittel- oder langfristigen Darlehen. Am 22. Juni 1988 wurden vom Direktorium der MIGA die Durchführungsbestimmungen zum MIGA-Übereinkommen verabschiedet¹¹⁵, nach deren § 1.04 i)-iv) zu den Kapitalbeteiligungen gehören Anteile an einer im Empfängerland gegründeten Gesellschaft oder sonstigen juristischen Personen; Beteiligungsrechte hinsichtlich des Gewinns und des Liquidationserlöses an einem joint venture im Empfängerland; Eigentumsrechte am Vermögen einer unselbständigen Zweigniederlassung oder einer sonstigen Einrichtung des Investors im Empfängerland sowie Portfolio- und Direktinvestitionen einschließlich Minderheitsbeteiligungen an einem joint venture und Vorzugsaktien und -anteile, die aus der Umwandlung von Schuldverhältnissen entstehen. Nach § 1.04 iv) der Durchführungsbestimmungen verlangt ein mittel- oder langfristiges Darlehen eine Laufzeit mindestens von drei Jahren. Außerdem kann das Direktorium der MIGA bestimmte Direktinvestitionen ohne Kapitalbeteiligung, sofern die Laufzeit mindestens drei Jahre beträgt und deren Rückzahlung wesentlich von der Produktion, den Einkünften oder Gewinnen des Investitionsprojekts abhängt (§ 1.06 der

¹¹² Eine Zusammenfassung dazu siehe *Ebenroth/Karl*, Die Multilaterale-Garantie-Agentur: Kommentar zum MIGA-Übereinkommen, S. 276, Rn. 643.

¹¹³ Vom MIGA-Übereinkommen werden die Genehmigung von Garantieverträgen (Art. 16 Satz 2), die Befriedigung von Forderungen eines Garantienehmers (Art. 17) sowie die Aufstellung des jährlichen Haushalts (Art. 28) ausdrücklich als laufende Geschäfte genannt. Darüber hinaus gehören dazu nach *Ebenroth/Karl* aber auch ganz allgemein diejenigen, die nicht von grundsätzlicher Bedeutung seien und die ihren Ursprung primär in der technischen Abwicklung von Investitionsversicherung und -förderung hätten. Eine Aufzählung davon siehe *Ebenroth/Karl*, Die Multilaterale-Garantie-Agentur: Kommentar zum MIGA-Übereinkommen, S. 281, Rn. 666.

¹¹⁴ Vgl. Art. 39 Abs. a des MIGA-Übereinkommens.

¹¹⁵ Abgedruckt in ILM 1988, S. 1227 ff.

Durchführungsbestimmungen),¹¹⁶ und andere mittel- oder langfristigen Investitionen, wobei im Fall eines Darlehens dessen Zusammenhang mit einer garantierbaren Investition erforderlich ist, für versicherbar erklären.

Gemäß Art. 13 Abs. a des MIGA-Übereinkommens kann der Versicherungsnehmer eine natürliche oder juristische Person sein. Als natürliche Person muss der Investor die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedsstaates als die des Empfängerlands haben. Ist der Investor juristische Person, dann muss sie entweder in einem anderen Mitgliedsstaat als dem Empfängerland gegründet sein und dort ihren Hauptsitz haben, oder ihre Kapitalmehrheit steht einem anderen Mitgliedsstaat als dem Empfängerland bzw. dessen Staatsangehörigen zu. Damit ist auch die Kontrolltheorie vom MIGA-Übereinkommen berücksichtigt.

Dem in der Präambel zum MIGA-Übereinkommen festgelegten Zweck entsprechend, die Investitionen in die Entwicklungsländer zu fördern, sind gemäß Art. 14 des MIGA-Übereinkommens versicherbar nur die Investitionen in Entwicklungsländern. Darüber hinaus muss die MIGA bei der Gewährung der Garantie folgende Faktoren beachten (Art. 12 Abs. d des MIGA-Übereinkommens):

- die wirtschaftliche Solidität der Investition und ihren Beitrag zur Entwicklung des Empfängerlands;¹¹⁷
- die Rechtmäßigkeit der Investition nach dem Recht des Empfängerlands sowie ihre Übereinstimmung mit den erklärten Entwicklungszielen und –priorität des Empfängerlands;¹¹⁸
- die Investitionsbedingungen, besonders die Behandlung und der Schutz der Investition im Empfängerland.¹¹⁹

Daneben spielen aber auch die Wirtschaftspolitik, die Infrastruktur, das Ausbildungssystem sowie der Aufbau des Staatswesens des Empfängerlands eine wichtige Rolle.¹²⁰

Wenn der MIGA die Investitionsbedingungen des Empfängerlands als nicht ausreichend scheinen, steht der MIGA noch die Möglichkeit zur Verfügung, selbst mit potentiellen Empfängerländern Investitionsabkommen zu schließen (Art. 23 Abs. b

¹¹⁶ Eine Liste von solchen Direktinvestitionen ohne Kapitalbeteiligung befindet sich in § 1.05 der Durchführungsbestimmungen. Siehe dazu auch *Ebenroth/Karl*, Die Multilaterale-Garantie-Agentur: Kommentar zum MIGA-Übereinkommen, S. 140 ff., Rn. 201-204.

¹¹⁷ Überprüfungsmaßstäbe dafür siehe § 3.05-3.08 der Durchführungsbestimmungen sowie *Ebenroth/Karl*, Die Multilaterale-Garantie-Agentur: Kommentar zum MIGA-Übereinkommen, S. 147, Rn. 222; S. 151, Rn. 235-237.

¹¹⁸ Der Überprüfung der Erfüllung diesen Voraussetzungen kann die MIGA eine entsprechende Erklärung des Empfängerlands, eine eigene Analyse oder ein unabhängiges Rechtsgutachten zugrunde legen (§ 3.28-3.29 der Durchführungsbestimmungen).

¹¹⁹ Die konkreten Kriterien dafür sind im MIGA-Übereinkommen und in den Durchführungsbestimmungen nicht zu finden. Denkbar sind jedoch zuerst die im Kapitel I dieser Arbeit dargestellten Behandlungsstandards der ausländischen Investition.

¹²⁰ Vgl. Dazu *Ebenroth/Karl*, Die Multilaterale-Garantie-Agentur: Kommentar zum MIGA-Übereinkommen, S. 154 f., Rn. 250-252.

des MIGA-Übereinkommens).¹²¹ Damit kann die MIGA auch zur Verbesserung des Investitionsklimas des Mitgliedsstaates beitragen.

c. Die versicherbaren Risiken der MIGA

Art. 11 Abs. a des MIGA-Übereinkommens sieht als versicherbar das Transfer-, Enteignungs-, Vertragsbruchs- sowie Kriegsrisiko vor. Obwohl das Direktorium unter bestimmten Voraussetzungen eine Ausdehnung der versicherungsfähigen nichtkommerziellen Risiken¹²² festlegen kann, sind im Standard-Garantievertrag der MIGA¹²³ nur die vier oben erwähnten Risiken verankert. Neben dem MIGA-Übereinkommen und den Durchführungsbestimmungen dazu enthalten auch die *General Conditions of Guarantee for Equity Investments* vom 25. Januar 1989¹²⁴ detaillierte Regelungen zu den versicherbaren Risiken.

Das gedeckte Transferrisiko umfasst alle Maßnahmen der Regierung des Empfängerlands, die den Garantiennehmer direkt oder indirekt daran hindert, die Dividenden, Gewinne oder andere Erträge oder Liquidationserlöse aus der versicherten Investition in die im Garantievertrag vorgeschriebene Garantiewährung zu konvertieren oder die konvertierte Währung außerhalb des Empfängerlands zu transferieren. Der Garantiefall tritt auch dann ein, wenn die Konvertierung nur zu einem niedrigeren Wechselkurs gestattet wird als der effektive Durchschnittswchselkurs der Zentralbank oder einer anderen Devisenaufsichtsbehörde des Empfängerlands am Tag des Verlustes. Diese beiden Fälle werden von den Durchführungsbestimmungen zum MIGA-Übereinkommen als aktive Beschränkungen genannt. Demgegenüber ist eine passive Beschränkung anzunehmen, wenn die zuständige Behörde des Empfängerlands nicht innerhalb von 90 Tagen über den Antrag des Garantiennehmers auf eine Konvertierung und/oder einen Transfer entscheidet.

Das gedeckte Enteignungsrisiko umfasst vor allem jede administrative und keiner weiteren Umsetzungsakte bedürftende legislative Maßnahme des Empfängerlandes, sofern sie dazu führt, dass dem Garantiennehmer das Eigentum an oder ein wesentlicher Nutzen aus seiner Investition oder seine Kontrolle darüber entzogen wird.¹²⁵ Danach sind auch enteignungsgleiche Maßnahmen im MIGA-Überein-

¹²¹ Nach *Görs* bestanden bis 2005 dreizehn derartige Übereinkünfte der MIGA, deren Kern regelmäßig eine Meistbegünstigungsklausel war. *Görs*, Internationales Investitionsrecht, S. 85.

¹²² Unter einem nichtkommerziellen (politischen) Risiko ist „jede außerwirtschaftlich motivierte Veränderung der Grundlagen wirtschaftlicher Planung, die den Freiraum legitimer Unternehmungsentscheidungen so einengt, dass Nutzungsoptionen und/oder Rentabilität von Aktiva vorübergehend oder dauerhaft verringert werden.“ *Sieglwart/Mahari/Caytas*, Internationales Management politischer Risiken, S. 12 f.

¹²³ Abgedruckt in *Ebenroth/Karl*, Neuere Entwicklungen bei der Multilateralen Investitions-Garantie-Agentur (MIGA), RIW 1990 Beilage 11, S. 8 ff.

¹²⁴ Abgedruckt in *Ebenroth/Karl*, Neuere Entwicklungen bei der Multilateralen Investitions-Garantie-Agentur (MIGA), RIW 1990 Beilage 11, S. 10 ff.

¹²⁵ Zahlreiche Beispielfälle dafür siehe *Ebenroth/Karl*, Die Multilaterale-Garantie-Agentur: Kommentar zum MIGA-Übereinkommen, S. 116 ff., Rn. 120-130. Auch Art. 8.2 der *General Conditions of Guarantee for Equity Investments* sieht konkrete als enteignend zu erachtende Maßnahmen vor und eine ausführliche Darstellung dazu siehe, *Stern*, Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA), S. 119 ff.

kommen enthalten. Darüber hinaus kann eine Unterlassung durch eine Behörde auch als Enteignung qualifiziert werden und damit bei der MIGA versicherungsfähig sein, wenn diese Behörde gegenüber dem Garantiennehmer rechtliche Handlungspflicht hat und diese Unterlassung nicht binnen 90 Tagen nach Entstehung der Handlungspflicht abgeholfen wird.

Die Voraussetzung für den Eintritt des Garantiefalls wegen des Vertragsbruchs ist die Nichtanerkennung¹²⁶ oder die Verletzung eines Vertrags mit dem Garantiennehmer durch die Regierung des Empfängerlands. Erforderlich ist weiterhin, dass dem Garantiennehmer kein Rechtsweg zur Verfolgung seiner Ansprüche möglich ist¹²⁷ oder das angerufene Gericht nicht innerhalb einer angemessenen Frist entscheidet oder die getroffene Entscheidung nicht durchsetzbar ist. Unter den hier genannten Vertrag fallen in erster Linie die Verträge zwischen dem Garantiennehmer und dem Empfängerland (wie Konzessionsverträge und Verträge über die Erschließung der natürlichen Ressource). Der Vertrag zwischen dem Garantiennehmer und einem inländischen privaten Subjekt des Wirtschaftslebens kommt nur dann in Betracht, wenn das Empfängerland diesen Vertrag für nichtig erklärt oder es dem inländischen Vertragspartner anweist, den Vertrag zu brechen.¹²⁸

Das Kriegeisiko kann sowohl durch militärische Handlungen (einschließlich zwischenstaatlicher Kriege und Bürgerkriege) als auch durch zivile Unruhen¹²⁹ verursacht werden. In der Regel sollen die Kriege oder die zivilen Unruhen im Empfängerland auftreten.¹³⁰ Der Garantiefall tritt ein, wenn aufgrund des Kriegs oder der zivilen Unruhe sachliche Vermögenswerte des Projektunternehmens (außer wertvollen Metallen, Edelsteinen, Kunstwerken, Geld oder Dokumenten) zerstört werden, verschwinden oder beschädigt werden oder wenn das Unternehmen für mindestens 365 aufeinanderfolgende Tage unfähig für die Durchführung der für seine gesamte finanzielle Lebensfähigkeit essentiellen Operationen ist und damit in den dem Eintritt dieser Unfähigkeit folgenden drei Finanzjahren offensichtlich nicht in der Lage ist, ohne Verlust zu funktionieren.¹³¹

Dem Eintritt des Garantiefalls folgt die Zahlung der Entschädigung durch die MIGA,

¹²⁶ Unter „Nichtanerkennung“ ist das subjektive Bestreiten der Wirksamkeit des Vertrags durch die Regierung des Empfängerlands zu verstehen. *Ebenroth/Karl*, Die Multilaterale-Garantie-Agentur: Kommentar zum MIGA-Übereinkommen, S. 128, Rn. 163.

¹²⁷ Art. 11 Abs. a lit. iii des MIGA-Übereinkommens sieht nur vor, „wenn der Garantiennehmer kein Gericht oder Schiedsgericht anrufen kann.“ § 1.44 der Durchführungsbestimmungen verlangt jedoch, dass ein Gericht oder ein Schiedsgericht unabhängig von der Exekutive des Empfängerlands sein soll, woraus sich ergibt, dass der Rechtsweg zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit wie dem ICSID ausgeschlossen ist.

¹²⁸ *Stern*, Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA), S. 141.

¹²⁹ Von zivilen Unruhen erfasst werden gemäß § 1.48 der Durchführungsbestimmungen insbesondere Revolutionen, Rebellionen, Staatsstürche, Aufstände und Tumulte. In allen Fällen müssen die Unruhen aus politischer oder ideologischer Zielsetzung ausgelöst werden (§ 1.49 der Durchführungsbestimmungen).

¹³⁰ Liegt der Handlungsort im Ausland, ist diese Voraussetzung jedoch als gegeben anzusehen, sofern die einschlägige Handlung das im Empfängerland befindliche sachliche Vermögen des Projektunternehmens zerstört, beschädigt oder in dessen Geschäftstätigkeit eingreift (Vgl. § 1.50 der Durchführungsbestimmungen. Dort werden auch entsprechende Beispielfälle aufgeführt).

¹³¹ Vgl. Art. 10 A und B der *General Conditions of Guarantee for Equity Investments*.

wobei die Abtretung der Rechte des Garantienehmers gegenüber dem Empfängerland und anderen Schuldern an die MIGA in Betracht kommt. Danach kann die MIGA als Rechtsnachfolger des Investors Ansprüche gegen das Empfängerland geltend machen, damit das Empfängerland trotz des Versicherungsschutzes durch die MIGA nicht von seiner finanziellen Verantwortung für seine Maßnahmen gegen ausländische Investoren entbunden werden kann.¹³² Die detaillierten Vorschriften über die Streitschlichtung zwischen der MIGA und dem Empfängerland sind in Art. 57 des MIGA-Übereinkommens in Verbindung mit Anlage II zu finden.

Der Abschluss eines Garantievertrags mit der MIGA ist einer der Indikatoren für die Beurteilung der Investitionsumstände des Empfängerlands. Angesichts der Tatsache, dass die Enteignung und der Krieg nur sehr selten der Fall sind, kommt besondere praktische Bedeutung der Garantie des Transfer- und Vertragsbruchsrisikos zu. Zu bemerken bleibt auch, dass der Weg zum ICSID dem Investor viel günstiger sein dürfte, da die MIGA gemäß Art. 16 des MIGA-Übereinkommens nicht den gesamten Verlust der garantierten Investition abdecken darf.

3. Die WTO

Schon in der zweiten Hälfte der 40er Jahre des 20. Jahrhunderts bemühte man sich unter dem Dach der Vereinten Nationen um die Gründung einer Welthandelsorganisation.¹³³ Die damaligen Bemühungen führten zur Unterzeichnung des aufgrund eines Protokolls vorläufig anwendbaren „*General Agreement on Tariffs and Trade*“ am 30. Oktober 1947 (GATT 1947) und der „*Havana Charter for an International Trade Organisation*“ im Jahre 1948 (*Havana-Charta*). Da die letztere wegen des Widerstands des US-Kongresses keine Gültigkeit entfaltete, blieb das am 1. Januar 1948 in Kraft getretene GATT 1947 bis zum 31. Dezember 1995 die Grundlage für die Liberalisierung des Welthandels. Unter Mitgliedern des GATT 1947 wurden weitere Verhandlungen durchgeführt, um Zölle und andere Handelsschranken abzubauen und die Diskriminierung im internationalen Handel zu beseitigen. Damit wurde GATT 1947 durch zusätzliche Vereinbarungen ergänzt. Bei der Durchsetzung der GATT-Regeln zeigte sich das Problem, dass es dem ursprünglich als Handelsvertrag anzusehenden GATT an einem kohärenten organisatorischen Rahmen fehlte und sich die GATT-Regeln in einem Zustand der Zersplitterung befanden, obwohl das GATT 1947 ständige Organe hatte.¹³⁴ Während der am 20. September 1986 in Gang gesetzten Uruguay-Runde kamen die Delegierten zur Einigkeit, das GATT 1947 und alle verhandelten Übereinkommen unter dem Dach einer *World Trade Organisation* zusammenzufassen. Nach der Unterzeichnung der Schlussakte der Uruguay-Runde auf der Ministerkonferenz in *Marrakesch* am 15. April 1994 trat

¹³² Voss, Die Multilaterale Investitionsagentur, RIW 1987, S. 89 (91).

¹³³ Zur historischen Entwicklung siehe A. Weber, Geschichte der internationalen Wirtschaftsorganisationen, S. 73 ff.; Krenzler, Die Nachkriegsentwicklung des Welthandelssystems: von der Havana-Charta zur WTO, in Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, S. 1 ff.

¹³⁴ Vgl. Krenzler, Die Nachkriegsentwicklung des Welthandelssystems: von der Havana-Charta zur WTO, in Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, S. 1 (4 ff.) Rn. 13 f., 18 f.; Neugärtner, GATT 1947, in Hilf/Oeter, WTO-Recht, S. 77 (83 ff., Rn. 26-32).

das WTO-Übereinkommen am 1. Januar 1995 in Kraft. Bis zum 11. Januar 2007 hat die WTO 149 Mitglieder.

Mit der Gründung der WTO wurde die damalige Zersplitterung der GATT-Regeln beseitigt und der Welthandel erhält einen institutionellen Rahmen. Die materielle Rechtsordnung der WTO bilden das GATT 1994 und weitere zwölf multilaterale Übereinkommen zum Warenhandel, das GATS (*General Agreement on Trade in Service*) und das TRIPs-Übereinkommen (*Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights*). Darüber hinaus bestehen noch vier plurilaterale Handelsübereinkommen, die jedoch nur für die Mitglieder bindend sind, die sie separat ratifizieren. Für den internationalen Investitionsschutz von Bedeutung sind im Bereich der WTO als Handelsbeziehungen regelnde internationale Organisation das TRIMs-Übereinkommen (*Agreement on Trade-related Investment Measures*) im Rahmen des Warenhandels, das GATS im Sektor von Dienstleistungen sowie das TRIPs-Übereinkommen. Die ersten zwei Übereinkommen enthalten ausdrücklich die investitionsrelevanten Normen. Das TRIPs-Übereinkommen hat zwar nicht die Behandlung der ausländischen Investition zum Gegenstand. Da aber das geistige Eigentum in bilateralen und regionalen Investitionsabkommen allgemein als ein Typ von Investitionen erfasst wird, trägt auch das TRIPs-Übereinkommen zum internationalen Investitionsschutz bei.

a. Das TRIMs-Übereinkommen¹³⁵

Die Einführung der handelsbezogenen Investitionsmaßnahmen (TRIMs) spiegelt das widerspruchsvolle Gefühl des Empfängerlands gegenüber der ausländischen Investition: zum einen ist ihm bekannt, dass die ausländische Investition eine wichtige finanzielle Quelle für seine Wirtschaftsentwicklung sein kann; zum andern befürchtet das Empfängerland jedoch, dass die Dominanz der ausländischen Investition auf dem heimischen Markt zur Abhängigkeit seiner eigenen Volkswirtschaft von Ausländern führen wird. So können sich TRIMs als „ausgeklügelte Form des Protektionismus“¹³⁶ zeigen. Da TRIMs einen Überschneidungspunkt der Investition mit Handel darstellen, soll das TRIMs-Übereinkommen sowohl der Erweiterung und der Liberalisierung des Welthandels als auch der Erleichterung der grenzüberschreitenden Investition dienen.¹³⁷

aa. Der Begriff von TRIMs

Eine allgemeingültige Definition von TRIMs gibt es nicht. Je nach verschiedenen Kriterien werden TRIMs in unterschiedliche Typen eingeteilt.¹³⁸ Das mag auch einer

¹³⁵ Englischer Text ist auf der Webseite der WTO (http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm) zu finden. Deutscher Text ist abgedruckt in *Hummer/Weiss*, Vom GATT' 47 zur WTO' 94, S. 962 ff.

¹³⁶ *R. Weber*, Investitionen und Handel: Zu den neueren Entwicklungen im Bereich des Investitionsrechts, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 1996, S. 321 (344).

¹³⁷ Vgl. die Präambel des TRIMs-Übereinkommens.

¹³⁸ Vgl. *Ebenroth/Grashoff*, Trade-Related Investment Measures (TRIMs) osteuropäischer Reformstaaten in der

der Gründe dafür sein, dass sich das TRIMs-Übereinkommen zwar nur auf TRIMs bezieht, ohne jedoch eine entsprechende Definition dafür zu geben. Der andere Grund liegt wahrscheinlich darin, dass schon über den Investitionsbegriff keine Einigkeit besteht und die Bestimmung des TRIMs-Begriffs insofern viel schwieriger scheint. TRIMs können dem Handel vorteilhaft oder nachteilhaft sein. Da das TRIMs-Übereinkommen seiner Präambel nach unter Berücksichtigung der handelsbeschränkenden und handelsverzerrenden Auswirkungen von TRIMs ausgearbeitet wurde, soll das TRIMs-Übereinkommen Anwendung nur auf TRIMs mit negativen Einflüssen auf den Handel finden.

In der Panel-Praxis der WTO beschäftigte sich allein das indonesische Autofall-Panel¹³⁹ mit dem Begriff von TRIMs, das jedoch dem Vorliegen einer handelsbezogenen Investitionsmaßnahme keine abstrakte Definition von TRIMs zugrunde legte.¹⁴⁰ Das Panel betrat vielmehr diesen Weg, dass es in erster Linie dem konkreten Fall nach die fragliche Maßnahme als Investitionsmaßnahme feststellte und danach aus dem Bestehen eines im Anhang zum TRIMs-Übereinkommen enthaltenen Regelfalls von TRIMs auf die Handelsbezogenheit der fraglichen Maßnahme schloss.

Trotz des Fehlens der Herausbildung eines TRIMs-Begriffs durch das indonesische Autofall-Panel sind seine Empfehlungen beim Verstehen des TRIMs-Übereinkommens hilfreich. So stellte das Panel heraus, dass sich das TRIMs-Übereinkommen nicht speziell auf die Maßnahmen gegenüber der ausländischen Investition beschränke.¹⁴¹ Danach kann eine handelsbezogene Maßnahme vorliegen, sogar wenn sie die in- und ausländische Investition völlig gleich behandelt. Ferner spielt es nach dem indonesischen Autofall-Panel keine Rolle, ob die fragliche Maßnahme vom innerstaatlich für die Investition zuständigen Organ erlassen oder ob sie ausdrücklich als Investitionsmaßnahme gekennzeichnet werde.¹⁴²

bb. Die vom TRIMs-Übereinkommen verbotenen TRIMs

Nach Art. 2 Abs. 1 des TRIMs-Übereinkommens sind solche TRIMs verboten, die gegen Art. III (die Inländerbehandlung) oder Art. XI (das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen) des GATT 1994 verstoßen. Im Anhang zum TRIMs-Übereinkommen sind die Regelfälle dafür enthalten.

Unvereinbar mit der Inländerbehandlung sind gemäß Ziffer 1 des Anhangs ausdrücklich:

Erweiterungsphase des GATT, RIW 1994, S. 181 (185).

¹³⁹ Panelreport *Indonesia - Certain Measures Affecting the Automobile Industry* (WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R) ist auf der WTO-Webseite abrufbar: <http://docsonline.wto.org>.

¹⁴⁰ Zur Vorgehensweise des indonesischen Autofall-Panels siehe *Sidhu*, Die Regelung von Direktinvestitionen in der WTO, S. 125 ff.

¹⁴¹ Panelreport *Indonesia - Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, § 14.73.

¹⁴² Panelreport *Indonesia - Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, § 14.81.

- Mindestinlandsauflagen (*local content requirements*), die ein Unternehmen zum Kauf oder Gebrauch von Waren inländischen Ursprungs oder aus inländischer Quelle verpflichten, indem sie bestimmte Waren, eine Warenmenge, einen Warenwert oder ein bestimmtes Verhältnis von Waren hinsichtlich ihrer Menge oder ihres Werts zur Produktion des Unternehmens vorschreiben;
- Handelsbilanzaufgaben (*trade balancing requirements*), die den Kauf oder Gebrauch von eingeführten Waren durch ein Unternehmen von der Menge oder dem Wert der durch dasselbe Unternehmen ausgeführten Waren abhängig machen.

Unvereinbar mit dem Verbot mengenmäßiger Beschränkungen sind gemäß Ziffer 2 des Anhangs ausdrücklich:

- Importbeschränkungen (*limitations on import*), die die Einfuhr von mit der einheimischen Produktion eines Unternehmens im Zusammenhang stehend verwendeten Waren allgemein oder in einem Ausmaß beschränken, das sich nach der Menge oder dem Wert der von diesem Unternehmen ausgeführten Waren richtet;
- Devisenbilanzaufgaben (*foreign exchange balancing requirements*), die die Einfuhr von Waren durch ein Unternehmen beschränken, indem sie den Zugang dieses Unternehmens zum Zahlungsverkehr mit dem Ausland von seinen Deviseneinnahmen abhängig machen;
- Exportbeschränkungen (*export restrictions*), die die Ausfuhr oder den Verkauf zur Ausfuhr von Waren durch ein Unternehmen beschränken, wobei es unerheblich ist, ob sich diese Beschränkungen auf bestimmte Waren, eine Warenmenge, einen Warenwert oder auf das Verhältnis von Waren hinsichtlich ihrer Menge oder ihres Werts zur Produktion des Unternehmens beziehen.

Die im Anhang zum TRIMs-Übereinkommen vorgesehenen Regelfälle sollen nach innerstaatlichen Gesetzen oder Verwaltungsvorschriften zwingend oder durchsetzbar sein oder ihre Einhaltung ist zur Erreichung eines Vorteils notwendig. Aus dem letzten Halbsatz ist zu schließen, dass auch die nichtzwingenden Erfordernisse des Empfängerlands in den Anwendungsbereich des TRIMs-Übereinkommens fallen können, sofern die Selbstverpflichtung des Investors dazu mit einer durch das Empfängerland gewährleisteten Begünstigung verbindet.

Da der Anhang zum TRIMs-Übereinkommen mit „erläuternder Liste“ betitelt wird, ist theoretisch möglich, dass andere als die im Anhang enthaltenen TRIMs auch vom TRIMs-Übereinkommen erfasst werden können. Bei der Einordnung der anderen TRIMs in den Anwendungsbereich des TRIMs-Übereinkommens bilden die Inländerbehandlung und die Beseitigung mengenmäßiger Beschränkungen vom GATT 1994 entscheidende Maßstäbe dafür. Nach der Inländerbehandlung im GATT

1994 soll ein importiertes Produkt nach seiner Einfuhr nicht schlechter behandelt werden als gleichartige inländische Produkte.¹⁴³ Bei der Beurteilung, ob eine handelsbezogene Investitionsmaßnahme der Inländerbehandlung im GATT widerspricht und damit nach dem TRIMs-Übereinkommen verboten ist, ist daran zu denken, ob die Einfuhr der betreffenden Waren besteht. So werden z.B. Exportauflagen, die den Investor zur Ausfuhr einer bestimmten Menge von im Empfängerland produzierten Waren verpflichten, und Technologietransferauflagen, die den Investor zur Verwendung des fortgeschrittenen Produktionsverfahrens oder zur Durchführung des Forschungsvorhabens im Empfängerland verpflichten,¹⁴⁴ vom Anwendungsbereich des TRIMs-Übereinkommens ausgeschlossen, denn in beiden Fällen tauchen keine eingeführten Waren auf, die sich im Wettbewerb mit inländischen Waren befinden. Bei der Überprüfung, ob eine handelsbezogene Investitionsmaßnahme als mit dem Gebot der Beseitigung mengenmäßiger Beschränkungen im GATT 1994 nicht vereinbar hinzunehmen ist, ist zu beachten, dass die Beseitigung mengenmäßiger Beschränkungen allein solche Maßnahmen verbietet, die ein WTO-Mitglied beim Grenzübergang von Waren vorschreibt (wie z.B. Import- und Exportlizenzen sowie die Festlegung von Höchst- und Mindestpreisen).¹⁴⁵ Das heißt, die Ein- oder Ausfuhr einer Ware ist nur im von den betroffenen Maßnahmen vorgesehenen Umfang oder nach der Erfüllung der von ihnen vorgesehenen Voraussetzungen möglich. Danach sind die zwei aufgeführten Beispiele (Export- und Technologietransferauflagen) trotz ihrer möglichen Einflüsse auf die Ein- oder Ausfuhr einer Ware nicht den aufgrund der Verletzung der Beseitigung mengenmäßiger Beschränkungen vom TRIMs-Übereinkommen verbotenen TRIMs zuzuordnen.

cc. Das Verhältnis des TRIMs-Übereinkommens zum GATT 1994

Da die Regeln des TRIMs-Übereinkommens auf die des GATT 1994 verweisen, wird die Frage nach dem Verhältnis zwischen diesen beiden Übereinkommen aufgeworfen. Darüber wird in der Literatur beruhend auf der Panel-Praxis der WTO viel diskutiert.¹⁴⁶ Im Folgenden wird eine zusammenfassende Darstellung dazu gegeben.

Zu erklären bleibt zuerst, dass es sich dabei nicht um einen Normkonflikt, sondern nur um eine Normenkonkurrenz handelt.¹⁴⁷ Deshalb kommt die allgemeine Auslegungsregel zu den in Anhang 1A zum WTO-Übereinkommen enthaltenen Handels-

¹⁴³ Zur Inländerbehandlung im GATT 1994 siehe *Berrisch*, Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1994), in *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, S. 71 (82 ff., Rn. 25-78).

¹⁴⁴ Zu beiden Beispielen siehe *Sidhu*, Die Regelungen von Direktinvestitionen in der WTO, S. 102, 104.

¹⁴⁵ Siehe dazu *Bender*, GATT 1994, in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S. 167 (175, Rn. 21).

¹⁴⁶ *Michaelis*, Handelsbezogene Investitionsmaßnahmen (TRIMs), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S. 267 (278 f., Rn. 34-37); *Sidhu*, Die Regelung von Direktinvestitionen in der WTO, S. 160 ff.

¹⁴⁷ *Michaelis*, Handelsbezogene Investitionsmaßnahmen (TRIMs), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S. 267 (278, Rn. 34). Nach dem Panel im EG-Bananen Fall ist der Normenkonflikt gegeben, wenn 1) Verpflichtungen im GATT 1994 und Verpflichtungen im TRIMs-Übereinkommen sich ausschließen und damit ein WTO-Mitglied sie nicht gleichzeitig erfüllen kann und 2) eine Norm in einem Übereinkommen erlaubt, aber im anderen verboten ist (Vgl. *Panelreport European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R/ECU, § 7.159). Da das TRIMs-Übereinkommen auf das GATT 1994 verweist, liegt keiner dieser beiden Fälle vor.

übereinkommen nicht zur Anwendung, nach der beim Vorliegen eines Widerspruchs zwischen Bestimmungen des GATT 1994 und den eines anderen Handelsübereinkommens die letzteren maßgebend sind.

In der Panel-Praxis der WTO besteht keine Einigkeit über das Verhältnis des TRIMs-Übereinkommens zum GATT 1994. Bei der Erklärung des Verhältnisses beider Übereinkommen gab das indonesische Autofall-Panel zu,¹⁴⁸ dass das TRIMs-Übereinkommen und das GATT 1994 den gleichen Regelungsgegenstand decken könnten. Es betonte aber auch, dass das TRIMs-Übereinkommen ein völlig unabhängiges (*fully fledged*) Übereinkommen im WTO-System und keine Klarstellung zum GATT 1994 (*not an "Understanding to GATT 1994"*) sei, da sonst die Verweisung der in Art. 3 vorgeschriebenen Ausnahmen auf das GATT 1994 sowie die Notifikation und Übergangregelungen in Art. 5 des TRIMs-Übereinkommens nicht notwendig seien. Beim Problem, unter welchem Übereinkommen die betroffene Maßnahme zuerst zu überprüfen ist, ging das Panel davon aus, dass das TRIMs-Übereinkommen Vorrang habe, da es im Vergleich zu dem GATT 1994 spezifischer sei.

Die Gegenmeinung wurde vor allem vom Panel im EG-Bananen Fall vertreten. Für das Bananen-Panel besteht der Sinn des TRIMs-Übereinkommens essentiell darin, Art. III und Art. XI des GATT 1994 zu interpretieren und zu erklären, wo handelsbezogene Investitionsmaßnahmen betroffen sein könnten. Das heißt nämlich, dass das GATT 1994 auch TRIMs abdecken könne.¹⁴⁹ Da sich der Anwendungsbereich vom GATT 1994 nicht allein auf TRIMs beschränke und die Qualifizierung der fraglichen Maßnahme als handelsbezogene Investitionsmaßnahme keinen Einfluss auf die Anwendung des GATT 1994 ausübe und da die Konformität der fraglichen Maßnahme mit dem GATT die behauptete Unvereinbarkeit derselben Maßnahme mit dem TRIMs-Übereinkommen vernichten werde, sei es für das Panel nicht notwendig, eine Entscheidung spezifisch unter dem TRIMs-Übereinkommen zu treffen.¹⁵⁰ Damit wurde die Spezialität des TRIMs-Übereinkommens vom Bananen-Panel abgelehnt. Diese Auffassung wurde auch vom kanadischen Autofall-Panel und indischen Autofall-Panel vertreten.¹⁵¹

Mit seiner besonderen Zielsetzung, sowohl den Welthandel als auch die grenzüberschreitende Investition zu fördern, zeigt sich das TRIMs-Übereinkommen als selbständiges Vertragswerk im Rahmen der WTO. Die Verweisung seiner Normen auf die des GATT 1994 bedeutet nur die gegenseitige Wirkung zwischen Investition und Handel, nicht aber die Ersetzung des TRIMs-Übereinkommens durch das GATT 1994. Das GATT 1994 gewährt nur die Maßstäbe für die Feststellung, ob eine nach

¹⁴⁸ Die Meinungen des indonesischen Autofall-Panels zum Verhältnis zwischen beiden Übereinkommen sind in seinem Panelreport § 14.60-14.63 zu finden.

¹⁴⁹ Vgl. Panelreport *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, § 7.185.

¹⁵⁰ Vgl. Panelreport *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, § 7.186.

¹⁵¹ Eine kurze Darstellung dazu siehe *Sidhu*, Die Regelung von Direktinvestitionen in der WTO, S. 164.

dem TRIMs-Übereinkommen verbotene handelsbezogene Investitionsmaßnahme gegeben ist. Liegt einer der im Anhang zum TRIMs-Übereinkommen enthaltenen Regelfälle vor, ist von der Spezialität des TRIMs-Übereinkommens auszugehen, da sonst die Existenz des TRIMs-Übereinkommens keinen praktischen Sinn hat. Bestehen dagegen Zweifel an der Gegebenheit einer unter den Anwendungsbereich des TRIMs-Übereinkommens fallenden Maßnahme, ist das GATT 1994 auf jeden Fall heranzuziehen. Eine Überprüfung unter dem TRIMs-Übereinkommen erübrigt sich insofern. In diesem Sinne scheint eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des TRIMs-Übereinkommens auf andere als in seinem Anhang vorgeschriebene TRIMs schwierig.

b. Das GATS

Historisch betrachtet stand der Handel mit Dienstleistungen im Vergleich zu Warenhandel im Hintergrund.¹⁵² Seit Anfang der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts befindet sich der internationale Dienstleistungshandel jedoch in einer schnelleren Zunahme als der Warenhandel. Die durchschnittliche jährliche Wertsteigerung der weltweiten Dienstleistungsexporte zwischen 1990-2000 erreichte 6%, während das Wachstum bei Warenexporten im gleichen Zeitraum 5% betrug.¹⁵³ Aufgrund der immer größer werdenden Bedeutung des Dienstleistungshandels drängten vor allem die USA darauf, die Verhandlungen darüber in die Uruguay-Runde einzuschließen.¹⁵⁴ Da die Dienstleistung andere Eigenarten als die Ware besitzt, konnten die für Warenhandel gültigen Prinzipien nicht einfach auf den Handel mit Dienstleistungen übertragen werden. So verständigten sich die Verhandlungsparteien der Uruguay-Runde miteinander, eine eigene Verhandlungsgruppe zu schaffen, die sich spezifisch mit dem Dienstleistungshandel beschäftigte. Das Ergebnis der Verhandlungen schlägt sich im GATS nieder.

aa. Begriffsbestimmung

Gemäß Art. I Abs. 3 lit. c findet das GATS Anwendung auf jede Art von Dienstleistungen in jedem Bereich. Eine Definition der Dienstleistung bietet das GATS jedoch nicht. Nach der Analyse von *Koehler* ist auf eine abstrakte Definition dafür vielmehr insofern zu verzichten, als es an einem eindeutigen Kriterium für die Abgrenzung der Dienstleistung von der Ware fehlt, da Dienstleistungen zum einen in verschiedener Form erbracht und zum anderen trotz ihrer Nichtstofflichkeit oftmals in einem konkreten materialen Gegenstand verkörpert werden können.¹⁵⁵ In der Praxis

¹⁵² Vgl. *Michaelis*, Dienstleistungshandel (GATS), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S. 375 (377, Rn. 1-2); *Europäische Kommission*, GATS 2000: Öffnung der Dienstleistungsmärkte, S. 14.

¹⁵³ Statistische Angaben siehe *WTO*, International Trade Statistics (zitiert aus *Michaelis*, Dienstleistungshandel (GATS), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S. 375 (381, Rn. 13)).

¹⁵⁴ Zum Verhandlungsverlauf des GATS siehe *Pitschas*, Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), in *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, S. 495 (498 ff., Rn. 2-6); *Michaelis*, Dienstleistungshandel (GATS), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S. 375 (382, Rn. 17-18).

¹⁵⁵ Vgl. *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), S. 28 ff.

lassen sich die vom GATS abgedeckten Dienstleistungen der sog. „*Services Sectoral Classification List*“ entnehmen, die das Sekretariat des GATT während der Uruguay-Runde aufstellte.¹⁵⁶ Diese Liste teilt die Dienstleistungen in elf Haupt- und zahlreiche Untersektoren ein und enthält gleichzeitig eine Auffangklausel.¹⁵⁷

Von dem Anwendungsbereich des GATS ausgenommen sind nach dem letzten Halbsatz von Art. I Abs. 3 lit. b GATS diejenigen Dienstleistungen, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbracht werden. Ein solcher Ausnahmefall ist anzunehmen, wenn eine Dienstleistung nach Art. I Abs. 3 lit. c weder zu kommerziellen Zwecken noch im Wettbewerb mit anderen Dienstleistungserbringern erbracht wird. Danach sollte die Möglichkeit eines WTO-Mitgliedes beschränkt werden, sich willkürlich auf die Ausübung hoheitlicher Gewalt zu berufen und damit sich den GATS-Verpflichtungen zu entziehen. Die praktische Bedeutung dieser Ausnahmeregelung ist jedoch gering, da jedes WTO-Mitglied sich schon am Anfang das Recht vorbehielt, selbst zu entscheiden, ob und inwieweit sein Markt für einen bestimmten Dienstleistungssektor für ausländische Dienstleistungserbringer geöffnet werden wird. Ist ein Dienstleistungsmarkt geöffnet, besteht in der Regel die Konkurrenz zwischen in- und ausländischen Dienstleistungserbringern und die Ausnahmeregelung entfaltet keine Gültigkeit. Ist ein Dienstleistungsmarkt nicht geöffnet, dann kommt das GATS gar nicht zur Anwendung.

bb. Die Formen der Dienstleistungserbringung

Je nach verschiedener Eigenart der einzelnen Dienstleistungen werden sie in unterschiedlichen Formen erbracht. Art. I Abs. 2 GATS sieht vier Dienstleistungserbringungsformen vor. Sie sind:

- grenzüberschreitende Erbringung (*Cross-border supply*), wobei allein der Grenzübertritt der Dienstleistung an sich geschieht (wie z.B. ausländische Fernsendung).
- Konsum im Ausland (*Consumption abroad*). Diese Erbringungsform verlangt den Kunden, die Grenze eines anderen WTO-Mitglieds zu überschreiten, um dort die Dienstleistung zu empfangen (wie z.B. die Reise ins Ausland oder das überseeische Studium).
- Kommerzielle Präsenz (*Commercial presence*). Diese Erbringungsform hat es zum Inhalt, dass die Dienstleistung „durch einen Dienstleistungserbringer eines Mitglieds mittels kommerzieller Präsenz auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds“ erbracht wird. Unter „kommerzieller Präsenz“ ist gemäß Art. XXVIII lit. d jede Art geschäftliche oder berufliche Niederlassung auf

¹⁵⁶ WTO-Dok: MTN.GNS/W/120 vom 10. Juli 1991 (Abrufbar im Internet: <http://docsonline.wto.org>).

¹⁵⁷ Die Hauptsektoren umfassen: Dienstleistungen für Geschäftsbetriebe (business service); Kommunikationsdienstleistungen; Bau- und Ingenieurdienstleistungen; Distributionsdienstleistungen; Erziehungsdienstleistungen; Umweltdienstleistungen; Finanzdienstleistungen; gesundheitsbezogene Dienstleistungen; Tourismus und Reisedienstleistungen; Dienstleistungen in den Bereichen Erholung, Kultur und Sport sowie Transportdienstleistungen.

dem Gebiet eines Mitglieds zum Zweck der Erbringung einer Dienstleistung zu verstehen. Die Niederlassung kann in Form einer juristischen Person oder einer Zweigstelle oder Repräsentanz bestehen.¹⁵⁸

- Präsenz natürlicher Personen (*Presence of natural persons*). Dabei handelt es sich darum, dass die Dienstleistung von natürlichen Personen eines WTO-Mitglieds durch ihre Anwesenheit auf dem Gebiet eines anderen WTO-Mitglieds erbracht wird.

Denn mit der kommerziellen Präsenz verbunden sind eine dauerhafte Ausübung der Dienstleistungserbringung im Ausland¹⁵⁹ sowie die Einsetzung von Kapitalien zur Niederlassung aus geschäftlichen oder beruflichen Gründen, stellt sie über den Handel mit Dienstleistungen hinaus die Direktinvestition in den Dienstleistungsbereich dar. Insofern qualifiziert *Barth* das GATS sogar als „multilaterales Investitionsabkommen für Dienstleistungen“.¹⁶⁰

Zentrale Prinzipien des GATS bilden der Grundsatz der Meistbegünstigung, der Grundsatz der Inländerbehandlung sowie die Regelungen zum Marktzugang zu den inländischen Märkten für Dienstleistungen. Die Inländerbehandlung und der Marktzugang sind als spezifische Verpflichtungen gekennzeichnet, da sie von Zusagen des jeweiligen Mitglieds abhängig sind, in welchen Dienstleistungssektoren und inwieweit es hinsichtlich dieser beiden Grundsätze Verpflichtungen übernehmen will. Demgegenüber ist die Meistbegünstigung als allgemeine Verpflichtung genannt, da sie unabhängig von Zusagen des jeweiligen WTO-Mitglieds für alle WTO-Mitglieder als bindend gilt.

cc. Die Meistbegünstigung

Der Grundsatz der Meistbegünstigung ist in Art. II GATS geregelt. Danach ist jedes WTO-Mitglied verpflichtet, Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer eines anderen Mitglieds unverzüglich und bedingungslos nicht weniger günstig zu behandeln als gleichartige Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer eines dritten Landes. Dabei ist es nicht notwendig, dass das dritte Land auch WTO-Mitglied sein muss. Im Vergleich zu der Meistbegünstigung im GATT 1994, deren Anwendungsbereich sich dort allein auf die Ware beschränkt,¹⁶¹ gilt die Meistbegünstigung im GATS sowohl für Dienstleistungen als auch für

¹⁵⁸ Im ersteren Fall muss die juristische Person im Eigentum natürlicher oder juristischer Personen eines anderen WTO-Mitglieds stehen oder von ihnen kontrolliert werden (Art. XXVIII lit. m). Dafür entscheidend ist, dass entweder mehr als 50% des Eigenkapitals der juristischen Person wirtschaftliches Eigentum der Personen eines anderen WTO-Mitglieds ist, oder solche Personen berechtigt sind, die Mehrheit der Direktoren zu benennen oder die Tätigkeit der juristischen Person auf andere Weise zu bestimmen.

¹⁵⁹ *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), S. 94; *Martini*, Die WTO und die rechtliche Entwicklung der Dienstleistungsfreiheit in den Mitgliedsstaaten – Unter besonderer Berücksichtigung des Telekommunikationsbereiches, S. 87 f.

¹⁶⁰ *Barth*, Das Allgemeine Übereinkommen über den internationalen Dienstleistungshandel, EuZW 1994, S. 455 (456).

¹⁶¹ Zur Meistbegünstigung im GATT 1994 siehe *Berrisch*, Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1994), in *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, S. 71 (96 ff.).

Dienstleistungserbringer. Der Grund dafür mag sein, dass die Dienstleistungserbringungsformen der kommerziellen Präsenz und der Präsenz natürlicher Personen den Grenzübertritt des Dienstleistungserbringers verlangen und ohne meistbegünstigte Behandlung des Dienstleistungserbringers die meistbegünstigte Behandlung der Dienstleistung nicht vorstellbar ist.

Die Meistbegünstigung im GATS findet Anwendung auf alle unter das GATS fallenden Maßnahmen eines WTO-Mitglieds. Die Definition der „Maßnahme eines WTO-Mitglieds“ findet sich in Art. I Abs. 1 und Abs. 3 lit. a sowie in Art. XXVIII lit. a GATS. Zusammenfassend ist eine Maßnahme ein staatlicher Akt jeder Erscheinungsform, der den Handel mit Dienstleistungen beeinträchtigt.¹⁶² Hervorzuheben ist allerdings, dass gemäß Art. I Abs. 3 lit. a Nr. ii auch Maßnahmen nichtstaatlicher Stellen vom GATS erfasst sind, soweit die nichtstaatlichen Stellen in der Situation sind, die ihnen von zentralen, regionalen oder lokalen Regierungen oder Behörden übertragene Zuständigkeit auszuüben. Damit erfährt das GATS einen recht weiten Geltungsbereich.

Eine Diskriminierung ist nur im Falle vergleichbarer Behandlungsgegenstände möglich.¹⁶³ Dementsprechend setzt die Gewährung der Meistbegünstigung im GATS die Gleichartigkeit der zu vergleichenden Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer voraus. Das GATS sieht keine konkreten Kriterien dafür vor, wann Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer als gleichartig anzusehen sind. Im EG-Bananen Fall verwies das Panel bei der Feststellung der Gleichartigkeit der Dienstleistungen jedoch auf Art. III GATT, der nach ständiger Praxis der vorherigen Panels die Bedingungen für die Gleichartigkeit inländischer und eingeführter Waren betrifft (§ 7. 302 des Panelreports). Nach der Streitbeilegungspraxis zum GATT 1947 wurden vier Kriterien dafür aufgestellt, die sich auf dem Report der „*Working Party on Border Tax Adjustments*“¹⁶⁴ beruhen.¹⁶⁵ Genannt werden 1) *the properties, nature and quality of the products*; 2) *the end-uses of the products*; 3) *consumers' tastes and habits* sowie 4) *the tariff classification of the products*. Wegen der Nichtstofflichkeit der Dienstleistung sind sie jedoch nicht ganz auf das GATS übertragbar. Eine Modifikation dieser vier Kriterien oder die Herausbildung der Dienstleistungen angepassten eigenen Kriterien scheint deshalb notwendig. Bei der Entscheidung über die Gleichartigkeit der Dienstleistungserbringer ging das Panel im EG-Bananen Fall davon aus, dass die Dienstleistungserbringer gleichartig sind, wenn sie gleichartige Dienstleistungen erbringen.¹⁶⁶ Diese Denkweise übersieht jedoch die Vielfältigkeit der Dienstleistungserbringungsformen, da danach eine juristische Person (in der Form der kommerziellen Präsenz) und eine natürliche juristische Person (in der Form der

¹⁶² Michaelis, Dienstleistungshandel (GATS), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S. 375 (390, Rn. 38).

¹⁶³ Allgemein dazu siehe *Kewenig*, Der Begriff der Diskriminierung, S. 73 f.

¹⁶⁴ Working Party Report, Border Tax Adjustments, L 3464 BISD 18S/97, angenommen am 2. Dezember 1970 (Abrufbar unter: www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/bordertax.pdf).

¹⁶⁵ Vgl. Appellate Body Report *European Communities–Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, § 85 (abrufbar unter: <http://docsonline.wto.org>).

¹⁶⁶ Vgl. Panelreport *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, § 7.322.

Präsenz natürlicher Personen) gleich behandelt werden muss, sofern sie gleichartige Dienstleistungen erbringen¹⁶⁷. Denkt man allerdings daran, dass in der nationalen Rechtsordnung normalerweise unterschiedliche Regelungen jeweils für natürliche und juristische Personen gelten, scheint eine Gleichbehandlung zwischen ihnen nicht möglich zu sein.

Das GATS sieht für den Grundsatz der Meistbegünstigung bestimmte Ausnahmen vor. Dabei unterscheiden sich die spezifischen Ausnahmen von den Allgemeinen. Bei den spezifischen Ausnahmen handelt es sich darum, dass jedes WTO-Mitglied gemäß Art. II Abs. 2 und dem Anhang über Ausnahmen von Art. II zum GATS die mit dem Grundsatz der Meistbegünstigung nicht vereinbaren Maßnahmen aufrechterhalten kann. Die spezifischen Ausnahmen sollen in Landeslisten (sog. Negativlisten) eingetragen werden. Dort ist zu erklären, in welchen Dienstleistungssektoren und gegenüber welchen WTO-Mitgliedern die Ausnahmen gelten. Die Geltungsfrist solcher Ausnahmen beträgt grundsätzlich 10 Jahre. Die Einführung neuer Ausnahmen in die Landeslisten nach dem Inkrafttreten des GATS bedarf gemäß Ziff. 2 des Anhangs über Ausnahmen von Art. II mit Verweisung auf Art. IX Abs. 3 des WTO-Abkommens der Zustimmung von drei Vierteln der WTO-Mitglieder.

Abgesehen von seiner eigenen Landesliste kann jedes WTO-Mitglied sich auf die allgemeinen Ausnahmen berufen, die für alle WTO-Mitglieder gelten, um sich von der Verpflichtung zur Meistbegünstigung befreien. Dazu gehören die von angrenzenden Ländern gewährten Vorteile zur Erleichterung der Dienstleistungserbringung (Art. II Abs. 3), die Verpflichtung eines WTO-Mitglieds aus der wirtschaftlichen Integration (Art. V) oder aus der Integration der Arbeitsmärkte (Art. V^{bis}) sowie die Maßnahmen betreffend die öffentliche Sittlichkeit, die öffentliche Ordnung und den Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen (Art. XIV).

dd. Die Regelungen zum Marktzugang und Inländerbehandlung

Die Regelungen zum Marktzugang und die Inländerbehandlung dienen jeweils der Liberalisierung und dem Schutz der ausländischen Direktinvestition in der Form von kommerzieller Präsenz im Dienstleistungsbereich. Da aber Dienstleistungen oftmals mit politischen Zielsetzungen verbundene sensible Bereiche (wie z.B. Kommunikation, Transport, Erziehung usw.) betreffen, sind die WTO-Mitglieder bei der Marktöffnung und Gewährleistung der Inländerbehandlung zurückhaltend.¹⁶⁸ Anders als beim Grundsatz der Meistbegünstigung entscheidet das WTO-Mitglied selbst in den sog. Positivlisten, in welchen Dienstleistungssektoren und unter welchen Vorbehalten sich zur Marktöffnung und Inländerbehandlung zu verpflichten. Eine

¹⁶⁷ Vgl. *Michaelis*, Dienstleistungshandel (GATS), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S. 375 (399, Rn. 68).

¹⁶⁸ In Bezug auf bilaterale und regionale Investitionsabkommen gehen allein die USA, Japan und Kanada Verpflichtungen zum Marktzugang ein. Siehe dazu *Sidhu*, Die Regelung von Direktinvestitionen in der WTO, S. 54.

Positivliste besteht aus zwei Teilen. Während der erste Teil die horizontalen Verpflichtungen des jeweiligen WTO-Mitglieds enthält, die für alle in der Liste eingetragenen Dienstleistungssektoren gelten, betrifft der zweite Teil die Verpflichtungen für die einzelnen Dienstleistungssektoren. Gemäß Art. XX Abs. 3 sind die Positivlisten Bestandteil des GATS.

1) Die Regelungen zum Marktzugang

Die Regelungen zum Marktzugang dienen der Zulassung der Dienstleistungserbringung durch Dienstleistungserbringer aus anderen WTO-Mitgliedern zum inländischen Dienstleistungsmarkt sowie der Erleichterung der Bedingungen für diese Zulassung. Das GATS sieht keine Definition für den Begriff des Marktzugangs vor. Sofern ein WTO-Mitglied bestimmte Verpflichtungen zum Marktzugang übernimmt, dürfen gemäß Art. XVI Abs. 2 GATS folgende Maßnahmen weder regional noch für das gesamte Hoheitsgebiet aufrechterhalten oder eingeführt werden, es sei denn, dass sie in der Positivliste demselben Mitglied vorbehalten sind:

- Beschränkungen der Anzahl der Dienstleistungserbringer in Form von Quoten, Monopolen, Alleinerbringungsrechten oder wirtschaftlichen Notwendigkeitsnachweisen (lit. a);
- Beschränkungen des Gesamtwertes der Dienstleistungsgeschäfte oder des Betriebsvermögens in Form von Quoten oder wirtschaftlichen Notwendigkeitsnachweisen (lit. b);
- Beschränkungen der Gesamtzahl der Dienstleistungstätigkeiten oder des Gesamtvolumens erbrachter Dienstleistungen in Form von Quoten oder wirtschaftlichen Notwendigkeitsnachweisen (lit. c);
- Beschränkungen der Gesamtzahl der in einem Dienstleistungssektor beschäftigten natürlichen Personen in Form von Quoten oder wirtschaftlichen Notwendigkeitsnachweisen (lit. d);
- Maßnahmen, die bestimmte Formen von Dienstleistungserbringern verlangen (lit. e);
- Beschränkung der ausländischen Kapitalbeteiligung durch Festsetzung von prozentualen Höchstgrenzen oder des Gesamtwerts (lit. f).

Außer der fünften Kategorie beziehen sich die fünf übrigen auf mengenmäßige Beschränkungen und stellen keine Anforderungen an die Qualität der Dienstleistungserbringungen.¹⁶⁹ Hervorzuheben ist, dass Beschränkungen in lit. a-d nur die Höchstgrenze betreffen. Hat eine Beschränkung Mindestanforderungen an Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer zum Gegenstand, findet Art. XVI dann keine Anwendung. Denkbar ist allerdings ein Verstoß gegen die Inländerbehandlung nach Art. XVII oder gegen innerstaatliche Regelungen nach Art. VI Abs. 5 GATS.¹⁷⁰

¹⁶⁹ *Mattoo*, National Treatment in the GATS-Corner-Stone or Pandora's Box?, JWT 1997, Nr. 1, S. 107 (109 f.).

¹⁷⁰ Vgl. Beschluss des GATS-Rats vom 23. März 2001, *Guidelines for the Scheduling of Specific Commitments under the GATS*, WTO-Dok. S/L/92, Ziff. 11 (abrufbar unter: <http://docsonline.wto.org>). Gemäß Art VI. Abs. 5 GATS darf das WTO-Mitglied in Bereichen, in denen spezifische Verpflichtungen übernommen sind, keine

Gemäß dessen Art. I Abs. 1 in Verbindung mit der Präambel gilt das GATS für die den Dienstleistungshandel beeinträchtigenden Maßnahmen. Daraus ist zu schließen, dass sich die verbotenen Maßnahmen nicht allein gegen ausländische Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer richten und auch diejenigen erfasst sind, die nichtdiskriminierend in- und ausländische Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer regeln. Insofern dient das GATS auch der Liberalisierung des Dienstleistungshandels für Inländer, da es keinen Sinn hätte, inländische Dienstleistungserbringer von einem Dienstleistungssektor auszuschließen, dessen Tür schon den ausländischen Dienstleistungserbringern geöffnet ist.

2) Die Inländerbehandlung

Der Inländerbehandlung im GATS kommt größere Bedeutung zu als der im GATT 1994, da im Vergleich zu Waren, die in der Regel an der Grenze durch Zölle belastet werden, die Dienstleistung normalerweise der innerstaatlichen Regelung des WTO-Mitglieds unterliegt.¹⁷¹

Die Inländerbehandlung ist in Art. XVII GATS geregelt. Danach ist jedes WTO-Mitglied verpflichtet, in den in seiner Positivliste angeführten Dienstleistungssektoren und unter den dort festgelegten Voraussetzungen Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern eines anderen WTO-Mitglieds hinsichtlich aller die Dienstleistungserbringung beeinträchtigenden Maßnahmen eine Behandlung zu gewähren, die nicht weniger günstig ist als die, die es seinen eigenen gleichartigen Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern gewährt. Sie zielt darauf, faire Wettbewerbsbedingungen für in- und ausländische Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer zu schaffen, da gemäß Art. XVII Abs. 3 eine Behandlung als weniger günstig zu bejahen ist, wenn die Wettbewerbsbedingungen zugunsten gleichartiger inländischer Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer durch fragliche Maßnahmen verändert werden, wobei es keine Rolle spielt, ob die geringere Begünstigung in formal gleicher oder unterschiedlicher Behandlung besteht.

Beim Eintritt der Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen für ausländische Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer kann sich das WTO-Mitglied allerdings auf Fn. 10 zu Art. XVII berufen, um sich von der Verpflichtung zur Inländerbehandlung zu befreien, wonach die Inländerbehandlung im GATS nicht so ausgelegt werden soll, dass ein WTO-Mitglied für Wettbewerbsnachteile Ausgleich gewähren muss, die der Auslandseigenschaft von Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringern eines anderen WTO-Mitglieds inhärent sind. Wenn eine Maßnahme eine formal gleiche Behandlung der in- und ausländische Dienstleistungen

Lizenz- und Qualifikationsvoraussetzungen oder Normen betreffend technische Standards anwenden, die nicht auf objektiven und durchschaubaren Kriterien beruhen, belastender sind als nötig, um die Qualität der Dienstleistung zu gewährleisten, oder im Fall von Lizenzverfahren an sich die Dienstleistungserbringung beschränken und vernünftigerweise zum Zeitpunkt der Eingehung der spezifischen Verpflichtungen von dem betreffenden Mitglied nicht erwartet werden konnten.

¹⁷¹ Vgl. *Europäische Kommission*, GATS, S. 31.

oder Dienstleistungserbringer vorsieht, stellt sich deshalb die Frage, ob die daraus resultierenden Wettbewerbsnachteile für ausländische Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer durch Fn. 10 gerechtfertigt sind oder einen Verstoß gegen die Inländerbehandlung darstellen. Für die Antwort kommt es auf das Verhältnis der fraglichen Maßnahme zur mit ihr verfolgten Zielsetzung an: ein Wettbewerbsnachteil für ausländische Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer ist dann als der Auslandseigenschaft inhärent anzusehen, wenn das WTO-Mitglied mit weniger benachteiligenden Maßnahmen sein Ziel nicht realisieren kann.¹⁷²

Die Verpflichtungen zur Inländerbehandlung und zum Marktzugang sind zusammen den spezifischen Verpflichtungen des WTO-Mitglieds zuzuordnen. Fraglich ist deshalb, ob ein ausländischer Dienstleistungserbringer aufgrund der Inländerbehandlung das Recht auf Marktzugang verlangen kann. Ein solcher Fall ist gegeben, wenn z.B. ein WTO-Mitglied in einem Dienstleistungssektor uneingeschränkt die Inländerbehandlung gewährt und bei seinen Verpflichtungen zum Marktzugang jedoch eine bestimmte Anzahl der sich in diesem Dienstleistungssektor betätigenden ausländischen Unternehmen festsetzt, während die betreffenden innerstaatlichen Regelungen jedoch keine Beschränkung der Anzahl für inländische Unternehmen vorsehen. Dem Wortlaut von Art. XVII Abs. 1 nach findet die Inländerbehandlung Anwendung auf alle Maßnahmen, die die Dienstleistungserbringung beeinträchtigen. Daraus lässt sich folgern, dass die Inländerbehandlung auch für Regelungen zum Marktzugang gilt.¹⁷³ Darüber hinaus bestätigt Art. XX Abs. 2 Satz 1 GATS auch die Möglichkeit, dass eine Maßnahme gleichzeitig die beiden Grundsätze verletzen kann und sieht vor, dass Maßnahmen, die sowohl mit Inländerbehandlung als auch mit Regelungen zum Marktzugang nicht vereinbar sind, in der Marktzugangsspalte in der Positivliste einzutragen sind. Der Auffassung, dass sich die Inländerbehandlung auch auf Regelungen zum Marktzugang ausdehnen kann, ist allerdings mit Art. XX Abs. 2 Satz 2 entgegenzutreten,¹⁷⁴ wonach der Eintrag einer Maßnahme, die gleichzeitig gegen die Inländerbehandlung und Regelungen zum Marktzugang verstößt, in der Marktzugangsspalte auch als Bedingung oder Einschränkung zur Inländerbehandlung gilt.¹⁷⁵ Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass, solange sich ein WTO-Mitglied eine diskriminierende Maßnahme hinsichtlich der Regelungen zum Marktzugang in seiner Positivliste vorbehält, sie nicht durch Inländerbehandlung aufgehoben werden kann.

c. Das TRIPs-Übereinkommen

Das geistige Eigentum als eine Form der Investition ist allgemein in bilateralen und regionalen Investitionsabkommen anerkannt. Das im Bereich des Schutzes des

¹⁷² Siehe dazu *Sidhu*, Die Regelung von Direktinvestitionen in der WTO, S. 252.

¹⁷³ *Mattoo*, National Treatment in the GATS-Corner-Stone or Pandora's Box?, JWT 1997, Nr. 1, S. 107 (115 f.).

¹⁷⁴ *Michaelis*, Dienstleistungshandel (GATS), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S. 375 (400, Rn. 71 ff.).

¹⁷⁵ Art. XX Abs. 2 GATS lautet „*Measures inconsistent with both Articles XVI (Regelungen zum Marktzugang) and XVII (Inländerbehandlung) shall be inscribed in the column relating to Article XVI. In this case the inscription will be considered to provide a condition or qualification to Article XVII as well.*“

geistigen Eigentums geltende Territorialitätsprinzip, nach dem ein geistiges Eigentumsrecht nur innerhalb der Grenzen des dieses Recht verleihenden Staates wirkt,¹⁷⁶ macht eine Zusammenarbeit auf der internationalen Ebene notwendig, da schlechter Rechtsschutz des geistigen Eigentums im Ausland dazu führen wird, die geistiges Eigentum verkörpernden Produkten nicht oder nur sehr selten dorthin auszuführen. So besteht schon vor dem Inkrafttreten des TRIPs-Übereinkommens eine Reihe von internationalen Vertragswerken, die dem Schutz des geistigen Eigentums dienen und später der einheitlichen Verwaltung der im Jahre 1967 gegründeten Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) unterliegen.¹⁷⁷ Angesichts jedoch der immer größer werdenden wirtschaftlichen Bedeutung des geistigen Eigentums und der damit verbundenen Zunahme von Piratenwaren wurden die Schwächen des vor dem TRIPs-Übereinkommen existierenden Schutzsystems des geistigen Eigentums hervorgehoben, die nicht durch einseitige Maßnahmen und bilaterale Abkommen überwunden werden konnten.¹⁷⁸ Vor diesem Hintergrund wurde im Juli 1985 von den USA initiiert, die Verhandlungen über den Schutz des geistigen Eigentums in die neue GATT-Runde einzuschließen.¹⁷⁹ Obwohl in der Ministererklärung von *Punta del Este* über die Uruguay-Runde vom 20. September 1986¹⁸⁰ die „handelsbezogenen Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum einschließlich des Handels mit nachgeahmten Waren“ als eines der Verhandlungsthemen der Uruguay-Runde festgeschrieben werden, waren sowohl die Festlegung des Verhandlungsmandats als auch die substantiellen Verhandlungen durch Meinungsverschiedenheiten von Industrie- und Entwicklungsländern geprägt.¹⁸¹ Dass das TRIPs-Übereinkommen trotzdem zustande kam, ist auf drei Gründe

¹⁷⁶ Zum Territorialitätsprinzip siehe *Buck*, Geistiges Eigentum und Völkerrecht, S. 22 ff. Das Urheberrecht bedarf zwar keines staatlichen Verleihungsakts. Da aber der Schutz des Urheberrechts durch das nationale Recht gewährt wird, das sich wieder auf ein bestimmtes Staatsgebiet beschränkt, gilt deshalb auch für es dasselbe Prinzip. Siehe dazu *Kotthoff*, in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, S. 1146 Rn. 4; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 80.

¹⁷⁷ Dazu gehören im Wesentlichen die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883, zuletzt revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (BGBl. 1970 II, S. 1073), die Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst vom 9. September 1886, zuletzt revidiert in Paris am 24. Juli 1971 (BGBl. 1973 II, S. 1069), das internationale Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen vom 26. Oktober 1961 (BGBl. 1965 II, S. 1245), das Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken vom 14. April 1891, zuletzt revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (BGBl. 1970 II, S. 293), das Madrider Abkommen über die Unterdrückung falscher oder irreführender Herkunftsangaben vom 14. April 1891, zuletzt revidiert in Lissabon am 31. Oktober 1958 (BGBl. 1961 II, S. 273), das Haager Abkommen über die internationale Hinterlegung gewerblicher Muster und Modelle vom 6. November 1925, revidiert in Den Haag am 28. November 1980 (BGBl. 1962 II, S. 774) und in Genf am 2. Juli 1999, der Vertrag über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens vom 19. Juni 1970 (BGBl. 1976 II, S. 975) und der Budapester Vertrag über die internationale Anerkennung der Hinterlegung von Mikroorganismen für die Zwecke von Patentverfahren vom 28. April 1977 (BGBl. 1980 II, S. 1104). Zitiert aus *Stoll/Raible*, Schutz geistigen Eigentums und das TRIPs-Abkommen, in *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, S. 565 (569, Fn. 3).

¹⁷⁸ Vgl. *Reger*, Der internationale Schutz gegen unlauteren Wettbewerb und das TRIPs-Übereinkommen, S. 61 ff.; *Katzenberger*, TRIPs und das Urheberrecht, GRUR Int. 1995, S. 447 (450 ff.); *Stahelin*, Das TRIPs-Abkommen, S. 17 ff., wonach sich die Schwächen vor allem in der geringen Anzahl der beteiligten Staaten, in der Unmöglichkeit einer rechtzeitigen Fortentwicklung der existierenden Abkommen zur Anpassung an die neuen Situationen, in den fehlenden Regelungen zur Durchsetzung der geschützten geistigen Eigentumsrechte sowie im erfolglosen Streitbeilegungsmechanismus niederschlagen.

¹⁷⁹ *Buck*, Geistiges Eigentum und Völkerrecht, S. 167; *Christians*, Immaterialgüterrechte und GATT, S. 40.

¹⁸⁰ Abgedruckt in *Hummer/Weiss*, Vom GATT' 47 zur WTO' 94, S. 280 ff.

¹⁸¹ Ausführlich dazu *Reger*, Der internationale Schutz gegen unlauteren Wettbewerb und das TRIPs-Übereinkommen, S. 70 ff.

zurückzuführen.¹⁸² Zum ersten ist es Entwicklungsländern bewusst, dass ein ausreichender Schutz des geistigen Eigentums für den Anreiz der ausländischen Investition von wichtiger Bedeutung ist. Zum zweiten ist der Abschluss des TRIPs-Übereinkommens mit dem Genuss der Vorzüge aus dem Freihandel in den Bereichen Landwirtschaft und Textilien verbunden, in denen Entwicklungsländer gegenüber Industrieländern im Vorteil sind. Da Landwirtschaft und Textilien und Bekleidung auch Verhandlungsthemen der Uruguay-Runde sind, konnten die Entwicklungsländer die Vorzüge daraus nur in Form eines Verhandlungspakets erreichen (sog. Globalitätsprinzip des GATT).¹⁸³ Zum dritten würden sich die Entwicklungsländer im Fall des Scheiterns der Verhandlungen vor die unilateralen Sanktionen der USA stellen, da nach „*Special 301*“ des vom US-Kongress im Jahre 1988 verabschiedeten „*Omnibus Trade and Competitiveness Act*“ nicht ausreichender Schutz geistigen Eigentums für „unfaire Handelspraxis“ erklärt wird, was zu Handelssanktionen der USA gegenüber Entwicklungsländern führen könnte.¹⁸⁴

Das TRIPs-Übereinkommen stellt sich als ein umfangreiches multilaterales Vertragswerk zum Schutz des geistigen Eigentums dar. Das TRIPs-Übereinkommen setzt die vor ihm bestehenden internationale Abkommen in demselben Bereich nicht außer Kraft (Vgl. Art. 2 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens). Sie erfahren durch dessen Entstehung vielmehr eine Erweiterung ihres Geltungsbereichs. Denn die Verweisung zahlreicher Vorschriften des TRIPs-Übereinkommens auf schon bestehende internationale Abkommen macht es möglich, dass ein WTO-Mitglied, das z.B. zwar kein Unterzeichnerstaat der Pariser Verbandsübereinkunft ist, auch ihre Vorschriften einhalten muss.

Das TRIPs-Übereinkommen enthält keine abstrakte Definition des Begriffs „geistiges Eigentum“. Art 1. Abs. 2 stellt nur klar, dass sich das „geistige Eigentum“ im TRIPs-Übereinkommen auf die in Abschnitten 1 bis 7 des II. Teils ausdrücklich genannten sieben Typen geistiger Eigentumsrechte beschränkt. Daraus ist zu schließen, dass zukünftig entstehende Immaterialgüter nicht unter den Anwendungsbereich des TRIPs-Übereinkommens fallen.¹⁸⁵ Wesentlichen Inhalt des TRIPs-Übereinkommens bilden die allgemeine Verpflichtung des WTO-Mitglieds zur Inländerbehandlung und Meistbegünstigung, der Mindestschutz der einzelnen geistigen Eigentumsrechte sowie die Regelungen zu ihrer Durchsetzung. Die folgende Darstellung beschäftigt sich mit den ersten zwei Kategorien. Auf die Durchsetzung der einzelnen Rechte wird im nächsten Kapitel in Verbindung mit der Umsetzung des TRIPs-Übereinkommens in der VR China eingegangen.

¹⁸² Michaelis/Bender, Handelsrelevante Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPS), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S.435 (441, Rn. 14).

¹⁸³ Siehe dazu *Reger*, Der internationale Schutz gegen unlauteren Wettbewerb und das TRIPS-Übereinkommen, S. 63 f.

¹⁸⁴ Siehe *Pacón*, Was bringt TRIPS den Entwicklungsländern?, GRUR Int. 1995, S. 875 (876); *Blume*, Produkt- und Markenpiraterie in der VR China: Recht und Rechtsdurchsetzung, China Analysis No. 54, S. 9 f.

¹⁸⁵ Michaelis/Bender, Handelsrelevante Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPS), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S.435 (442, Rn. 17).

aa. Die Inländerbehandlung

Die Inländerbehandlung ist ein grundlegender Grundsatz im Bereich des Schutzes des geistigen Eigentums und in fast allen internationalen Vertragswerken dazu verankert.¹⁸⁶ Gemäß Art. 3 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens ist das WTO-Mitglied verpflichtet, den Staatsangehörigen der anderen WTO-Mitglieder eine Behandlung zu gewähren, die nicht weniger günstig ist als diejenige, die es seinen eigenen Staatsangehörigen in Bezug auf den Schutz des geistigen Eigentums gewährt. Für die Bestimmung des personellen Schutzbereichs des TRIPs-Übereinkommens gelten die entsprechenden Normen der inkorporierten Abkommen (Art. 1 Abs. 3). Danach sind hinsichtlich des gewerblichen Eigentums den Staatsangehörigen eines WTO-Mitglieds diejenigen natürlichen oder juristischen Personen gleichzustellen, die zwar keine Staatsangehörigkeit dieses WTO-Mitglieds, jedoch auf dessen Hoheitsgebiet ihren Wohnsitz oder tatsächliche und nicht nur zum Schein bestehende gewerbliche oder Handelsniederlassungen haben.¹⁸⁷ In Bezug auf das Urheberrecht genießen die Inländerbehandlung auch die keinem WTO-Mitglied angehörenden Urheber, sofern sie ihre Werke zum ersten Mal in einem WTO-Mitglied oder gleichzeitig in einem Nicht-WTO-Mitglied und in einem WTO-Mitglied veröffentlichen oder sie in einem WTO-Mitglied ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.¹⁸⁸

Der sachliche Anwendungsbereich der Inländerbehandlung erstreckt sich nach Fn. 3 zu Art. 3 über die im TRIPs-Übereinkommen festgelegten Mindestrechte hinaus auf alle innerstaatlichen Normen, die die Verfügbarkeit, den Erwerb, den Umfang, die Aufrechterhaltung, die Durchsetzung sowie die Verwendung von Rechten des geistigen Eigentums betreffen.

Die Bestimmung der Ausnahmefälle von der Inländerbehandlung werden auch auf die entsprechenden Regelungen der Pariser Verbandsübereinkunft, der Berner Übereinkunft, des internationalen Abkommens über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (Rom-Abkommens) sowie des Vertrags über den Schutz des geistigen Eigentums im Hinblick auf integrierte Schaltkreise (IPIC-Vertrags)¹⁸⁹ verwiesen.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Vgl. *Buck*, Geistiges Eigentum und Völkerrecht, S. 75; *Reger*, Der internationale Schutz gegen unlauteren Wettbewerb und das TRIPs-Übereinkommen, S. 78.

¹⁸⁷ Vgl. Art. 3 der Pariser Verbandsübereinkunft.

¹⁸⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b und Art. 3 Abs. 2 der Berner Übereinkunft.

¹⁸⁹ Abgedruckt in GRUR Int. 1989, S. 772 ff.

¹⁹⁰ Gemäß Art. 2 Abs. 3 der Pariser Verbandsübereinkunft und Art. 5 Abs. 2 des IPIC-Vertrags sind vor allem die Rechtsvorschriften über das gerichtliche und das Verwaltungsverfahren von der Inländerbehandlung ausnehmbar (Solche Ausnahmen erfahren durch Art. 3 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens allerdings insofern gewisse Beschränkungen, als dort vorgesehen wird, dass sie notwendig sein müssen, um die Einhaltung von mit dem TRIPs-Übereinkommen vereinbarem nationalem Recht sicherzustellen, und keine verschleierte Handelsbeschränkung bilden.). Die Berner Übereinkunft enthält zwar keine ausdrücklichen Ausnahmeregelungen. Da aber ihre Normen über die Werke der angewandten Kunst (Art. 2 Abs. 7), die Schutzdauer (Art. 7 Abs. 8) und das Folgerecht (Art. 14^{ter}) Bezug auf das nationale Recht des Ursprungslands der Werke nehmen, ist eine Abweichung von der Inländerbehandlung insofern auch denkbar. Gemäß Art. 2 Abs. 2 des Rom-Übereinkommens ist die Inländerbehandlung nur unter ausdrücklich in Art. 4-6 vorgesehenen Voraussetzungen zu gewähren. Im Fall

bb. Die Meistbegünstigung

Die Meistbegünstigung im TRIPs-Übereinkommen besagt, dass alle Vorteile in Bezug auf den Schutz des geistigen Eigentums, die von einem WTO-Mitglied den Staatsangehörigen eines anderen WTO-Mitglieds gewährt werden, unmittelbar und bedingungslos den Staatsangehörigen aller anderen WTO-Mitglieder gewährt werden sollen (Art. 4 des TRIPs-Übereinkommens).

In keinem der vor dem TRIPs-Übereinkommen bestehenden multilateralen Vertragswerke zum Schutz des geistigen Eigentums ist eine Meistbegünstigungsklausel festgeschrieben,¹⁹¹ da das Bedürfnis eines Staates im Bereich des geistigen Eigentums, Sonderabkommen mit anderen Staaten abzuschließen zu können, vielmehr anerkannt ist.¹⁹² Für die Einführung des Grundsatzes der Meistbegünstigung in das TRIPs-Übereinkommen sind zwei Gründe verantwortlich:¹⁹³ zum einen fanden die Verhandlungen über das TRIPs-Übereinkommen unter dem Dach des GATT statt, zu dessen Grundsätzen auch die Meistbegünstigung gehört; zum anderen hob der Versuch der USA und der EG während der TRIPs-Verhandlungen, den Immaterialgüterschutz durch bilaterale Vereinbarungen mit Nicht-Mitgliedsstaaten der bestehenden multilateralen Abkommen zum Schutz des geistigen Eigentums zu verbessern, das Problem der unterschiedlichen Behandlung von Ausländern selbst hervor.

Trotz ihrer Wirkung, eine Gleichstellung von Ausländern untereinander zu schaffen, begegnete die Einführung der Meistbegünstigung in ein multilaterales Abkommen zum Schutz des geistigen Eigentums auch Gegenstimmen.¹⁹⁴ Bemängelt wird in erster Linie, dass das sich aus der Meistbegünstigung ergebende Problem des sog. „Trittbrettfahreffekts“ die Erhöhung des Schutzniveaus des geistigen Eigentums durch bilaterale Abkommen verhindern wird.¹⁹⁵ Um dieses Problem zu vermeiden, sieht Art. 4 Satz 2 des TRIPs-Übereinkommen einige Ausnahmen von der Verpflichtung zur Meistbegünstigung vor. Dazu gehören die Vorteile,

- die sich aus internationalen Abkommen über Rechtshilfe oder Vollstreckung ergeben, sofern sie allgemeiner Natur sind und nicht speziell den Schutz des geistigen Eigentums zum Zweck haben;
- die gemäß der Berner Übereinkunft oder des Rom-Abkommens aufgrund der

der Nichterfüllung der einschlägigen Voraussetzungen entfaltet die Verpflichtung zur Inländerbehandlung keine Verbindlichkeit für den Unterzeichnerstaat.

¹⁹¹ Vgl. *Buck*, Geistiges Eigentum und Völkerrecht, S. 84 f.

¹⁹² *Faupel*, GATT und geistiges Eigentum, GRUR Int. 1990, S. ff. (265). Art. 19 der Pariser Verbandsübereinkunft lautet z.B.: „Es besteht Einverständnis darüber, dass die Verbandsländer sich das Recht vorbehalten, einzeln untereinander Sonderabkommen zum Schutz des gewerblichen Eigentums zu treffen, sofern diese Abkommen den Bestimmungen dieser Übereinkunft nicht zuwiderlaufen.“

¹⁹³ Vgl. *Drexler*, Entwicklungsmöglichkeiten des Urheberrechts im Rahmen des GATT, S. 341 f.

¹⁹⁴ Vgl. zusammenfassend *Michaelis/Bender*, Handelsrelevante Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPs), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S.435 (444, Rn. 24).

¹⁹⁵ So z.B. *Buck*, Geistiges Eigentum und Völkerrecht, S. 87.

- in einem anderen Land gewährten Behandlung, nicht aber aufgrund der Inländerbehandlung zu gewähren sind;¹⁹⁶
- die sich auf die nicht im TRIPs-Übereinkommen geregelten Rechte von ausübenden Künstlern, Herstellern von Tonträgern und Sendeunternehmen beziehen;
 - die sich aus den vor dem TRIPs-Übereinkommen bestehenden internationalen Abkommen zum Schutz des geistigen Eigentums ableiten,¹⁹⁷ sofern sie dem TRIPs-Rat notifiziert werden und keine willkürliche oder ungerechtfertigte Diskriminierung von Ausländern untereinander darstellen.

cc. Die Mindestrechte

Die Inländerbehandlung und Meistbegünstigung stellen zwar jeweils die Gleichstellung von In- und Ausländern sowie von Ausländern untereinander sicher. Sie können aber das innerstaatliche Schutzniveau des geistigen Eigentums eines WTO-Mitglieds nicht verbessern. Dieser Mangel wird durch die Festlegung der Mindestrechte im TRIPs-Übereinkommen beseitigt, indem sie einen Mindeststandard für den Schutz einzelner Immaterialgüter festlegen, zu dessen Umsetzung das WTO-Mitglied verpflichtet ist.¹⁹⁸ Damit wird sichergestellt, dass das geistige Eigentum auf einem bestimmten, allen WTO-Mitgliedern akzeptablen Niveau geschützt werden kann. Außerdem ergänzen die Mindestrechte die Inländerbehandlung insofern, als beispielsweise das nationale Recht eines WTO-Mitglieds für einen Typ der nach dem TRIPs-Übereinkommen zu schützenden geistigen Eigentumsrechte keinen Rechtsschutz vorsähe und die Inländerbehandlung deshalb nicht geltend gemacht werden könnte.¹⁹⁹

Die Regelungen zu den Mindestrechten für den Schutz einzelner Immaterialgüter finden sich in Art. 9-39 des TRIPs-Übereinkommens, wo die Vorgaben von der Bestimmung des sachlichen Schutzbereichs, den Schutzvoraussetzungen, den Rechten des Rechtsinhabers, der Schutzdauer sowie den Ausnahmen enthalten sind. Schutzfähig sind danach sieben Typen geistiger Eigentumsrechte: das Urheberrecht und die ihm verwandten Rechte, Marken, geographische Angaben, gewerbliche Muster und Modelle, Patente, Layout-Designs (Topographien) integrierter Schaltkreise sowie die nicht offenbarten Informationen. Im Folgenden wird eine Übersicht gegeben.

¹⁹⁶ Wie z.B. die Vorteile bezüglich des in Fn. 190 dieser Arbeit erwähnten Folgerrechts und der Schutzdauer.

¹⁹⁷ Davon erfasst sind sowohl bilaterale als auch multilaterale Abkommen. Vgl. *Katzenberger*, TRIPS und das Urheberrecht, GRUR Int. 1995, S. 447 (461).

¹⁹⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens.

¹⁹⁹ Vgl. *Stahelin*, Das TRIPs-Abkommen, S. 26.

1) Das Urheberrecht und die ihm verwandten Rechte

1.1 Das Urheberrecht

Im Wesentlichen wird das Urheberrecht im TRIPs-Übereinkommen durch die Verweisung auf die entsprechenden Normen der Berner Übereinkunft geregelt,²⁰⁰ da angesichts des durch letztere für das Urheberrecht gewährten hohen Schutzniveaus die Verhandlungen über dasselbe Thema nicht notwendig waren.²⁰¹ Allerdings ist das WTO-Mitglied nicht verpflichtet, Art. 6^{bis} der Berner Übereinkunft auch einzuhalten, der die Urheberpersönlichkeitsrechte betrifft. Die Entstehung dieser Ausnahmeregelung ist auf den Widerstand der USA zurückzuführen.²⁰²

Gemäß Art. 9 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 der Berner Übereinkunft fallen unter den Schutzbereich des Urheberrechts „alle Erzeugnisse auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst, ohne Rücksicht auf die Art und Form des Ausdrucks.“ Der urheberrechtliche Schutz beschränkt sich nach Art. 9 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens allein auf Ausdrucksformen. Ideen, Verfahren, Arbeitsweisen oder mathematische Konzepte als solche sind urheberrechtlich nicht schutzfähig, da sie sonst monopolisiert werden könnten, was den Interessen der Allgemeinheit zuwiderlaufen würde.²⁰³ Dieser urheberrechtliche Grundsatz ist auch in verschiedenen nationalen Rechten erkennbar.²⁰⁴

Gemäß der ins TRIPs-Übereinkommen inkorporierten Berner Übereinkunft genießen der Urheber und sein Rechtsnachfolger das Recht, über jede Vervielfältigung, Aufführung oder ähnliche Öffentlichmachung zu bestimmen (Art. 9-14 der Berner Übereinkunft).²⁰⁵ Im Vergleich zu der Berner Übereinkunft sieht das TRIPs-Übereinkommen zwei Neuerungen vor: die Schutzfähigkeit von Computerprogrammen und Datensammlungen als Werke der Literatur sowie die Vermietrechte des Urhebers von Computerprogrammen und Filmen.

Computerprogramme sind nicht ausdrücklich als Schutzgegenstände der Berner Übereinkunft in deren Art. 2 Abs. 1 festgeschrieben. Denkbar ist deshalb, dass sie als Werke der angewandten Kunst geschützt werden und damit bestimmte Schutzeinschränkungen gemäß Art. 2 Abs. 7 und Art. 7 Abs. 4 der Berner Übereinkunft erfahren würden.²⁰⁶ Die Anerkennung, dass Computerprogramme nach

²⁰⁰ Vgl. Art. 9 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens.

²⁰¹ Reinbothe, Der Schutz des Urheberrechts und der Leistungsschutzrechte im Abkommensentwurf GATT/TRIPs, GRUR Int. 1992, S. 707 (708).

²⁰² Siehe dazu Staehelin, Das TRIPs-Abkommen, S. 32 f.

²⁰³ Vgl. Schack, Urheberrecht- und Urhebervertragsrecht, S. 87 ff., Rn. 166-168 und S. 8, Rn. 17; v. Gamm, in Mestmäcker/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtskommentar, Band 1.1, S. 13, Rn. 23.

²⁰⁴ Stoll/Raible, Schutz geistigen Eigentums und das TRIPs-Abkommen, in Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, S. 565 (576, Rn. 19).

²⁰⁵ Michaelis/Bender, Handelsrelevante Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPs), in Hilf/Oeter, WTO-Recht, S. 435 (448, Rn. 36).

²⁰⁶ So Reinbothe, Der Schutz des Urheberrechts und der Leistungsschutzrechte im Abkommensentwurf GATT/TRIPs, GRUR Int. 1992, S. 707 (709); Stoll/Raible, Schutz geistigen Eigentums und das

Art. 10 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens als „Werke der Literatur“ zu schützen sind, sollte dieses Problem vermeiden. Die Schutzzfähigkeit von Datensammlungen²⁰⁷ setzt gemäß Art. 10 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens voraus, dass sie aufgrund der Auswahl oder Anordnung ihres Inhalts geistige Schöpfungen bilden, wobei es keine Rolle spielt, ob die gesammelten Daten selbst urheberrechtlich schutzfähig sind. Das TRIPs-Übereinkommen enthält allerdings keine einschlägigen Regeln zur Frage, wann die Entstehung der geistigen Schöpfungen zu bejahen ist. Die Herausbildung der Kriterien dafür ist deshalb vielmehr von der Panel-Praxis der WTO zu erwarten.

Art. 11 des TRIPs-Übereinkommens verpflichtet das WTO-Mitglied, zumindest in Bezug auf Computerprogramme und Filmwerke den Urhebern und ihren Nachfolgern das Recht zu verleihen, die gewerbliche Vermietung von ihren urheberrechtlich geschützten Werken zu gestalten oder zu verbieten. Das Vermietrecht für Filmwerke kann allerdings gemäß Art. 11 Satz 2 des TRIPs-Übereinkommens nur dann beansprucht werden, wenn die Vermietung zu einer weiten Vervielfältigung der Filmwerke führt, so dass das ausschließliche Vervielfältigungsrecht des Urhebers erheblich beeinträchtigt wird. Diese Ausnahmeregelung ist darauf zurückzuführen, dass die Einführung eines urheberrechtlichen Vermietrechts für viele Staaten nur dort akzeptabel ist, wo das Vermieten „zum weitverbreiteten unkontrollierten (privaten) Vervielfältigen führt“.²⁰⁸ Das Vermietrecht für Computerprogramme erfährt seine Einschränkung in Art. 11 Satz 3 des TRIPs-Übereinkommens, wonach das WTO-Mitglied von seiner Verpflichtung zur Gewährung des Vermietrechts befreit wird, wenn das Programm selbst kein wesentlicher Gegenstand der Vermietung ist. Damit soll der mögliche Missbrauch vom Vermietrecht für Computerprogramme vermieden werden, wenn beispielsweise ein zu vermietendes Notebook bestimmte Softwares enthält.

Die Schutzdauer des Urheberrechts beträgt mindestens 50 Jahre ab dem Tod des Urhebers (Art. 9 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 der Berner Übereinkunft) oder ab dem Ende des Kalenderjahres der Veröffentlichung oder der Herstellung des Werkes (Art. 12 des TRIPs-Übereinkommens).

Die Ausnahmen vom Schutz des Urheberrechts im TRIPs-Übereinkommen beschränken sich gemäß Art. 13 des TRIPs-Übereinkommens auf „bestimmte Sonderfälle, die weder die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzen.“ Diese drei unscharfen Kriterien erfahren durch den Panel-Report im Fall *United States - Section 110(5) of US Copyright Act* vom 15. Juni 2000 eine Klarstellung.²⁰⁹

TRIPs-Abkommen, in *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, S. 565 (576, Rn. 20).

²⁰⁷ Art. 2 Abs. 5 der Berner Übereinkunft sieht zwar vor, dass Sammlungen von Werken der Literatur oder Kunst als solche zu schützen sind. Da aber es sich bei Daten in der Regel um Fakten handelt, ist deshalb zweifelhaft, ob auch Datensammlungen gemäß der Berner Übereinkunft schutzfähig sind. Vgl. *Stahelin*, Das TRIPs-Abkommen, S. 36.

²⁰⁸ *Reinbothe*, Der Schutz des Urheberrechts und der Leistungsschutzrechte im Abkommensentwurf GATT/TRIPs, GRUR Int. 1992, S. 707 (710).

²⁰⁹ Panelreport *United States - Section 110(5) of US Copyright Act* (WT/DS160/R) ist auf der WTO-Webseite

1.2 Die verwandten Rechte

Trotz der Unterschiedlichkeit des kontinentaleuropäischen Urheberrechtssystems und des anglo-amerikanischen Copyright-Systems wird der Schutz von ausübenden Künstlern, Herstellern von Tonträgern und Sendeunternehmen ins TRIPs-Übereinkommen aufgenommen.²¹⁰ Ausübende Künstler haben gemäß Art. 14 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens die Möglichkeit, die Aufzeichnung und die Vervielfältigung ihrer nicht festgelegten Darbietung sowie die Sendung auf drahtlosem Wege und die öffentliche Übertragung ihrer lebenden Darbietung ohne ihre Erlaubnis zu verhindern. Dem Hersteller von Tonträgern wird nach Art. 14 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens das Recht eingeräumt, die Vervielfältigung ihrer Tonträger zu bestimmen. Darüber hinaus gilt das oben erwähnte Vermietrecht in Bezug auf Computerprogramme auch für Hersteller von Tonträgern (Art. 14 Abs. 4 des TRIPs-Übereinkommens). Die Schutzrechte der Sendeunternehmen erstrecken sich gemäß Art. 14 Abs. 3 des TRIPs-Übereinkommens darauf, die Aufzeichnung, die Vervielfältigung von Aufzeichnungen und die Weitersendung ihrer Sendungen auf drahtlosem Wege sowie öffentliche Übertragung ihrer Fernsendungen zu untersagen.

Die Schutzdauer von ausübenden Künstlern und Herstellern von Tonträgern beträgt mindestens 50 Jahre ab dem Ende des Kalenderjahres, in dem die Aufzeichnung vorgenommen wurde oder die Darbietung stattfand. Die Schutzdauer der Sendeunternehmen beläuft sich auf mindestens 20 Jahre ab dem Ende des Kalenderjahres, in dem die Sendung stattfand.

2) Die Marken

Marken im Sinne des TRIPs-Übereinkommens sind alle Zeichen und jede Kombination von Zeichen, die geeignet sind, Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Art. 15 Abs. 1 Satz 1 des TRIPs-Übereinkommens).

Marken sind eintragungsfähig. Das WTO-Mitglied kann allerdings ihre Eintragung

abrufbar: <http://docsonline.wto.org>. Eine entsprechende Darstellung dazu siehe *Stoll/Raible*, Schutz geistigen Eigentums und das TRIPs-Abkommen, in *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, S. 565 (579f., Rn. 36-37). Danach liegt ein bestimmter Sonderfall vor, wenn die Beschränkung oder Ausnahme klar definiert ist und einen engen Anwendungsbereich hat (§ 6.112 des Panelreports). Eine normale Verwertung des Werkes bedeutet weniger als die volle Ausübung eines ausschließlichen Rechts (§ 6.167 des Panelreports) und die Beeinträchtigung kann nicht nur tatsächlich, sondern auch potentiell sein (§ 6.187 des Panelreports). Die Unzumutbarkeit der Beeinträchtigung der berechtigten Interessen des Rechtsinhabers ist zu bejahen, wenn die Beschränkung oder Ausnahme einen übermäßigen Einkommensverlust des Urhebers verursacht (§ 6.229 des Panelreports).

²¹⁰ Die Leistungen von ausübenden Künstlern (Musikern oder Schauspielern usw.) werden beispielsweise im kontinentaleuropäischen Urheberrechtssystem als dem Urheberrecht verwandte Rechte geschützt, da sie nur die vorhandenen Werke wiedergeben und keine neuen geistigen Schöpfungen zum Ausdruck bringen. Der Schutz von denselben Leistungen wird demgegenüber im anglo-amerikanischen Copyright-System dem Urheberrecht selbst zugeordnet. Zum Vergleich von beiden Systemen siehe *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 11 f., Rn. 24-27; *Michaelis/Bender*, Handelsrelevante Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPs), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S. 435 (449, Rn. 41).

von ihrer Unterscheidungskraft (Art. 15 Abs. 1 Satz 3), ihrer visuellen Wahrnehmbarkeit (Art. 15 Abs. 1 Satz 4) oder ihrer Benutzung (Art. 15 Abs.3 und Art. 19) oder anderen Voraussetzungen abhängig machen, solange solche Voraussetzungen nicht in Widerspruch zur Pariser Verbandsübereinkunft stehen. Danach können auch die Benutzung von Hoheitszeichen, amtlichen Prüfzeichen und Kennzeichen zwischenstaatlicher Organisationen (Art. 6^{ter} der Pariser Verbandsübereinkunft), die Verletzung der Rechte Dritter, der Verstoß gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung und die Täuschung des Publikums (Art. 6^{quinquies} B der Pariser Verbandsübereinkunft) Gründe für die Ablehnung des Antrags auf Eintragung einer Marke bilden. Ist eine Marke in einem WTO-Mitglied vorschriftsmäßig eingetragen, soll diese Marke so, wie sie ist, in den anderen WTO-Mitgliedern zur Hinterlegung zugelassen und geschützt werden (Art. 2 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommen in Verbindung mit Art. 6^{quinquies} A. 1 der Pariser Verbandsübereinkunft). Zu erwähnen ist allerdings, dass nach dem Appellate Body im Fall *US-Section 211*²¹¹ diese Regelung allein die Form der Marke betrifft. Dem WTO-Mitglied bleibt deshalb die Möglichkeit, die Eintragung einer Marke aus anderen Gründen (z.B. der Markeninhaberschaft) abzulehnen.²¹²

Der Inhaber einer eingetragenen Marke hat gemäß Art. 16 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens das ausschließliche Recht, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr gleiche oder ähnliche Zeichen für gleiche oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, solange diese Benutzung die Gefahr von Verwechslungen verursachen wird. Eine Verwechslungsgefahr wird vermutet, wenn eine gleiche Marke für gleiche Waren oder Dienstleistungen benutzt wird. Dem Inhaber einer Marke steht ferner das Recht zu, die Benutzung seiner Marke von ungerechtfertigten Belastungen durch besondere Erfordernisse zu befreien. Als Beispiele von solchen Erfordernissen nennt Art. 20 des TRIPs-Übereinkommens die Benutzung mit einer anderen Marke oder die der Unterscheidungskraft einer Marke schadende Benutzung. Das TRIPs-Übereinkommen sieht allerdings keine Kriterien dafür vor, wann die Belastung gerechtfertigt ist. Große Bedeutung kommt Art. 21 des TRIPs-Übereinkommens zu. Hiernach kann das WTO-Mitglied zwar die Bedingungen für die Vergabe von Lizenzen und die Übertragung von Marken festlegen. Zwangslizenzen sind aber ausdrücklich verboten. Der Grund dafür liegt darin, dass die wichtigste Funktion der Marke in der Kennzeichnung verschiedener Hersteller besteht und Zwangslizenzen von Marken regelmäßig die Verbraucher irreführen werden, da sie davon ausgehen werden, dass die Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke angeboten sind.²¹³

Durch das TRIPs-Übereinkommen zu schützen sind auch notorische Marken, sogar

²¹¹ Appellate Body Report *United States-Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998* vom 2. Januar 2002 (WT/DS176/AB/R) ist auf der WTO-Webseite abrufbar: <http://docsonline.wto.org>. Eine Zusammenfassung auf Chinesisch siehe *Zhang*, TRIPs xieding: lilun yu shijian (Das TRIPs-Übereinkommen: Theorie und Praxis), S. 221 ff.

²¹² Vgl. § 145 ff. des Appellate Body Reports.

²¹³ *Kur*, TRIPs und das Markenrecht, GRUR Int. 1994, S. 987 (1996).

wenn sie nicht eingetragen sind (Art. 16 Abs. 2 und 3 des TRIPs-Übereinkommens in Verbindung mit Art. 6^{bis} der Pariser Verbandsübereinkunft). Bildet danach eine Marke für gleiche oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen die Reproduktion, die Nachmachung oder die Übersetzung einer von einem WTO-Mitglied anerkannten notorischen Marke, was zur einer möglichen Verwechslung führen kann, ist ihre Eintragung in diesem WTO-Mitglied zurückzuweisen oder aufzuheben und ihre Benutzung zu untersagen, wenn sie für gleiche oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen benutzt wird. Ist eine notorische Marke in einem WTO-Mitglied eingetragen, kann das gleiche Schutzrecht unter gleichen Voraussetzungen auch gegenüber einer Marke für nichtgleiche oder nichtähnliche Waren oder Dienstleistungen geltend gemacht werden, wenn die Benutzung dieser fraglichen Marke eine Verbindung zwischen den durch sie bezeichneten Waren oder Dienstleistungen und dem Inhaber dieser notorischen Marke darstellen und den Interessen des Inhabers der notorischen Marke dadurch geschadet werden würde. Bei der Feststellung der Notorietät einer Marke sieht Art. 16 Abs. 2 Satz 2 allein allgemein vor, dass die WTO-Mitglieder „die Bekanntheit der Marke im einschlägigen Teil der Öffentlichkeit, einschließlich der Bekanntheit der Marke im betreffenden Mitglied, die auf Grund der Werbung für die Marke erreicht wurde“, berücksichtigen sollen. Damit wird den WTO-Mitgliedern genügend Spielraum gelassen, die konkreten Maßstäbe dafür aufzustellen.

Das WTO-Mitglied kann nach Art. 17 des TRIPs-Übereinkommens nur begrenzte Ausnahmen von Markenrechten vorsehen, soweit sie die berechtigten Interessen des Markeninhabers und Dritter berücksichtigen. Als Beispiel wird der faire Gebrauch beschreibender Angaben genannt.

Die Eintragung einer Marke kann unbegrenzt verlängert werden. Die Laufzeit der ursprünglichen Eintragung und jeder Verlängerung beträgt mindestens sieben Jahre.

3) Die geographischen Angaben

Der Schutzgegenstand der geographischen Angaben sind Angaben, „ die eine Ware als aus dem Gebiet eines Mitglieds oder aus einer Region oder aus einem Ort auf diesem Gebiet stammend kennzeichnen, wenn eine bestimmte Qualität, der Ruf oder eine sonstige Beschaffenheit der Ware im Wesentlichen ihrem geographischen Ursprung zugeschrieben werden kann“ (Art. 22 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens). Ein typisches Beispiel bildet die Bezeichnung „Champagner“. Nur Schaumwein aus der französischen Champagne darf diese Bezeichnung tragen und andere Konkurrenzprodukte können nur die Bezeichnung „Sekt“ benutzen.²¹⁴

Der allgemeine Schutzzumfang geographischer Angaben wird in Art. 22 Abs. 2 bis 4 geregelt. Verboten ist in erster Linie die Bezeichnung oder Aufmachung einer Ware,

²¹⁴ Beispiel aus *Michaelis/Bender*, Handelsrelevante Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPs), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S. 435 (452, Rn. 51).

die die Verbraucher über den wahren Ursprungsort dieser Ware täuscht. Dieser allein über den Ursprungsort einer Ware irreführende Tatbestand wird ergänzt durch die Inkorporation von Art. 10^{bis} der Pariser Verbandsübereinkunft ins TRIPs-Übereinkommen. Danach ist auch jede Benutzung von geographischen Angaben unzulässig, die eine Verwechslungsgefahr hervorrufen, den Ruf des Wettbewerbers herabsetzen oder die Verbraucher über Eigenschaften der Ware täuschen kann, da sie einen unlauteren Wettbewerb darstellt (Art. 22 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens).²¹⁵ Da geographische Angaben die ähnliche Unterscheidungskraft wie Marken haben, ist deshalb denkbar, dass eine Marke aus einer geographischen Angabe besteht. In diesem Fall kommt Art. 22 Abs. 3 des TRIPs-Übereinkommens zur Anwendung. Er sieht vor, dass die Eintragung einer Marke, die eine geographische Angabe enthält, zurückgewiesen oder für ungültig erklärt werden muss, wenn die Benutzung dieser geographischen Angabe die Verbraucher über den wahren Ursprungsort der Ware täuscht. Unklar bleibt allerdings, ob diese Vorschrift auch für schon vor dem Inkrafttreten des TRIPs-Übereinkommens eingetragene Marken gültig ist. Dazu werden gegenläufige Auffassungen vertreten.²¹⁶

Im Vergleich zu anderen Waren genießen Weine und Spirituosen einen umfassenderen Schutz hinsichtlich der geographischen Angaben. Die Benutzung geographischer Angaben für Weine und Spirituosen ist nach Art. 23 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens nicht zulässig, wenn der durch die fragliche geographische Angabe bezeichnete Ort mit dem wahren Ursprungsort nicht übereinstimmt, selbst wenn der wahre Ursprungsort angegeben wird oder die geographische Angabe in Übersetzung verwendet wird oder mit Zusätzen wie „Art“, „Typ“ usw. begleitet wird. Dabei ist nicht erforderlich, dass eine Irreführungsgefahr für die Verbraucher besteht.²¹⁷

Ausnahmen vom Schutz geographischer Angaben sind in Art. 24 Abs. 4 bis 6 des TRIPs-Übereinkommens zu finden. Nach Art. 24 Abs. 4 haben die Angehörigen eines WTO-Mitglieds sowie die Personen, die in demselben WTO-Mitglied ihren Wohnsitz haben, die Möglichkeit, eine bestimmte geographische Angabe eines anderen

²¹⁵ Art. 10^{bis} der Pariser Verbandsübereinkunft lautet:

(1) Die Verbandsländer sind gehalten, den Verbandsangehörigen einen wirksamen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu sichern.

(2) Unlauterer Wettbewerb ist jede Wettbewerbshandlung, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel zuwiderläuft.

(3) Insbesondere sind zu untersagen: 1. alle Handlungen, die geeignet sind, auf irgendeine Weise eine Verwechslung mit der Niederlassung, den Erzeugnissen oder der gewerblichen oder kaufmännischen Tätigkeit eines Wettbewerbers hervorzurufen; 2. die falschen Behauptungen im geschäftlichen Verkehr, die geeignet sind, den Ruf der Niederlassung, der Erzeugnisse oder der gewerblichen oder kaufmännischen Tätigkeit eines Wettbewerbers herabzusetzen; 3. Angaben oder Behauptungen, deren Verwendung im geschäftlichen Verkehr geeignet ist, das Publikum über die Beschaffenheit, die Art der Herstellung, die wesentlichen Eigenschaften, die Brauchbarkeit oder die Menge der Waren irrezuführen.“

²¹⁶ Siehe dazu *Michaelis/Bender*, Handelsrelevante Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPs), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S. 435 (453, Rn. 53). Das chinesische Markengesetz (Art. 16 Abs. 1 letzter Halbsatz) drückt deutlich diese Meinung aus, dass diese Vorschrift nicht für die im guten Glauben eingetragenen Marken gilt (Vgl. Dazu unten Kapitel 3, 4, d, aa, 3) (S. 111) dieser Arbeit).

²¹⁷ Dieser Grundsatz gilt auch im Falle der Zurückweisung oder Nichtigerklärung der Eintragung einer Marke für Weine und Spirituosen, wenn diese Marke eine geographische Angabe enthält, die einen Ort bezeichnet, der nicht der wahre Ursprungsort ist.

WTO-Mitglieds für Weine oder Spirituosen weiter zu benutzen, wenn diese Benutzung auf dem Gebiet dieses Mitglieds entweder seit mindestens dem 15. April 1984 oder in gutem Glauben vor dem 15. April 1994, an dem das WTO-Übereinkommen unterzeichnet wurde, stattfand.²¹⁸ Art. 24 Abs. 5 sieht vor, dass die Eintragungsfähigkeit oder die Gültigkeit der Eintragung einer im guten Glauben erworbenen Marke, die einer geographischen Angabe gleich oder ähnlich ist, unberührt bleibt, wenn das TRIPs-Übereinkommen gemäß dessen Übergangsregelungen in Art. 65 und 66 im betreffenden WTO-Mitglied noch nicht in Kraft getreten ist oder wenn diese geographische Angabe in ihrem Ursprungsland noch nicht geschützt ist. Die im guten Glauben erworbenen Marken können grundsätzlich in allen WTO-Mitgliedern weiter bestehen.²¹⁹ Während Art. 24 Abs. 4 nur eine Ausnahmeregelung zu geographischen Angaben für Weine und Spirituosen enthält, dient Art. 24 Abs. 6 Satz 1 der Feststellung eines Ausnahmefalls vom Schutz geographischer Angaben jeder Art. Danach ist eine geographische Angabe eines anderen WTO-Mitglieds für Waren oder Dienstleistungen nicht zu schützen, wenn sie in diesem WTO-Mitglied in der gängigen Sprache den üblichen Namen solcher Waren oder Dienstleistungen bildet (wie z.B. „Dresdner Stollen“²²⁰). Darüber hinaus sieht Art. 24 Abs. 6 Satz 2 ein Weiterbenutzungsrecht an geographischen Angaben für Weinerzeugnisse vor, soweit eine geographische Angabe zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des WTO-Übereinkommens im Schutzland eine übliche Bezeichnung für eine Rebsorte war.

4) Die gewerblichen Muster und Modelle²²¹

Art. 25 Abs. 1 Satz 1 des TRIPs-Übereinkommens verpflichtet das WTO-Mitglied, unabhängig geschaffene gewerbliche Muster und Modelle zu schützen, wenn sie neu sind oder Eigenart haben, ohne jedoch ihren verbindlichen Begriff zu definieren. Danach steht es dem WTO-Mitglied frei, den Schutz von gewerblichen Mustern und Modellen entweder allein alternativ mit ihrer Neuheit oder Eigenart zu verbinden, oder mit weiteren Bedingungen zu belasten.²²² Dieser weite Spielraum des WTO-Mitglieds bei der Festlegung der Schutzfähigkeit gewerblicher Muster und Modelle wird auch durch Art. 25 Abs. 1 Satz 2 belegt, indem er die Schutzvoraussetzungen lediglich negativ vorsieht. Danach kann die Neuheit oder Eigenart gewerblicher Muster und Modelle als nicht gegeben angesehen werden, wenn sie sich von bekannten gewerblichen Mustern und Modellen oder von Kombinationen bekannter Merkmale gewerblicher Muster und Modelle „nicht

²¹⁸ Ausführlich dazu, *Knaak*, Der Schutz geographischer Angaben nach dem TRIPs-Abkommen, GRUR Int. 1995, S. 642 ff. (650).

²¹⁹ *Knaak*, Der Schutz geographischer Angaben nach dem TRIPs-Abkommen, GRUR Int. 1995, S. 642 (651).

²²⁰ Beispiel aus *Knaak*, Der Schutz geographischer Angaben nach dem TRIPs-Abkommen, GRUR Int. 1995, S. 642 (650).

²²¹ In der authentischen englischen Fassung des TRIPs-Übereinkommens wird für diese beiden Erscheinungsformen der einheitliche Begriff „*industrial design*“ verwendet. Nach *Staehelin* ist ein Muster das zweidimensionale, ein Modell das dreidimensionale Design eines Gebrauchsgegenstandes. *Staehelin*, Das TRIPs-Abkommen, S. 74, Fn. 1.

²²² *Kur*, TRIPs und der Designschutz, GRUR Int. 1995, S. 185 (189).

wesentlich unterscheiden“. Was unter dem Wort „wesentlich“ zu verstehen ist, ist wiederum dem WTO-Mitglied überlassen.

Textilmuster aufgrund ihrer raschen Entwicklung und leichten Nachmachbarkeit²²³ genießen gemäß Art. 25 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens einen Sonderschutz. Das WTO-Mitglied ist verpflichtet, einen effektiven und kostengünstigen Schutz von Textilmustern sicherzustellen.

Der Inhaber eines geschützten gewerblichen Musters oder Modells hat gemäß Art. 26 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens das Recht,²²⁴ die Herstellung, den Verkauf oder die Einführung von Gegenständen zu verbieten, die ein Muster oder Modell tragen oder in die ein Muster oder Modell aufgenommen wurde, das eine Nachmachung oder im Wesentlichen eine Nachmachung eines geschützten Musters oder Modells darstellt, sofern solche genannten Handlungen zu gewerblichen Zwecken durch Dritte ohne Zustimmung des Inhabers vorgenommen werden.

Das WTO-Mitglied kann gemäß Art. 26 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens nur begrenzte Ausnahmen vom Schutz gewerblicher Muster und Modelle vorsehen, vorausgesetzt, dass solche Ausnahmen nicht unangemessen im Widerspruch zur normalen Verwertung geschützter Muster oder Modelle stehen und die berechtigten Interessen des Inhabers nicht unangemessen beeinträchtigen, wobei auch die berechtigten Interessen Dritter zu berücksichtigen sind. Ein gutes Beispiel dafür bildet die Wiedergabe eines geschützten gewerblichen Musters oder Modells zu Lehrzwecken.²²⁵

Gemäß Art. 25 Abs. 1 Satz 3 des TRIPs-Übereinkommens können Muster und Modelle vom Schutzgegenstand ausgeschlossen werden, die im Wesentlichen auf Grund technischer oder funktioneller Überlegungen vorgegeben sind. Diese Vorschrift im TRIPs-Übereinkommen folgt nicht dem für die meisten nationalen Mustergesetze geltenden Grundsatz und wird in der Literatur kritisch beurteilt, da sie dazu führen würde, dass künftig der Schutz von Mustern und Modellen nur auf Produkte beschränkt würde, die im Wesentlichen mit dekorativem Charakter sind.²²⁶

Für gewerbliche Muster und Modelle beträgt die Schutzfrist gemäß Art. 26 Abs. 3 des TRIPs-Übereinkommens mindestens zehn Jahre.

5) Die Patente

Trotz der großen Meinungsverschiedenheit in vielen Sektoren hinsichtlich des

²²³ *Kur*, TRIPs und der Designschutz, GRUR Int. 1995, S. 185 (191).

²²⁴ Hinsichtlich der Frage, ob die Entstehung der Schutzrechte an gewerblichen Mustern und Modellen von ihrer Eintragung abhängig ist, schweigt das TRIPs-Übereinkommen jedoch.

²²⁵ Zu weiteren Beispielen siehe, *Kur*, TRIPs und der Designschutz, GRUR Int. 1995, S. 185 (191 f.).

²²⁶ Ausführlich dazu siehe, *Kur*, TRIPs und der Designschutz, GRUR Int. 1995, S. 185 (189 f.); *Stahelin*, Das TRIPs-Abkommen, S. 79 f.

Patentschutzes zwischen Entwicklungs- und Industrieländern²²⁷ wurde ein umfassenderer Patentschutz ins TRIPs-Übereinkommen eingeführt als der in den schon vorhandenen multilateralen Abkommen zum Schutz des geistigen Eigentums verankerte.²²⁸ Das TRIPs-Übereinkommen folgt einem in zahlreichen nationalen Patentgesetzen vorgesehenen Patentbegriff. Gemäß dessen Art. 27 Abs. 1 Satz 1 werden Patente für alle Erfindungen auf allen Gebieten der Technik gewährt, sofern sie neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind, wobei es von keiner Bedeutung ist, dass sie Erzeugnisse oder Verfahren betreffen.²²⁹ Die Gewährung von Patenten und die Ausübung von Patentrechten sollen gemäß Art. 27 Abs. 1 Satz 2 des TRIPs-Übereinkommens nicht von dem Ort der Erfindung, dem Gebiet der Technik oder davon, ob die Erzeugnisse eingeführt oder im Land hergestellt werden, abhängig gemacht werden. Damit soll die Praxis in zahlreichen Staaten verhindert werden, den Patentschutz an eine entwicklungs- und wirtschaftspolitisch gewollte wirtschaftliche Aktivität im Land selbst zu knüpfen, indem ausländischen Patentinhabern besondere Einschränkungen auferlegt werden.²³⁰

Dem WTO-Mitglied bleibt allerdings die Möglichkeit, Erfindungen unter bestimmten Bedingungen von der Patentierbarkeit auszuschließen. Ein Ausschluss setzt gemäß Art. 27 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens voraus, dass das Verbot der gewerblichen Verwertung von Erfindungen im betreffenden WTO-Mitglied zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder der guten Sitten (einschließlich des Schutzes des Lebens oder der Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen) oder zur Vermeidung einer schweren Schädigung der Umwelt notwendig ist. Damit wird zum einen die Patentierbarkeit einer Erfindung mit ihrer gewerblichen Verwertung verbunden und beispielsweise ein solcher Fall vermieden, dass die Herstellung oder der Verkauf der mit einer Erfindung produzierten, aber die Umwelt schädigenden Waren trotz deren Nichtpatentierbarkeit gemäß Art. 27 Abs. 2 vorgenommen werden kann.²³¹ Zum anderen wird auch betont, dass die bloße Rechtswidrigkeit der Verwertung einer Erfindung den Ausschluss der Patentierbarkeit nicht rechtfertigen kann und unentbehrlich vielmehr die im Hintergrund stehende Zielsetzung des nationalen Rechts ist, die in Art. 27 Abs. 2 genannten Interessen zu schützen.²³²

²²⁷ Siehe dazu *Pacón*, Was bringt TRIPs den Entwicklungsländern? GRUR Int. 1995, S. 875 (878 ff.).

²²⁸ Zu Mängeln des internationalen Patentschutzes vor dem TRIPs-Übereinkommen siehe, *Straus*, Bedeutung des TRIPs für das Patentrecht, GRUR Int. 1996, S. 179 (183 ff.).

²²⁹ Zur Interpretation dieser Kriterien siehe *Hubmann/Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 7. Aufl., S. 114 ff. Danach ist die Erfindung eine auf individueller Leistung beruhende Anwendung einer technischen Idee zur Verbesserung der menschlichen Bedürfnisbefriedigung. Sie fällt ins technische Gebiet, wenn sie die Herrschaft der Menschheit über die Natur ermöglicht und dadurch ihre Lebensbedingungen erhöht. Die Erfindung ist neu, wenn sie nicht zu schriftlich oder mündlich der Öffentlichkeit zugänglich gemachten Kenntnissen gehört. Die erfinderische Tätigkeit ist zu bejahen, wenn die Tätigkeit des Erfinders hinsichtlich des technischen Fortschritts mehr erfordert als was dem Fachmann nahe liegt.

²³⁰ *Stoll/Raible*, Schutz geistigen Eigentums und das TRIPs-Abkommen, in *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, S. 565 (590, Rn. 72 ff.).

²³¹ Vgl. *Michaelis/Bender*, Handelsrelevante Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPs), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S. 435 (455, Rn. 61).

²³² Vgl. *Stoll/Raible*, Schutz geistigen Eigentums und das TRIPs-Abkommen, in *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, S. 565 (591, Rn. 75).

Darüber hinaus können auch diagnostische, therapeutische und chirurgische Behandlungsverfahren für Menschen oder Tiere von der Patentierbarkeit ausgeschlossen werden (Art. 27 Abs. 3 lit. a des TRIPs-Übereinkommens). Ferner hält Art. 27 Abs. 3 lit. b Satz 1 fest, dass auch Pflanzen und Tiere (mit Ausnahmen von Mikroorganismen) sowie im Wesentlichen biologische Verfahren für die Erzeugung von Pflanzen oder Tieren (mit Ausnahmen von nichtbiologischen und mikrobiologischen Verfahren) nicht patentierbar sein können.²³³

Den unterschiedlichen patentierbaren Gegenständen (Erzeugnisse oder Verfahren) entsprechend wird in Art. 28 des TRIPs-Übereinkommens das ausschließliche Recht von jeweiligem Patentinhaber festgeschrieben. Der Inhaber des Erzeugnispatents kann danach Dritten verbieten, ohne seine Zustimmung das patentierte Erzeugnis herzustellen, zu benutzen, zum Verkauf anzubieten, zu verkaufen oder solchen Zwecken dienend einzuführen. Dem Inhaber des Verfahrenspatents steht das ausschließliche Recht auf Benutzung des Verfahrens selbst sowie auf Benutzung, Anbieten zum Verkauf, Verkauf oder Einfuhr zu solchen Zwecken zumindest des Erzeugnisses zu, das unmittelbar durch das patentierte Verfahren gewonnen wird (Art. 28 Abs. 1). Außerdem wird dem Patentinhaber gemäß Art. 28 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens das Recht gewährleistet, das Patent rechtsgeschäftlich oder im Wege der Rechtsnachfolge zu übertragen und Lizenzverträge abzuschließen.

Ausnahmen vom Patentrecht werden in Art. 30 und 31 des TRIPs-Übereinkommens geregelt. Gemäß Art. 30 sind lediglich begrenzte Ausnahmen dem WTO-Mitglied möglich, die weder unangemessen im Widerspruch zur normalen Verwertung des Patents stehen noch die berechtigten Interessen des Patentinhabers unangemessen beeinträchtigen, wobei auch die berechtigten Interessen Dritter zu berücksichtigen sind. Diese drei abstrakten Voraussetzungen erfahren durch den Panel Report im Fall *Canada-Pharmaceutical Patents* eine Klarstellung.²³⁴

²³³ Zur Interpretation der Begriffe „im Wesentlichen biologische Verfahren“, „Mikrobiologische Verfahren“ und „nichtbiologische Verfahren“ siehe *Sasdi*, Innovationsschutz im TRIPs-Übereinkommen, S. 86 ff.

²³⁴ Panelreport *Canada - Patent Protection of Pharmaceutical Products* (WT/DS114/R) ist auf der WTO-Webseite abrufbar: <http://docsonline.wto.org>. Eine zusammenfassende Darstellung siehe *Michaelis/Bender*, Handelsrelevante Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPs), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S. 435 (456 f., Rn. 67); eingehend *Sasdi*, Das Panelverfahren „Canada-Patent Protection of Pharmaceutical and Agrochemical Products“, in *Nettesheim/G. Sander* (Hrsg.), WTO-Recht und Globalisierung, S. 273 ff. In diesem von der EG eingeleitetem Streitverfahren geht es um zwei Vorschriften des kanadischen Patentgesetzes. Nach denen hatten andere als der Patentinhaber das Recht, patentgeschützte Produkte schon vor Ablauf des Patentschutzes herzustellen und zu lagern (Lagerausnahme) oder Probeexemplare der patentierten Produkte herzustellen und zu verkaufen, sofern es nötig war, um behördliche Genehmigungen für die Vermarktung zu erhalten (Zulassungsausnahme). Sie erlaubten auch, generische Medikamente unmittelbar nach Ablauf des Patentschutzes auf den Markt zu bringen. Da ein Verstoß dieser zwei Vorschriften gegen Art. 28 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens nicht bestritten wurde, war der Mittelpunkt des Streits, ob diese zwei Vorschriften durch Art. 30 des TRIPs-Übereinkommens gerechtfertigt werden konnten. Das Panel ist der Meinung, dass die Begrenztheit der Ausnahmen nach Art. 30 des TRIPs-Übereinkommens danach zu bestimmen ist, in welchem Ausmaß die ausschließlichen Rechte des Patentinhabers gemäß Art. 28 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens beschränkt werden (§ 7. 31 des Panelreports). Das heißt nämlich, dass eine Ausnahme nur dann begrenzt ist, wenn die betreffenden ausschließlichen Rechte des Patentinhabers lediglich in begrenztem Umfang beschränkt werden (§ 7. 30). Die Lagerausnahme ist nicht der Fall, da sie die Herstellungs- und Lagerungsmenge der patentierten Produkten nicht begrenzt, was zum Nichtbestehen des Patentrechts führt (§ 7. 34). Die Zulassungsausnahme stellt demgegenüber eine begrenzte Ausnahme dar, da sie nur zum regulierenden Zweck (Beantragung der Marktzulassung) und nicht zur kommerziellen Benutzung erlaubt ist (§ 7. 45). Die normale Verwertung eines Patents bedeutet die Möglichkeit des Patentinhabers,

Gemäß Art. 31 in Verbindung mit Fn. 7 des TRIPs-Übereinkommens kann das WTO-Mitglied auch andere Benutzungen eines Patents ohne Zustimmung des Rechtsinhabers durch Dritte vorsehen als die gemäß Art. 30 zulässigen, wobei es sich um die detaillierten, vom WTO-Mitglied bei der Erteilung von Zwangslizenzen zu beachtenden Voraussetzungen handelt.²³⁵ Genannt werden:

- 1) die Zulassung zu einer solchen Benutzung ist nach Umständen des Einzelfalls zu prüfen (lit. a);
- 2) vor der Zulassung hat sich der betreffende Dritte innerhalb einer angemessenen Frist erfolglos bemüht, die Zustimmung des Rechtsinhabers zu angemessenen geschäftlichen Bedingungen zu erhalten. Ausnahmen davon sind möglich im Fall des nationalen Notstands, sonstiger Umstände von äußerster Dringlichkeit oder der öffentlichen, nicht gewerblichen Benutzung (lit. b)²³⁶;
- 3) Umfang und Dauer der Zulassung sind auf den durch sie verfolgten Zweck zu begrenzen (lit. c) und die Zulassung soll beendet werden, wenn und sofern die Umstände, die zu ihr geführt haben, nicht mehr bestehen und wahrscheinlich nicht wieder eintreten werden (lit. g);
- 4) die auf der Zulassung beruhende Benutzung eines Patents ist nicht ausschließlich (lit. d) und nur zusammen mit dem Teil des Unternehmens oder des Goodwills, dem die Benutzung zusteht, übertragbar (lit. e);
- 5) die Zulassung soll vorwiegend der Versorgung des Binnenmarkts des sie erteilenden WTO-Mitglieds dienen (lit. f);²³⁷
- 6) dem Patentinhaber muss eine angemessene Vergütung geleistet werden (lit. h);
- 7) die Entscheidung über die Zulassung und über die Vergütung soll der Nachprüfung durch ein Gericht oder eine gesonderte übergeordnete Behörde im betreffenden WTO-Mitglied unterliegen (lit. i und j);
- 8) lit. b und f kommen nicht zur Anwendung, wenn die Zulassung diesem Zweck

Wettbewerb jeder Art auszuschließen, der von dem Patentinhaber erwarteten wirtschaftlichen Verwertung aus den ausschließlichen Patentrechten auf dem Markt ernsthaft schaden kann (§ 7. 55). Da das Verbot der Zulassungsausnahme zur einer „de facto“ Verlängerung des ausschließlichen Nutzungsrechts des Patentinhabers führt, was nicht zur normalen Verwertung eines Patents gehört, steht die Zulassungsausnahme nicht im Widerspruch zur normalen Verwertung des Patents (§ 7.57 und 7. 59). Dementsprechend wird vom Panel diese Auffassung vertreten, dass auch keine berechtigten Interessen des Patentinhabers beeinträchtigt werden, ohne sich eingehend mit dem Begriff „berechtigte Interessen“ zu befassen (§ 7. 69 und 7. 82).

²³⁵ Michaelis/Bender, Handelsrelevante Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPS), in *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, S. 435 (457, Rn. 68)

²³⁶ Am 14. November 2001 wurde in der Ministerkonferenz der WTO auf ihrer 4. Sitzung in *Doha* eine Erklärung über das TRIPs-Übereinkommen und die öffentliche Gesundheit (Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WTO-Dok. WT/MIN(01)/DEC/W/2, abrufbar unter: <http://docsonline.wto.org>.) verabschiedet. In deren Ziff. 5 (C) wird festgehalten, dass jedes WTO-Mitglied das Recht habe, zu bestimmen, was einen nationalen Notstand oder Umstände von äußerster Dringlichkeit bilde, wobei anzuerkennen sei, dass Krisen der öffentlichen Gesundheit, einschließlich derjenigen, die mit HIV/Aids, Tuberkulosen, Malaria und anderen Epidemien zusammenhängen, einen nationalen Notstand oder Umstände von äußerster Dringlichkeit bilden können.

²³⁷ Angesichts der unterschiedlichen technischen Niveaus von Entwicklungs- und Industrieländern ist diese Vorschrift insofern problematisch, als z.B. eine Epidemie gleichzeitig in einem Entwicklungs- und einem Industrieland ausbricht und die effektiven Medikamente dagegen nur in diesem Industrieland hergestellt werden können und diese Herstellung wieder einer Zulassung zur Benutzung eines Patents ohne Zustimmung des Patentinhabers bedarf.

dient, eine gerichtlich oder verwaltungsrechtlich festgestellte wettbewerbswidrige Praxis abzustellen (lit. k);

- 9) für den Fall der abhängigen Patente, dass heißt, dass die Verwertung eines Patents (das zweite Patent) die Verletzung eines anderen (das erste Patent) voraussetzt, sind zusätzliche Bedingungen zu berücksichtigen. Sie sind, 1) dass die im zweiten Patent enthaltene Erfindung im Vergleich zu der des ersten Patents einen wichtigen technischen Fortschritt von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung darstellt; 2) dass dem Inhaber des ersten Patents das Recht eingeräumt werden soll, eine Lizenz zu angemessenen Bedingungen für die Benutzung des zweiten Patents zu erhalten; und 3) dass die Erlaubnis zur Benutzung des ersten Patents nur zusammen mit dem zweiten Patent übertragbar ist (lit. l).

Die Schutzdauer eines Patents beträgt gemäß Art. 33 des TRIPs-Übereinkommens mindestens zwanzig Jahre ab dem Anmeldetag. Während dieses Zeitraums kann das Patent widerrufen oder für verfallen erklärt werden. In solchen Fällen muss dem Patentinhaber allerdings diese Möglichkeit vorbehalten sein, die Entscheidung darüber zur gerichtlichen Überprüfung zu bringen (Art. 32 des TRIPs-Übereinkommens).

6) Die Layout-Designs (Topographien) integrierter Schaltkreise

Gleich wie Computerprogramme sind integrierte Schaltkreise hinsichtlich ihrer enormen wirtschaftlichen Einsetzung und einfachen Kopierbarkeit auch schutzwürdig.²³⁸ Obwohl schon im Mai 1989 in Washington, DC, ein Vertrag über den Schutz des geistigen Eigentums im Hinblick auf integrierte Schaltkreise ausgehandelt wurde (IPIC-Vertrag),²³⁹ trat er aber nicht in Kraft, weil die mindestens achtjährige Schutzdauer einigen Staaten zu kurz schien.²⁴⁰ Nun gewinnt der IPIC-Vertrag wieder Bedeutung, da er teilweise in das TRIPs-Übereinkommen inkorporiert wird (Art. 35 des TRIPs-Übereinkommens). Die inkorporierten Vorschriften des IPIC-Vertrags betreffen vorwiegend die einschlägigen Definitionen (Art. 2); die Schutzverpflichtungen der Vertragsparteien und Schutzvoraussetzungen (Art. 3); die Rechtsformen des Schutzes (Art. 4); die Inländerbehandlung (Art. 5), den Schutzzumfang und die Schutzausnahmen (Art. 6) sowie die Verwertung, Registrierung und Offenbarung (Art. 7).²⁴¹

Art. 36 des TRIPs-Übereinkommens verpflichtet das WTO-Mitglied, die Einfuhr, den Verkauf und den sonstigen gewerblichen Vertrieb von geschützten Topographien

²³⁸ Vgl. *Stahelin*, Das TRIPs-Abkommen, S. 100.

²³⁹ *Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits*, abgedruckt in GRUR Int. 1989, S. 772 ff.

²⁴⁰ *Senti*, WTO: System und Funktionsweise der Welthandelsordnung, S. 641, Rn. 1370

²⁴¹ Eine Darstellung zum Inhalt des IPIC-Vertrags siehe, *Krieger/Dreier*, Die Washingtoner Diplomatische Konferenz zum Abschluss eines Vertrags über den Schutz des geistigen Eigentums im Hinblick auf integrierte Schaltkreise, GRUR Int. 1989, S. 729 ff.; *Hoeren*, Das Washingtoner Abkommen zum Schutz des geistigen Eigentums an integrierten Schaltkreisen, NJW 1989, S. 2605 ff.

selbst, von integrierten Schaltkreisen, in die eine geschützte Topographie aufgenommen ist, sowie von Produkten, die einen rechtswidrig nach einer geschützten Topographie gebauten integrierten Schaltkreis enthalten, zu verbieten. Haben jedoch die oben erwähnten Handlungen nicht die Topographien selbst zum Gegenstand, sind sie insofern zulässig, als sie im guten Glauben vorgenommen werden. Das heißt nämlich, dass die solche Handlungen vornehmenden Personen nicht wussten und vernünftigerweise nicht wissen mussten, dass in die fraglichen integrierten Schaltkreise oder sonstigen Produkte eine rechtswidrig nachgebildete Topographie aufgenommen ist. Die betreffenden Personen sind allerdings verpflichtet, dem Rechtsinhaber eine angemessene Vergütung zu leisten, nachdem ihnen die Wahrheit mitgeteilt sind (Art. 37 Abs. 1).

Darüber hinaus kann das WTO-Mitglied auch Regelungen zur Zwangslizenz gegenüber einer geschützten Topographie vorsehen, wobei allerdings die in Art. 31 lit. a bis k des TRIPs-Übereinkommens enthaltenen und für das Patent geltenden Voraussetzungen²⁴² zu berücksichtigen sind (Art. 37 Abs. 2).

Die Schutzdauer der Topographien integrierter Schaltkreise beträgt gemäß Art. 38 des TRIPs-Übereinkommens mindestens zehn Jahre ab dem Anmeldetag oder ab dem Tag ihrer ersten gewerblichen Verwertung, je nachdem, ob im betreffenden WTO-Mitglied die Eintragung als Schutzvoraussetzung notwendig ist. Außerdem hat das WTO-Mitglied auch die Möglichkeit, vorzusehen, dass der Schutz fünfzehn Jahre nach der Schaffung der Topographie erlischt.

7) Der Schutz nicht offenbarer Informationen

Zielend auf einen wirksamen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb wird in Art. 39 des TRIPs-Übereinkommens der Schutz nicht offenbarer Informationen und Regierungen oder Regierungsstellen vorgelegter Daten festgeschrieben. Deren Schutzfähigkeit setzt voraus, dass

- 1) sie rechtmäßig unter der Kontrolle natürlicher oder juristischer Personen stehen (Art. 39 Abs. 2);
- 2) sie geheim sind, nämlich sie in Bezug auf ihre Gesamtheit oder die genaue Anordnung und Zusammenstellung ihrer Teile nicht allgemein bekannt oder leicht zugänglich sind (Art. 39 Abs. 2 lit. a);
- 3) aufgrund ihrer Geheimhaltung sie wirtschaftlichen Wert haben (Art. 39 Abs. 2 lit. b) und
- 4) ihr Inhaber angemessene Maßnahmen getroffen hat, um sie geheim zu halten (Art. 39 Abs. 2 lit. c).

Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, können Inhaber der nicht offenbaren

²⁴² Siehe oben 5) Die Patente (S. 60 f.) dieser Arbeit.

Informationen Dritten verbieten, ohne seine Zustimmung sie zu erwerben, zu benutzen oder offen zu legen, sofern solche Handlungen gegen die anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel verstoßen.²⁴³

Solange in einem WTO-Mitglied die Vorlage nicht offenbarter Test- oder sonstiger Daten, deren Erstellung beträchtliche Anstrengungen enthält, als Voraussetzung für die Marktzulassung von pharmazeutischen und agrochemischen Produkten vorgesehen wird, sind solche Daten gemäß Art. 39 Abs. 3 des TRIPs-Übereinkommens vor unlauterem gewerblichem Gebrauch zu schützen.

Zusammenfassung

Mit ihren zahlreichen Mitgliedern stellen sich die drei in diesem Kapitel untersuchten internationalen Organisationen, ICSID, MIGA und WTO, als bedeutsame multilaterale Instrumente zum Schutz ausländischer Investitionen dar. Im Vergleich zu inhaltlich umfassenden bilateralen Investitionsabkommen haben sie jeweils nur einen bestimmten Sektor des Investitionsschutzes zum Gegenstand. Das ICSID bietet ein Forum für die Beilegung der Investitionsstreitigkeiten zwischen Investoren und ihrem Gastland. Die einzelnen Investoren erlangen damit die Möglichkeit, dem Staat als natürlichem völkerrechtlichem Subjekt gegenüberstehen zu können. Solange der Heimatstaat eines Investors und das Empfängerland Mitglieder des ICSID sind, kann der Investor gemäß des Investitionsabkommens zwischen beiden Ländern, das die Zuständigkeit des ICSID vorsieht, direkt eine Klage gegen das Empfängerland vor dem ICSID erheben. Während die Ausübung des diplomatischen Schutzrechts durch den Heimatstaat des Investors aus politischen Gründen nicht in allen Fällen möglich ist, ist die Einleitung eines ICSID-Streitschlichtungsverfahrens durch den Investor unabhängig vom Willen des Heimatstaats. In diesem Sinne gewährt das ICSID den Investoren einen sichereren Schutz hinsichtlich ihrer Investition im Ausland und dessen Zuständigkeit ist deshalb allgemein in den bilateralen Investitionsabkommen verankert. Die MIGA als Versicherungsagentur ermutigt mit ihrer Gewährung der Versicherung gegen nichtkommerzielle Risiken die Investoren zur Investition in Entwicklungsländer. Zu betonen ist besonders die Abtretung der Rechte des Investors gegenüber dem Gastland an die MIGA, denn das Gastland muss trotz der Zahlung der Entschädigung durch die MIGA die finanzielle Verantwortung für seine die ausländische Investition schädigenden Maßnahmen tragen.

Während das ICSID und die MIGA keine materiellen Investitionsregelungen enthalten, übt die WTO als die den Welthandel fördernde multilaterale Organisation Einfluss auf die Gesetzgebungstätigkeit der WTO-Mitglieder hinsichtlich der Reglementierung ausländischer Investitionen aus. Im Rahmen der WTO sind vorwiegend drei Vertragswerke für ausländische Investitionen von Bedeutung: das TRIMs-Übereinkommen, das GATS und das TRIPs-Übereinkommen. Die vom TRIMs-Übereinkommen verbotenen TRIMs sind solche, die gegen den Grundsatz der

²⁴³ Entsprechende Beispiele sind in Art. 39 Abs. 2 Fn. 10 des TRIPs-Übereinkommens zu finden.

Inländerbehandlung oder des Verbots mengenmäßiger Beschränkungen im GATT 1994 verstoßen. Im Anhang zum TRIMs-Übereinkommen sind die Regelfälle dafür zu finden. Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des TRIMs-Übereinkommens auf andere TRIMs als die Regelfälle setzt ihre Überprüfung nach den einschlägigen Regelungen im GATT 1994 (der Vereinbarkeit mit der Inländerbehandlung und dem Verbot mengenmäßiger Beschränkungen) voraus. Die Dienstleistungserbringungsform der kommerziellen Präsenz, die durch dauerhafte Dienstleistungserbringungen im Ausland geprägt ist und die Einsetzung von Kapitalien zur Niederlassung im Ausland voraussetzt, macht das GATS zum Regelwerk, das ausländische Investitionen betrifft. Im GATS gelten drei Grundsätze, die Meistbegünstigung, die Inländerbehandlung sowie der Marktzugang. Während die Meistbegünstigung allgemein für WTO-Mitglieder als bindend gilt, ist es von Zusagen des jeweiligen WTO-Mitglieds abhängig, welche Dienstleistungsbereiche ausländischen Investitionen geöffnet werden und unter welchen Voraussetzungen die Inländerbehandlung zu gewähren ist. Damit ist WTO-Mitgliedern hinsichtlich der Kontrolle ausländischer Investitionen in Dienstleistungsbereichen ziemlich großer Spielraum verblieben. Das TRIPs-Übereinkommen sieht zwar keine Investitionsregelungen vor. Da aber geistiges Eigentum als eine der Investitionsformen zu schützen ist, wird das TRIPs-Übereinkommen auch den Regelwerken zum Schutz ausländischer Investitionen zugeordnet. Im TRIPs-Übereinkommen werden der Grundsatz der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung sowie die Mindestrechte einzelner Immaterialgüter vorgesehen. Sie ergänzen sich gegenseitig und schützen das geistige Eigentum auf einem relativ hohen Niveau.

III. Kapitel: Der Schutz ausländischer Investitionen in der VR China

Seit ihrer Gründung am 1. Oktober 1949 bis zum Ende der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts stellte sich die VR China aus ideologischen Gründen als eine geschlossene Gesellschaft dar. Erst auf dem 3. Plenum des XI. Zentralkomitees der kommunistischen Partei Chinas (KPCh) vom 18. bis 22. Dezember 1978, zwei Jahre nach dem Tod *Mao Zedongs* und der Beendigung der 10jährigen Kulturrevolution, wurde ein Beschluss über die Verlagerung des Arbeitsschwerpunktes von Partei und Volk vom Klassenkampf auf die Modernisierung des Landes gefasst.²⁴⁴ Der Grund für das Zustandekommen dieses Beschlusses lag in dem niedrigen Lebensstandard der Bevölkerung²⁴⁵ sowie der damit verbundenen Legitimationskrise gegenüber der KPCh.²⁴⁶ Das Verhältnis der VR China zum Ausland wurde damals erneut beurteilt, da die Erhöhung des Lebensstandards nur auf der Grundlage einer entwickelten Volkswirtschaft möglich ist und das Ausland die dafür benötigten Kapitalien und Techniken anbieten kann. Auf Initiative *Deng Xiaopings* wird deshalb seit 1979 die Politik „Reform und Öffnung“ in der VR China vollzogen. Ab demselben Jahre begannen ausländische Investitionen in die VR China zu fließen.

Zur Anziehung ausländischer Investitionen wurde in der VR China die Strategie angewendet, die Städte graduell zu öffnen. Im August 1980 wurden vier Wirtschaftssonderzonen²⁴⁷ errichtet, in denen für ausländische Investitionen günstigere Bedingungen geschaffen wurden als in anderen Städten Chinas und deren Stadtregerungen ziemlich weitreichende Entscheidungskompetenzen im Hinblick auf Angelegenheiten betreffend ausländische Investitionen zustanden.²⁴⁸ Nachdem *Deng Xiaoping* die Wirtschaftssonderzonen als erfolgreich beurteilt hatte, wurden 1984 vierzehn Hafenstädte an der Ost- und Südküste Chinas als „Öffnungstädte“ festgestellt, die ähnliche Kompetenzen erhielten wie die Wirtschaftssonderzonen. Nach 1985 wurden auch Städte im Binnenland gegenüber dem Ausland schrittweise geöffnet. Bis zum Ende 2004 wurden nach Aussage des chinesischen Handelsministeriums in China 508.941 Unternehmen mit ausländischer Kapitalbeteiligung mit einem Gesamtinvestitionsvolumen von 562,1 Mrd. US-\$ gegründet. Die Bundesrepublik Deutschland belegte mit einem Investitionsvolumen von 9,9 Mrd. US-\$ den neunten Platz hinsichtlich ausländischer Investitionen in China.²⁴⁹

²⁴⁴ Siehe dazu *Steinmann*, Grundzüge des chinesischen Patentrechts, S. 5 f.; *Kaufmann*, Versicherung in der Volksrepublik China, S. 138 f.

²⁴⁵ Zwischen 1952 und 1978 blieb die Arbeitsproduktivität in der VR China nahezu unverändert und das Pro-Kopf-Realeinkommen der Bevölkerung war zwischen 1957 und 1978 um rund 13% gesunken. *Kaufmann*, Versicherung in der Volksrepublik China, S. 139, Fn. 27.

²⁴⁶ *Schüller*, Die Volksrepublik China 1949 bis 2000: Vom sozialistischen Entwicklungsland zur wirtschaftlichen Großmacht, Nord-Süd aktuell, 4. Quartal 2000, S. 671 (676).

²⁴⁷ Sie sind Shenzhen, Zhuhai, Shantou in der Provinz Guangdong und Xiamen in der Provinz Fujian.

²⁴⁸ Siehe dazu *Mayer/Rückeis*, Grundsatzinformationen vor Auslandsinvestitionen: China, S. 257 ff.

²⁴⁹ Vgl. <http://www.fdi.gov.cn/common/info.jsp?id=ABC0000000000025847> (Zugriff am 9. Oktober 2006).

Die innerstaatliche Gesetzgebung Chinas zur Reglementierung ausländischer Investitionen begann ab 1979. Kern des geltenden Ausländerinvestitionsrechts Chinas bilden das Gesetz der VR China über gemeinschaftlich betriebene Unternehmen chinesisch-ausländischer Kapitalbeteiligung (angenommen am 1. Juli 1979 auf der 2. Sitzung des V. Nationalen Volkskongresses und zum letztem Mal revidiert am 15. März 2001 auf der 4. Sitzung des IX. Nationalen Volkskongresses), das Gesetz der VR China über chinesisch-ausländische kooperativ betriebene Unternehmen (angenommen am 13. April 1988 auf der 1. Sitzung des VII. Nationalen Volkskongresses und revidiert am 31. Oktober 2000 auf der 18. Sitzung des Ständigen Ausschusses des IX. Nationalen Volkskongresses) und das Gesetz der VR China über ausschließlich ausländisch kapitalisierte Unternehmen (angenommen am 12. April 1986 auf der 4. Sitzung des VI. Nationalen Volkskongresses und revidiert am 31. Oktober 2000 auf der 18. Sitzung des Ständigen Ausschusses des IX. Nationalen Volkskongresses) sowie die entsprechenden Durchführungsbestimmungen. Daraus ergeben sich die drei vorwiegenden Formen ausländischer Investitionen in China: *Equity Joint Venture* (EJV), *Contractual Joint Venture* (CJV) und *Wholly Foreign Owned Enterprise* (WFOE), die Untersuchungsgegenstand von Kapitel 3. 1. dieser Arbeit sind. Ein in China gegründetes Unternehmen mit Beteiligung ausländischer Investitionen unterliegt dem chinesischen Recht; es muss das chinesische Recht befolgen und kann den vom chinesischen Recht gewährleisteten Schutz genießen. In diesem Sinne sieht die chinesische Verfassung allgemein den Schutz ausländischer Investitionen vor, der besonders durch die oben genannten Gesetze betreffend Unternehmen mit Beteiligung ausländischer Investitionen konkretisiert wird (Dazu unten Kapitel 3. 2.).

Um ein immer besser werdendes Klima für ausländische Investitionen zu schaffen, schloss China bis zum Februar 2006 110 bilaterale Investitionsabkommen ab²⁵⁰ und unterzeichnete auch einige wichtige multilaterale Übereinkommen zur Verbesserung der Investitionsbedingungen.²⁵¹ Zu erwähnen ist zuerst das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der VR China über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen vom 1. Dezember 2003, welches das Abkommen mit gleichem Titel vom 18. März 1985 ersetzt und zur neuen Grundlage für deutsche Investitionen in der VR China wird (Dazu unten Kapitel 3, 3.). Auch der Beitritt Chinas zur WTO ist für ausländische Investitionen von praktischer Bedeutung, da er zur Revision der bestehenden Gesetze und Erlassung neuer Gesetze führt, was ausländische Investitionen von bestimmten Belastungen befreien (die Umsetzung vom TRIMs-Übereinkommen und GATS) oder sie auf einem höheren Niveau schützen (die Umsetzung vom TRIPs-Übereinkommen) wird (Dazu unten Kapitel 3, 4.).

Als Vorbereitungen für folgende Darstellung und als Rat für potentielle ausländische Investoren in China sind hier zuerst kurz auf zwei Fragestellungen einzugehen: die

²⁵⁰ Statistisch Angabe aus Zeng, *WTO yu zhongguo waizifa de fazhan* (WTO und die Entwicklung des Ausländerinvestitionsrechts Chinas), S. 231.

²⁵¹ Darunter fallen z.B. der Beitritt zur MIGA am 30. April 1988, zum ICSID am 6. Februar 1993 und zur WTO am 11. Dezember 2001.

Gesetzgebungszuständigkeiten der staatlichen Organe Chinas sowie die Einteilung ausländischer Investitionsprojekte in China nach den „Vorschriften zur Lenkung ausländischer Investitionen“.

Die Gesetzgebungskompetenz steht gemäß Art. 58 der chinesischen Verfassung²⁵² und Art. 7 Abs. 1 des Gesetzgebungsgesetzes²⁵³ dem Nationalen Volkskongress (NVK) sowie seinem Ständigen Ausschuss zu. Der NVK besitzt die Kompetenz zur Abänderung der Verfassung (Art. 62 Ziff. 1. der chinesischen Verfassung) sowie zur „Ausarbeitung und Abänderung von grundlegenden Gesetzen über Strafsachen, zivile Angelegenheiten, die Staatsorgane und andere Angelegenheiten“ (Art. 62 Ziff. 3 der chinesischen Verfassung). Die anderen Gesetze, die nicht vom NVK erlassen werden müssen, werden vom Ständigen Ausschuss des NVK ausgearbeitet oder abgeändert (Art. 67 Ziff. 2 der chinesischen Verfassung). Solange der NVK nicht tagt, kann der Ständige Ausschuss auch die vom NVK erlassenen Gesetze teilweise ergänzen oder abändern, vorausgesetzt, dass die Ergänzung oder Abänderung nicht gegen die Grundprinzipien des betreffenden Gesetzes verstößt (Art. 67 Ziff. 3 der chinesischen Verfassung). Darüber hinaus ist der Staatsrat als Exekutivorgan nach Art. 89 Ziff. 1 und Art. 56 des Gesetzgebungsgesetzes befugt, in Übereinstimmung mit der Verfassung und den Gesetzen Verwaltungsrechtsvorschriften auszuarbeiten, um ein Gesetz durchzuführen oder von seiner durch Art. 89 der chinesischen Verfassung verliehenen Amtsgewalt Gebrauch zu machen. Dem Staatsrat ist eine Reihe von Ministerien und Kommissionen untergeordnet, die jeweils in ihrem Zuständigkeitsbereich Verwaltungsstatuten ausarbeiten können, die der Durchführung von Gesetzen oder Verwaltungsrechtsvorschriften dienen sollen (Art. 71 des Gesetzgebungsgesetzes). Die von dem Staatsrat und den ihm untergeordneten Ministerien und Kommissionen erlassenen rechtlichen Normen sind für ausländische Investitionen auch wichtig, denn zum einen erstreckt sich ihre Gültigkeit auch auf das ganze Land wie ein Gesetz und zum anderen können sie mit ihren detaillierten Regelungen die Gesetze konkretisieren, in denen nur Rahmenbedingungen für ausländische Investitionen vorgesehen sind. Außerdem kann der lokale Volkskongress der Provinzstufe und sein Ständiger Ausschuss lokale Rechtsvorschriften (Art. 100 der chinesischen Verfassung und Art. 63 Abs. 1 des Gesetzgebungsgesetzes) und die lokale Regierung der Provinzstufe oder der großen Städte (in der Regel Provinzhauptstädte) Lokalstatuten ausarbeiten (Art. 73 Abs. 1 des Gesetzgebungsgesetzes), die allerdings wegen ihrer auf bestimmte lokale Regionen beschränkten Gültigkeit nicht in dieser Arbeit behandelt werden.

Darüber hinaus ist der Oberste Gerichtshof als das höchste Rechtssprechungsorgan gemäß Art. 33 des „Gesetzes der VR China über die Organisation der Volksgerichtshöfe“ von 1979, das im Jahre 2006 zum zweiten Mal revidiert wurde, berechtigt, zur konkreten Anwendung der Gesetze bei der Entscheidung von

²⁵² Deutsche Übersetzung findet sich im Internet: <http://www.verfassungen.de/rc/verf82.htm>.

²⁵³ Deutsche Übersetzung von *Frank Münzel* findet sich unter: <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/000315b.htm>.

Rechtsfällen Justizinterpretationen zu erlassen, die in der Praxis normalerweise in Form von „Ansichten“, „Erläuterungen“ sowie „Bestimmungen“ des Obersten Gerichtshofs erfolgen. Solche Justizinterpretationen entfalten zwar nach außen keine rechtliche Verbindlichkeit. Die Gerichtshöfe jeder Instanz haben sie allerdings bei der Verhandlung von Rechtsfällen einzuhalten.

Welche Wirtschaftsbereiche Chinas gegenüber ausländischen Investitionen geöffnet sind, war lange nur teilweise gesetzlich festgelegt.²⁵⁴ Diese Unklarheit wurde erst beseitigt durch die am 7. Juni 1995 vom Staatsrat genehmigten und am 20. Juni 1995 durch die damalige Staatliche Planungskommission, die damalige Staatliche Wirtschafts- und Handelskommission und das damalige Ministerium für Außenhandel und wirtschaftliche Zusammenarbeit verkündeten „Vorläufigen Vorschriften zur Lenkung ausländischer Investitionen“ und den damit verbundenen „Branchenkatalog zur Lenkung ausländischer Investitionen“. Nach dem Beitritt Chinas zur WTO wurden diese beiden rechtlichen Akte überarbeitet, um sich den WTO-Regelungen anzupassen. Zurzeit gelten die vom Staatsrat am 11. Februar 2002 verkündeten „Vorschriften zur Lenkung ausländischer Investitionen“ (mit Rechtsnatur der Verwaltungsrechtsvorschriften vom Staatsrat)²⁵⁵ und der von der Staatlichen Kommission für Entwicklung und Reform und dem Handelsministerium am 30. November 2004 verkündete „Branchenkatalog zur Lenkung ausländischer Investitionen“ (mit Rechtsnatur des Statuts). In den Vorschriften zur Lenkung ausländischer Investitionen werden die ausländischen Investitionsprojekte in geförderte, erlaubte, beschränkte und verbotene eingeteilt. Dementsprechend werden die im Branchenkatalog zur Lenkung ausländischer Investitionen aufgelisteten 366 Branchen jeweils den geförderten, den beschränkten und den verbotenen zugeordnet. Die im Branchenkatalog nicht aufgeführten Branchen fallen unter die Kategorie der erlaubten. Ausländische Investitionen dürfen nicht in eine verbotene Branche fließen. Die verbotenen Bereiche betreffen vorwiegend die Infrastrukturen von „militärischer Bedeutung“ (z.B. Errichtung und Betrieb von Elektrizitätsnetzen, Exploration, Förderung und Aufbereitung von Seltenerdmetallen und Betrieb von Rundfunk- und Fernsehnetzen), die Kultur (z.B. Presse und Grundschuleinrichtungen) und die traditionellen chinatypischen Techniken (z.B. Herstellung von Xuan-Papier). Zu den beschränkten Investitionsbereichen gehören beispielsweise die schrittweise geöffneten Branchen (wie Banken, Versicherungen) und die Branchen betreffend die Ausbeutung von staatlich besonders geschützten Mineralien (wie Exploration von Gold und Silber). Durch welche Maßnahmen der Eingang ausländischer Investitionen in einen beschränkten Bereich beschränkt werden kann, wird nicht in den Vorschriften zur Lenkung ausländischer Investitionen vorgesehen. Denkbar sind allerdings die strengeren Genehmigungsvoraussetzungen oder die Zulassungsquoten.²⁵⁶ Die geförderten Investitionsbereiche betreffen in der Regel die neuartige oder fortschrittliche Hochtechnologie, die Erschließung neuer Märkte oder die Steigerung

²⁵⁴ Wolff, Das internationale Wirtschaftsrecht der VR China, 2. Aufl., S. 141.

²⁵⁵ Abgedruckt in Pannenberg, Neue Lenkungsrichtlinien für ausländische Investitionen, in Heuser/Klein (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 33 ff. (38 ff.).

²⁵⁶ Diem, Das Recht der Investitionen in China, S. 19.

der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der Produkte, was zur Verstärkung der Produktivität Chinas beitragen soll. Mit den geförderten ausländischen Investitionsbereichen verbunden sind die nach zentralen oder lokalen rechtlichen Normen zu gewährenden Begünstigungen (Art. 9 der „Vorschriften zur Lenkung ausländischer Investitionen“). Zu beachten ist allerdings, dass sogar bei den geförderten Investitionsbereichen bestimmte Beschränkungen vorgesehen werden können (wie z.B. ausländische Investitionen in Hochschul-Bildungseinrichtungen nur in Form eines EJV oder eines CJV möglich).

1. Formen der ausländischen Investitionen in der VR China

a. Das Equity Joint Venture (EJV)

Mit der Annahme des ersten Gesetzes Chinas betreffend ausländische Investitionen, des Gesetzes der VR China über gemeinschaftlich betriebene Unternehmen chinesisch-ausländischer Kapitalbeteiligung vom 1. Juli 1979 (EJV-Gesetz), bildet das EJV die älteste ausländische Investitionsform in China. Ein EJV-Begriff wird weder im EJV-Gesetz, noch in seinen Durchführungsbestimmungen²⁵⁷ definiert. Durch nachfolgende Darstellungen sollen die Eigenschaften und der Gründungsprozess eines EJV beleuchtet werden.

Ein EJV ist eine chinesische juristische Person in Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 4 EJV-Gesetz und Art. 2 der Durchführungsbestimmungen zum EJV-Gesetz). Konkret heißt das nämlich, dass die Verteilung der Gewinne und Verluste zwischen den beteiligten Parteien eines EJV nach ihrem Anteil am registrierten Kapital zu berechnen ist, wobei der Anteil der ausländischen Partei allerdings im Allgemeinen nicht weniger als 25% betragen darf.²⁵⁸ Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Unterschreitung dieses Prozentsatzes werden allerdings weder im EJV-Gesetz, noch in seinen Durchführungsbestimmungen vorgesehen. Nach *Raiser/Wei* ist ein solcher Fall nur beim Vorliegen ganz besonderer Gesichtspunkte im Interesse Chinas möglich,²⁵⁹ was der Erwägung der betreffenden Genehmigungsbehörde für die Gründung eines EJV überlassen ist.

Ein EJV kommt nur mit der gemeinsamen Beteiligung ausländischer und chinesischer Investoren zustande. Auf der ausländischen Seite kommen Gesellschaften, Unternehmen, sonstige wirtschaftliche Organisationen und natürliche Personen in Betracht, während seitens der chinesischen beteiligten Partei natürliche Personen

²⁵⁷ Die wurden am 20. September 1983 vom Staatsrat verkündet und am 22. Juli 2001 zum zweiten Mal revidiert. Die deutsche Übersetzung vom EJV-Gesetz und seinen Durchführungsbestimmungen abgedruckt in *Steinbach*, Einfluss des TRIMS-Abkommens auf das chinesische Recht für ausländische Direktinvestitionen, in *Heuser/Klein* (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 67 (78 ff.).

²⁵⁸ Das registrierte Kapital bezeichnet gemäß Art. 18 der Durchführungsbestimmungen zum EJV-Gesetz die Gesamtsumme des von den beteiligten Parteien eines EJV zur Einbringung übernommenen Kapitals, die für die Errichtung des EJV bei der Registrierungsbehörde eingetragen ist. Die Reduzierung des registrierten Kapitals ist gemäß Art. 19 der Durchführungsbestimmungen zum EJV-Gesetz nur ausnahmsweise zulässig.

²⁵⁹ *Raiser/Wei*, Gesellschaftsrecht in der Volksrepublik China, S. 25.

ausgeschlossen sind.²⁶⁰ Bei der Bestimmung der Staatszugehörigkeit einer ausländischen Gesellschaft ist nach Nr. 184 1) der „Ansichten des Obersten Volksgerichts zu Problemen bei der Durchsetzung und Anwendung der »Allgemeinen Regeln des Zivilrechts der VR China« vom 26. Januar 1988“²⁶¹ ihr Registrierungsort entscheidend. Da natürliche Personen, die keine chinesische Staatsangehörigkeit besitzen, Ausländer sind, steht bei der Feststellung der Staatsangehörigkeit einer natürlichen Person das Gesetz der VR China über die Staatsangehörigkeit zur Verfügung.²⁶²

Die Neugründung²⁶³ eines EJV fängt mit der Suche nach dem passenden chinesischen Partner in verschiedenen Wegen an. Für deutsche Investoren stehen z.B. die Außenhandelskammern des Deutschen Industrie- und Handelstages zur Verfügung, die in Beijing, Shanghai und Guangzhou vertreten sind.²⁶⁴ Diese Phase kommt zum Ende in der Regel mit dem Abschluss eines „*letter of intent*“, in dem die Absicht der beteiligten Parteien zum Ausdruck gebracht wird, ein EJV durchzuführen. Ein „*letter of intent*“ ist zwar nicht rechtlich verbindlich.²⁶⁵ Da aber in ihm normalerweise wichtige Aspekte betreffend die beabsichtigten Investitionen enthalten sind,²⁶⁶ die auch Inhalt des später abgeschlossenen EJV-Vertrags sind, ist ein „*letter of intent*“ für die beiden Parteien von nicht untergeordneter Bedeutung.

Als nächstes müssen die beteiligten Parteien die Durchführbarkeitsstudie entwerfen, den EJV-Vertrag und die EJV-Satzung verhandeln sowie die Liste der das leitende Organ des EJV bildenden Personen (einschließlich des Vorstandsvorsitzenden, stellvertretenden Vorstandsvorsitzenden und der sonstigen Vorstandsmitglieder) erstellen. Die unbedingt im EJV-Vertrag und in der EJV-Satzung enthaltenen Vereinbarungen der beteiligten Parteien werden in Art. 11 und 13 der Durchführungsbestimmungen zum EJV-Gesetz vorgesehen. Diese beiden Dokumente können aber auch nach den vom damaligen Ministerium für Außenhandel und wirtschaftliche Kooperationen (dem jetzigen Handelsministerium) entworfenen

²⁶⁰ Die Einbeziehung ausländischer natürlicher Personen in die beteiligte Partei und der Ausschluss chinesischer natürlicher Personen aus der beteiligten Partei eines EJV spiegelt den Willen Chinas wider, zum einen ausländische Investitionen anzuziehen und zum anderen jedoch sie auch zu kontrollieren. Vgl. Zahn, Die rechtliche Ausgestaltung von Joint Ventures als Form der internationalen Unternehmenskooperation mit der VR China, S. 56 ff.

²⁶¹ Abgedruckt in Süß, Grundzüge des chinesischen Internationalen Privatrechts, Anhang Nr. 2, S. 182 ff.; Vgl. dazu auch Zhang, guoji sifa lun (Das Internationale Privatrecht), S. 264.

²⁶² Durch die Geburt erwirbt ein Kind die chinesische Staatsangehörigkeit, wenn ein Elternteil die chinesische Staatsangehörigkeit besitzt. Wenn ein Elternteil die chinesische Staatsangehörigkeit besitzt und sich im Ausland niederläßt, erwirbt das Kind allerdings nicht die chinesische Staatsangehörigkeit, soweit es zum Zeitpunkt der Geburt bereits eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzt. Sind beide Elternteile staatenlos und sich in China ansässig, besitzt ihr in China geborenes Kind die chinesische Staatsangehörigkeit. Darüber hinaus können Ausländer und Staatenlose nach der Genehmigung ihres Antrags auf Erwerb der chinesischen Staatsangehörigkeit die chinesische Staatsangehörigkeit erlangen. Die doppelte Staatsangehörigkeit ist in China nicht anerkennbar.

²⁶³ Zur Entstehung eines EJV in anderer Weise siehe Wolff, Das internationale Wirtschaftsrecht der VR China, 2. Aufl., S. 144, S. 179 ff., S. 204 ff.

²⁶⁴ Diem, Das Recht der Investitionen in China, S. 74.

²⁶⁵ Wolff, Das internationale Wirtschaftsrecht der VR China, 2. Aufl., S. 145.

²⁶⁶ Zum üblichen Inhalt eines „*letter of intent*“ siehe Widmer, Rechtliche Rahmenbedingungen für Auslandsinvestitionen in der Volksrepublik China, China aktuell, Mai 1996, S. 505 (506 f.).

Mustern gebildet werden, was in der Praxis der Regelfall ist.²⁶⁷ Gemäß Art. 12 der Durchführungsbestimmungen zum EJV-Gesetz unterliegen der Abschluss, die Wirksamkeit, Auslegung und Durchführung eines EJV-Vertrags sowie die Beilegung von Streitigkeiten zwingend dem chinesischen Recht. Daraus ergibt sich, dass das chinesische Recht anzuwenden ist, auch wenn ein Streit um die Auslegung oder Durchführung des EJV-Vertrags oder der EJV-Satzung nach der Vereinbarung der beteiligten Parteien einem internationalen Schiedsgericht vorgelegt wird.²⁶⁸ Um die durch Veränderungen des chinesischen Rechts möglicherweise verursachten negativen Folgen zu vermeiden, können ausländische Investoren deshalb darauf beharren, dass Veränderungen des chinesischen Rechts als Grund für eine vorzeitige Beendigung des EJV im EJV-Vertrag vorgesehen werden.²⁶⁹

Sind die Durchführbarkeitsstudie, der EJV-Vertrag, die EJV-Satzung und die Personalliste des leitenden Organs des EJV endgültig festgelegt, werden sie der zuständigen Genehmigungsbehörde eingereicht, um das Genehmigungsverfahren in Gang zu setzen. Die Genehmigungszuständigkeit steht nach dem „Beschluss des Staatsrats über die Reform des Investitionssystems“ vom 16. Juli 2004 je nach Investitionsvolumen und Investitionsbereich unterschiedlichen Behörden zu. Ausländische Investitionsprojekte im geförderten und erlaubten Bereich mit einer Gesamtinvestition (registriertes Kapital plus Fremdkapital) von mindestens 100 Millionen US-\$ sowie im beschränkten Bereich mit einer Gesamtinvestition von mindestens 50 Millionen US-\$ werden vom Ministerium für Außenhandel und wirtschaftliche Kooperationen (jetzigen Handelsministerium) genehmigt. Liegt die Gesamtinvestition unterhalb der oben erwähnten Schwellenwerte, sind Regierungen der Provinzstufe zuständig. Die Genehmigungsbehörde muss innerhalb drei Monate ab dem Tage, an dem sie die eingereichten Dokumente zur Gründung eines EJV erhält, über die Genehmigung oder Nichtgenehmigung entscheiden. Im Fall eines erfolglosen Antrages können die beteiligten Parteien gemäß Art. 38 des Verwaltungsgenehmigungsgesetzes der VR China (*Law on Administrative Approvals*), das erst am 19. Juli 2004 in Kraft trat, die behördliche Entscheidung zur gerichtlichen Überprüfung bringen.

Probleme bereiten allerdings die am 9. Oktober 2004 von der Staatlichen Kommission für Entwicklung und Reform erlassenen „Vorläufigen Verwaltungsmaßnahmen über die Verifizierung ausländischer Investitionsprojekte“ (Verifizierungsmaßnahmen), die nach mündlicher Auskunft von Vertretern vom Handelsministerium und der Staatlichen

²⁶⁷ Wolff, Das internationale Wirtschaftsrecht der VR China, 2. Aufl., S. 146. Beide Musterdokumente sind abgedruckt in Trommsdorf/Wilpert, Deutsch-chinesische Joint Ventures, S. 254 ff.

²⁶⁸ Art. 98 der Durchführungsbestimmungen zum EJV-Gesetz lautet „Die EJV-Partner können gemäß einer schriftlichen Schiedsvereinbarung bei einem Schiedsorgan in China ein Schiedsverfahren betreiben, sie können auch bei sonstigen Schiedsorganen ein Schiedsverfahren durchführen.“ Dem Wortlaut nach sind unter „sonstigen Schiedsorganen“ sowohl internationale Schiedsgerichte als auch nationale Schiedsgerichte eines anderen Lands als China zu verstehen. Im Vergleich zum ICC-Schiedsgerichtshof werden vor allem die Industrie- und Handelskammer Stockholm, das Hongkong *International Arbitration Centre* sowie die Züricher Handelskammer von der chinesischen Seite favorisiert, da Taiwan Mitglied der ICC ist. Zahn, Die rechtliche Ausgestaltung von Joint Ventures als Form der internationalen Unternehmenskooperation mit der VR China, S. 227.

²⁶⁹ So Jung, Gründung eines Joint Venture-Unternehmens in der Volksrepublik China, RIW 1996, S. 117 (121).

Kommission für Entwicklung und Reform²⁷⁰ zusätzlich zum Genehmigungsverfahren ein Verifizierungsverfahren bei der Gründung eines EJV, eines CJV und eines WFOE vorsehen. Aus den in Art. 12 der Verifizierungsmaßregeln festgeschriebenen Maßstäben für die Verifizierung eines ausländischen Investitionsprojekts (wie z.B. die Vereinbarkeit des Projekts mit Gesetzen und dem mittel- und langfristigen Plan für die Entwicklung der Volkswirtschaft und der Gesellschaft; die öffentlichen Interessen, der Umweltschutz, die technischen Standards usw.) kann man schließen, dass die Verifizierungsmaßregeln darauf zielen, den positiven Beitrag ausländischer Investitionen zur wirtschaftlichen Entwicklung Chinas einerseits, und die Verwirklichung der staatlichen makro-ökonomischen Regulierung und Kontrolle andererseits sicherzustellen. Solche Zielsetzungen sind allerdings auch im Genehmigungsverfahren zu finden.²⁷¹ Diese Zielsetzungsüberschneidung könnte in der Praxis zur doppelten Überprüfung eines Projekts führen. Ob die Verifizierungsmaßregeln notwendig sind oder wie sich das Genehmigungs- und das Verifizierungsverfahren verhalten sollten, ist deshalb fraglich.

Die Verifizierungszuständigkeit wird nach gleichen Kriterien wie die für die Verteilung der Genehmigungszuständigkeit der Staatlichen Kommission für Entwicklung und Reform sowie ihren untergeordneten Zweigstellen der Provinzstufe eingeräumt. Ein Verifizierungsantrag kann nur mit der Begleitung der in Art. 5 der Verifizierungsmaßregeln vorgesehenen Angaben zum geplanten Projekt (Name des Projekts, hauptsächlich anzuwendende Techniken, Zielmarkt der Produkte, geplante Zahl der Mitarbeiter, Bedarf an natürlichen Ressourcen, Einschätzung über den Einfluss des Projekts auf die Umwelt usw.) vorgelegt werden. Die Verifizierungsbehörde soll in der Regel innerhalb von zwanzig Tagen ab dem Tag der Annahme der eingereichten Unterlagen die Entscheidung treffen. Die negative Entscheidung kann nur in schriftlicher Form ergehen, wobei der Grund für die Ablehnung des Antrags sowie die Rechtsmittelbelehrung (Antrag auf die verwaltungsrechtliche Revision oder Anruf eines Verwaltungsgerichts) anzugeben ist.

Innerhalb eines Monats nach der Genehmigung findet die Registrierung des EJV bei dem lokalen Verwaltungsamt für Industrie und Handel statt, von dem die Geschäftslizenz erteilt wird (Art. 9 der Durchführungsbestimmungen zum EJV-Gesetz). Bevor das EJV seinen Betrieb aufnehmen kann, sind auch Registrierungen bei anderen Behörden (wie z.B. Steuerbehörde, Arbeitsbehörde usw.) sowie die Eröffnung von RMB-²⁷² und Devisen-Konten notwendig.²⁷³

Die beteiligten Parteien eines EJV können ihre Investition in Form von Geld und Sacheinlagen (Bauwerke, Maschinen, gewerbliche Schutzrechte, Know-how,

²⁷⁰ Wolff, Das internationale Wirtschaftsrecht der VR China, 2. Aufl., S. 140, Fn. 58.

²⁷¹ Art. 4 der Durchführungsbestimmungen zum EJV-Gesetz lautet: „Liegt einer der folgenden Umstände vor, wird ein Antrag auf Einrichtung eines EJV nicht genehmigt: 1) Die chinesische Souveränität wird beschädigt; 2) es wird gegen chinesisches Recht verstoßen; 3) den Erfordernissen der Entwicklung der chinesischen Volkswirtschaft wird nicht entsprochen; 4) es wird Umweltverschmutzung verursacht; ...“.

²⁷² Renminbi: chinesische Währung.

²⁷³ Wolff, Das internationale Wirtschaftsrecht der VR China, 2. Aufl., S. 149.

Landnutzungsrecht²⁷⁴ usw.) einsetzen. Die Bewertung der Sacheinlagen soll durch Verhandlungen der beteiligten Parteien bestimmt und im EJV-Vertrag verankert werden. Die Mindesthöhe des registrierten Kapitals eines EJV wird durch das am 27. Oktober 2005 neu revidierte Gesellschaftsgesetz festgelegt, das gemäß dessen Art. 2 für alle in China gegründeten Gesellschaften mit beschränkter Haftung gilt. Solange keine Sonderbestimmungen für bestimmte Industriebereiche bestehen,²⁷⁵ muss ein registriertes Minimalkapital im Wert von 30 000 RMB (ungefähr 3000 Euro) bezahlt werden (Art. 26 des Gesellschaftsgesetzes).

Das höchste Organ des EJV ist der Vorstand, der sich aus zumindest drei Mitgliedern zusammensetzt und dessen Vorsitzender der gesetzliche Vertreter des EJV ist (Art. 6 des EJV-Gesetzes und Art. 30 ff. der Durchführungsbestimmungen zum EJV-Gesetz). Die Verteilung der Zahl der Vorstandsmitglieder ist nach dem Verhältnis der eingesetzten Investition der beteiligten Parteien durch Verhandlungen festzulegen. Darüber hinaus ist ein Managementorgan zu errichten, das aus einem Generalmanager und einigen stellvertretenden Generalmanagern besteht und für die Geschäftstätigkeiten des EJV verantwortlich ist.

In der Regel können die beteiligten Parteien freiwillig entscheiden, ob die Dauer des von ihnen gegründeten EJV im EJV-Vertrag vorgesehen wird (Art. 89 der Durchführungsbestimmungen in Verbindung mit den vom damaligen Ministerium für Außenhandel und wirtschaftliche Kooperationen am 22. Oktober 1990 erlassenen vorläufigen Vorschriften über die Laufzeit von EJV). In bestimmten Bereichen (wie z.B. Dienstleistungen, Immobilien, zur beschränkten Kategorie gehörende ausländischen Investitionsprojekte sowie Erschließung der natürlichen Ressourcen) ist eine Vereinbarung über die Dauer des EJV allerdings unentbehrlich. Die Verlängerung der EJV-Laufzeit ist nach Zustimmung der Genehmigungsbehörde möglich (Art. 13 des EJV-Gesetzes).

Neben dem Ablauf der vereinbarten Betriebsdauer kann ein EJV auch aufgelöst werden aufgrund seiner Unfähigkeit zu weiterer Geschäftstätigkeit (verursacht durch schwere Verluste des EJV oder Nichterfüllung der im EJV-Vertrag festgelegten Pflichten durch eine beteiligte Partei), der Naturkatastrophen oder des Kriegs sowie der Tatsache, dass seine geschäftliche Ziele nicht erreicht wurden und in Zukunft auch nicht erreicht werden können (Art. 90 2) bis 6) der Durchführungsbestimmungen zum EJV-Gesetz).

Der Auflösung eines EJV folgt das Liquidationsverfahren, wobei ein Liquidationsausschuss zu errichten ist, der im Allgemeinen aus Vorstandsmitgliedern

²⁷⁴ Gemäß Art. 10 der chinesischen Verfassung liegen städtische Grundstücke im staatlichen Eigentum und ländliche Grundstücke im Eigentum des Kollektivs, eines Zusammenschlusses von Bauern (*Zhao/Yang*, Chinesischer Grundstücksmarkt im Wandel, RIW 2000, S. 217 (217).) Unternehmen und Privatpersonen können nur das Landnutzungsrecht haben, das übertragbar ist. Zum Thema der Grundstücke in der VR China siehe *Diem*, Das Recht der Investitionen in China, S. 171 ff.

²⁷⁵ Ausführlich dazu siehe *Wolff*, Das internationale Wirtschaftsrecht der VR China, 2. Aufl., S. 169 ff.

besteht, für die Liquidationsangelegenheiten verantwortlich ist und das EJV bei Klageerhebung und Klageerwiderung vertritt.

b. Das Contractual Joint Venture (CJV)

Der Erlass des EJV-Gesetzes und seiner Durchführungsbestimmungen gewährte ausländischen Investitionen zwar einen bestimmten Rechtsschutz. Die ausländischen Investitionen wurden aber auch auf eine einseitige und starre Form beschränkt, was dazu führte, dass insbesondere Investoren aus Hongkong²⁷⁶ versuchten, die EJV-Vorschriften zu umgehen, indem sie mit ihren Partnern auf dem chinesischen Festland ihre jeweiligen Rechte und Pflichten konkret vertraglich festlegten und damit nicht ein selbständiges EJV, sondern nur eine neue Tätigkeit oder Abteilung des chinesischen Partners in Betracht kam.²⁷⁷ Um diese rechtliche Lücke zu füllen, wurde am 13. April 1988 das „Gesetz der VR China über chinesisch-ausländische kooperativ betriebene Unternehmen“ (CJV-Gesetz)²⁷⁸ angenommen. Erst sieben Jahre später traten seine Durchführungsbestimmungen in Kraft. Da CJVs sich im Vergleich zu EJVs durch ihre Flexibilität kennzeichnen, die unten gleich dargestellt wird, eignet sich diese Investitionsform vor allem für kurzfristige Projekte.

Es steht den beteiligten Parteien frei, ob ein CJV als selbständige juristische Person gegründet wird. Ist ein CJV juristische Person, dann entsteht eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Hat ein CJV den Status einer juristischen Person nicht, dann ist von einem „*Lianying*“²⁷⁹ die Rede (Art. 50 der Durchführungsbestimmungen in Verbindung mit Art. 52 der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts der VR China).

Die Gründung eines CJV bedarf auch der Genehmigung durch die zuständige Behörde. Die Genehmigungszuständigkeit liegt bei dem Ministerium für Außenhandel und wirtschaftliche Kooperationen (jetzigen Handelsministerium) oder den vom Staatsrat autorisierten Behörden oder Lokalregierungen. Für die Zuständigkeitsverteilung und den Gründungsablauf eines CJV gelten die ähnlichen Regelungen wie bei der Gründung eines EJV, die hier nicht wiederholt werden.

²⁷⁶ Wegen ihres besonderen Status wurden und werden Investitionen aus Hongkong, Macau und Taiwan als ausländische Investitionen behandelt.

²⁷⁷ Münzel, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht der VR China, S. 203.

²⁷⁸ Die deutsche Übersetzung abgedruckt in Steinbach, Einfluss des TRIMs-Abkommens auf das chinesische Recht für ausländische Direktinvestitionen, in Heuser/Klein (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 67 (102 ff.).

²⁷⁹ Obwohl am 23. Februar 1997 das Gesetz der VR China über Personengesellschaften angenommen wurde, in dem die Gesamtschuld der Partner vorgesehen wird, kommt es aber nicht für das CJV ohne den Status einer juristischen Person zur Anwendung. Denn wörtlich genommen gilt es nur für die von natürlichen Personen errichteten Personengesellschaften und hinsichtlich des CJV kann die chinesische Partei allerdings auf keinen Fall natürliche Person sein. Aus dem gleichen Grund sind auch Art. 30 bis 35 der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts nicht anwendbar, die die Partnerschaft zwischen natürlichen Personen regeln. Die Partnerschaft zwischen Unternehmen, die eine neue Einheit ohne den Status einer juristischen Person gründet, wird deshalb durch den Begriff „*Lianying*“ bezeichnet. Gemäß Art. 52 der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts haften die beteiligten Parteien eines „*Lianying*“ mit ihrem eigenen Vermögen entsprechend ihrer Investitionsproportion oder Vereinbarung. Eine Gesamtschuld ist möglich, nur wenn sie in der Vereinbarung der beteiligten Parteien (im CJV-Vertrag) festgelegt ist oder von dem Gesetz verlangt wird.

Zur Gründung und zum Betrieb eines CJV können die beteiligten Parteien Investitionen und Kooperationsbedingungen einsetzen. Der Unterschied zwischen beiden Beitragsformen liegt gemäß der vom damaligen Ministerium für Außenhandel und wirtschaftliche Kooperationen am 22. Oktober 1996 erlassenen „Klarstellung einiger Vorschriften bei der Durchführung der Durchführungsbestimmungen zum CJV-Gesetz“ vor allem darin, dass die als Investitionen eingesetzten Sacheinlagen bewertet werden müssen, die Kooperationsbedingungen aber nicht. Dieser Unterschied ist nur insofern von Bedeutung, als vorgesehen wird, dass der Anteil der ausländischen beteiligten Partei am registrierten Kapital (im Fall eines CJV mit dem Status einer juristischen Person) oder an der Gesamtinvestition (im Fall eines CJV ohne den Status einer juristischen Person) im Allgemeinen nicht weniger als 25% betragen darf. Für die Gewinn- und Verlustverteilung ist er allerdings nicht von Belang, denn gemäß Art. 21 Abs. 1 des CJV-Gesetzes richten sie sich allein nach der Vereinbarung der beteiligten Parteien im CJV-Vertrag. Solange die beteiligten Parteien eines CJV mit dem Status einer juristischen Person im CJV-Vertrag vereinbaren, dass nach Ablauf der Vertragsdauer das gesamte feste Anlagevermögen des CJV der chinesischen Partei gehört, kann die ausländische Partei während der Existenz des CJV seine Investitionen in vorgesehenen Wegen vorzeitig rückführen: durch die Erhöhung des Anteils der ausländischen Partei an der Gewinnverteilung oder mit der Genehmigung durch die Finanz- und Steuerbehörde dadurch, dass die ausländische Partei vor Entrichtung der Körperschaftsteuer seine Investitionen rückführt (Art. 21 des CJV-Gesetzes und Art. 44 der Durchführungsbestimmungen zum CJV-Gesetz). Diese vorzeitige Rückführung ist allerdings nicht möglich, wenn die Verluste des CJV nicht ausgeglichen werden (Art. 45 Abs. 2 der Durchführungsbestimmungen zum CJV-Gesetz). Sofern die beteiligten Parteien eines CJV ohne den Status einer juristischen Person nichts anders vereinbaren, bleiben die Investitionen und Kooperationsbedingungen das Vermögen der jeweiligen einsetzenden Partei (Art. 52 der Durchführungsbestimmungen zum CJV-Gesetz).

Das höchste Organ des CJV, das zumindest aus drei Mitgliedern besteht, ist der Vorstand oder das gemeinsame Geschäftsführungsgremium (Art. 12 des CJV-Gesetzes und Art. 24 der Durchführungsbestimmungen zum CJV-Gesetz). Die Verteilung der Zahl der Mitglieder wird unter Berücksichtigung der eingesetzten Investitionen und Kooperationsbedingungen durch beide Parteien vereinbart (Art. 25 der Durchführungsbestimmungen zum CJV-Gesetz). Der Vorstandsvorsitzende oder der Direktor des gemeinsamen Geschäftsführungsgremiums ist der Vertreter des CJV mit dem Status einer juristischen Person (Art. 31 der Durchführungsbestimmungen zum CJV-Gesetz). Vom höchsten Organ ist ein Generaldirektor zu ernennen oder zu berufen, der für die tägliche Geschäftsführung des CJV verantwortlich ist (Art. 12 des CJV-Gesetzes und Art. 32 der Durchführungsbestimmungen zum CJV-Gesetz).

Die Laufzeit eines CJV ist auch von den beteiligten Parteien im CJV-Vertrag zu vereinbaren. Eine Verlängerung ist nach Zustimmung der Genehmigungsbehörde möglich. Für die Auflösung des CJV gelten die gleichen Regelungen wie die beim

EJV.

c. Das Wholly Foreign Owned Enterprise (WFOE)

Die dritte wichtige ausländische Investitionsform ist das WFOE, das vorwiegend durch das Gesetz der VR China über ausschließlich ausländisch kapitalisierte Unternehmen (WFOE-Gesetz) und seine Durchführungsbestimmungen (am 12. April 2001 revidiert) geregelt wird.²⁸⁰

Ein WFOE ist ein Unternehmen, das gemäß dem chinesischen Recht innerhalb Chinas errichtet wurde und dessen ganzes Kapital von einem oder mehreren ausländischen Investoren eingesetzt wurde (Art. 2 des WFOE-Gesetzes und Art. 10 Abs. 2 der Durchführungsbestimmungen zum WFOE-Gesetz). Im Vergleich zu EJVs und CJVs liegt der Vorteil der Gründung eines WFOE in seiner völlig selbständigen und von keinem chinesischen Partner abhängigen Entscheidungsfähigkeit während seiner Geschäftsdurchführung. Diese Investitionsform ist allerdings insofern nachteilig, als viele unvorhersehbare Schwierigkeiten auftreten können, denn in China haben persönliche Kontakte und Beziehungen einen entscheidenden Einfluss auf wirtschaftliche Abläufe.²⁸¹ Darüber hinaus ist nicht zu übersehen, dass viele Wirtschaftsbereiche (wie z.B. Bildungseinrichtungen für die Ober- und Mittelstufe sowie Medizinische Einrichtungen) nach dem „Branchenkatalog zur Lenkung ausländischer Investitionen“ für WFOEs völlig unzulässig sind, da aufgrund des hundertprozentigen Bestehens eines WFOE aus ausländischen Investitionen die chinesische Regierung diese Möglichkeit verliert, durch ihren Einfluss auf die chinesische Partei ausländische Investitionen zu lenken.

Ein WFOE ist grundsätzlich in Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu gründen. Mit Zustimmung der zuständigen Genehmigungsbehörde ist eine andere Haftungsform auch möglich (Art. 18 Abs. 1 der Durchführungsbestimmungen zum WFOE-Gesetz).

Die Gründung eines WFOE ist genehmigungspflichtig. Die Genehmigungszuständigkeit liegt bei dem Ministerium für Außenhandel und wirtschaftliche Kooperationen (jetzigen Handelsministerium) oder den Regierungen der Provinzstufe. Der Gründungsvorgang eines WFOE entspricht im Wesentlichen dem eines EJV. Vor Stellung des Antrags auf die Errichtung eines WFOE muss der ausländische Investor allerdings der lokalen Regierung (zumindest der Kreisstufe) von dem geplanten Investitionsort einen Bericht besonders über den Bedarf des WFOE an Nutzfläche und Energien einreichen. Erst nachdem dieser Bericht angenommen wurde, dann wird der Antrag auf die Errichtung eines WFOE durch diese lokale Regierung der zuständigen

²⁸⁰ Beide Dokumente sind abgedruckt in *Steinbach*, Einfluss des TRIMs-Abkommens auf das chinesische Recht für ausländische Direktinvestitionen, in *Heuser/Klein* (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 67 (107 ff.).

²⁸¹ *Jung*, Gründung eines Joint Venture-Unternehmens in der Volksrepublik China, RIW 1996, S. 117 (119) mit Verweisung auf *von Senger*, Einführung in das chinesische Recht, S. 19, 27 f., 168, 332.

Genehmigungsbehörde vorgelegt (Art. 9 f. der Durchführungsbestimmungen zum WFOE-Gesetz).

Der ausländische Investor kann gemäß Art. 25 der Durchführungsbestimmungen zum WFOE-Gesetz frei konvertible Devisen sowie Sacheinlagen als Investitionen einsetzen. Mit Zustimmung der Genehmigungsbehörde kann der ausländische Investor aber auch RMB-Gewinne investieren, die er durch den Betrieb eines anderen Unternehmens mit Beteiligung ausländischer Investitionen in China erlangte. Die Sacheinlagen müssen bewertet werden und die in Art. 26 ff. der Durchführungsbestimmungen zum WFOE-Gesetz vorgesehenen Anforderungen erfüllen.

Die Vorschriften zur inneren Organisationsstruktur eines WFOE sind weder im WFOE-Gesetz, noch in seinen Durchführungsbestimmungen zu finden. In der Praxis gelten die ähnlichen Regelungen wie die für EJV's und CJV's.²⁸²

Die zeitliche Dauer eines WFOE kann der ausländische Investor selbst festlegen und muss durch die Genehmigungsbehörde genehmigt werden, wobei die Besonderheiten der unterschiedlichen Geschäftszweige und Unternehmen zu berücksichtigen sind (Art. 20 des WFOE-Gesetzes und Art. 70 seiner Durchführungsbestimmungen). Für die Auflösung des WFOE kommen die ähnlichen Regelungen wie die beim EJV und CJV zur Anwendung.

2. Der Schutz ausländischer Investitionen nach innerstaatlichem Recht Chinas

Vorstehenden Darstellungen folgend treten ausländische Investitionen in der Regel in Form eines chinesischen Unternehmens in den chinesischen Markt ein. Da deshalb ausländische Investitionen der chinesischen Rechtsordnung unterliegen, sind besonders zwei Fragestellungen für ausländische Investoren wichtig: welchen Investitionsschutz vor staatlichen Eingriffen das chinesische Recht gewährt und wie dieses Schutzrecht realisiert werden kann. Die Lösung dieser beiden Fragestellungen wird der Normenhierarchie entsprechend auf zwei Ebenen ausgeführt: nach der chinesischen Verfassung sowie nach den einfachen Gesetzen.

a. Der verfassungsrechtliche Schutz ausländischer Investitionen in der VR China

Die geltende chinesische Verfassung wurde am 4. Dezember 1982 angenommen und am 14. März 2004 zum vierten Mal revidiert. In Art. 33 bis 56 der chinesischen Verfassung sind Grundrechte und Grundpflichten von Bürgern verankert. Allerdings sind Bürger gemäß Art. 33 Abs. 1 der chinesischen Verfassung nur Personen, die die Staatsangehörigkeit der VR China haben. Ausländer dürfen deshalb nicht Träger der Grundrechte und Grundpflichten sein, wobei es von keiner Bedeutung ist, ob es sich dabei um Ausländer als natürliche Personen oder nicht natürliche Personen handelt.

²⁸² Wolff, Das internationale Wirtschaftsrecht der VR China, 2. Aufl., S. 160.

Aus dem gleichen Grund können Ausländer auch Art. 13 der chinesischen Verfassung nicht geltend machen, in dem der Schutz des Privateigentums der Bürger vorgesehen wird.²⁸³

Die chinesische Verfassung enthält allerdings Normen, die sich speziell auf Ausländer beziehen. Zu nennen sind Art. 18 und Art. 32 Abs. 1 der chinesischen Verfassung. Art. 32 Abs. 1 betrifft den Schutz von Ausländern als natürlichen Personen im Allgemeinen.²⁸⁴ Geht es um Investitionstätigkeiten durch ausländische Investoren in China, dann ist Art. 18 einschlägig, der lautet:

„The People’s Republic of China permits foreign enterprises, other foreign economic organizations and individual foreigners to invest in China and to enter into various forms of economic cooperation with Chinese enterprises and other Chinese economic organizations in accordance with the law of the People’s Republic of China.

All foreign enterprises, other foreign economic organizations as well as Chinese-foreign joint ventures within Chinese territory shall abide by the law of the People’s Republic of China. Their lawful rights and interests are protected by the law of the People’s Republic of China.“

Danach sind die Schutzfähigkeit und -würdigkeit ausländischer Investoren und ihrer Investitionen in der chinesischen Verfassung festgeschrieben. Fraglich ist allerdings, ob Art. 18 ausländischen Investoren bestimmte verfassungsmäßige Rechte gewährt oder nicht. Da dem Wortlaut nach nur „rechtmäßige Rechte und Interessen“ der ausländischen Investoren, die aber keine Konkretisierung durch die chinesische Verfassung erfahren, zu schützen sind, ist vielmehr davon auszugehen, dass die konkreten Rechte, die ausländische Investoren in Bezug auf den Schutz ihrer Investitionen in China genießen, in den einfachen Gesetzen Chinas zu finden und dementsprechend ausländische Investoren nur chinesische einfache Gesetze geltend machen könnten, um ihre Rechte zu schützen. In diesem Sinne ist Art. 18 der chinesischen Verfassung eher von programmatischer als von rechtlicher Bedeutung.

Abgesehen von der Frage, ob ausländische Investoren verfassungsrechtliche Rechte

²⁸³ Art. 13 der chinesischen Verfassung lautet: „Citizens’ lawful private property is inviolable. The State protects in accordance with law the rights of citizens to private property and to its inheritance. The State may, in the public interest and in accordance with law, expropriate or requisition citizens’ private property for its use and shall make compensation therefore.“ Erst durch die Verfassungsänderung von 2004 wurden der Begriff „Privateigentum“ und die Thematik der Entschädigung für die Enteignung in die chinesische Verfassung eingeführt. *Yu* bezeichnet deshalb die Verfassungsänderung von 2004 als einen Meilenstein der Entwicklung der chinesischen Verfassung. *Yu*, Einführung der Eigentumsgarantie in die Verfassung der VR China, Verfassung und Recht in Übersee 2005, S. 391 (391). Vergleicht man allerdings Art. 13 mit Art. 12 der chinesischen Verfassung, der lautet „Socialist public property is sacred and inviolable. The state protects socialist public property. Appropriation or damage of state or collective property by any organization or individual by whatever means is prohibited.“, dann ist die Schlussfolgerung zu ziehen, dass sich der Schutz privaten Eigentums in der VR China in einer untergeordneten Stellung befindet. Diese Situation wird mit der Verabschiedung des Sachenrechtsgesetzes der VR China am 16. März 2007 verbessert, das am 1. Oktober 2007 in Kraft treten wird, da das Sachenrechtsgesetz zum ersten Mal das staatliche, kollektive und private Eigentum gleichsetzt. Dessen Art. 4 lautet „ Die Sachenrechte des Staats, des Kollektivs, des Privaten und anderer Berechtigter werden vom Gesetz geschützt; keine Organisationseinheit oder Einzelperson darf Sachenrechte beeinträchtigen.“

²⁸⁴ Art. 32 Abs. 1 lautet: „The People’s Republic of China protects the lawful rights and interests of foreigners within Chinese territory; foreigners on Chinese territory must abide by the laws of the People’s Republic of China.“

hinsichtlich ihrer Investitionen in China genießen, ist die Durchsetzung der verfassungsmäßigen Rechte in China insofern problematisch, als es in China kein Verfassungsgericht gibt, obwohl spätestens schon im Jahre 1994 Forderungen nach der Einsetzung eines Verfassungsgerichts oder zumindest einer Verfassungskommission beim Ständigen Ausschuss des NVK mit verfassungsgerichtlichen Kompetenzen erkennbar waren.²⁸⁵ Gemäß Art. 62 Ziff. 2 und Art. 67 Ziff. 1 der chinesischen Verfassung überwachen der NVK und sein Ständiger Ausschuss die Durchführung der Verfassung und interpretieren die Normen der Verfassung. Da der NVK gemäß Art. 57 der chinesischen Verfassung das höchste Organ Chinas ist, ist deshalb theoretisch möglich, dass der NVK eine rechtliche Norm, einen administrativen Akt und sogar Urteile als gegen die Verfassung verstoßend erklären kann. Wie diese Möglichkeit tatsächlich durch Individuen gebraucht werden kann, bleibt allerdings wegen des Fehlens an einschlägigen Normen unklar. Ein solcher Fall gab es in der Praxis wahrscheinlich auch noch nicht.

Aufgrund der abstrakten Festlegung der Rechte von ausländischen Investoren auf den Schutz ihrer Investitionen in China auf der verfassungsrechtlichen Ebene und der Nichtexistenz des Instruments zur Durchsetzung der verfassungsmäßigen Rechte scheinen die einfachen Gesetze für ausländische Investoren entscheidend zu sein.

b. Der Schutz ausländischer Investitionen nach den einfachen Gesetzen Chinas

Auf der Ebene von einfachen Gesetzen werden ausländische Investitionen in China vorwiegend durch das EJV-Gesetz, das CJV-Gesetz sowie das WFOE-Gesetz geregelt. Art. 18 der chinesischen Verfassung entsprechend wird ausländischen Investoren durch diese drei Gesetze nicht nur Pflichten auferlegt, sondern auch Rechte zum Schutz ihrer Investitionen verliehen. Unter den Schutzbereich ausländischer Investitionen fallen die in ihnen enthaltenen Regelungen zur Enteignung gegenüber ausländischen Investitionen sowie zum Personen- und Zahlungsverkehr, die auch üblicherweise in einem bilateralen Investitionsabkommen zu finden sind.²⁸⁶ Da der Schutz ausländischer Investitionen die Abwehr von staatlichen Eingriffen zum Ziel hat und in China kein Verfassungsgericht besteht, spielen verwaltungsrechtliche Normen bei der Verwirklichung der Schutzrechte ausländischer Investoren eine entscheidende Rolle.

aa. Die Enteignung gegenüber ausländischen Investitionen

Die Enteignung gegenüber ausländischen Investitionen wird durch Art. 2 Abs. 3 des EJV-Gesetzes und Art. 5 des WFOE-Gesetzes geregelt.²⁸⁷ Diese beiden Normen lauten fast identisch:

²⁸⁵ *Holbig*, Auf dem Weg zur konstitutionellen Einparteienherrschaft? Die Verfassungsänderungen vom März 2004, China aktuell März 2004, S. 259 (259).

²⁸⁶ Dazu oben Kapitel 1, 3 und 4 dieser Arbeit.

²⁸⁷ Im CJV-Gesetz und in seinen Durchführungsbestimmungen ist zwar keine Enteignungsregelung enthalten. Art. 2 Abs. 3 des EJV-Gesetzes und Art. 5 des WFOE-Gesetzes sollten aber analog zur Anwendung kommen.

„Der Staat führt gegenüber EJV/WFOE keine Verstaatlichung oder Enteignung durch. Unter besonderen Umständen kann entsprechend den Erfordernissen des öffentlichen Interesses gegenüber einem EJV/WFOE gemäß gesetzlichen Verfahren eine Enteignung durchgeführt werden, wobei eine angemessene Entschädigung geleistet wird.“

Danach wird an der ersten Stelle der Grundsatz der Nichtenteignung gegenüber ausländischen Investitionen festgeschrieben. Dafür sind zwei Faktoren entscheidend.²⁸⁸ Zum einen wurde schon in den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts eine umfassende Enteignung gegenüber Privateigentum (einschließlich ausländischen Investitionen) aus politischen und wirtschaftlichen Gründen durch die KPCh durchgeführt.²⁸⁹ Nach 50jähriger Entwicklung besitzt China schon sein eigenes und relativ vollständiges Wirtschaftssystem und eine umfassende Enteignung gegenüber ausländischen Investitionen scheint deshalb sowohl in der Gegenwart als auch in Zukunft nicht notwendig. Zum anderen ist die Anziehung von ausländischen Investitionen als eine langfristige Politik zur Entwicklung Chinas anzusehen, was durch die Verankerung ausländischer Investoren und Investitionen in der chinesischen Verfassung zum Ausdruck gebracht wird. Eine umfassende Enteignung gegenüber ausländischen Investitionen würde zweifellos diese Politik beeinträchtigen.

Eine Enteignung ist nur unter besonderen Umständen und dem öffentlichen Interesse dienend möglich. Kein Gesetz enthält einschlägige Regelungen dazu, wann besondere Umstände gegeben sind. Denkbar sind aber Kriege, Naturkatastrophen sowie andere Dringlichkeiten.²⁹⁰ Auch der Begriff des „öffentlichen Interesses“ stellt sich als unbestimmt dar.²⁹¹ Wegen des Fehlens konkreter Kriterien ist die Bestimmung des „öffentlichen Interesses“ vielmehr der Abwägung des Gerichts im Einzelfall zu überlassen.

Eine Enteignung kann nur gemäß gesetzlichen Verfahren durchgeführt werden. Aber nur im „Gesetz der VR China über die Verwaltung von Grund und Boden“ wird ein Verfahren hinsichtlich der Enteignung gegenüber Grundstücken vorgesehen.²⁹² Für

²⁸⁸ Zeng, *WTO yu zhongguo waizifa de fazhan* (WTO und die Entwicklung des Ausländerinvestitionsrechts Chinas), S. 289.

²⁸⁹ Zur Geschichte *Kosta/Meyer*, Volksrepublik China: Ökonomisches System und wirtschaftliche Entwicklung, S. 38 ff.; *Großmann*, Die wirtschaftliche Entwicklung der Volksrepublik China, S. 57 ff.

²⁹⁰ Zeng, *WTO yu zhongguo waizifa de fazhan* (WTO und die Entwicklung des Ausländerinvestitionsrechts Chinas), S. 288.

²⁹¹ In keinem chinesischen Gesetz wird das „öffentliche Interesse“ konkret definiert. Diese Begriffunklarheit führt dazu, dass bei der zurzeit in China stattfindenden umfangreichen Sanierung der Städte und der Umwandlung von Ackerland in Industriegebiete das „öffentliche Interesse“ oftmals missbraucht und damit das Recht des Eigentümers durch Behörde beeinträchtigt. (*Yu*, Einführung der Eigentumsgarantie in die Verfassung der VR China, Verfassung und Recht in Übersee 2005, S. 391 (393 f.)) Bei der Ausarbeitung des chinesischen Sachenrechtsgesetzes wurden zwar vorgeschlagen, den Umfang des „öffentlichen Interesses“ durch die Aufführung von konkreten Fällen festzulegen (siehe dazu *Baumann*, Das neue chinesische Sachenrecht, S. 98). Dieser Vorschlag wurde allerdings nicht angenommen. Da der Oberste Gerichtshof schon vorgehabt hat, in Kürze Justizinterpretationen zum Sachenrechtsgesetz zu erlassen, wäre davon zu erwarten, dass das „öffentliche Interesse“ eine Klarstellung erfahren könnte.

²⁹² Das Gesetz über die Verwaltung von Grund und Boden wurde am 25. Juni 1986 angenommen und am 28. August 2004 zum letzten Mal revidiert. Gemäß dessen Art. 45 ff. findet die Enteignung gegenüber Grundstücken in folgenden Phasen statt: Genehmigung durch den Staatsrat oder die Regierung der Provinzstufe; öffentliche Bekanntmachung durch die Regierung zumindest der Kreisstufe; die Anmeldung der Eigentümer der zu

ausländische Investoren ist dieses Verfahren allerdings nur im Fall der Enteignung gegenüber von ihnen benutzten Grundstücken von Bedeutung. In welchem Verfahren eine Enteignung gegenüber ausländischen Investitionen in anderen Formen durchgeführt werden soll, bleibt allerdings unklar. Da Art. 2 Abs. 3 des EJV-Gesetzes und Art. 5 des WFOE-Gesetzes ausdrücklich ein gesetzliches Verfahren vorsehen, ist deshalb eine Gesetzgebungstätigkeit vor der Enteignung gegenüber ausländischen Investitionen in anderen Formen notwendig.

Die Enteignung erfordert lediglich eine „angemessene“ Entschädigung. Was unter „angemessen“ zu verstehen ist, wird weder durch Gesetze, noch durch Justizinterpretationen des Obersten Gerichtshofs näher definiert. Überzeugend zu sein scheint allerdings, dass in der Regel eine „volle“ Entschädigung nach der *Hull*-Formel auszuschließen ist. Dafür spricht zum einen, dass, dem Status Chinas als Entwicklungsland entsprechend, die Anwendbarkeit der *Hull*-Formel allgemein von chinesischen Juristen verneint wird.²⁹³ Zum anderen ist eine „volle“ Entschädigung auch in keinem bilateralen Investitionsabkommen Chinas zu finden.²⁹⁴ Würde das Wort „angemessen“ in der chinesischen Rechtsordnung als „voll“ interpretiert, dann hätte die fehlende Verankerung der *Hull*-Formel in den bilateralen Investitionsabkommen Chinas keinen Sinn. „Angemessen“ bedeutet deshalb vielmehr die Akzeptabilität der Entschädigung sowohl für China als auch für enteignete ausländische Investoren. Das heißt nämlich, dass die Entschädigung die rechtlichen Interessen der Parteien zu einem fairen Ausgleich bringen sollte,²⁹⁵ wobei die einzelnen Faktoren, wie z.B. die Finanzkraft des Staats, der Wert der enteigneten ausländischen Investitionen und die Möglichkeit des betreffenden Investors, mit der Entschädigung Geschäftstätigkeiten in China weiter vornehmen zu können, in Betracht zu ziehen sind. Ob der Wert der enteigneten Investition nach ihrem Marktwert zu berechnen ist, ist im Fall einer „angemessen“ Entschädigung nicht von entscheidender Bedeutung, da der Wert der enteigneten ausländischen Investitionen kein einziger Faktor für die Ermittlung der Höhe der Entschädigung ist. Ist der Investor der Meinung, dass die Entschädigung nicht „angemessen“ ist, bleibt ihm doch die Möglichkeit, bei einem chinesischen Gerichtshof oder internationalen Schiedsgericht eine Klage zu erheben.

enteignenden Grundstücke und der Träger des Landnutzungsrechts beim lokalen Verwaltungsamt für Grund und Boden während der öffentlichen Bekanntmachung zum Erhalt der Entschädigung für die Enteignung und die Durchführung der Enteignung durch die Regierung zumindest der Kreisstufe.

²⁹³ *Che, cong guojifa jiaodu kan woguo wuquanfa caoan zhong de zhengshou buchang biaozhun* (Die Betrachtung des Entschädigungsstandards bei der Enteignung im Entwurf des Sachenrechtsgesetzes unseres Landes vom völkerrechtlichen Standpunkt), im Internet: <http://www.intereconomiclaw.com/article/default.asp?id=4849> (Zugriff am 13. 04.2007); *Zeng* vertritt z.B. diese Meinung, dass die Enteignung gegenüber ausländischen Investitionen die Ausübung der Souveränität eines Staates darstellt. Die Enteignung unterliegt allein der Rechtsordnung des enteignenden Staats sowie den von diesem Staat unterzeichnete internationale Abkommen und das Ausland darf sonst nicht intervenieren. Die *Hull*-Formel ist kein allgemeiner völkerrechtlicher Grundsatz und ihr Kern liegt in der Einschränkung der Souveränität der Entwicklungsländer, indem sie einen für Entwicklungsländer hohen Entschädigungsstandard festlegt. *Zeng, WTO yu zhongguo waizifa de fazhan* (WTO und die Entwicklung des Ausländerinvestitionsrechts Chinas), S. 290 ff.

²⁹⁴ Vgl. *Zeng, WTO yu zhongguo waizifa de fazhan* (WTO und die Entwicklung des Ausländerinvestitionsrechts Chinas), S. 288.

²⁹⁵ *Schäfer*, Der Entschädigungsstandard im allgemeinen Völkerrecht, RIW 1998, S. 199 (203). Danach ist aber auch eine volle Entschädigung möglich.

bb. Der Personenverkehr

Die drei Gesetze betreffend Unternehmen mit Beteiligung ausländischer Investitionen enthalten keine Norm, die die freie Wahl des Stammpersonals einschränkt. Es steht deshalb ausländischen Investoren frei, inländisches Stammpersonal nach China zu schicken. Gemäß Art. 101 der Durchführungsbestimmungen zum EJV-Gesetz kann die zuständige Visabehörde das Verfahren vereinfachen, solange es notwendig ist, dass ausländische Mitarbeiter eines EJV (einschließlich Familienangehörigen) häufig nach China ein- oder von China ausreisen.

cc. Der Zahlungsverkehr

Die Frage des Zahlungsverkehrs ist wegen der nichtfreien Konvertierbarkeit der chinesischer Währung (RMB) sowie des Bestehens eines Devisenkontrollsystems für ausländische Investoren besonders wichtig. Gemäß Art. 9 des EJV-Gesetzes, Art. 16 des CJV-Gesetzes und Art. 18 des WFOE-Gesetzes gelten für alle Devisenangelegenheiten der Unternehmen mit Beteiligung ausländischer Investitionen die „Maßregeln der VR China über die Verwaltung von Devisen“ von 1996 (Devisenmaßregeln) sowie einschlägige Verwaltungsmaßnahmen.

Nach Erhalt der Geschäftslizenz vom lokalen Verwaltungsamt für Industrie und Handel²⁹⁶ muss sich ein Unternehmen mit Beteiligung ausländischer Investitionen beim lokalen Verwaltungsamt für Devisen eintragen, von dem ein Devisenregistrierungszertifikat erteilt wird.²⁹⁷ Erst mit diesem Zertifikat kann dieses Unternehmen Devisenkonten bei einer Bank eröffnen, die autorisiert ist, das Devisengeschäft führen zu können (wie z.B. China Bank).

In China sind die Verrechnungskonto- von den Kapitalkonto-Devisentransaktionen zu unterscheiden. Gemäß Art. 52 Ziff. 6 der Devisenmaßregeln sind die ersteren „übliche Transaktionen im Rahmen des internationalen Zahlungsverkehrs, z.B. aus Handelsgeschäften, Arbeitsleistungen, Dienstleistungen, einseitigen Transfers, etc.“²⁹⁸ Dazu gehört typischerweise die Zahlung der gekauften Waren oder erbrachten Dienstleistungen. Unter die letzteren fällt gemäß Art. 53 Ziff. 7 der Devisenmaßregeln „Erhöhung oder Verringerung von Aktiva und Passiva infolge Zuflusses oder Abflusses von Kapital im Rahmen internationaler Zahlungseingänge und Zahlungsausgänge, einschließlich Direktinvestitionen, aller Formen von Darlehen, Investitionen in Wertpapiere usw.“ (z.B. Bareinlagen ausländischer Investoren in EJVs, CJVs und WFOEs; Aufnahme von Devisenkrediten sowie Verkauf von Aktien

²⁹⁶ Dazu Kapitel 3, 1, a (S. 72) dieser Arbeit.

²⁹⁷ Der Ablauf der Eröffnung eines Devisenkontos durch Unternehmen mit Beteiligung ausländischer Investitionen ist in Art. 4 ff. der vom Staatlichen Verwaltungsamt für Devisen am 28. Juni 1996 erlassenen „Vorläufigen Vorschriften über die Verwaltung von Devisenregistrierung durch Unternehmen mit Beteiligung ausländischer Investitionen“ vorgesehen.

²⁹⁸ Deutsche Übersetzung aus *Diem*, Das Recht der Investitionen in China, S. 259.

chinesischer Gesellschaften außerhalb Chinas).^{299 300}

Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung liegt darin, dass mit der Vorlage der erforderlichen Dokumente zum Nachweis des betreffenden Geschäftsverkehrs bei der autorisierten Bank Devisen für Verrechnungskonto-Devisentransaktionen direkt aus dem Verrechnungskonto ausbezahlt werden können oder RMB frei in Devisen für Verrechnungskonto-Devisentransaktionen umgetauscht werden kann,³⁰¹ während Devisenausgaben hinsichtlich Kapitalkonto-Devisentransaktionen der Genehmigung durch das Verwaltungsamt bedürfen.

Zu erwähnen sind auch Art. 11 des EJV-Gesetzes, Art. 22 des CJV-Gesetzes und Art. 19 des WFOE-Gesetzes, nach denen ausländischen Investoren gewährleistet wird, Gewinne durch den Betrieb des Unternehmens mit Beteiligung ausländischer Investitionen sowie Liquidationsguthaben ins Ausland zu überweisen. Die Überweisung der Gewinne setzt den Nachweis des Beschlusses des Vorstands über die Verteilung der Gewinne voraus. Sind die Liquidationsguthaben RMB, können sie bei der autorisierten Bank in Devisen umgetauscht und ins Ausland überwiesen werden.

dd. Die Rechtsverfolgung nach verwaltungsrechtlichen Normen Chinas

Ein einheitliches Verwaltungsgesetzbuch gibt es in der VR China noch nicht, so dass das Verwaltungsrecht zurzeit vielmehr aus einzelnen Gesetzen mit verwaltungsrechtlichem Charakter besteht. Dazu gehören im Wesentlichen das Verwaltungsprozessgesetz von 1989, das Staatsentschädigungsgesetz von 1994, das Verwaltungsstrafengesetz von 1996, das Verwaltungsaufsichtsgesetz von 1997, das Verwaltungsrevisionsgesetz von 1999 sowie das Verwaltungsgenehmigungsgesetz von 2004.³⁰² Die folgenden Darstellungen beschränken sich auf das Verwaltungsrevisionsgesetz und das Verwaltungsprozessgesetz, da in den beiden das Recht des Individuums auf die Erhebung einer Beschwerde gegen eine Verwaltungsentscheidung verfahrensmäßig verankert ist.

²⁹⁹ Deutsche Übersetzung und Beispiele aus *Diem*, Das Recht der Investitionen in China, S. 259.

³⁰⁰ Dieser Unterscheidung entsprechend bestehen auch verschiedene Arten von Devisenkonto: das Verrechnungskonto und einzelne Kapitalkonten. Je nach dem unterschiedlichen Zweck gehören zu Kapitalkonten gemäß Art. 20 ff. der von der Volksbank Chinas (chinesischen Zentralbank) am 07. Oktober 1997 erlassenen „Bestimmung über die Verwaltung von Devisenkonto innerhalb Chinas“ z.B. das Stammkapitalkonto, über das ausländische Bareinlagen in China einfließen können; das Kreditkonto, über das ein Unternehmen mit Beteiligung ausländischer Investitionen Devisenkredite aufnehmen kann; das Kreditzurückzahlungskonto, über das Devisenkredite zurückgezahlt werden können und das Aktienkonto, auf dem die Einkommen aus der Ausgabe von B-Aktien gutgeschrieben werden, usw.

³⁰¹ Welche Dokumente für welchen Geschäftsverkehr erforderlich sind, wird in Art. 13 der am 20. Juni 1996 von der Volksbank Chinas erlassenen „Bestimmung über die Verwaltung von der Devisenabrechnung, dem Devisenverkauf und der Bezahlung in Devisen“ (Administration of the Settlement, Sale and Payment of Foreign Exchange Provisions) detailliert geregelt.

³⁰² Eine Aufführung von anderen einzelnen Gesetzen mit verwaltungsrechtlichem Charakter findet sich in *Ebsen*, Zur Entstehung eines Verwaltungsrechts in der Volksrepublik China, Verfassung und Recht in Übersee 1999, S. 434 (442 f.).

1) Das Verwaltungsrevisionsverfahren³⁰³

Die Vorschaltung des Verwaltungsrevisionsverfahrens ist keine notwendige Voraussetzung für die Einleitung eines Verwaltungsprozesses, es sein denn, dass Gesetze und sonstige Rechtsnormen sie erfordern.³⁰⁴ Da aber das Revisionsverfahren gemäß Art. 39 des Verwaltungsrevisionsgesetzes für Antragsteller kostenfrei ist und das Gericht gemäß Art. 54 des Verwaltungsprozessgesetzes in der Regel nur zu einer erneuten Verwaltungsentscheidung verurteilen kann, scheint das Revisionsverfahren finanziell und zeitlich günstiger zu sein.³⁰⁵

Gemäß Art. 9 Abs. 1 und Art. 41 des Verwaltungsrevisionsgesetzes sind chinesische Bürger, juristische Personen und andere Organisationen sowie auf chinesischem Gebiet befindliche ausländische natürliche Personen und Organisationen berechtigt, eine Verwaltungsrevision zu erheben, wenn sie der Meinung sind, dass konkrete Verwaltungsakte³⁰⁶ ihre legalen Rechte verletzen. In Art. 6 des Verwaltungsrevisionsgesetzes werden nicht erschöpfend die konkreten Verwaltungsakte aufgeführt, für die ein Revisionsverfahren zulässig ist. Darunter sind für ausländische Investitionen besonders wichtig z.B. die Anweisung zur Einstellung von Produktion oder Betrieb, die vorläufige Entziehung oder die Ungültigerklärung der Geschäftslizenz, die Versiegelung, Pfändung oder Einfrierung von Vermögensgegenständen, die Änderung von Erlaubnissen, Qualitätsnachweisen oder Befähigungsnachweisen sowie die Verwaltungsakte, die der Meinung des Antragstellers nach seine Betriebsautonomie³⁰⁷ verletzen. Von dem Revisionsverfahren ausgenommen sind gemäß Art. 8 des Verwaltungsrevisions-

³⁰³ Deutsche Übersetzung von *F. Münzel* findet sich unter: <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/990429.htm>.

³⁰⁴ Vgl. Art. 37 Abs. 2 des Verwaltungsprozessgesetzes (deutsche Übersetzung von *F. Münzel* findet sich unter: <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/890404.htm>). Entsprechende Beispiele siehe *Towfigh*, Individualrechtsschutz vor Verwaltungsentscheidungen in der Volksrepublik China, Jahrbuch für Ostrecht 2004, S. 89 (93).

³⁰⁵ *Towfigh*, Individualrechtsschutz vor Verwaltungsentscheidungen in der Volksrepublik China, Jahrbuch für Ostrecht 2004, S. 89 (93).

³⁰⁶ Der Begriff des „konkreten Verwaltungsaktes“ ist weder im Verwaltungsrevisionsgesetz, noch im Verwaltungsprozessgesetz definiert. Er erfuh zwar eine Klarstellung durch „Einige Ansichten des Obersten Volksgerichts zur sorgfältigen Durchführung des Verwaltungsprozessgesetzes der VR China“ vom 11. Juni 1991, versuchsweise eingeführt (deutsche Übersetzung von *F. Münzel* unter: <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/890404.htm>), gemäß deren Nr. 1 konkrete Verwaltungsakte sind von staatlichen Behörden oder ihren Beamten, von durch Gesetze oder andere Rechtsnormen ermächtigten Organisationen oder von durch Behörden beauftragten Organisationen oder Einzelpersonen bei Verwaltungsaktivitäten in Ausübung von Amtsbefugnissen der Verwaltung gegenüber bestimmten Bürgern, juristischen Personen oder anderen Organisationen betreffend bestimmte konkrete Angelegenheiten erlassene einseitige Akte, die Rechte und Pflichten dieser Bürger, juristischen Personen oder anderen Organisationen betreffen. Dieser Begriff wurde allerdings in der chinesischen Literatur kritisch beurteilt, was dazu führte, dass in den „Einige Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zur Durchführung des Verwaltungsprozessgesetzes der VR China“ vom 24. November 1999, die die oben genannten „Ansichten“ ersetzten, die Definition des „konkreten Verwaltungsaktes“ aufgegeben wurde (Vgl. Dazu *Zhiyuan Zhang* xingzhengxinwei gainian zhi chonggou (Wiederaufbau des Verwaltungsaktbegriffs), im Internet: http://www.chinalawedu.com/news/2004_10%5C21%5C1055188949.htm, Zugriff am 19. November 2006). Da China kein Verwaltungsverfahrensgesetz hat, wird auch das Verfahren für den Erlass eines konkreten Verwaltungsaktes durch einzelne Gesetze in unterschiedlichen Bereichen geregelt.

³⁰⁷ Unter „Betriebsautonomie“ ist das Recht eines Unternehmens, unabhängig vom Willen der Regierung über seine Geschäftsangelegenheiten (wie z.B. die Wahl des Personals, die Feststellung des Preises seiner Produkte, die Verfügung über sein Vermögen, usw.) zu entscheiden, zu verstehen.

gesetzes die Personalfragen, für die zurzeit das Beamtengesetz der VR China vom 27. April 2005 gilt.³⁰⁸ Gemäß Art. 7 des Verwaltungsrevisionsgesetzes kann der Antragsteller auch beantragen, die Rechtmäßigkeit der Richtlinie (*guiding*)³⁰⁹ einer Abteilung des Staatsrats, einer lokalen Regierung zumindest der Kreisstufe (oder einer Abteilung einer solchen Regierung) oder einer Gemeideregierung, auf die die Behörde ihren konkreten Verwaltungsakt stützt, zu überprüfen.

Um das Revisionsverfahren in Gang setzen zu können, muss der Antragsteller innerhalb von 60 Tagen ab Kenntnis des konkreten Verwaltungsaktes die Revision beantragen. Dem Antrag liegt die substantiierte Behauptung der Rechtsgutsverletzung zugrunde, eine bloße Behauptung reicht demgegenüber nicht aus.³¹⁰ Welcher Behörde die Revision einzureichen ist, wird in Art. 12-15 des Verwaltungsrevisionsgesetzes geregelt, wonach grundsätzlich die den fraglichen konkreten Verwaltungsakt betreffende Behörde oder ihre nächsthöhere Behörde zuständig ist. Hat ein Gericht eine Verwaltungsklage angenommen, ist der Antrag auf die Revision gemäß Art. 16 Abs. 2 des Verwaltungsrevisionsgesetzes nicht zulässig.

Die Behörde, die den Revisionsantrag erhielt, muss innerhalb von 5 Tagen ab dem Tag, an dem die Rechtsabteilung der Behörde den Antrag erhielt, überprüfen, ob der Antrag zulässig ist. Dabei gibt es zwei Fälle: Ist der Antrag überhaupt nicht zulässig, ist der Antrag mit Begründung abzulehnen. In diesem Fall verbleibt dem Antragsteller allerdings noch die Möglichkeit, gegen den konkreten Verwaltungsakt eine Verwaltungsklage zu erheben (Art. 19 des Verwaltungsrevisionsgesetzes); ist der Antrag zulässig, aber eine andere Behörde dafür zuständig, ist dem Antragsteller die richtige Revisionsbehörde mitzuteilen.

Ist der Antrag angenommen, muss die Revisionsbehörde innerhalb von 60 Tagen ab dem Tag, an dem die Rechtsabteilung der Revisionsbehörde den Antrag erhielt, einen Beschluss fassen (Art. 31 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 17 Abs. 2 des Verwaltungsrevisionsgesetzes). Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich. Vor dem Beschluss kann der Antragsteller mit Erklärung der Gründe seinen Antrag zurücknehmen (Art. 25 des Verwaltungsrevisionsgesetzes). Da sich die

³⁰⁸ Deutsche Übersetzung von *Frank Münzel* findet sich in Zeitschrift für Chinesisches Recht, Heft 2/2006, S. 227 ff.

³⁰⁹ *Guiding* sind in China keine Rechtsquelle. Sie bezeichnen sich vielmehr als von der Behörde formulierte, der Durchführung rechtlicher Normen oder der Behandlung konkreter Angelegenheiten dienende, von den Betroffenen zu befolgende Normen. Sie entfalten seine Wirkung normalerweise nach innen, in bestimmten Fällen aber auch nach außen. Die Verteilung der Kompetenz zur Änderung oder Aufhebung der rechtlichen Normen ist in Art. 88 des Gesetzgebungsgesetzes festgeschrieben, wonach der NVK die von seinem Ständigen Ausschuss ausgearbeiteten Gesetze, der Ständige Ausschuss des NVK die vom Staatsrat ausgearbeiteten Verwaltungsrechtvorschriften und die vom Volkskongress der Provinzstufe und seinen Ständigen Ausschuss ausgearbeiteten lokalen Rechtsvorschriften, der Staatsrat die von seinen Abteilungen ausgearbeiteten Verwaltungsstatuten und die von lokalen Regierungen ausgearbeiteten Lokalstatuten, der Volkskongress der Provinzstufe die von seinem Ständigen Ausschuss ausgearbeiteten lokalen Rechtsvorschriften, der Ständige Ausschuss der Volkskongresses der Provinzstufe die von der gleichrangigen Regierung ausgearbeiteten Lokalstatuten und die Regierung der Provinzstufe die von der nächstniedrigeren Regierung ausgearbeiteten Statuten ändern oder aufheben kann.

³¹⁰ *Towfigh*, Individualrechtsschutz vor Verwaltungsentscheidungen in der Volksrepublik China, Jahrbuch für Ostrecht 2004, S. 89 (94).

Verwaltungsrevision als ein nachträgliches Rechtsbehelfsmittel darstellt und die Verwaltungsaktivitäten einer gewissen Stabilität bedürfen, wird die Ausführung des konkreten Verwaltungsaktes während des Revisionsprozesses nicht ausgesetzt, es sei denn, dass die den fraglichen konkreten Verwaltungsakt treffende Behörde (Antragsgegner) oder Revisionsbehörde die Aussetzung der Ausführung für erforderlich hält, oder die Revisionsbehörde die Forderung des Antragstellers, die Ausführung auszusetzen, als vernünftig ansieht (Art. 21 des Verwaltungsrevisionsgesetzes). Was unter „erforderlich“ und „vernünftig“ zu verstehen ist, bleibt im Verwaltungsrevisionsgesetz aber unklar. Vielmehr ist die Erforderlichkeit oder die Vernünftigkeit der Aussetzung nach tatsächlichen Umständen festzustellen, wobei der mögliche Einfluss, den der fragliche konkrete Verwaltungsakt auf den Betroffenen ausübt, sowie das öffentliche Interesse in Betracht zu ziehen sind.³¹¹

Innerhalb von sieben Tagen ab dem Tag, an dem die Rechtsabteilung der Revisionsbehörde den Antrag erhielt, soll die Revisionsbehörde dem Antragsgegner eine Kopie des schriftlichen Antrags bzw. des Protokolls des mündlichen Antrags übermitteln. Der Antragsgegner muss innerhalb von 10 Tagen ab Erhalt der Kopie des Antrags schriftlich erwidern und gleichzeitig die dem fraglichen konkreten Verwaltungsakt zugrunde liegenden Grundlagen, Beweise und sonstige Unterlagen vorlegen (Art. 23 des Verwaltungsrevisionsgesetzes). Die Revision findet in der Regel schriftlich statt (Art. 22 des Verwaltungsrevisionsgesetzes). Je nach unterschiedlichen Überprüfungsergebnissen kann die Revisionsbehörde beschließen, den fraglichen konkreten Verwaltungsakt aufrechtzuerhalten, aufzuheben, zu ändern oder festzustellen, dass der fragliche konkrete Verwaltungsakt rechtswidrig ist. Im Fall der Aufhebung oder der Feststellung der Rechtswidrigkeit des fraglichen konkreten Verwaltungsaktes kann die Revisionsbehörde dem Antragsgegner auferlegen, innerhalb einer bestimmten Frist einen neuen konkreten Verwaltungsakt zu treffen, der dem fraglichen konkreten Verwaltungsakt (im Wesentlichen) nicht gleich sein darf. Ist die Revisionsbehörde der Meinung, dass der Antragsgegner seine gesetzlichen Amtspflichten nicht erfüllte, kann sie auch beschließen, innerhalb einer Frist diese Pflichten zu erfüllen (Art. 28 des Verwaltungsrevisionsgesetzes).

Die Erhebung einer Verwaltungsklage gegen den Revisionsbeschluss ist insofern möglich, als der Revisionsbeschluss nicht nach gesetzlichen Bestimmungen die endgültige Entscheidung ist (Art. 5 des Verwaltungsrevisionsgesetzes).³¹²

³¹¹ Wenn z.B. die Stadtplanungsbehörde einen konkreten Verwaltungsakt trifft, nach dem ein Unternehmen sein Fabrikgebäude abbauen muss, ist die Erforderlichkeit der Aussetzung dieses konkreten Verwaltungsaktes während des Revisionsprozesses zu bejahen, solange das Fortbestehen des Fabrikgebäude die normale Verkehrsmöglichkeit und die Lebensumgebung der in der Nähe wohnenden Bewohner nicht beeinflusst. Denn im Falle des Abbaus ist eine nachträgliche Wiedergutmachung nur schwer möglich.

³¹² In Art. 30 des Verwaltungsrevisionsgesetzes sind Fälle vorgesehen, in denen der Revisionsbeschluss die endgültige Entscheidung ist und die im Wesentlichen die Feststellung von Eigentums- oder Gebrauchsrechten an natürlichen Ressourcen betreffen.

2) Der Verwaltungsprozess

Ein Verwaltungsprozess kann eingeleitet werden, wenn sich Bürger, juristische Personen und andere Organisationen durch einen konkreten Verwaltungsakt beschwert sehen (Art. 2 des Verwaltungsprozessgesetzes). Ausländer, die in China einen Verwaltungsprozess führen, haben zwar gemäß Art. 70 und Art. 71 Abs. 1 des Verwaltungsprozessgesetzes gleiche Prozessrechte- und -pflichten wie Inländer. Diese Gleichstellung bedingt allerdings den Grundsatz der Gegenseitigkeit, das heißt nämlich, dass die Verwaltungsprozessrechte der Ausländer in gleichem Ausmaß beschränkt werden, wie ihr Heimatstaat die Verwaltungsprozessrechte der chinesischen Bürger oder Organisationen beschränkt (Art. 71 Abs. 2 des Verwaltungsprozessgesetzes). Dem Wortlaut von Art. 71 Abs. 2 nach gilt der Gegenseitigkeitsgrundsatz hier nur negativ. Wenn ein fremdes Land den auf seinem Hoheitsgebiet befindlichen chinesischen Bürgern oder Organisationen umfassendere Verwaltungsprozessrechte als die, die das chinesische Verwaltungsprozessgesetz Ausländern gewährt, einräumt, können sich die in China befindlichen Bürger dieses fremden Lands nicht auf diesen Grundsatz berufen.

Die als Verwaltungsprozessgegenstände anfechtbaren konkreten Verwaltungsakte sind beispielhaft und nicht ausschließend in Art. 11 des Verwaltungsprozessgesetzes aufgeführt, die im Wesentlichen identisch mit den in Art. 6 des Verwaltungsrevisionsgesetzes vorgesehenen revidierbaren sind. Berechtigte Antragsteller des Verwaltungsprozesses können allerdings wahlweise entscheiden, ob sie direkt einen Verwaltungsprozess eröffnen, solange Gesetze und sonstige Rechtsnormen das Vorverfahren einer Verwaltungsrevision nicht als notwendig festschreiben. Ausdrücklich von dem verwaltungsrechtlichen Klagegegenstand ausgenommen sind gemäß Art. 12 Ziff. 1 und 3 des Verwaltungsprozessgesetzes staatliche Akte hinsichtlich Landesverteidigung und auswärtiger Beziehungen sowie Personalfragen. Gemäß Art. 12 Ziff. 2 sind auch verwaltungsrechtliche Klagen gegen Verwaltungsrechtsvorschriften, Statuten und behördliche Beschlüsse und Befehle, die allgemeine Bindungskraft haben, nicht zulässig. Damit sind individuell eingereichte Normenkontrollklagen in China ausgeschlossen.³¹³

Der berechtigte Antragsteller eines Verwaltungsprozesses soll innerhalb von drei Monaten im Fall der direkten Eröffnung des Verwaltungsprozesses ab dem Tage, an dem er von dem Treffen des konkreten Verwaltungsaktes erfährt, und innerhalb von 15 Tagen im Fall einer Vorschaltung des Verwaltungsrevisionsverfahrens ab dem Tage des Erhalts des Revisionsbeschlusses, oder ab dem Ablauf der gesetzlichen Verwaltungsrevisionsfrist, während der die Revisionsbehörde keinen Beschluss traf, seinen Antrag dem zuständigen Gerichtshof einreichen (Art. 38 und 39 des Verwaltungsprozessgesetzes). Die Zuständigkeiten der Gerichtshöfe erster Instanz werden nach der Stufe der den fraglichen konkreten Verwaltungsakt treffenden

³¹³Towfign, Individualrechtsschutz vor Verwaltungsentscheidungen in der Volksrepublik China, Jahrbuch für Ostrecht 2004, S. 89 (97).

Behörden, der Bedeutung der Fälle und den Gegenständen des fraglichen konkreten Verwaltungsaktes in Art. 13-23 des Verwaltungsprozessgesetzes ausführlich geregelt.³¹⁴ Beklagter eines Verwaltungsprozesses ist die den fraglichen konkreten Verwaltungsakt treffende Behörde, wenn kein Verwaltungsrevisionsverfahren stattfand oder die Revisionsbehörde die Aufrechterhaltung des fraglichen konkreten Verwaltungsaktes beschloss; wurde im Verwaltungsrevisionsverfahren der fragliche konkrete Verwaltungsakt geändert,³¹⁵ dann ist Beklagter die Revisionsbehörde (Art. 25 Abs. 1 und 2 des Verwaltungsprozessgesetzes).

Nach Erhalt einer Klageschrift muss der Gerichtshof sie überprüfen und innerhalb von sieben Tagen entweder die Eröffnung des Verwaltungsprozesses beschließen oder verfügen, dass die Klage nicht angenommen wird. Gegen die Nichtannahmeverfügung ist eine Berufung zulässig (Art. 42 des Verwaltungsprozessgesetzes). Wurde die Eröffnung eines Verwaltungsprozesses beschlossen, muss der Gerichtshof innerhalb von fünf Tagen eine Kopie der Klageschrift dem Beklagten übersenden. Der letztere soll innerhalb von 10 Tagen dem Gerichtshof die die Entscheidung des fraglichen konkreten Verwaltungsaktes betreffenden Unterlagen übermitteln und eine Klageerwiderungsschrift einreichen (Art. 43 des Verwaltungsprozessgesetzes). Diese Pflicht der beklagten Behörde wird durch Art. 32 des Verwaltungsprozessgesetzes betont, in dem der Grundsatz der Beweislast der Behörde³¹⁶ verankert ist.

Grundlagen der Verhandlung durch den Gerichtshof sind gemäß Art. 52 des Verwaltungsprozessgesetzes Gesetze, Verwaltungsrechtsvorschriften sowie lokale Rechtsvorschriften. Art. 53 Abs. 1 des Verwaltungsprozessgesetzes, in dem die Berücksichtigung der Statuten bei der Verhandlung von Verwaltungssachen vorgesehen wird, gewinnt allerdings insofern seine Bedeutung, als Statuten Gesetze und Verwaltungsrechtsvorschriften konkretisieren können. Ist der Gerichtshof der Meinung, dass Nichtübereinstimmung zwischen Statuten besteht, soll er über den Obersten Gerichtshof beim Staatsrat um eine Erläuterung oder eine Verfügung nachsuchen (Art. 53 Abs. 2 des Verwaltungsprozessgesetzes).

Für die Aussetzbarkeit der Ausführung des fraglichen konkreten Verwaltungsaktes gelten die gleichen Regelungen wie bei dem Verwaltungsrevisionsverfahren. In Art. 44 Ziff. 2 des Verwaltungsprozessgesetzes werden allerdings ausdrücklich die schwer wiedergutzumachenden Verluste des Klägers und die Nichtschädigung des

³¹⁴ Der Rechtsweg Chinas gliedert sich in vier Instanzen: Volksgerichtshöfe der Grundstufe, der Mittelstufe, der Oberstufe sowie der Oberste Gerichtshof, wobei der Grundsatz der abschließenden Behandlung in zwei Instanzen gilt.

³¹⁵ Gemäß Nr. 7 der „Einigen Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zur Durchführung des Verwaltungsprozessgesetzes der VR China“ vom 24. November 1999 ist die Änderung des fraglichen konkreten Verwaltungsaktes zu bejahen, wenn 1) die Revisionsbehörde die durch den fraglichen konkreten Verwaltungsakt festgestellten wesentlichen Tatsachen und Beweismittel änderte; 2) die dem fraglichen konkreten Verwaltungsakt zugrund liegenden Normen sowie damit die Bestimmung des Wesens der Tatsachen geändert wurden und 3) der fragliche konkrete Verwaltungsakt aufgehoben, teilweise aufgehoben oder sein Ergebnis geändert wurde.

³¹⁶ *Ebsen*, Zur Entstehung eines Verwaltungsrechts in der Volksrepublik China, Verfassung und Recht in Übersee 1999, S. 434 (447).

öffentlichen Interesses als Maßstäbe für die Verfügung des Gerichtshofs, die Ausführung des fraglichen konkreten Verwaltungsaktes auszusetzen, vorgesehen, wenn der Kläger die Aussetzung der Durchführung beantragt.

Nach der Verhandlung durch den Gerichtshof muss er innerhalb von drei Monaten ab dem Tage, an dem die Eröffnung des Verwaltungsprozesses beschlossen wurde, je nach unterschiedlichen Umständen zur Aufrechterhaltung des fraglichen konkreten Verwaltungsaktes; zum Treffen eines neuen konkreten Verwaltungsaktes, wenn er den fraglichen konkreten Verwaltungsakt aufhob oder teilweise aufhob oder zur Erfüllung der Amtspflichten, wenn der Beklagte sie nicht erfüllte oder ihre Erfüllung verzögerte, verurteilen. Die Änderung des fraglichen konkreten Verwaltungsaktes durch den Gerichtshof ist möglich, nur wenn Verwaltungsanktionen deutlich ungerecht sind (Art. 54 des Verwaltungsprozessgesetzes). Vor der Verkündung eines Urteils oder einer Verfügung durch den Gerichtshof kann der Kläger aufgrund seines eigenen Willens oder der Tatsache, dass der Beklagte den von ihm getroffenen fraglichen konkreten Verwaltungsakt ändert und der Kläger dem zustimmt, mit Gestattung des Gerichtshofs seine Klage zurücknehmen (Art. 51 des Verwaltungsprozessgesetzes).

Will sich eine Partei dem Urteil des Gerichtshofs erster Instanz nicht unterwerfen, verbleibt ihr die Möglichkeit, innerhalb von 15 Tage ab dem Tage des Erhalts der Urteilsschrift Berufung beim nachsthöheren Gerichtshof einzulegen. Der Berufungsgerichtshof muss innerhalb von zwei Monaten ab dem Tage des Erhalts der Berufungsschrift das endgültige Urteil fällen. Nach der Verhandlung durch den Berufungsgerichtshof kann er das ursprüngliche Urteil aufrechterhalten, ein abgeändertes Urteil fällen oder durch eine Verfügung das ursprüngliche Urteil aufheben und die Verwaltungsprozesssache an den ursprünglichen Gerichtshof zurückverweisen (Art. 58 und 61 des Verwaltungsprozessgesetzes). Im Fall einer Zurückverweisung ist eine Berufung gegen das neuerliche Urteil wiederum möglich.

Zusammenfassung

Ausländische Investitionen können normalerweise in drei Formen in den Binnenmarkt Chinas eintreten: in Form eines EJV, eines CJV sowie eines WFOE. Die Neugründung eines Unternehmens mit Beteiligung ausländischer Investitionen unterliegt einem Genehmigungs- und einem Verifizierungsverfahren, obwohl ihr Nebeneinanderbestehen nicht unproblematisch scheint. Der Schutz ausländischer Investitionen in China wird auf zwei Ebenen gewährt. Auf verfassungsrechtlicher Ebene ist zwar die Rechtsträgerschaft ausländischer Investoren hinsichtlich verfassungsmäßiger Rechte festgeschrieben. Da aber ein Verfassungsgericht in China fehlt, stellen sich die einfachen Gesetze Chinas als effektiveres Mittel hinsichtlich des Schutzes ausländischer Investitionen dar. Für ausländische Investitionen gilt das Ausländerinvestitionsrecht, dessen Kern das EJV-Gesetz, das CJV-Gesetz und das WFOE-Gesetz sowie ihre jeweiligen Durchführungsbestimmungen bilden und in dem Regelungen zur Enteignung und zum Personen- und Zahlungsverkehr enthalten sind.

Wird das Schutzrecht ausländischer Investoren durch den staatlichen Eingriff Chinas verletzt, stehen ihnen vorwiegend das Verwaltungsrevisionsgesetz und das Verwaltungsprozessgesetz zur Verfügung, indem sie ausländischen Investoren das Recht einräumen, eine Beschwerde gegen den konkreten Verwaltungsakt zu erheben.

3. Das deutsch-chinesische Investitionsabkommen

Ausländische Investitionen in China werden zwar durch die chinesische Rechtsordnung geschützt. Da sich aber der Grundsatz der Gewaltenteilung in China nicht durchsetzen kann und die willkürliche Änderung der bestehenden Gesetze im Namen der „staatlichen Souveränität“ stattfinden könnte, wird der Schutz ausländischer Investitionen nach innerstaatlichem Recht Chinas mit gewisser Unsicherheit begleitet. Der Abschluss eines bilateralen Investitionsabkommens mit China ist deshalb insofern von nicht zu unterschätzender Bedeutung, als es China völkerrechtliche Pflichten hinsichtlich des Schutzes ausländischer Investitionen auferlegt.

Zwischen Deutschland und China gilt zurzeit das „Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik China über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen“ vom 1. Dezember 2003,³¹⁷ das am 11. November 2005 in Kraft trat³¹⁸ und das Investitionsabkommen vom 7. Oktober 1983 zwischen diesen beiden Ländern³¹⁹ ersetzt. Das neue Investitionsabkommen umfasst 16 Artikel und sieben Protokollziffern. Inhaltlich entspricht es den Darstellungen in Kapitel 1 dieser Arbeit. Im Folgenden werden lediglich einige Aspekte dieses Investitionsabkommens behandelt, die in diesem Investitionsabkommen eine relativ detaillierte Festschreibung erfahren und für deutsche Investoren in China besonders wichtig sind. Sie sind der Investitionsbegriff, die Inländerbehandlung, die Regelungen zur Enteignung und Entschädigung sowie die Streitbeilegung zwischen deutschen Investoren und China.

a. Der Investitionsbegriff

Das deutsch-chinesische Investitionsabkommen geht von einem umfassenden Investitionsbegriff aus. Damit gemeint werden gemäß Ziff. 1 Nr. a des Protokolls zum deutsch-chinesischen Investitionsabkommen insbesondere, aber nicht ausschließlich, Direktinvestitionen. Von dem deutsch-chinesischen Investitionsabkommen zu schützende Investitionsformen werden in dessen Art. 1 Nr. 1 beispielhaft aufgeführt. Neben Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen gehören dazu auch Eigentumsrechte wie Hypotheken und Pfandrechte, verschiedene Arten von Beteiligungen an Gesellschaften wie Gesellschaftsanteile, Gesellschaftsobligationen und Aktien, Ansprüche auf Geld oder Leistungen mit wirtschaftlichem Wert, geistiges

³¹⁷ Abgedruckt in BGBl. 2005 II, S. 732 ff.

³¹⁸ Bekanntmachung über das Inkrafttreten dieses Investitionsabkommens in BGBl. 2006 II, S. 119.

³¹⁹ Abgedruckt in BGBl. 1985 II, S. 30 ff.

Eigentum sowie gesetzliche oder vertragliche Konzessionen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Investitionen vom Ausland nach China fließen. Denn Ziff. 1 Nr. b des Protokolls zum deutsch-chinesischen Investitionsabkommen macht deutlich, dass Investitionen, die deutsche Investoren durch ihre in China gegründete EJV, CJVs oder WFOEs einsetzen, auch unter den Schutzbereich dieses Investitionsabkommens fallen. Darüber hinaus sind auch Erträge aus Investitionen und Reinvestitionen nach Ziff. 1 Nr. c des Protokolls gleich zu schützen wie Investitionen selbst.

b. Die Inländerbehandlung

Deutsche Investitionen in China können nach dem deutsch-chinesischen Investitionsabkommen nur eine bedingte Inländerbehandlung genießen. Art. 3 Nr. 2 sieht zwar vor, dass jede Vertragspartei Investitionen von Investoren der anderen Vertragspartei sowie Tätigkeiten im Zusammenhang mit diesen Investitionen nicht weniger günstig als Investitionen eigener Investoren behandeln darf.³²⁰ Die Anwendung der in China zurzeit geltenden Maßnahmen, die ausländische Investitionen in China schlechter behandeln als die von chinesischen Investoren,³²¹ kann aber gemäß Ziff. 3 des Protokolls nicht ausgesetzt werden. Dieser Vorbehalt Chinas ist deshalb nicht schwer zu verstehen, weil in China für Unternehmen mit Beteiligung ausländischer Investitionen andere gesetzliche Normen gelten als für innerstaatliche Unternehmen. Das heißt nämlich, dass ausländische Investitionen in China einen Sonderstatus haben, der sich im Nebeneinander von günstigeren (z.B. hinsichtlich der Besteuerung) und schlechteren (z.B. durch das komplizierte Gründungsverfahren eines Unternehmens mit Beteiligung ausländischer Investitionen) Regeln gegenüber ausländischen Investitionen als gegenüber inländischen Investitionen Chinas ausdrückt. Darüber hinaus gilt die Inländerbehandlung nicht für die Problematik des Marktzugangs, sondern nur für die schon in China befindlichen Investitionen, da gemäß Art. 2 Nr. 1 des deutsch-chinesischen Investitionsabkommens Investitionen nur in Übereinstimmung mit rechtlichen Normen einer Vertragspartei zulässig sind. Seitens Chinas sind deshalb die „Vorläufigen Vorschriften zur Lenkung ausländischer Investitionen“ und der „Branchenkatalog zur Lenkung ausländischer Investitionen“ zu befolgen.

Die Maßnahmen Chinas, die nicht mit dem Grundsatz der Inländerbehandlung übereinstimmen, können geändert werden. Solche Änderungen dürfen allerdings die Nichtübereinstimmung nicht verstärken. Außerdem sichert die chinesische Seite zu, die gegen die Inländerbehandlung verstoßenden Maßnahmen schrittweise zu beseitigen. Da aber die Inländerbehandlung zur Vereinheitlichung der bestehenden Gesetze betreffend ausländische und inländische Investitionen führen wird, bedeutet ihre Durchsetzung ein gigantisches Vorhaben für China.

³²⁰ Der Begriff der „Tätigkeiten im Zusammenhang mit Investitionen“ und der Begriff „weniger günstigen Behandlung“ werden in Ziff. 4 Nr. 1 des Protokolls durch Benennung entsprechender Beispiele präzisiert.

³²¹ Entsprechende Beispiele finden sich in *Heuser*, Die WTO und die Neugestaltung des chinesischen Außenhandels- und Ausländerinvestitionsrechts, in *Heuser/Klein* (Hrsg.) Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 15 (28 f.).

c. Die Enteignung und Entschädigung

Die Regelungen zur Enteignung und Entschädigung im deutsch-chinesischen Investitionsabkommen gewähren deutschen Investoren einen höheren Rechtsschutz als den nach innerstaatlichem Recht Chinas, auch wenn ein Entschädigungsstandard nach der *Hull*-Formel nicht vertraglich festgeschrieben ist (siehe gleich unten).

Der Enteignungsbegriff im deutsch-chinesischen Investitionsabkommen beschränkt sich nicht auf die Enteignung und Verstaatlichung. Von ihm umfasst sind auch enteignungsgleiche Maßnahmen. Die Enteignung darf nur zum öffentlichen Interesse und mit der Leistung einer Entschädigung durchgeführt werden. Ein Diskriminierungsverbot ist zwar nicht in diesem Investitionsabkommen zu finden. Diese Lücke wird allerdings durch Art. 4 Nr. 3 des Investitionsabkommens gefüllt, nach dem deutsche Investoren hinsichtlich der Enteignungsangelegenheiten den Grundsatz der Meistbegünstigung geltend machen können. Die Entschädigung soll dem Wert der enteigneten Investition unmittelbar vor der Enteignung oder dem Zeitpunkt, in dem die drohende Enteignung öffentlich bekannt wurde, entsprechen, wobei der frühere Zeitpunkt entscheidend ist. Die Entschädigung soll unverzüglich geleistet werden sowie konvertierbar und frei transferierbar sein. Die Verwirklichung dieser drei Voraussetzungen wird durch die Pflicht der Vertragspartei sichergestellt, im Zeitpunkt oder vor dem Zeitpunkt der Enteignung in geeigneter Weise für die Festsetzung und Leistung der Entschädigung Vorsorge zu treffen.

Wonach die Höhe der Entschädigung zu ermitteln ist, wird im Investitionsabkommen offen gelassen. Da einer „vollen“ Entschädigung nach der *Hull*-Formel der Marktwert der enteigneten Investition zugrunde liegt,³²² ist die *Hull*-Formel im deutsch-chinesischen Investitionsabkommen nicht festgeschrieben. Dieser Mangel kann aber insofern beseitigt werden, als deutschen Investoren diese Möglichkeit verbleibt, zur Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Enteignung und zur Festsetzung der Höhe der Entschädigung den chinesischen Gerichtshof anrufen oder ein internationales Schiedsverfahren gemäß Art. 9 des deutsch-chinesischen Investitionsabkommens in Gang zu setzen. Das bedeutet allerdings nur, dass die Durchsetzung der *Hull*-Formel vor chinesischen innerstaatlichen Gerichten oder internationalen Schiedsgerichten im Einzelfall möglich ist. Man kann noch nicht davon ausgehen, dass die *Hull*-Formel schon von China anerkannt ist.

d. Die Streitbeilegung zwischen deutschen Investoren und China

Tritt ein Streit aus Angelegenheiten in Bezug auf Investitionen zwischen deutschen Investoren und China auf, sollen die Streitparteien zuerst versuchen, ihn gütlich beizulegen. Wird der Streit innerhalb von sechs Monaten ab dem Tag seiner Geltendmachung durch eine Streitpartei nicht beigelegt, kann er auf Verlangen des deutschen Investors dann einem internationalen Schiedsgericht zur Entscheidung

³²² Vgl. Kapitel 1, 4, b, cc (S. 18) dieser Arbeit.

vorgelegt werden. Die Eröffnung eines internationalen Schiedsverfahrens setzt zwar keine Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs voraus. Sie ist gemäß Ziff. 6 des Protokolls zum deutsch-chinesischen Investitionsabkommen allerdings nur unter folgenden Bedingungen möglich:

- 1) dass der deutsche Investor den Streit dem Verwaltungsrevisionsverfahren nach chinesischem Recht unterwirft;
- 2) dass der Streit drei Monate, nachdem er dem Verwaltungsrevisionsverfahren unterworfen wurde, fortbesteht; und
- 3) dass der Streit vom deutschen Investor nach chinesischem Recht zurückgenommen werden kann, falls er schon einem chinesischen Gerichtshof vorgelegt wurde.

Der Streit kann dem ICSID unterbreitet werden. Kommt es zur Verständigung, können die Streitparteien auch ein ad hoc-Schiedsgericht nach den Regeln für Schiedsverfahren der Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht (UNCITRAL) oder anderen Schiedsverfahrensregeln einsetzen. Da China das ICSID-Übereinkommen unter dem Vorbehalt unterzeichnete, dass nur der Streit um die Entschädigung im Fall einer Enteignung oder Verstaatlichung dem ICSID vorgelegt werden kann,³²³ und die Bildung eines ad hoc-Schiedsgerichts der Zustimmung Chinas bedarf, ist die praktische Bedeutung der Regelungen im deutsch-chinesischen Investitionsabkommen zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit deshalb zweifelhaft. Ein Investitionsstreitfall, in dem China eine der Streitparteien ist, bei einem internationalen Schiedsgericht ist nicht sehr wahrscheinlich.

4. Die Anpassung des chinesischen Rechts an WTO-Regelungen

Nach 15jährigen Bemühungen wurde die VR China am 11. Dezember 2001 Mitglied der WTO.³²⁴ Gemäß Art. XVI Abs. 4 des Abkommens zur Errichtung der WTO ist jedes Mitglied verpflichtet, die Übereinstimmung seiner innerstaatlichen rechtlichen Normen mit den dem WTO-Gründungsabkommen beigefügten Abkommen sicherzustellen. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung bestehen zwei Möglichkeiten: entweder durch die Umsetzung der WTO-Regelungen ins innerstaatliche Recht, oder durch ihre unmittelbare Anwendbarkeit. Dabei handelt es sich eigentlich um das Verhältnis vom Völkervertragsrecht und dem chinesischen innerstaatlichen Recht³²⁵ (Dazu unten a.). Abgesehen von dieser generellen Fragestellung ist allerdings augenfällig, dass China schon seit Ende 1999³²⁶ mit der Revision der bestehenden

³²³ Vgl. *Notifications concerning Classes of Disputes considered suitable or unsuitable for Submission to the Centre (ICSID)* auf der Webseite vom ICSID: <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-d.htm>.

³²⁴ Zur Beitrittsgeschichte siehe *Blume*, Chinas Beitritt zur Welthandelsorganisation aus Sicht der Neuen Politischen Ökonomie des Protektionismus, S. 43 ff.

³²⁵ *Hilf/Göttsche*, Chinas Beitritt zur WTO, RIW 2003, S. 161 (162).

³²⁶ *Hu/He, shimaozuzhi guize yu woguo xin falifagui* (WTO-Regelungen und unsere neuen Gesetze und Rechtsvorschriften), S. 9.

rechtlichen Normen anfang, um sie mit WTO-Regelungen zu harmonisieren.³²⁷ Parallel dazu wurden auch neue rechtliche Normen³²⁸ erlassen, um die in Zukunft durch den Beitritt zur WTO verursachten rechtlichen Lücken möglicherweise frühzeitig füllen zu können. Bis zum 19. September 2002 wurden 13 Gesetze vom NVK überarbeitet, 49 Verwaltungsrechtsvorschriften vom Staatsrat erlassen bzw. modifiziert (12 davon gänzlich aufgehoben) und mehr als 1000 Verwaltungsstatuten von den dem Staatsrat untergeordneten Ministerien oder Kommissionen erlassen, geändert oder aufgehoben.³²⁹ Den Darstellungen in Kapitel 2 und 3 dieser Arbeit entsprechend befassen sich unten b-d dieses Teils mit Umsetzungen des TRIMs-Übereinkommens, des GATS sowie des TRIPs-Übereinkommens.

a. Das generelle Verhältnis vom Völkervertragsrecht und dem chinesischen innerstaatlichen Recht

Zur Bestimmung des Verhältnisses von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht bestehen zwei sich gegenüberstehende Theorien: der sog. Dualismus und Monismus. Während Anhänger des Dualismus davon ausgehen, dass Völkerrecht und innerstaatliches Recht unabhängig voneinander existierende Rechtsordnungen darstellen, vertreten Anhänger des Monismus die Auffassung, dass diese beiden Teile einer einheitlichen Rechtsordnung sind.³³⁰

Je nach der engen Verbindung mit Dualismus oder Monismus wurden unterschiedliche Lehren hinsichtlich dieser Frage entwickelt, in welcher Weise das Völkerrecht innerstaatliche Geltung erlangen kann. Nach der durch den Dualismus geprägten Transformationslehre kann das Völkerrecht erst nach seiner Umwandlung in nationales Recht innerstaatliche Geltung entfalten.³³¹ In diesem Fall gelten nationale Rechtsnormen mit völkerrechtlichem Inhalt. Demgegenüber besagt die Adoptionslehre, die in engem Zusammenhang mit dem Monismus steht, dass das Völkerrecht aufgrund einer allgemeinen innerstaatlichen Norm im innerstaatlichen Bereich gilt, ohne jedoch in nationales Recht umgewandelt zu werden.³³² Da nach der Adoptionslehre die innerstaatlich geltenden völkerrechtlichen Normen ihren Charakter als Völkerrecht nicht verlieren,³³³ gilt hier Völkerrecht innerstaatlich.³³⁴ Nach der dritten Theorie, der Vollzugslehre,³³⁵ ist für das Erlangen der innerstaatlichen Geltung durch völkerrechtliche Normen ein jeweils besonderer

³²⁷ Alle drei Gesetze betreffend Unternehmen mit Beteiligung ausländischer Investitionen und ihre Durchführungsbestimmungen wurden z.B. vor dem WTO-Beitritt Chinas revidiert.

³²⁸ Dazu gehören z.B. „*Interim Measures for Administration of Chinese-Foreign Joint Venture and Cooperative Medical Institutions*“ vom 15. Mai 2000, „*Provisional Regulations Governing the Foreign-Invested Motiv Theater*“ vom 25. Oktober 2000 sowie „*Interim Provisions on Establishment and Administration of Chinese-Foreign Equity-Joint or Chinese-Foreign Cooperative Job Referral Agencies*“ vom 9. Oktober 2001.

³²⁹ Zitiert aus *Hilf/Göttsche*, Chinas Beitritt zur WTO, RIW 2003, S. 161 (163 f., mit Hinweis auf China Daily, Laws revised to meet promises, vom 19. September 2002).

³³⁰ *Herdegen*, Völkerrecht, 5. Aufl., S. 155 f., Rn. 1.

³³¹ *C. Gloria in Ipsen*, Völkerrecht, 3. Aufl., S. 1078 f., Rn. 4.

³³² *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl., S. 158.

³³³ *C. Gloria in Ipsen*, Völkerrecht, 3. Aufl., S. 1078, Rn. 2.

³³⁴ *Vollmöller*, Die Globalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts, S. 100.

³³⁵ Dazu *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl., S. 158 f.

Rechtsakt (im Unterschied zur Adoptionslehre) notwendig. Dieser Rechtsakt gibt lediglich den Befehl, die betreffenden völkerrechtlichen Normen durch innerstaatliche Rechtsanwendungsorgane zu vollziehen und führt allerdings nicht dazu, dass die völkerrechtlichen Normen ihren Charakter als Völkerrecht verlieren (im Unterschied zur Transformationslehre).

Von der innerstaatlichen Geltung zu unterscheiden ist die unmittelbare Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Norm.³³⁶ Von der letzteren ist dann die Rede, wenn innerstaatliche Rechtsanwendungsorgane aus einer völkerrechtlichen Norm Rechtsfolgen für den Einzelfall ableiten können oder sich Private vor innerstaatlichen Rechtsanwendungsorganen auf diese völkerrechtliche Norm berufen können, ohne dass diese Norm durch einen weiteren Rechtsakt (völkerrechtlich oder innerstaatlich) näher bestimmt wird.³³⁷ Die unmittelbare Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Norm ist von der Intention der Vertragsparteien, aber auch der des innerstaatlichen Gesetzgebers abhängig, obwohl es in der Praxis unterschiedlich ist, unter welchen Voraussetzungen eine völkerrechtliche Norm als unmittelbar anwendbar bezeichnet werden kann.³³⁸

Betrachtet man die chinesische Rechtsordnung, kann ein deutliches Verhältnis von Völkerrecht und chinesischem Recht allerdings nicht einfach daraus gewonnen werden. Rechtliche Normen betreffend das Verhältnis von diesen beiden Rechtsordnungen lassen sich nicht in der chinesischen Verfassung, sondern in den einzelnen Gesetzen finden. So lauten z.B. Art. 142 Satz 2 der Allgemeinen Regeln des Zivilrechts und Art. 72 des Verwaltungsprozessgesetzes der VR China ähnlich wie folgt.³³⁹

„Wenn internationale Abkommen, welche die VR China abgeschlossen hat, oder an denen sie teilnimmt, von diesem Gesetz abweichende Bestimmungen enthalten, werden die Bestimmungen dieser internationalen Verträge angewandt. Dies gilt nicht, wenn die VR China eine Vorbehaltsklausel erklärt hat.“

Hiernach ist das Völkervertragsrecht anzuwenden, wenn ein Konflikt zwischen chinesischem Recht und völkerrechtlichen Normen auftritt. Ein Konflikt setzt allerdings voraus, dass die völkerrechtlichen Normen schon die chinesische innerstaatliche Geltung erlangt haben. Das heißt, dass nicht z.B. Art. 72 des Verwaltungsprozessgesetzes, sondern ein anderer Rechtsakt völkerrechtlichen Normen die innerstaatliche Geltung einräumt. Ein Rechtsakt wie das parlamentarische Zustimmungsgesetz besteht in China nicht. Nach dem „Gesetz der VR China über das Verfahren für den Abschluss internationaler Verträge“ von 1990³⁴⁰ bedarf das einzelne

³³⁶ Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl., S. 159; C. Gloria in Ipsen, Völkerrecht, 3. Aufl., S. 1090, Rn. 20.

³³⁷ Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl., S. 159 f.

³³⁸ Siehe dazu am Beispiel von der unmittelbaren Anwendbarkeit der WTO-Regelungen Krajawski, Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation (WTO), S. 55 ff.

³³⁹ Deutsche Übersetzung von F. Münzel: <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/890404.htm>.

³⁴⁰ Das Gesetz in englischer Fassung findet sich im Internet: <http://www.fmprc.gov.cn/chn/wjb/zzjg/tyfls>

internationale Abkommen, je nach seiner Bedeutung, der Genehmigung durch den Staatsvorsitzenden aufgrund der Entscheidung des Ständigen Ausschusses des NVK oder der Bestätigung durch den Staatsrat. Deshalb könnte man davon ausgehen, dass ein internationales Abkommen nach der Genehmigung durch den Staatsvorsitzenden oder der Bestätigung durch den Staatsrat seine chinesische innerstaatliche Geltung entfaltet. Fraglich ist allerdings, ob die Genehmigung des Staatsvorsitzenden oder die Bestätigung des Staatsrats einen Vollzugsbefehl oder eine Adoption der völkerrechtlichen Norm bedeutet. Nach der Auffassung von *Li* wird hier vielmehr die Adoptionslehre befolgt, da die Genehmigung durch den Staatsvorsitzenden nur von deklaratorischer Bedeutung ist.³⁴¹ Wenn die Anwendung einer völkervertragrechtlichen Norm im Konfliktfall dazu führt, dass aus ihr Rechtsfolgen für den Einzelfall abgeleitet werden können, ist auch die unmittelbare Anwendbarkeit dieser völkervertragsrechtlichen Norm zu bejahen. In der Praxis sind allerdings auch solche Fälle gegeben, in denen das von China unterzeichnete internationale Abkommen ins chinesische innerstaatliche Recht umgesetzt wurde. Ein Beispiel dafür bildet die 1986 vom Ständigen Ausschuss des NVK verabschiedeten „Bestimmungen über diplomatische Privilegien und Immunität“, die sich darauf bezogen, die Verpflichtungen aus Chinas Beitritt zum Wiener Übereinkommen über die diplomatischen Beziehungen zu erfüllen.³⁴² Darüber hinaus können völkerrechtliche Normen auch chinesische innerstaatliche Geltung dadurch erlangen, dass der Oberste Gerichtshof oder der Staatsrat Richtlinien oder Verwaltungsrechtsvorschriften erlässt, die die unmittelbare Anwendung durch Gerichtshöfe oder Behörden anordnen.³⁴³

Was die WTO-Regelungen angeht, erfüllt China gemäß § 67 des „*Report of the working Party on the Accession of China*“³⁴⁴ seine Verpflichtungen aus dem Beitritt zur WTO durch die Revision der bestehenden Rechtsnormen sowie die Ausarbeitung neuer mit WTO-Regelungen übereinstimmender Rechtsnormen. Die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit der WTO-Regelungen ist sowohl im „*Report of the working Party on the Accession of China*“ als auch im „*Protocol on the Accession of the People's Republic of China*“ (Beitrittsprotokoll)³⁴⁵ offen geblieben. Vom Obersten Volksgerichtshof wurden allerdings am 27. August 2002 die „Vorschriften zu einigen Fragen bei der Behandlung von Verwaltungsfällen im Bereich des internationalen Handels“ erlassen, die am 1. Oktober 2002 in Kraft traten, deren Art. 9 für die

/tfsckzlk/xggnlf/t70826.htm.

³⁴¹ Nach *Li* sind die rechtlichen Normen wie Art. 72 des Verwaltungsprozessgesetzes im chinesischen Recht so zu verstehen, dass „das höchste chinesische Gesetzgebungsorgan hier eine prinzipielle Regelung bezüglich der innerstaatlichen Durchführung von Verträgen getroffen hat,“ nach der „die Verträge, die China mit ausländischen Staaten geschlossen hat, mit ihrem Wirksamwerden selbstverständlich in das innerstaatliche Recht einbezogen werden; sie von allen zuständigen chinesischen Organen angewandt werden, ohne dass ein besonderes Gesetz zur Transformation in innerstaatliches Recht erforderlich wäre.“ *Li Haopei, tiaoyuefa gailun* (Grundriss des Vertragsrechts), Beijing 1987, S. 384; zitiert aus *Heuser*, Die WTO und die Neugestaltung des chinesischen Außenhandels- und Ausländerinvestitionsrechts, in *Heuser/Klein* (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 15 (22).

³⁴² *Hilf/Göttsche*, Chinas Beitritt zur WTO, RIW 2003, S. 161 (163).

³⁴³ *Hilf/Göttsche*, Chinas Beitritt zur WTO, RIW 2003, S. 161 (163). An der gleichen Stelle sind entsprechende Beispiele zu finden.

³⁴⁴ WTO-Dok. WT/ACC/CHN/49, abrufbar unter: <http://docsonline.wto.org>.

³⁴⁵ WTO-Dok. WT/L/432, abrufbar unter: <http://docsonline.wto.org>.

Auseinandersetzung über die unmittelbare Anwendbarkeit der WTO-Regelungen in China von Bedeutung ist. Der lautet:

„In dem Falle, dass bezüglich der von einem Gerichtshof bei der Behandlung eines Verwaltungsfalls im Bereich des internationalen Handels angewandten konkreten Vorschriften von Gesetzen oder Verwaltungsrechtsbestimmungen zwei oder mehr nachvollziehbare Auslegungen gegeben sind und sich darunter eine Auslegung befindet, die den Vorschriften eines Vertrags, den die VR China abgeschlossen oder dem sie beigetreten ist, entspricht, so ist diese Auslegung zu wählen...“³⁴⁶

Hiernach kommen WTO-Regelungen nur dann in Betracht, wenn die Bedeutung einer chinesischen innerstaatlichen Norm unklar ist oder darüber eine Meinungsverschiedenheit besteht. Tritt eine solche Norm auf, spielen WTO-Regelungen dann eine Rolle als Interpretationsmaßstäbe, nämlich dass die fragliche innerstaatliche Rechtsnorm WTO-konform zu interpretieren ist. Zu beachten ist allerdings, dass in diesem Fall der Gerichtshof seinem Urteil nicht WTO-Regelungen, sondern die fragliche chinesische innerstaatliche Norm zugrunde legt, wonach die unmittelbare Anwendbarkeit der WTO-Regelungen zu verneinen ist. Dafür spricht auch, dass die unmittelbare Anwendbarkeit der WTO-Regelungen generell von WTO-Mitgliedern nicht anerkannt wird³⁴⁷ und ihre einseitige Annahme zum Ungleichgewicht zwischen WTO-Mitgliedern führen könnte.³⁴⁸

b. Die Umsetzung des TRIMs-Übereinkommens

Gemäß Nr. 7 Ziff. 3 Satz 1 des Beitrittsprotokolls gilt das TRIMs-Übereinkommen für die VR China direkt nach ihrem Beitritt zur WTO, das heißt nämlich, dass China sich nicht auf die Übergangsregelungen in Art. 5 des TRIMs-Übereinkommens berufen darf. In der Tat setzte China schon vor seinem Beitritt zur WTO das TRIMs-Übereinkommen ins innerstaatliche Recht um, indem die in den drei Gesetzen betreffend Unternehmen mit Beteiligung ausländischer Investitionen befindlichen und vom TRIMs-Übereinkommen verbotenen TRIMs abgeschafft wurden.

aa. Die Abschaffung der Mindestinlandsauflagen

Die Mindestinlandsauflagen bevorzugen inländische Waren gegenüber ausländischen. Sie waren in Art. 9 Abs. 2 des EJV-Gesetzes a.F., Art. 57 der Durchführungsbestimmungen zum EJV-Gesetz a.F. sowie Art. 15 des WFOE-Gesetzes a.F. zu finden. Nach denen sollte ein EJV oder WFOE die benötigten Rohstoffe, Brennstoffe und sonstigen Materialien vorzugsweise (Art. 9 Abs. 2 des EJV-Gesetzes a.F.) oder bei gleichen Bedingungen vorzugsweise (andere zwei Normen) auf dem chinesischen innerstaatlichen Markt beschaffen. Für die Entstehung der Mindestinlandsauflagen in

³⁴⁶ Deutsche Übersetzung aus *Heuser*, Die WTO und die Neugestaltung des chinesischen Außenhandels- und Ausländerinvestitionsrechts, in *Heuser/Klein*, Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 15 (22, Fn. 15).

³⁴⁷ *Hilf/Göttsche*, Chinas Beitritt zur WTO, RIW 2003, S. 161 (165).

³⁴⁸ *Krajawski*, Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation (WTO), S. 59.

China waren zwei Gründe verantwortlich: die Förderung der chinesischen inländischen Industrie sowie die Verwirklichung des Devisenbilanzausgleichs.³⁴⁹

Nach der Revision der Gesetze betreffend Unternehmen mit Beteiligung ausländischer Investitionen wurden die in den oben genannten drei Normen festgeschriebenen Mindestinlandsauflagen gestrichen. Zurzeit geltende Art. 10 Abs. 1 des EJV-Gesetzes, Art. 19 Satz 2 des CJV-Gesetzes sowie Art. 15 des WFOE-Gesetzes lauten identisch wie folgt,

„Ein EJV (CJV oder WFOE) kann die im Rahmen seines genehmigten Geschäftsbereiches benötigten Rohstoffe, Brennstoffe sowie sonstige Materialien gemäß den Prinzipien der Fairness und Vernunft auf inländischem oder auf internationalem Markt einkaufen.“

bb. Importbeschränkungen

Für den Im- und Export bestimmter Waren gelten in China das Lizenz- sowie Quotensystem.³⁵⁰ Wenn die Erteilung der Importlizenz oder die Verteilung der Importquote die Leistung eines Unternehmens mit Beteiligung ausländischer Investitionen hinsichtlich seines Exports voraussetzt, dann treten die vom TRIMs-Übereinkommen verbotenen Importbeschränkungen ein. Diese Gefahr wird allerdings durch Nr. 7 Ziff. 3 Satz 3 des Beitrittsprotokolls vermieden, wonach die Umstände, ob innerstaatlichen gleichartigen Waren Konkurrenz gemacht werden kann und ob das beantragende Unternehmen bestimmte Bedingungen (wie der Gehalt von inländischen Produkten, der Transfer von Technik oder die Exportverhältnisse usw.) erfüllt, keine Voraussetzungen für die Erteilung der Importlizenz und die Verteilung der Importquote sein dürfen. Dementsprechend werden in den am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen „Verwaltungsvorschriften der VR China über den Im- und Export von Waren“ Elemente festgeschrieben, die bei der Verteilung der Importquote in Betracht zu ziehen sind. Sie sind gemäß Art. 16 dieser Verwaltungsvorschriften: die vom Antragsteller tatsächlich erbrachten Leistungen durch den Import; die volle Nutzung der vorherigen Quote; die Produktionsfähigkeit, der Geschäftsumfang und die Absatzlage des Antragstellers; die Umstände über neue Antragsteller der Quote; die Menge der beantragten Quote sowie andere zu berücksichtigende Faktoren. Darin sind zwar eine Auffangklausel und ein unklarer Begriff der „tatsächlich erbrachten Leistungen durch den Import“ enthalten. Da aber die Einbeziehung wie z.B. der Exportverhältnisse deutlich gegen das TRIMs-Übereinkommen verstößt, sind sie auszuschließen.³⁵¹

Trotz des Inkrafttretens des TRIMs-Übereinkommens bestehen die

³⁴⁹ Liu, *WTO falü guize tixi dui guojitouzifa de yingxiang* (Einflüsse des WTO-Rechtssystems auf das internationale Investitionsrecht), S. 104.

³⁵⁰ Allgemein dazu Wolff, *Das internationale Wirtschaftsrecht der VR China*, 2. Aufl., S. 89 f.

³⁵¹ Für die Angelegenheit betreffend die Importlizenz gelten die am 1. Januar 2002 wirksam werdenden „Vorschriften über die Verwaltung von Warenimportlizenz“. Gemäß deren Art. 16 bedarf die Erteilung der Importlizenz der Vorlegung des Genehmigungsdokuments durch die jeweils für die einzuführenden Waren zuständige Behörde. Unter welchen Voraussetzungen diese Genehmigung erteilt wird, wird wieder durch einzelne Verwaltungsstatuten geregelt. Hier wird darauf nicht eingegangen.

Importbeschränkungen in der chinesischen Rechtsordnung weiter. Gemäß Art. 13 der „Vorschriften des Staates zur Förderung von Investitionen ausländischer Unternehmen“ von 1986³⁵² werden Unternehmen mit Beteiligung ausländischer Investitionen von der Importlizenz befreit, solange die einzuführenden Produkte zur Erfüllung des Warenexportvertrags benötigt werden. Danach muss sich der Import eines Unternehmens nach seinem Export richten, um den Vorteil (hier die Befreiung von Importlizenz) genießen zu können. Der Charakter von Art. 13 als Importbeschränkungen ist deshalb zu bejahen. Da diese Vorschriften in China noch gelten, ist ihre Revision notwendig.

cc. Die Abschaffung der Devisenbilanzaufgaben

Die Devisenbilanzaufgaben waren früher in den drei Gesetzen betreffend Unternehmen mit Beteiligung ausländischer Investitionen enthalten. So musste ein EJV in der Vergangenheit gemäß Art. 75 Satz 1 der Durchführungsbestimmungen zum EJV-Gesetz a.F. im Allgemeinen das Gleichgewicht zwischen Deviseneinnahmen und –ausgaben wahren. Ähnliche Vorgaben waren auch in Art. 20 Satz 1 des CJV-Gesetzes a.F. und Art. 18 Abs. 3 Satz 1 des WFOE-Gesetzes a.F. zu finden. Danach wurde der Import eines Unternehmens mit Beteiligung ausländischer Investitionen in der Tat durch seine durch den Export verdienten Devisen beschränkt, was die vom TRIMs-Übereinkommen verbotenen Devisenbilanzaufgaben bildete. Nach der Revision der Gesetze betreffend Unternehmen mit Beteiligung wurden diese drei Normen ersatzlos gestrichen. Der ehemalige Außenwirtschaftsminister *Shi Guangsheng* begründete die Abschaffung der Devisenbilanzaufgaben mit der Erfüllung der Verpflichtung aus dem TRIMs-Übereinkommen, mit den enormen Devisenreserven Chinas (346,48 Mrd. US-\$ im Jahre 2003) sowie mit der Tatsache, dass schon seit 1996 RMB in Bezug auf die Verrechnungskonto-Devisentransaktionen³⁵³ frei in Devisen umgetauscht werden kann.³⁵⁴

Zu erwähnen ist auch die Abschaffung der sog. Exportauflagen, nach denen der Investor eine bestimmte Menge von seinen im Empfängerland produzierten Waren ausführen muss. Die Exportauflagen sind zwar nach dem TRIMs-Übereinkommen nicht verboten,³⁵⁵ erlegen ausländischen Investoren allerdings eine Exportbelastung auf. So musste ein WFOE gemäß Art. 3 Satz 1 des WFOE-Gesetzes a.F. alle seine Produkte oder die meisten davon ausführen. *Shi Guangsheng* begründete ihre Streichung aus dem WFOE-Gesetz damit, dass die Exportauflagen den Eingriff in die selbständige Geschäftsführung durch das WFOE darstellen und der ursprüngliche Grund für ihre Existenz, das WFOE zur Wahrung des Devisenausgleichs zu bewegen, nicht mehr besteht.³⁵⁶

³⁵² Deutsche Übersetzung von *Frank Münzel*, RIW 1986, S. 946 ff.

³⁵³ Siehe dazu oben Kapitel 3, 2, b, cc (S. 82 f.) dieser Arbeit.

³⁵⁴ Vgl. *Song/Li, guoji shangwu yu maoyi touzi* (internationaler Handel und Handelsinvestitionen), S. 294.

³⁵⁵ Siehe dazu oben Kapitel 2, 3, a (S. 34 f.) dieser Arbeit.

³⁵⁶ Siehe dazu *Liu, WTO falü guize tixi dui guojitouzifa de yingxiang* (Einflüsse des WTO-Rechtssystems auf das internationale Investitionsrecht), S. 104 f.

dd. Die Exportbeschränkungen

Gemäß Art. 65 Nr. 1 der Durchführungsbestimmungen zum EJV-Gesetz a.F. musste das EJV für den Einkauf von sechs Typen von Rohstoffen (Gold, Silber, Platin, Erdöl, Kohle und Holz) auf dem chinesischen Markt den von der Devisenverwaltungs- oder Außenhandelsbehörde gewährten internationalen Marktpreis zahlen, solange die genannten Rohstoffen zur direkten Produktion von auszuführenden Produkten verwendet wurden. Danach wurde der Export durch ein EJV insofern beschränkt, als die Produktionskosten möglicherweise erhöht werden konnten. Diese Norm wurde auch ersatzlos abgeschafft.

Problematisch scheinen aber Art. 46 Satz 1 und 2 der Durchführungsbestimmungen zum WFOE-Gesetz und Art. 40 der Durchführungsbestimmungen zum CJV-Gesetz in geltender Fassung. Nach diesen zwei Normen darf ein WFOE/CJV nicht mit einem höheren Preis als dem normalen Weltmarktpreis Produktionsstoffe einführen oder mit einem niedrigeren Preis als dem „vernünftigen“ Weltmarktpreis Produkte ausführen. Diese zwei Normen können möglicherweise die vom TRIMs-Übereinkommen verbotenen Import- und Exportbeschränkungen bilden, weil durch die Vorgabe des Import- oder Exportpreises der Import oder Export durch ein WFOE/CJV negativ beeinflusst werden könnte. Diese import- oder exportbeschränkende Wirkung kann allerdings nur selten auftreten. Denn diese zwei Normen zielen darauf, wie in Art. 46 Satz 3 der Durchführungsbestimmungen zum WFOE-Gesetz vorgesehen wird, die Steuerumgehung durch Hochpreisimporte und Niedrigpreisexporte zu vermeiden.³⁵⁷ Darüber hinaus ist nicht zu übersehen, dass sich der Import- oder Exportpreis in einem Vergleich mit dem Weltmarktpreis befindet, der vom Willen der chinesischen Seite unabhängig ist und dessen Befolgung auch den Interessen des WFOE oder CJV entspricht. Hinzu kommt noch, dass der „normale“ und „vernünftige“ Weltmarktpreis an sich schon dem WFOE oder CJV bei der Festlegung des Import- oder Exportpreises einen Spielraum lassen. Solange der Import- oder Exportpreis nicht so hoch oder niedrig ist, dass eine Steuerumgehung vermutet werden kann, wird der Import oder Export nicht beeinflusst.

c. Die Umsetzung des GATS

Beim GATS geht es vorwiegend um die Regelungen zum Marktzugang sowie den Grundsatz der Inländerbehandlung. In welchen Dienstleistungssektoren und unter welchen Vorbehalten China die Marktöffnung und Inländerbehandlung zusichert, ist in seiner Positivliste³⁵⁸ zu finden, in der neun von elf Hauptdienstleistungssektoren und mehr als 100 Unterdienstleistungssektoren betroffen werden, die das Sekretariat

³⁵⁷ Art. 46 Satz 3 der Durchführungsbestimmungen zum WFOE-Gesetz lautet: „Werden durch Hochpreisimporte und Niedrigpreisexporte und andere Vorgehensweisen Steuern umgangen, sind die Steuerbehörden berechtigt, auf der Grundlage der Vorschriften der Steuergesetze die rechtliche Verantwortung dafür zu ermitteln.“ Deutsche Übersetzung von *Robert Heuser* findet sich in *Heuser/Klein* (Hrsg.), *Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China*, S. 111 ff.

³⁵⁸ WTO-Dok. WT/ACC/CHN/49/Add.2, abrufbar unter: <http://docsonline.wto.org>.

des GATT in seiner „*Services Sectoral Classification List*“ aufstellte.³⁵⁹ Darunter fallen einige sensible Bereiche wie Finanzdienste, Telekommunikation, Transportwesen, Versicherung, freie Berufe, Bildungswesen usw.

Die Erfüllung der Verpflichtung aus seiner Positivliste wurde durch China auf zwei Wegen verwirklicht. Zum einen wurden die schon vor Chinas Beitritt zur WTO bestehenden Rechtsnormen in Bezug auf Dienstleistungssektoren revidiert. So wurden z.B. im Dezember 2001 die vom Staatsrat im Oktober 1996 erlassenen „Bestimmungen zur Verwaltung von Reiseveranstaltern“³⁶⁰ und im Februar 1994 erlassenen „Bestimmungen über die Verwaltung von Finanzorganen mit ausländischem Kapital“³⁶¹ überarbeitet, damit die Zusagen Chinas in seiner Positivliste ins innerstaatliche Recht umgesetzt wurden. Zum anderen wurde auch eine ganze Reihe von neuen Rechtsnormen in Übereinstimmung mit der Positivliste Chinas erlassen, die ausländischen Investoren zum Eintritt in chinesische Dienstleistungsmärkte rechtliche Rahmenbedingungen gewähren. Ab Chinas Beitritt zur WTO bis zum Ende 2004 traten mehr als 40 neuen Verwaltungsrechtsvorschriften bzw. Verwaltungsstatuten in Kraft.³⁶² Darunter fallen beispielsweise die vom Staatsrat am 12. Dezember 2001 erlassenen „Bestimmungen über die Verwaltung von Versicherungsgesellschaften mit ausländischem Kapital“³⁶³, die vom Staatsrat am 11. Dezember 2001 verkündeten „Vorschriften über die Verwaltung von Telekommunikationsunternehmen mit ausländischem Kapital“³⁶⁴ sowie die vom Staatsrat am 22. Dezember 2002 verkündeten „Bestimmungen über die Verwaltung von Repräsentationsorganen ausländischer Rechtsanwaltskanzleien in der VR China“³⁶⁵ usw. Allerdings existieren noch in einigen Dienstleistungssektoren (wie z.B. Bildungswesen und Übersetzungs- und Dolmetscherdienstleistungen) rechtliche Lücken, die durch weitere Gesetzgebungstätigkeiten Chinas zu füllen sind.

d. Die Umsetzung des TRIPs-Übereinkommens

Erst mit der Verabschiedung des Markengesetzes vom Ständigen Ausschuss des NVK am 23. August 1982 fanden systematisch in der VR China die Gesetzgebungstätigkeiten zum Schutz des geistigen Eigentums statt. Nach über 20jähriger Entwicklung besitzt China schon umfangreiche gesetzliche Regelungen zum Schutz geistigen Eigentums, wie gleich unten dargestellt wird, obwohl deren Durchsetzung nicht unproblematisch ist. Die allmähliche Vervollständigung der

³⁵⁹ Vgl. oben Fn. 156 und 157 dieser Arbeit.

³⁶⁰ Deutsche Übersetzung von *Roland Klein* findet sich in *Herser/Klein* (Hrsg.), *Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China*, S. 277 ff.

³⁶¹ Deutsche Übersetzung von *Kristina Leipold* findet sich in *Herser/Klein* (Hrsg.), *Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China*, S. 178 ff.

³⁶² Statistische Angabe aus *zhongguo WTO baogao 20004-2005* (China WTO Bericht 2004-2005), S. 119.

³⁶³ Deutsche Übersetzung von *Kristina Leipold* findet sich in *Herser/Klein* (Hrsg.), *Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China*, S. 189 ff.

³⁶⁴ Deutsche Übersetzung von *Henning Schulze* findet sich in *Herser/Klein* (Hrsg.), *Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China*, S. 237 ff.

³⁶⁵ Deutsche Übersetzung von *Philipp Niermann* findet sich in *Herser/Klein* (Hrsg.), *Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China*, S. 258 ff.

chinesischen Gesetze betreffend das geistige Eigentum (IP-Gesetze) spiegelte zum einen die Anerkennung der Wichtigkeit geistiger Eigentumsrechte für die Volkswirtschaftsentwicklung durch die chinesische Führung und zum anderen aber auch die Reaktion auf den Druck aus dem Ausland, besonders der USA, wider.³⁶⁶ Auch der Wille Chinas, der WTO beitreten zu können, führte zu einer tiefgreifenden Änderung der chinesischen IP-Gesetze. So wurden schon im Oktober 2001 das chinesische Urheberrechtsgesetz sowie Markengesetz und im August 2000 das chinesische Patentgesetz in großem Ausmaß revidiert, damit die chinesischen IP-Gesetze dem TRIPs-Übereinkommen entsprechen konnten. Die folgende Darstellung ist in zwei Teile gegliedert: die Umsetzung der einzelnen Mindestrechte des TRIPs-Übereinkommens in die chinesischen IP-Gesetze sowie die Möglichkeiten zur Durchsetzung der geistigen Eigentumsrechte in China.

aa. Die Umsetzung der einzelnen Mindestrechte des TRIPs-Übereinkommens in die chinesischen IP-Gesetze

Da es sich in diesem Teil um die Umsetzung der einzelnen Mindestrechte des TRIPs-Übereinkommens in die chinesischen IP-Gesetze handelt, scheint hier eine umfangreiche Beschäftigung mit chinesischen IP-Gesetzen nicht notwendig. Deshalb werden folgende Darstellungen auf der Grundlage des Kapitels 2, 3, c, cc dieser Arbeit ausgeführt.

1) Das chinesische Urheberrecht und die ihm verwandten Rechte

1.1 Das chinesische Urheberrecht

Das chinesische Urheberrecht ist vorwiegend durch das Urheberrechtsgesetz, das vom Ständigen Ausschuss des NVK am 7. September 1990 verabschiedet und nach seinem Beschluss zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes der VR China vom 27. Oktober 2001 revidiert wurde, und die am 2. August 2002 vom Staatsrat neu verkündeten Durchführungsbestimmungen geregelt.³⁶⁷

Der Grundsatz der Inländerbehandlung im TRIPs-Übereinkommen wird in Art. 2 Abs. 2-4 des chinesischen Urheberrechtsgesetzes umgesetzt. Vom chinesischen Urheberrechtsgesetz zu schützen sind danach auch Werke von Ausländern und Staatenlosen, wenn zwischen ihrem Heimatstaat/dem Staat ihres ständigen Aufenthalts und China ein Abkommen hinsichtlich des Urheberrechts besteht oder sie Mitglieder eines internationalen Übereinkommens sind oder wenn Werke von Ausländern und Staatenlosen zuerst auf dem chinesischen Hoheitsgebiet veröffentlicht werden. Den Schutz des chinesischen Urheberrechtsgesetzes genießen

³⁶⁶ Ausführlich dazu siehe *Blume*, Produkt- und Markenpiraterie in der VR China: Recht und Rechtsdurchsetzung, China Analysis No. 54, S. 7 ff.

³⁶⁷ Deutsche Übersetzungen von beiden Rechtsdokumenten von *F. Münzel* sind zu finden unter: <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/inhalt.htm>.

darüber hinaus auch Ausländer und Staatenlose, die ihre Werke zum ersten Mal in einem Mitgliedsstaat eines internationalen Übereinkommens herausgeben, dem China auch beigetreten ist.

Urheberrechtliche Schutzgegenstände sind gemäß Art. 2 der Durchführungsbestimmungen zum Urheberrechtsgesetz originelle und in irgendeiner greifbaren Form reproduzierbare Ergebnisse der Geistesschöpfung auf den Gebieten der Literatur, der Kunst und der Wissenschaft. Die gemäß Art. 9 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens nicht urheberrechtlich zu schützenden Ideen, Verfahren, Arbeitsweisen und mathematischen Konzepte sollen danach wegen des Fehlens der Originalität oder der Greifbarkeit ausgeschlossen werden.³⁶⁸ In Art. 3 des Urheberrechtsgesetzes sind nicht erschöpfend 14 typisch urheberrechtlich zu schützende Werke aufgeführt, die wieder durch Art. 4 der Durchführungsbestimmungen zum Urheberrechtsgesetz eine Klarstellung erfahren. Zu betonen ist allerdings zum ersten, dass nach dem revidierten Urheberrechtsgesetz der Schutzbereich um Architektur- und Modellwerke erweitert wird, die von Art. 2 der Berner Übereinkunft als „Werke der Literatur und Kunst“ bezeichnet werden. Zum zweiten bleibt die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Computersoftware im Urheberrechtsgesetz unberührt, was in Übereinstimmung mit Art. 10 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens steht.³⁶⁹ Zum dritten werden auch Sammelwerke in den urheberrechtlichen Schutz einbezogen. Die Voraussetzungen für die Schutzfähigkeit von Sammelwerken entsprechen den in Art. 10 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens festgeschriebenen:³⁷⁰ Drückt die Auswahl oder Anordnung des Inhalts von Werken, Werkteilen oder kein Werk bildenden Daten eine Originalität aus, so steht dem Zusammensteller das Urheberrecht daran zu, dessen Ausübung allerdings das Urheberrecht an den gesammelten Werken nicht verletzen darf (Art. 14 des Urheberrechtsgesetzes). Wann die Originalität eines Sammelwerks gegeben ist, bleibt allerdings sowohl im Urheberrechtsgesetz als auch in seinen Durchführungsbestimmungen offen.

In Art. 10 des Urheberrechtsgesetzes sind die dem Urheber zustehenden Persönlichkeits- und Vermögensrechte verankert. Zu ersteren gehören das Veröffentlichungsrecht, das Namensnennungsrecht, das Änderungsrecht sowie das Recht, das Werk vor Verfälschungen oder Entstellungen zu schützen. Bei letzteren geht es um das Recht des Urhebers, das Werk zu vervielfältigen, zu verbreiten, in verschiedener Weise öffentlich zu machen (wie z.B. durch Ausstellung, Aufführung, Sendung usw.), zu bearbeiten und zu übersetzen. Art. 11 des TRIPs-Übereinkommens

³⁶⁸ Darüber hinaus sind gemäß Art. 5 des Urheberrechtsgesetzes nicht urheberrechtlich schutzfähig alle Dokumente mit Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder Rechtssprechungscharakter sowie deren offizielle amtliche Übersetzungen, Nachrichten, Kalender, allgemein gebräuchliche Zahlentabellen und allgemein gebräuchliche Tabellen und Formeln.

³⁶⁹ Vgl. dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 1), 1.1 (S. 50 f.) dieser Arbeit. Am 20. Dezember 2001 wurden vom Staatsrat „Regeln zum Schutz von Computersoftware“ erlassen (deutsche Übersetzung von *F. Münzel*: <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/inhalt.htm>), in das Urheberrecht an Computersoftware detailliert geregelt ist.

³⁷⁰ Vgl. dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 1), 1.1 (S. 51) dieser Arbeit.

entsprechend wird in Art. 9 Nr. 7 des Urheberrechtsgesetzes das Vermietrecht des Urhebers von Computersoftware und Filmen vorgesehen. In Bezug auf Computersoftware kann das Vermietrecht allerdings nicht beansprucht werden, wenn Computersoftware nicht der wesentliche Gegenstand der Vermietung sind. Diese Ausnahmeregelung ist identisch mit der in Art. 11 Satz 3 des TRIPs-Übereinkommens.³⁷¹

Die Persönlichkeitsrechte, mit Ausnahme des Veröffentlichungsrechts, sind unbefristet zu schützen. Ist der Urheber natürliche Person, beträgt die Schutzdauer der Vermögensrechte und des Veröffentlichungsrechts das ganze Leben des Urhebers sowie 50 Jahre nach seinem Tode. Ist der Urheber juristische Person oder eine andere Organisation, beträgt sie 50 Jahre ab dem Ende des Kalenderjahres der ersten Veröffentlichung des Werkes (Art. 20 f. des Urheberrechtsgesetzes). Diese Formulierung steht in Einklang mit dem ins TRIPs-Übereinkommen inkorporierten Art. 7 Abs. 1 der Berner Übereinkunft.

Die Ausnahmen vom Urheberrecht sind in Art. 22 und 23 zu finden. Ein Ausnahmefall ist danach dann gegeben, wenn das Werk zu privaten Zwecken (Studium, Forschung oder Genuss), zum öffentlichen Interesse (wie z.B. die Vervielfältigung der in Bibliotheken, Archiven, Gedenkstätten, Museen aufbewahrten Werke durch dieselben Einrichtungen zur Konservierung, die Umwandlung der veröffentlichten Werke in eine Blindenschriftausgabe, das Nutzen der veröffentlichten Werke durch Staatsorgane zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben usw.) oder als Lehrmittel gebraucht wird. Da der Anwendungsbereich der Ausnahmen klar definiert und die Zulässigkeit der Ausnahmen notwendigenfalls eingeschränkt wird,³⁷² sollte die in Art. 13 des TRIPs-Übereinkommens befindliche Ausnahmeregelung³⁷³ auch vom chinesischen Urheberrechtsgesetz befolgt werden.

1.2 Die verwandten Rechte

Den in Art. 14 des TRIPs-Übereinkommens festgeschrieben dem Urheberrecht verwandten Rechten entsprechend werden in Art. 37, 41 und 44 des chinesischen Urheberrechtsgesetzes jeweils die Schutzrechte von Aufführenden, Herstellern von Tonaufzeichnungs- und Bildaufzeichnungserzeugnissen sowie Radio- und Fernsehstationen geregelt.

Gemäß Art. 37 des chinesischen Urheberrechtsgesetzes genießt der Aufführende sowohl Persönlichkeits- als auch Vermögensrechte. Von ersteren umfasst werden die

³⁷¹ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 1), 1.1 (S. 51) dieser Arbeit. Die Ausübung des Vermietrechts in Bezug auf Filme findet ihre Einschränkung in Art. 11 Satz 2 des TRIPs-Übereinkommens, wovon das chinesische Urheberrechtsgesetz allerdings keinen Gebrauch macht.

³⁷² So lautet Art. 22 Nr. 6 des Urheberrechtsgesetzes beispielsweise „wenn veröffentlichte Werke für den Unterricht der Schulen in Schulräumen oder für wissenschaftliche Untersuchungen, zur Nutzung beim Unterricht bzw. der Untersuchenden, übersetzt oder in kleinen Mengen vervielfältigt werden, [ist die Zustimmung des Urheberrechtshabers nicht erforderlich und darf ihm kein Entgelt gezahlt werden]; man darf sie aber nicht verlegt verbreiten.“

³⁷³ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 1), 1.1 (S. 51) dieser Arbeit.

Rechte des Aufführenden, seine Identität als Aufführender anzugeben und die Gestalt seiner Aufführung vor Verfälschung zu schützen. Unter letztere fallen die Rechte des Aufführenden, anderen zu erlauben, direkt vom Aufführungsort seine Aufführung auszustrahlen und öffentlich zu übermitteln; seine Aufführung aufzuzeichnen und die seine Aufführung enthaltenden Tonaufzeichnungs- und Bildaufzeichnungserzeugnisse zu vervielfältigen und zu vertreiben sowie seine Aufführung durch ein Datennetz³⁷⁴ zu verbreiten. Da die Inländerbehandlung in Art. 2 Abs. 2-4 des Urheberrechtsgesetzes nur für Werke von Ausländern oder Staatenlosen, mit anderen Worten nur für das Urheberrecht, nicht aber für die verwandten Rechte gilt, wird in Art. 33 der Durchführungsbestimmungen zum Urheberrechtsgesetz ergänzend vorgesehen, dass die Aufführung von Ausländern und Staatenlosen auch den Schutz des chinesischen Urheberrechtsgesetzes genießt, wenn sie auf chinesischem Gebiet stattfand oder sie nach einem von China unterzeichneten internationalen Abkommen zu schützen ist. Während die Schutzdauer von Persönlichkeitsrechten des Aufführenden unbefristet ist, beträgt die Schutzdauer der Vermögensrechte 50 Jahre ab dem Ende des Kalenderjahres, in dem die Aufführung stattfand (Art. 38 des Urheberrechtsgesetzes).

Herstellern von Tonaufzeichnungs- und Bildaufzeichnungserzeugnissen wird gemäß Art. 41 des chinesischen Urheberrechtsgesetzes die Rechte eingeräumt, anderen zu erlauben, ihre Produkte zu vervielfältigen, zu vertreiben, zu vermieten sowie durch ein Datennetz zu verbreiten. Die Schutzfrist für diese Rechte dauert bis zum 31. Dezember des fünfzigsten Jahres, nachdem die Tonaufzeichnungs- und Bildaufzeichnungserzeugnisse erstmals hergestellt wurden. In Art. 34 der Durchführungsbestimmungen zum Urheberrechtsgesetz wird unterstrichen, dass auch die von Ausländern und Staatenlosen auf chinesischem Gebiet hergestellten oder vertriebenen Tonaufzeichnungserzeugnisse oder die Ausländern und Staatenlosen aufgrund eines von China unterzeichneten internationalen Abkommens zustehenden Rechte in Bezug auf von ihnen hergestellte oder vertriebene Tonaufzeichnungserzeugnisse vom chinesischen Urheberrechtsgesetz zu schützen sind. Aus dieser Inländerbehandlungsregelung sind zwar ausländische Hersteller von Bildaufzeichnungserzeugnissen ausgeschlossen. Da aber sich Art. 14 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens allein auf Tonträger beschränkt, verstößt Art. 34 der Durchführungsbestimmungen zum chinesischen Urheberrechtsgesetz deshalb nicht gegen das TRIPs-Übereinkommen.

Radio- und Fernsehstationen sind gemäß Art. 44 des chinesischen Urheberrechtsgesetzes berechtigt, anderen zu verbieten, ohne ihre Erlaubnis die von ihnen gesendeten Programme weiterzusenden oder aufzuzeichnen und diese Aufzeichnung zu vervielfältigen. Diese Rechte von Radio- und Fernsehstationen dauern bis zum 31. Dezember des fünfzigsten Jahres, nachdem die Programme erstmals gesendet wurden. Diese Schutzdauer ist länger als die vom

³⁷⁴ Gemäß Art. 9 Nr. 12 des Urheberrechtsgesetzes ist unter dem „Datennetz“ der Ort zu verstehen, wo ein Werk der Öffentlichkeit drahtlos oder über Kabel zur Verfügung gestellt werden kann, damit die Öffentlichkeit zur von ihr gewählten Zeit und am von ihr gewählten Ort das Werk bekommen kann.

TRIPs-Übereinkommen geforderte mindestens 20jährige Frist. Wie bei den Schutzrechten von ausländischen Aufführenden und Herstellern von Tonaufzeichnungserzeugnissen macht Art. 35 der Durchführungsbestimmungen zum chinesischen Urheberrechtsgesetz deutlich, dass auch die auf einem von China unterzeichneten internationalen Abkommen beruhenden und von ausländischen Radio- und Fernsehstationen zu genießenden Rechte unter den Schutz des chinesischen Urheberrechtsgesetzes fallen.

2) Das chinesische Markenrecht

Das chinesische Markenrecht ist vorwiegend durch das Markengesetz, das vom Ständigen Ausschuss des NVK am 23. August 1982 verabschiedet und nach seinem Beschluss zur Änderung des Markengesetzes der VR China vom 27. Oktober 2001 zum zweiten Mal revidiert wurde, und die vom Staatsrat am 3. August 2002 neu erlassenen Durchführungsbestimmungen geregelt.³⁷⁵ Vom chinesischen Markengesetz geschützt werden sowohl eingetragene Marken als auch nicht eingetragene notorische Marken. Eingetragene Marken werden gemäß Art. 3 des Markengesetzes wieder in Warenmarken, Dienstleistungsmarken, Kollektivmarken und Nachweis/Gewährleistungsmarken eingeteilt. Besonderheiten bei der Eintragung und Verwaltung der letzten zwei Typen von Marken sind gemäß Art. 3 Abs. 5 des Markengesetzes in den vom staatlichen Verwaltungsamt für Industrie und Handel am 17. April 2003 neu erlassenen „Vorschriften über die Eintragung und Verwaltung von Kollektivmarken und Nachweismarken“ festgeschrieben.³⁷⁶ Am gleichen Tag wurden vom gleichen Amt auch die „Vorschriften über die Anerkennung und den Schutz notorischer Marken“ erlassen, die die allgemeinen Vorgaben betreffend notorische Marken in Art. 13 und 14 des Markengesetzes konkretisieren.³⁷⁷

Art. 15 Abs. 1 Satz 1 des TRIPs-Übereinkommens entsprechend sieht das revidierte Markengesetz einen umfassenderen Markenbegriff vor als das alte Gesetz.³⁷⁸ Nun kann gemäß Art. 8 des geltenden Markengesetzes jedes sichtbare Zeichen,

³⁷⁵ Deutsche Übersetzungen der beiden Rechtsdokumenten von *F. Münzel* sind zu finden unter: <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/inhalt.htm>.

³⁷⁶ Die Begriffe von Kollektivmarken und Nachweismarken sind zum ersten Mal im Markengesetz verankert. Vor der Revision des Markengesetzes wurden sie durch die damaligen Durchführungsbestimmungen zum alten Markengesetz und die vom staatlichen Verwaltungsamt für Industrie und Handel am 30. Dezember 1994 erlassenen „Vorschriften über die Eintragung und Verwaltung von Kollektivmarken und Nachweismarken“ geschützt. Gemäß Art. 3 Abs. 2 des Markengesetzes ist Kollektivmarke ein Zeichen, das die Mitgliedschaft seiner Benutzer in einer bestimmten Organisation darstellt, indem dieses Zeichen von dieser Organisation eingetragen und deren Mitgliedern zur geschäftlichen Benutzung gestellt wird. Bei einer Nachweismarke handelt es sich um ein Zeichen, das unter der Kontrolle einer zur Aufsicht über bestimmte Waren oder Dienstleistungen fähigen Organisation steht und Nichtmitgliedern dieser Organisation zur Benutzung gestellt wird, damit der Produktionsort, das Rohmaterial, das Herstellungsverfahren oder die Qualität der durch dieses Zeichen bezeichneten Waren oder Dienstleistungen nachgewiesen werden kann (Art. 3 Abs. 3 des Markengesetzes).

³⁷⁷ Eine ausführliche Darstellung zum Schutz der notorischen Marken in der VR China siehe *Blasek*, Der Schutz bekannter Marken nach Chinas Beitritt zur WTO, GRUR Int. 2004, S. 13 ff.

³⁷⁸ Gemäß Art. 7 des chinesischen Markengesetzes a.F. waren als Marke schutzfähig allein Schriftzeichen und Abbildungen oder eine Kombination von beiden. *Keßler/Qiao*, Aktuelle Entwicklungen im Patent- und Markenrecht der Volksrepublik China, RIW 2003, S. 174 (179).

einschließlich Schriftzeichen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, dreidimensionaler Zeichen und Farbzusammenstellungen und ihrer Kombinationen, als Marke eingetragen werden, solange es die Waren oder Dienstleistungen eines Lieferanten von denen anderer unterscheiden kann. Damit ist ein in Industrieländern üblicher Markenbegriff auch ins chinesische Markengesetz eingeführt.³⁷⁹

Mit Ausnahme von notorischen Marken ist für den Genuss des ausschließlichen Rechts des Markeninhabers gemäß Art. 4 des Markengesetzes die Eintragung dieser Marke notwendig. Der Markeninhaber kann gemäß Art. 4 des Markengesetzes eine natürliche Person, eine juristische Person oder eine andere Organisation sein.³⁸⁰ Für die Eintragung und Verwaltung der Marken ist das dem staatlichen Verwaltungsamt für Industrie und Handel untergeordnete Markenamt zuständig. Die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Markeneintragung bzw. die nicht als Marke einzutragenden Zeichen sind in Art. 9-16 (außer Art. 14) des Markengesetzes zu finden. Darin erfahren die in Art. 6^{ter} und Art. 6^{quinquies} B der Pariser Verbandsübereinkunft vorgesehenen möglichen Ablehnungsgründe für den Antrag auf Eintragung einer Marke³⁸¹ eine Bestätigung durch das chinesische Markengesetz. Gegen eine negative Entscheidung des Markenamtes ist die Einleitung eines Verwaltungsprozesses möglich.

In Art. 24 und Art. 25 des Markengesetzes wird das Prioritätsrecht des Antragstellers auf Eintragung einer Marke vorgesehen. Dieses Recht kann schriftlich innerhalb von sechs Monaten ab dem Tag geltend gemacht werden, an dem eine Markeneintragung in einem fremden Land (zwischen dem und China ein internationales Abkommen besteht) zum ersten Mal beantragt wurde³⁸² oder eine Marke zum ersten Mal für die auf einer von China organisierten oder anerkannten internationalen Messe³⁸³

³⁷⁹ Schäfer, Gewerblicher Rechtsschutz, in Wirtschaftshandbuch China, Band. 4: Arbeitsrecht, Personal, Gewerblicher Rechtsschutz, Immobilien, S. 19 (21).

³⁸⁰ Für Staatsangehörige anderer WTO-Mitglieder als China ist die Inländerbehandlung im TRIPs-Übereinkommen insofern ins chinesische Markengesetz umgesetzt, als Art. 17 des Markengesetzes vorsieht, dass der Antrag auf Eintragung einer Marke durch Ausländer oder ausländische Unternehmen nach dem internationalen Abkommen, an dem China und der Heimatstaat der Antragstellers teilnahmen, verfahren soll. Ausländer oder ausländische Unternehmen im Sinne von Art. 17 sind gemäß Art. 7 Abs. 3 der Durchführungsbestimmungen zum Markengesetz Ausländer, die in China keinen ständigen Aufenthaltsort haben, oder ausländische Unternehmen, die in China keinen Betriebsort haben. Art. 18 des Markengesetzes verlangt zwar, dass Ausländer oder ausländische Unternehmen eine staatlich genehmigte Vertretungsorganisation beauftragen sollen, eine Marke in China einzutragen. Dieser Fall sollte allerdings von der Ausnahmeregelung in Art. 3 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens gedeckt sein (Vgl. Fn. 190 dieser Arbeit). Hinsichtlich der Ausübung des ausschließlichen Rechts des Markeninhabers werden demgegenüber Ausländer ganz gleich wie chinesische Inländer behandelt.

³⁸¹ Vgl. dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 2) (S. 52 f.) dieser Arbeit.

³⁸² Nach dem ins TRIPs-Übereinkommen inkorporierten Art. 4 C. Abs. 4 der Pariser Verbands-übereinkunft ist auch der ältere Antrag auf Eintragung einer Marke als den ersten Antrag anzusehen, vorausgesetzt, dass 1) der jüngere und der ältere Antrag denselben Gegenstand haben; 2) der ältere Antrag vor seiner Zurückziehung, Aufgabe oder Verweigerung nicht zur öffentlichen Überprüfung ausgelegt wurde und keine anstehenden Rechte hinterlassen wurden (*without leaving any rights outstanding*) und 3) der ältere Antrag noch nicht als Grundlage für den Anspruch auf das Prioritätsrecht diente. Ähnliche Vorgaben sind zwar nicht im chinesischen Markengesetz und seinen Durchführungsbestimmungen zu finden. Aber gemäß Art. 9 der „Vorschriften zu einigen Fragen bei der Behandlung von Verwaltungsfällen im Bereich des internationalen Handels“ ist diese Regelung in China tatsächlich durchsetzbar, da er eine völkerrechtskonforme Auslegung vorsieht (siehe dazu oben Kapitel 3, 4, a (S. 96 f.) dieser Arbeit).

³⁸³ Zur Frage, was unter „einer von China organisierten oder anerkannten internationalen Messe“ zu verstehen ist, enthalten das Markengesetz und seine Durchführungsbestimmungen keine einschlägigen Regelungen. Hilfreich ist

ausgestellten Waren benutzt wurde, wenn in China ein Eintragungsantrag für die gleiche Marke für gleiche Waren gestellt wird.

In Art. 52 des Markengesetzes werden nicht erschöpfend vier das ausschließliche Recht des Inhabers einer eingetragenen Marke verletzende Handlungen vorgesehen. Neben der Benutzung einer der eingetragenen Marke ähnlichen Marke für gleiche oder ähnliche Waren ohne Zustimmung des Markeninhabers (Art. 52 Nr.1), die Art. 16 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens entspricht,³⁸⁴ zählen dazu noch der Verkauf von das ausschließliche Markenrecht verletzenden Waren, die Fälschung oder die eigenmächtige Herstellung einer eingetragenen Marke sowie der Verkauf von solchen Marken und zum letzten der Austausch der eingetragenen Marke ohne Zustimmung des Markeninhabers, solange die Waren mit dieser ausgetauschten Marke wieder auf den Markt gebracht werden. Darüber hinaus erklärt Art. 50 der Durchführungsbestimmungen zum Markengesetz zwei weitere Handlungen als gegen das ausschließliche Markenrecht verstoßend. Sie sind die Benutzung eines der eingetragenen Marke gleichen oder ähnlichen Zeichens als Warenbezeichnung oder -dekoration für gleiche oder ähnliche Waren und die vorsätzliche Erleichterung von den das ausschließliche Markenrecht verletzenden Handlungen. Danach sind die Hauptkettenglieder, in denen eine mögliche Verletzung des ausschließlichen Markenrechts eintreten kann, vom rechtlichen Schutzbereich umfasst. Am 12. Oktober 2002 wurde vom Obersten Gerichtshof die „Erläuterungen zu einigen Fragen hinsichtlich der Anwendung der Gesetze bei der Behandlung von zivilrechtlichen Streitfällen im Bereich der Marken“ erlassen. Gemäß deren Art. 9 ist die Gleichheit von der eingetragenen und der fraglichen Marke gegeben, wenn sie visuell im Wesentlichen unterschiedslos sind; sie sind ähnlich, wenn die Form, die Aussprache und die Bedeutung der benutzten Schriftzeichen oder die Komposition und die Farbe der benutzten Abbildungen oder die integrierte Struktur nach der Kombination unterschiedlicher Elemente oder die dreidimensionale Form ähnlich ist, damit die fragliche Marke die Öffentlichkeit hinsichtlich des Ursprungs der durch sie bezeichneten Waren irreführen könnte. Gemäß Art. 11 dieser Erläuterungen ist die Ähnlichkeit von Waren zu bejahen, wenn ihre Funktion, ihr Anwendungsbereich, ihre Produktionsabteilung, ihr Absatzweg oder ihre Verbraucher gleich ist/sind oder wenn nach Ansicht der Öffentlichkeit zwischen ihnen eine bestimmte Beziehung existiert und sie einfach zu verwechseln sind.

In Art. 39 und 40 des Markengesetzes ist jeweils die Frage nach der Übertragung und der Lizenz einer eingetragenen Marke geregelt. Die Übertragung bedarf der Genehmigung durch das Markenamt. Der Übertragungsempfänger ist verpflichtet, die

allerdings Teil I Kapitel 1 Nr. 6.3.1 der vom dem Staatsrat untergeordneten Staatlichen Amt für geistiges Eigentum (*State Intellectual Property Office*), das vorwiegend für Patentangelegenheiten zuständig ist, im Jahre 2006 überarbeiteten Patentprüfungsrichtlinien. Danach ist eine Messe mit internationalem Charakter, wenn auf dieser nicht nur Waren des sie organisierenden Landes, sondern auch Waren aus fremden Ländern ausgestellt werden. Eine internationale Messe ist dann für von China organisiert gehalten, wenn sie vom Staatsrat, ihm untergeordneten Ministerien oder Behörden oder von durch ihn genehmigten anderen Behörden organisiert ist. Was die Anerkennung von China bedeutet, bleibt allerdings in dieser Anleitung weiter unklar.

³⁸⁴ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 2) (S. 53) dieser Arbeit.

Qualität von Waren mit dieser Marke sicherzustellen. Ist diese Verpflichtung nicht erfüllt, kann das Markenamt in extremem Fall die eingetragene Marke aufheben (Art. 45 des Markengesetzes). Die Lizenz einer eingetragenen Marke soll beim Markenamt urkundlich gemacht werden. Während der Lizenzgeber die Qualität von Waren, für die seine eingetragene Marke vom Lizenznehmer benutzt wird, überwachen soll, soll der Lizenznehmer die Qualität von solchen Waren garantieren und seine eigene Bezeichnung und den Herstellungsort angeben, damit die Irreführung von Verbrauchern vermieden werden kann.³⁸⁵

Während das TRIPs-Übereinkommen zum Begriff der notorischen Marke schweigt, wird sie in Art. 2 Abs. 1 der „Vorschriften über die Anerkennung und den Schutz notorischer Marken“ definiert als Marke, die der einschlägigen Öffentlichkeit³⁸⁶ in China weithin bekannt ist und einen relativ guten Ruf besitzt, wobei es von keiner Bedeutung, ob sie in China eingetragen ist.³⁸⁷ Das in Art. 16 Abs. 2 und 3 des TRIPs-Übereinkommens in Verbindung mit Art. 6^{bis} der Pariser Verbandsübereinkunft festgeschriebene Schutzrecht vom Inhaber einer notorischen Marke³⁸⁸ wird fast unverändert durch Art. 13 des Markengesetzes, der neu ins Markengesetz eingeführt wurde, wiederholt. Die Anerkennung der Notorität einer Marke kann nur in einem konkreten Konfliktfall erfolgen.³⁸⁹ Das heißt nämlich, nur wenn ein Markeninhaber der Meinung ist, dass eine nach einleitender Prüfung durch das Markenamt bekannt gemachte (Art. 27 des Markengesetzes) Marke oder eine schon eingetragene Marke das in Art. 13 des Markengesetzes vorgesehene und aus seiner Marke als notorischer Marke (seiner eigenen Meinung nach) entstehende Recht verletzt, kann er dem Markenamt (im Falle einer bekannt gemachten Marke) oder der Markenüberprüfungskommission (im Falle einer schon eingetragenen Marke), die gemäß Art. 2 Abs. 2 des Markengesetzes vom staatlichen Verwaltungsamt für Industrie und Handel errichtet wurde und für die Behandlung der Markenstreitigkeit zuständig ist, einen Antrag auf die Anerkennung seiner Marke als notorisch stellen (Art. 4 der Vorschriften über die Anerkennung und den Schutz notorischer Marken). Beruhend auf Art. 14 des Markengesetzes werden in Art. 3 der Vorschriften über die Anerkennung und den Schutz notorischer Marken die zu berücksichtigenden Faktoren bei der Feststellung einer Marke als notorische Marke vorgesehen. Darunter fallen der Bekanntheitsgrad der betreffenden Marke bei der einschlägigen Öffentlichkeit; die Dauer der ununterbrochenen Benutzung der Marke; die Dauer, der Grad und der geographische Umfang der Werbung für diese Marke; die Tatsache, ob diese Marke als notorische Marke geschützt wurde und andere Faktoren wie Produktions- und Absatzmenge der durch diese Marke bezeichneten Waren, die Einnahmen davon, die

³⁸⁵ Die Thematik der Zwangslizenz wird zwar in dem Markengesetz und seinen Durchführungsbestimmungen nicht erwähnt. Da es sich dabei um einen Verwaltungsakt handelt, gilt hier vielmehr der Grundsatz, was nicht ausdrücklich erlaubt ist, ist verboten. Deshalb ist davon auszugehen, dass Zwangslizenzen von eingetragenen Marken verboten sind.

³⁸⁶ Gemäß Art. 2 Abs. 2 dieser Vorschriften sind mit der „einschlägigen Öffentlichkeit“ gemeint die Verbraucher, Produzenten, Betreiber und Händler der den durch diese Marke bezeichneten Waren oder Dienstleistungen gleichartigen Waren oder Dienstleistungen.

³⁸⁷ *Blasek*, Der Schutz bekannter Marken nach Chinas Beitritt zur WTO, GRUR Int. 2004, S. 13 (15).

³⁸⁸ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 2) (S. 54) dieser Arbeit.

³⁸⁹ *Blasek*, Der Schutz bekannter Marken nach Chinas Beitritt zur WTO, GRUR Int. 2004, S. 13 (14).

Absatzgebiete usw., was den Vorgaben in Art. 16 Abs. 2 Satz 2 des TRIPs-Übereinkommens³⁹⁰ entspricht. Eine Umfassung aller genannten Faktoren ist allerdings nicht notwendig. Trotzdem birgt diese Methode, allein die in Betracht zu ziehenden Faktoren bei der Anerkennung einer notorischen Marke aufzulisten, die Gefahr in sich, dass ausländische Marken diskriminiert werden könnten. So wurden bis zum 11. Juli 2005 nur 30 ausländische Marken im Vergleich zu einigen hundert chinesischen als notorisch anerkannt.³⁹¹ Gegen die Ablehnung des Antrags auf die Anerkennung einer Marke als notorische Marke steht dem Markeninhaber zum letzten die Einleitung eines Verwaltungsprozesses beim Gerichtshof zur Verfügung. (Art. 33 und 43 des Markengesetzes).

Art. 49 der Durchführungsbestimmungen zum Markengesetz ist die einzige Norm, die die Ausnahmen vom ausschließlichen Recht des Inhabers einer eingetragenen Marke betrifft. Danach ist die lautere Benutzung von eine eingetragene Marke bildenden gebräuchlichen Zeichen für einen bestimmten Typ von Waren oder erläuternden bzw. beschreibenden Angaben ohne Zustimmung des Markeninhabers zulässig.³⁹² Die „lautere Benutzung“ wird zwar nicht weiter definiert. Da aber die Schutzwürdigkeit einer Marke in ihrer Unterscheidungskraft zu sehen ist, sollte die Untergrenze einer lautereren Benutzung dort liegen, wo diese Funktion nicht beeinträchtigt werden könnte.

Die Wirksamkeit und jede Verlängerung einer eingetragenen Marke dauert zehn Jahre. Die Verlängerung ist unbegrenzt (Art. 37 f. des Markengesetzes).

3) Der Schutz geographischer Angaben in der VR China

Geographische Angaben in China sind nicht separat, sondern vereinzelt in einzelnen Gesetzen, besonders im Markengesetz und Gesetz der VR China gegen den unlauteren Wettbewerb³⁹³, geregelt.

Ein ähnlicher Begriff von geographischen Angaben wie der in Art. 22 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens findet sich in Art. 16 Abs. 2 des Markengesetzes, wonach geographische Angaben Zeichen sind, die den Ursprungsort der Waren bezeichnen, deren besondere Qualität, Ruf oder andere Besonderheiten hauptsächlich durch

³⁹⁰ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 2) (S. 54) dieser Arbeit.

³⁹¹ Davon ist die Marke „Boss“ die einzige aus Deutschland. Eine Liste von anerkannten ausländischen notorischen Marken findet sich unter: <http://www.china.com.cn/chinese/2005/Jul/911807.htm>. Auf der Webseite vom Markenamt (<http://sbj.saic.gov.cn/sbyw/cmsb.asp>) werden alle anerkannten notorischen Marken öffentlich gemacht.

³⁹² Art. 49 der Durchführungsbestimmungen zum Markengesetz lautet „Zur Alleinnutzung von registrierten Marken Berechtigte sind nicht berechtigt, anderen die lautere Benutzung in den Marken enthaltener gebräuchlicher Bezeichnungen, Abbildungen oder Typen der Waren, direkter Angaben zu deren Qualität, hauptsächlich Rohmaterialien, Funktionen und Verwendungen, Gewicht, Menge oder anderen Besonderheiten der Waren oder die lautere Benutzung in den Marken enthaltener Ortsnamen zu verbieten.“

³⁹³ Das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb wurde am 2. September 1993 vom Ständigen Ausschuss des NVK verabschiedet und trat am 1. Dezember 1993 in Kraft. Deutsche Übersetzung von F. Münzel ist abrufbar unter: <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/inhalt.htm>.

natürliche oder humane Faktoren dieses Ortes bestimmt werden. Bilden geographische Angaben Bestandteile einer Marke, kommt Art. 16 Abs. 1 erster Halbsatz des Markengesetzes zur Anwendung. Danach kann eine Marke nicht eingetragen und benutzt werden, wenn in ihr enthaltene geographische Angaben mit dem Ursprungsort der durch sie bezeichneten Waren oder Dienstleistungen nicht identisch sind und die Öffentlichkeit deshalb irregeführt werden kann, was mit Art. 22 Abs. 3 des TRIPs-Übereinkommen in Einklang steht.³⁹⁴ Eine Ausnahme davon ist nach Art. 16 Abs. 1 letzter Halbsatz gegeben, wenn diese Marke bereits im guten Glauben eingetragen wurde. Im Fall, dass geographische Angaben nur beschreibend benutzt werden, dann ist Art. 5 Nr. 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb einschlägig, dem zufolge die Fälschung vom Ursprungsort dem zu untersagenden unlauteren Wettbewerb zuzuordnen ist. Diese Norm erfüllt allerdings nur teilweise die Erfordernisse von Art. 22 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens. Normen, die dem ins TRIPs-Übereinkommen inkorporierten Art. 10^{bis} der Pariser Verbandsübereinkunft³⁹⁵ entsprechen können, fehlen sowohl im Markengesetz als auch im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Weine und Spirituosen hinsichtlich der geographischen Angaben genießen nach Art. 12 der „Vorschriften über die Eintragung und Verwaltung von Kollektivmarken und Nachweismarken“ einen besonderen Schutz, dessen Wortlaut nahezu eine Übersetzung des Art. 23 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens³⁹⁶ darstellt und der allerdings verlangt, dass dieser besondere Schutz ihre Eintragung als Kollektiv- oder Nachweismarke voraussetzt.³⁹⁷

Kein chinesisches Gesetz sieht die Ausnahmen vom Schutz der geographischen Angaben vor, die die Vorgaben von Art. 24 Abs. 4 bis 6 des TRIPs-Übereinkommens umsetzen. Hier bestehen für China deshalb die in Zukunft zu füllenden rechtlichen Lücken.

4) Das chinesische Patentrecht

Das geltende chinesische Patentgesetz wurde am 12. März 1984 vom Ständigen Ausschuss des NVK verabschiedet und am 25. August 2000 zum zweiten Mal revidiert.³⁹⁸ Dementsprechend wurden am 15. Juni 2001 die neuen Durchführungsbestimmungen dazu vom Staatsrat verkündet, die am 28. Dezember 2002 überarbeitet wurden.³⁹⁹ Zu erwähnen ist, dass schon die erste Revision des

³⁹⁴ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 3) (S. 55) dieser Arbeit.

³⁹⁵ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 3) (S. 55) dieser Arbeit.

³⁹⁶ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 3) (S. 55) dieser Arbeit.

³⁹⁷ Diese Norm lautet „ Wird eine von anderen als Kollektiv- oder Nachweismarke eingetragene geographische Angabe zur Kennzeichnung von Weinen oder Spirituosen benutzt, die keine Weine oder Spirituosen aus dem durch diese geographische Angabe bezeichneten Ursprungsort sind, kommt Art. 16 des Markengesetzes zur Anwendung, selbst wenn der wahre Ursprungsort der Waren gleichzeitig angegeben wird oder diese geographische Angabe in Übersetzung verwendet oder von Ausdrücken wie „Art“, „Typ“, „Stil“, „Sorte“ oder ähnlichem begleitet wird.“

³⁹⁸ Deutsche Übersetzung von *Ganea/Dietz* ist zu finden in GRUR Int. 2001, S. 541 ff.

³⁹⁹ Deutsche Übersetzung der Durchführungsbestimmungen zum Patentgesetz in originaler Fassung von *Ganea* ist

Patentgesetzes am 5. September 1992 nach dem noch in Verhandlungen befindlichen TRIPs-Übereinkommen durchgeführt wurde, so dass nur wenige Normen bei der Revision im Jahre 2000 nach dem geltenden TRIPs-Übereinkommen nochmals novelliert wurden.⁴⁰⁰

Patentierbar sind gemäß Art. 2 des Patentgesetzes Erfindungen, Gebrauchsmuster und Geschmacksmuster, die gemeinsam unter dem Oberbegriff von „Erfindungsschöpfungen“ stehen.⁴⁰¹ Danach fallen auch die im TRIPs-Übereinkommen geregelten gewerblichen Muster und Modelle unter den Schutzbereich des Patentgesetzes. Art. 27 Abs. 1 Satz 1 des TRIPs-Übereinkommens entsprechend sieht Art. 22 des Patentgesetzes als Voraussetzungen für die patentgesetzliche Schutzfähigkeit von Erfindungen und Gebrauchsmustern vor, dass sie neu sein, eine erfinderische Leistung aufweisen und praktisch anwendbar sein müssen. An der gleichen Stelle wird auch der Inhalt von „Neuheit“, „erfinderischer Leistung“ und „praktischer Anwendbarkeit“ ausführlich interpretiert. Da Geschmacksmuster vorwiegend durch ihr ästhetisches Empfinden gekennzeichnet sind, verlangt Art. 23 des Patentgesetzes für die Erteilung eines Patents, dass Geschmacksmuster neu sind und zuvor von Dritten rechtmäßig erlangte Rechte⁴⁰² nicht verletzen dürfen, was mit Art. 25 Abs. 1 Satz 1 und 2 des TRIPs-Übereinkommens⁴⁰³ in Einklang steht.

In Art. 5 und 25 des Patentgesetzes sind Gegenstände enthalten, die nicht patentierbar sind. Art. 5 sieht zuerst allgemein vor, dass für Erfindungsschöpfungen, die den Gesetzen, der gesellschaftlichen Moral oder dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen, kein Patent erteilt werden darf. Daneben sind in Art. 25 die konkreten, von der Patentierbarkeit auszuschließenden Gegenstände aufgelistet. Dazu zählen wissenschaftliche Entdeckungen, Regeln und Verfahren für gedankliche Aktivitäten, Verfahren zur Diagnose und Heilung von Krankheiten, Tierarten und Pflanzensorten sowie Stoffe, die durch Verfahren der Atomkernumwandlung gewonnen werden. Zur Frage nach der patentrechtlichen Schutzfähigkeit von Mikroorganismen, die im TRIPs-Übereinkommen patentierbar sind,⁴⁰⁴ ist zwar keine Norm im Patentgesetz und in seinen Durchführungsbestimmungen einschlägig. Für sie, solange sie nach der Isolierung züchtbar und industriell anwendbar sind, kann allerdings nach Teil II

abgedruckt in GRUR Int. 2002, S. 243 ff.

⁴⁰⁰ Zhang, TRIPs xieding: lilun yu shijian (Das TRIPs-Übereinkommen: Theorie und Praxis), S. 270.

⁴⁰¹ Sie werden in Art. 2 der Durchführungsbestimmungen zum Patentgesetz definiert. Danach ist Erfindung eine neue, zu einem Erzeugnis, einem Verfahren selbst oder zu ihrer Verbesserung eingereichte technische Lösung. Gebrauchsmuster ist eine neue, zu Form, Struktur eines Erzeugnisses oder zu ihrer Kombination eingereichte, praktisch gebrauchbare technische Lösung. Geschmacksmuster ist eine neue, zu Form, Muster eines Erzeugnisses oder zu ihrer Kombination sowie zur Kombination einer Farbe mit Form oder Muster eines Erzeugnisses geleistete Gestaltung, die voll von ästhetischem Charakter und geeignet für die industrielle Verwendung ist.

⁴⁰² Am 22. Juni 2001 wurden vom Obersten Gerichtshof die „Bestimmungen zu einigen Fragen hinsichtlich der Anwendung der Gesetze bei der Behandlung von Patentstreitfällen“ verkündet. Gemäß deren Art. 16 sind von „von Dritten rechtmäßig erlangten Rechten“ nicht erschöpfend umfasst: das Markenrecht, das Urheberrecht, das Recht an Bildnis, für Unternehmen das Recht an ihrer Bezeichnung, für notorische Waren das Benutzungsrecht an ihrer charakteristischen Verpackung oder Aufmachung, usw., die möglicherweise Bestandteile eines Geschmacksmusters sein könnten.

⁴⁰³ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 4) (S. 56 f.) dieser Arbeit.

⁴⁰⁴ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 5) (S. 59) dieser Arbeit.

Kapitel 10 Nr. 9.1.2.1 der in dieser Arbeit erwähnten Patentprüfungsrichtlinien⁴⁰⁵ das Patent erteilt werden, da sie weder Tierarten, noch Pflanzensorten zugeordnet werden können. Gene an sich und das Verfahren zu ihrer Gewinnung sind gemäß Art. 25 der Durchführungsbestimmungen zum Patentgesetz in Verbindung mit Teil II Kapitel 10 Nr. 9.1.2.2 der Patentprüfungsrichtlinien patentierbar, vorausgesetzt, dass die betreffenden Gene zum ersten Mal aus der Natur isoliert werden, deren Charakter exakt ausgedrückt werden kann und für die industrielle Verwertung geeignet sind. Demgegenüber bleiben Tiere und Pflanzen, die im Wege der Umwandlung von Genen erzeugt werden, vom Patentschutzbereich ausgeschlossen, da sie in die Kategorie von Tierarten oder Pflanzensorten einzubeziehen sind (Teil II Kapitel 10 Nr. 9.1.2.4 der Patentprüfungsrichtlinien).⁴⁰⁶

Dem Patentinhaber für Erfindungen und Gebrauchsmuster steht gemäß Art. 11 Abs. 1 des Patentgesetzes, identisch mit den Vorgaben in Art. 28 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens,⁴⁰⁷ das ausschließliche Recht zu, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung das patentierte Erzeugnis zu gewerblichen Zwecken herzustellen, zu benutzen, zum Verkauf anzubieten⁴⁰⁸, zu verkaufen und zu importieren oder das patentierte Verfahren zu benutzen sowie die aus diesem Verfahren unmittelbar gewonnenen Erzeugnisse zu benutzen, zum Verkauf anzubieten, zu verkaufen und zu importieren. Wird ein Patent für ein Geschmacksmuster erteilt, ist gemäß Art. 11 Abs. 2 des Patentgesetzes ohne Zustimmung des Patentinhabers die Herstellung, der Verkauf und die Einführung von diesem patentierten Geschmacksmustererzeugnis zu gewerblichen Zwecken verboten. Hier stellt sich allerdings diese Frage, ob allein das Geschmacksmustererzeugnis, nicht aber das Geschmacksmuster selbst vom chinesischen Patentgesetz zu schützen ist.⁴⁰⁹ Würde diese Frage bejaht, dann wäre es nach dem chinesischen Patentrecht zulässig, dass ein anderes als das geschmacksmusterpatentierte Erzeugnis das vom letzteren benutzte Geschmacksmuster trägt, ein Fall, der gemäß Art. 26 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommen zum Schutz gewerblicher Muster und Modelle unzulässig ist.^{410 411}

⁴⁰⁵ Vgl. Fn. 383 dieser Arbeit.

⁴⁰⁶ Unklar ist im chinesischen Patentrecht allerdings, ob das Verfahren an sich zur Erzeugung von Tieren oder Pflanzen im Wege der Umwandlung von Genen patentierbar ist. Da es hier um das biologische Verfahren für die Erzeugung von Tieren oder Pflanzen geht, könnte für ein solches Verfahren gemäß Art. 27 Abs. 3 lit. b Satz 1 des TRIPs-Übereinkommens (Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 5) (S. 59) dieser Arbeit kein Patent erteilt werden.

⁴⁰⁷ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 5) (S. 59) dieser Arbeit.

⁴⁰⁸ Unter dem Begriff „zum Verkauf anzubieten (*offering for sale*)“ ist gemäß Art. 24 der „Bestimmungen des Obersten Gerichtshofs zu einigen Fragen hinsichtlich der Anwendung der Gesetze bei der Behandlung von Patentstreitfällen“ der Ausdruck der Intention, Waren zu verkaufen, durch die Werbung, die Ausstellung im Schaufenster oder auf der Messe zu verstehen.

⁴⁰⁹ Diese Unklarheit wird wieder durch die Uneinheitlichkeit von Art. 27, nach dem bei der Anmeldung für ein Geschmacksmusterpatent die Zeichnungen oder Fotografien des betreffenden **Geschmacksmusters** und die Angabe, für welches Erzeugnis dieses Geschmacksmuster benutzt wird, einzureichen sind, und Art. 56 Abs. 2 des Patentgesetzes, nach dem der Schutzzumfang eines Geschmacksmusterpatents durch das in den Zeichnungen oder Fotografien dargestellte **Erzeugnis** bestimmt wird, bestätigt.

⁴¹⁰ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 4) (S. 57) dieser Arbeit.

⁴¹¹ Darüber hinaus fehlen im chinesischen Patentrecht spezifische Normen zum Schutz von Textilmustern, die zwar nach dem chinesischen Patentgesetz patentschutzfähig sind, aber im TRIPs-Übereinkommen einen Sonderschutz genießen (Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 4) (S. 57) dieser Arbeit), was wieder eine rechtliche Lücke bei der Umsetzung des TRIPs-Übereinkommens darstellt.

Art. 63 des Patentgesetzes sieht vier Ausnahmen vom Patentrecht vor. Art. 63 Nr. 1 erkennt in der Tat den Grundsatz der Rechtserschöpfung im chinesischen Patentrecht an, wonach die Benutzung, das Anbieten zum Verkauf und der Verkauf von Patenterzeugnissen nicht vom Patentinhaber verboten werden kann, solange sie schon nach Zustimmung des Patentinhabers auf dem Markt befindlich sind. Gemäß Nr. 2 kann das Recht auf Herstellung des patentierten Erzeugnisses oder die Benutzung des patentierten Verfahrens von anderen als Patentinhaber, die vor der Anmeldung des betreffenden Patents schon mit solchen Tätigkeiten anfangen oder die notwendigen Vorbereitungen dazu trafen, nicht vom Patentinhaber ausgeschlossen werden, solange sich diese Herstellung oder Benutzung auf den ursprünglichen Umfang beschränkt. Nach Nr. 3 und 4 ist auch die Benutzung eines Patents zu wissenschaftlichen Forschungs- und Versuchszwecken oder in Einrichtungen eines ausländischen Transportmittels, das vorübergehend das Hoheitsgebiet Chinas passiert, den Ausnahmefällen zuzuordnen. Danach wird das ausschließliche Recht des Patentinhabers nur unter gesetzlichen Voraussetzungen und in begrenztem Umfang beschränkt und die zulässigen Ausnahmen führen nicht dazu, dass sich der Patentinhaber im unlauteren Wettbewerb befindet und damit seinen erwarteten wirtschaftlichen Interessen aus dem Patent geschadet werden könnte, was die Anforderungen von Art. 30 des TRIPs-Übereinkommens erfüllen sollte.⁴¹²

In Art. 48 bis 55 des Patentgesetzes ist die Frage nach der Zwangslizenz hinsichtlich Erfindungspatente und Gebrauchsmusterpatente geregelt, in denen die Vorgaben von Art. 31 des TRIPs-Übereinkommens berücksichtigt werden.⁴¹³ Danach kann eine Zwangslizenz erteilt werden, vorausgesetzt, dass

- 1) (Art. 31 lit. b des TRIPs-Übereinkommens entsprechend) der Antragsteller einer Zwangslizenz innerhalb einer angemessenen Dauer und zu angemessenen Bedingungen die Erlaubnis vom Patentinhaber, das Patent zu benutzen, nicht erhielt oder ein Notstand bzw. ungewöhnliche Situationen auftreten oder die Erteilung der Zwangslizenz dem öffentlichen Interesse (wie z.B. der Verstärkung der Landesverteidigung oder der Bekämpfung einer Krankheit) dient (Art. 48 und 49 des Patentgesetzes);
- 2) (Art. 31 lit. c und g des TRIPs-Übereinkommens entsprechend) der Umfang und die Dauer der Zwangslizenz nach den Gründen für ihre Erteilung begrenzt werden sollen und die Zwangslizenz nach dem Antrag des Patentinhabers beendet werden soll, wenn die Gründe für ihre Erteilung nicht mehr bestehen und nicht wieder eintreten werden (Art. 52 Abs. 2 des Patentgesetzes);
- 3) (Art. 31 lit. d und e des TRIPs-Übereinkommens entsprechend) der Lizenznehmer kein ausschließliches Nutzungsrecht hat und nicht berechtigt ist, die Benutzung des betreffenden Patents durch Dritte zu gestatten (Art. 53

⁴¹² Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 5) (S. 59) dieser Arbeit.

⁴¹³ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 5) (S. 60 f.) dieser Arbeit.

- des Patentgesetzes);⁴¹⁴
- 4) (Art. 31 lit. f des TRIPs-Übereinkommens entsprechend) die Erteilung der Zwangslizenz vorwiegend der Versorgung des chinesischen Binnenmarkts dienen soll (Art. 72 Abs. 4 der Durchführungsbestimmungen zum Patentgesetz);
 - 5) (Art. 31 lit. h des TRIPs-Übereinkommens entsprechend) der Lizenznehmer dem Patentinhaber eine angemessene Nutzungsgebühr zahlen muss (Art. 54 des Patentgesetzes);
 - 6) (Art. 31 lit. i und j des TRIPs-Übereinkommens entsprechend) gegen die Entscheidung über die Erteilung der Zwangslizenz oder über die Nutzungsgebühr die Einleitung eines Verwaltungsprozesses möglich ist (Art. 55 des Patentgesetzes);
 - 7) (Art. 31 lit. l des TRIPs-Übereinkommens entsprechend) im Fall der abhängigen Patente das zweite Patent im Vergleich zu dem ersten Patent einen beträchtlichen technischen Fortschritt von herausragender wirtschaftlicher Bedeutung darstellen muss und darüber hinaus auf dem Antrag des ersten Patentinhabers auch eine Zwangslizenz zur Benutzung des zweiten Patents erteilt werden kann (Art. 50 des Patentgesetzes).⁴¹⁵

Die Schutzdauer des Erfindungspatents beträgt zwanzig Jahre und des Gebrauchsmusterpatents und Geschmacksmusterpatents zehn Jahre ab dem Anmeldetag. Ab dem Tag der Bekanntmachung der Erteilung eines Patents durch die Patentverwaltungsbehörde des Staatsrates, nämlich das Staatliche Amt für geistiges Eigentum kann beim dieser Behörde untergeordneten Patentüberprüfungsausschuss der Antrag gestellt werden, das betreffende Patent für nichtig zu erklären (Art. 45 des Patentgesetzes). Gegen die Entscheidung des Patentüberprüfungsausschusses ist die Einleitung eines Verwaltungsprozesses möglich (Art. 46 Abs. 2 des Patentgesetzes). Damit finden auch die Vorgaben in Art. 32 des TRIPs-Übereinkommens⁴¹⁶ eine Verankerung im chinesischen Patentrecht.

Außer im Fall, dass Ausländer (natürliche Personen oder Unternehmen oder andere Organisationen), die in China keinen ständigen Wohnsitz oder Geschäftssitz haben, mit Patentangelegenheiten eine chinesische Patentvertretungsorganisation beauftragen müssen (Art. 18 und 19), sollen sie gleich behandelt werden wie chinesische Inländer.

⁴¹⁴ Art. 31 lit. e des TRIPs-Übereinkommens sieht die mögliche Übertragbarkeit von der Zwangslizenz vor. Eine entsprechende Norm fehlt allerdings im chinesischen Patentrecht.

⁴¹⁵ In Art. 31 lit. l des TRIPs-Übereinkommens wird vorgesehen, dass die Zwangslizenz zur Benutzung des ersten Patents nur zusammen mit dem zweiten Patent übertragbar ist. Eine entsprechende Norm fehlt allerdings im chinesischen Patentrecht.

⁴¹⁶ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 5) (S. 61) dieser Arbeit.

5) Der Schutz von Layout-Designs (Topographien) integrierter Schaltkreise in der VR China

In Bezug auf den Schutz von Layout-Designs integrierter Schaltkreise bestand in China vor seinem Beitritt zur WTO immer eine rechtliche Lücke,⁴¹⁷ obwohl China schon am 1. Mai 1990 den IPIC-Vertrag unterzeichnete, der aber nicht in Kraft treten konnte. Erst mit der Verkündung der „Vorschriften über den Schutz von Topographien integrierter Schaltkreise“ (Vorschriften) vom Staatsrat am 2. April 2001 wurde diese Situation geändert. Dementsprechend wurden vom Staatlichen Amt für geistiges Eigentum am 18. September 2001 die Durchführungsbestimmungen dazu verkündet. Beide Dokumente traten am 1. Oktober 2001 in Kraft.

Art. 2 Nr. i und ii des IPIC-Vertrags entsprechend definieren Art. 2 Nr. 1 und 2 der Vorschriften jeweils den Begriff von „integrierten Schaltkreisen“ und „Topographien“. Art. 3 der Vorschriften sieht die Originalität, nämlich, den Vorgaben von Art. 3 Abs. 2 des IPIC-Vertrags entsprechend, dass die betreffende Topographie das Resultat eigener intellektueller Bemühung ihres Schöpfers und zum Zeitpunkt ihres Entwurfs unter Schöpfern von Topographien und Herstellern integrierter Schaltkreise nicht alltäglich ist, und die Eintragung beim Staatlichen Amt für geistiges Eigentum als Voraussetzungen für die Schutzfähigkeit von Topographien integrierter Schaltkreise vor. Ausländische Schöpfer genießen nach Art. 3 Abs. 2 und 3 der Vorschriften die Inländerbehandlung, solange betreffende Topographien zuerst auf dem Gebiet Chinas gewerblich angewandt wird oder zwischen China und dem Land, zu dem ausländische Schöpfer gehören, ein internationales Abkommen zum Schutz von Topographien integrierter Schaltkreise besteht. Dem Rechtsinhaber einer geschützten Topographie steht gemäß Art. 7 der Vorschriften das ausschließliche Recht zu, die Topographie als Ganzes oder ihre Bestandteile mit Originalität zu vervielfältigen sowie diese Topographie selbst, sie enthaltende integrierte Schaltkreise oder solche integrierte Schaltkreise enthaltende Gegenstände gewerblich anzuwenden, damit Art. 36 des TRIPs-Übereinkommens⁴¹⁸ sinngemäß in die chinesische Rechtsordnung umgesetzt wird. Solange allerdings integrierte Schaltkreise, in die eine geschützte Topographie rechtswidrig aufgenommen ist, oder solche integrierten Schaltkreise enthaltende Gegenstände von demjenigen, der sich zum Zeitpunkt des Erhalts solcher integrierter Schaltkreise bzw. solcher Gegenstände im guten Glauben befand, in die gewerbliche Anwendung eingesetzt werden, kann man in diesem Fall gemäß Art. 33 Abs. 1 der Vorschriften zwar nicht von der Verletzung des ausschließlichen Rechts des Rechtsinhabers einer geschützten Topographie ausgehen. Die betreffenden Personen sind aber gemäß Art. 33 Abs. 2 verpflichtet, nach Kenntnis der Wahrheit dem Rechtsinhaber eine angemessene Vergütung zu leisten.⁴¹⁹

⁴¹⁷ Zhou (Hrsg.), *yu WTOguize de ronghe* (Die Verschmelzung mit WTO-Regelungen), S. 539.

⁴¹⁸ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 6) (S. 61 f.) dieser Arbeit.

⁴¹⁹ Art. 33 der Vorschriften entspricht Art. 37 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommen (Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 6) (S. 62) dieser Arbeit) Darüber hinaus sieht Art. 24 der Vorschriften, Art. 6 Abs. 5 des IPIC-Vertrags entsprechend, den Grundsatz der Rechtsschöpfung vor. In Art. 22 der Vorschriften werden drei weitere Ausnahmen vom ausschließlichen Recht des Rechtsinhabers einer geschützten Topographie festgeschrieben, die den Vorgaben von ins TRIPs-Übereinkommen inkorporiertem Art. 6 Abs. 2 des IPIC-Vertrags entsprechend. Sie

In Art. 25 bis 29 der Vorschriften ist die Frage nach der Zwangslizenz gegenüber einer geschützten Topographie geregelt. Gemäß Art. 37 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens muss das WTO-Mitglied bei der Formulierung solcher Normen Art. 31 lit. a bis k des TRIPs-Übereinkommens betreffend die Erteilung einer Zwangslizenz gegenüber einem Patent⁴²⁰ berücksichtigen. Vergleicht man allerdings die Vorgaben in beiden Rechtsordnungen, dann ist das Ergebnis daraus zu ziehen, dass in Bezug auf die Erteilung der Zwangslizenz gegenüber einer geschützten Topographie China nur teilweise das TRIPs-Übereinkommen umsetzte, da in Art. 25 bis 29 der Vorschriften die Normen zur vorherigen Bemühung des Lizenznehmers um die Zustimmung des Rechteinhabers einer geschützten Topographie und zur Übertragbarkeit der Zwangslizenz fehlen.

Die Schutzdauer einer Topographie beträgt nach Art. 12 der Vorschriften zehn Jahre ab dem Anmeldetag oder ab dem Tag, an dem sie zum ersten Mal gewerblich angewandt wurde. Sind allerdings schon fünfzehn Jahre nach der Schöpfung einer Topographie vorbei, ist sie nicht schutzfähig. Damit steht die chinesische Bestimmung hinsichtlich der Schutzdauer einer Topographie in Übereinstimmung mit Art. 38 des TRIPs-Übereinkommens.⁴²¹

6) Der Schutz nicht offenbarer Informationen in der VR China

Schon das im Jahre 1993 verabschiedete Gesetz Chinas gegen den unlauteren Wettbewerb sieht den Schutz nicht offenbarer Informationen vor. In dessen Art. 10, der in Einklang mit Art. 39 Abs. 2 des TRIPs-Übereinkommens⁴²² steht, wird der Begriff von „Geschäftsgeheimnissen“ benutzt, unter denen technische Daten und Daten zur Betriebsführung zu verstehen sind, die der Öffentlichkeit nicht bekannt sind, ihrem Inhaber wirtschaftliche Interessen bringen können und praktisch anwendbar sind und zu deren Geheimhaltung der Inhaber Maßnahmen getroffen hat. Darüber hinaus sind in Art. 10 die Handlungen aufgeführt, die als Verletzung der Geschäftsgeheimnisse zu beachten sind. Genannt werden 1) der Erwerb von Geschäftsgeheimnissen durch Diebstahl, Inaussichtstellen eines Vorteils, Drohung oder andere unlautere Methoden und 2) die Offenlegung oder Benutzung (einschließlich der Gestattung der Benutzung durch andere) der mit unlauteren Methoden erworbenen Geschäftsgeheimnisse. Wenn die betreffenden Geschäftsgeheimnisse zwar rechtmäßig erworben sind, sind die in Nr. 2) aufgelisteten Handlungen allerdings trotzdem verboten, falls solche Handlungen gegen die Vereinbarungen mit dem Inhaber oder gegen die Forderung des Inhabers verstoßen.

sind 1) die Benutzung der geschützter Topographie zum privaten Zweck oder zum Zweck der Bewertung, der Analyse, der Forschung oder des Unterrichts; 2) die Schöpfung einer Topographie mit Originalität aufgrund der Bewertung oder Analyse einer geschützter Topographie und 3) die Vervielfältigung oder gewerbliche Anwendung einer selbständig geschöpften Topographie, die identisch mit der geschützten.

⁴²⁰ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 5) (S. 60 f.) dieser Arbeit.

⁴²¹ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 6) (S. 62) dieser Arbeit.

⁴²² Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 7) (S. 62) dieser Arbeit.

Die vorzulegenden Daten betreffend die Herstellung von pharmazeutischen und agrochemischen Produkten genießen nach Art. 39 Abs. 3 des TRIPs-Übereinkommens eine besondere Erwähnung.⁴²³ Die Umsetzung davon in die chinesische Rechtsordnung spiegelt sich jeweils in Art. 35 der „Durchführungsbestimmungen zum Gesetz der VR China über die Verwaltung von Arzneimitteln“, die vom Staatsrat am 4. August 2002 verkündet wurden, und in Art. 8 der „Verwaltungsvorschriften über Futter und Futterzusätze“, die vom Staatsrat am 29. Mai 1999 verkündet und am 29. November 2001 revidiert wurden. Beide Normen sehen fast identisch vor, dass die Behörde, der die betreffenden Daten vorgelegt wurden, verpflichtet ist, die vorgelegten und nicht offenbaren Daten zu schützen und sie solche Daten nur unter bestimmten Voraussetzungen⁴²⁴ offen legen darf. Darüber hinaus ist der Antrag auf das Erlaubnis zur Herstellung oder zum Verkauf von Arzneimitteln, Futter oder Futterzusätzen abzulehnen, wenn der Antragsteller die schon vorgelegten Daten benutzt, ohne aber die Zustimmung ihres Inhabers zu erhalten.

bb. Die Durchsetzung der Rechte an geistigem Eigentum in der VR China

Gemäß Art. 41 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens sind WTO-Mitglieder verpflichtet, in ihre Rechtsordnung bestimmte Verfahren einzuführen, damit sich die im TRIPs-Übereinkommen vorgesehenen einzelnen geistigen Eigentumsrechte durchsetzen können bzw. damit ein wirksamer Kampf gegen die Verletzung der geistigen Eigentumsrechte ermöglicht werden kann. Zu solchen Verfahren gehören das zivil- und verwaltungsrechtliche Verfahren, das Strafverfahren, der einstweilige Rechtsschutz sowie die Grenzmaßnahmen. Die folgenden Darstellungen zur Durchsetzung der Rechte an geistigem Eigentum in der VR China werden deshalb dem jeweiligen Verfahren entsprechend ausgeführt.

1) Das zivilrechtliche Verfahren zur Durchsetzung der Rechte an geistigem Eigentum in der VR China

Gemäß Art. 44 und 45 des TRIPs-Übereinkommens soll dem Inhaber der geistigen Eigentumsrechte die Möglichkeit gewährt werden, die Ansprüche auf Unterlassung von Rechtsverletzungen und Schadenersatz bei der Justizbehörde geltend zu machen. Um wirksam von den die geistigen Eigentumsrechte verletzenden Handlungen abzuschrecken, ist die Justizbehörde darüber hinaus befugt, die rechtsverletzenden Produkte sowie die zu ihrer Schaffung verwendeten Produktionsmittel ohne Ersatz jeder Art zu beschlagnahmen oder zu vernichten. Ferner sieht Art. 47 des TRIPs-Übereinkommens das Recht des Rechtsinhabers auf Auskunft vor, wonach das WTO-Mitglied der Justizbehörde die Befugnis einräumen kann, den Rechtsverletzer

⁴²³ Vgl. Dazu oben Kapitel 2, 3, c, cc, 7) (S. 63) dieser Arbeit.

⁴²⁴ Sie sind 1) dass die Offenbarung von solchen Daten dem öffentlichen Interesse dienen muss und 2) dass Maßnahmen getroffen werden müssen, damit keine unlautere gewerbliche Anwendung von solchen Daten auftreten kann.

anzuweisen, dem Rechtsinhaber die Identität der an den Rechtsverletzungshandlungen (Herstellung und Vertrieb) beteiligten Dritten und ihre Vertriebswege mitzuteilen. Das zivilrechtliche Verfahren zur Durchsetzung der geistigen Eigentumsrechte kann allerdings vom Rechtsinhaber nicht wie z.B. durch unbegründete Klagen oder noch nicht fällige Forderungen⁴²⁵ missbraucht werden, sonst ist gemäß Art. 48 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens der Antragsteller verpflichtet, dem zu Unrecht Beklagten eine Entschädigung für den Schaden daraus zu leisten.

Für zivilrechtliche Streitfälle in Bezug auf geistiges Eigentum (IP-Streitfälle) sind in der VR China grundsätzlich die einzelnen Gerichtshöfe der Mittelstufe als erste Instanz zuständig.⁴²⁶ Seit der Gründung der speziellen Kammer für IP-Streitfälle (IP-Kammern) zuerst in Beijing Gerichtshöfen der Mittel- und Oberstufe im August 1993 wurde bis Juni 1999 in allen Gerichtshöfen der Oberstufe die IP-Kammer errichtet, die im Oktober 1996 auch im Obersten Gerichtshof ins Leben gerufen wurde.⁴²⁷ Für die Feststellung des Ortes, an dem die Klage erhoben wird, ist Art. 29 des Zivilprozessgesetzes entscheidend, das am 9. April 1991 vom NVK verabschiedet wurde.⁴²⁸ Danach ist die Klageschrift aufgrund einer ein Recht verletzenden Handlung dem Gerichtshof des Ortes der verletzenden Handlung oder des Wohnsitzes des Beklagten⁴²⁹ einzureichen.

Als zivile Haftung für Verletzungen geistiger Eigentumsrechte werden in Art. 118 der „Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts der VR China“ die Einstellung der Verletzung, die Beseitigung der Auswirkungen und Schadenersatz genannt. Gemäß deren Art. 134 Abs. 3 ist der Gerichtshof bei der Behandlung von IP-Streitfällen darüber hinaus auch befugt, das Vermögensgut, mit dem rechtswidrige Handlungen vorgenommen wurden, und rechtswidriges Einkommen einzuziehen sowie nach den gesetzlichen Bestimmungen eine Geldstrafe zu verhängen oder den Rechtsverletzer in Haft zu halten. In einzelnen IP-Gesetzen werden die Regelungen zur Ermittlung der Höhe des Schadenersatzes vorgesehen. Gemäß Art. 48 des Urheberrechtsgesetzes und Art. 56 Abs. 1 und 2 des Markengesetzes ist der Schadenersatz nach dem tatsächlichen Schaden des Rechtsinhabers oder dem rechtswidrigen Gewinn des Rechtsverletzers zu berechnen. Im Fall der schwierigen Ermittlung beider erwähnten Berechnungsmaßstäbe kann das Gericht zu einem Schadenersatz bis zu 500.000 RMB (ca. 50.000 Euro) verurteilen.⁴³⁰

⁴²⁵ Beispiele aus *Staehelin*, Das TRIPs-Abkommen, S. 114.

⁴²⁶ So Nr. 11 der „Ansichten des Obersten Gerichtshofs über die allseitige Verstärkung der Rechtsprechung in Bezug auf geistiges Eigentum zur Gewährung von Gerichtsgarantien für die Errichtung eines innovationsorientierten Landes“ vom 11. Januar 2007.

⁴²⁷ *Zhang*, TRIPs xieding: lilun yu shijian (Das TRIPs-Übereinkommen: Theorie und Praxis), S. 279.

⁴²⁸ Deutsche Übersetzung von *F. Münzel* findet sich unter: <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/910409.htm>.

⁴²⁹ Ist der Beklagte juristische Person, dann ist gemäß Art. 39 der „Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts der VR China“ ihr Wohnsitz der Ort ihres Hauptgeschäftsorgans.

⁴³⁰ Ist das Patentrecht verletzt und der Schaden des Rechtsinhabers sowie der Gewinn des Rechtsverletzers schwierig zu ermitteln, wird der Schadenersatz gemäß Art. 60 des Patentgesetzes nach einem angemessenen Multiplikator der Nutzungsgebühr für das betreffende Patent bestimmt. Im Fall der Nichtexistenz oder der Vernunftwidrigkeit der Nutzungsgebühr kann das Gericht gemäß Art. 21 der „Bestimmungen des Obersten Gerichtshofs zu einigen Fragen hinsichtlich der Anwendung der Gesetze bei der Behandlung von

Was das Auskunftsrecht des Rechtsinhabers angeht, sieht allein Art. 6 der „Erläuterungen des Obersten Gerichtshofs zu einigen Fragen hinsichtlich der Anwendung der Gesetze bei der Behandlung von Urheberrechtsstreitfällen im Bereich vom Computer-Internet“ vom 22. November 2000 dieses Recht vor, wonach derjenige, der im Internet Dienstleistungen erbringt, nach dem Verlangen des Urhebers die Eintragungsdaten des Urheberrechtsverletzers liefern soll, damit dessen Haftung verfolgt werden kann.⁴³¹

Hinsichtlich der Vorgabe zur Vermeidung des Missbrauchs des zivilrechtlichen Verfahrens zur Durchsetzung der geistigen Eigentumsrechte gemäß Art. 48 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens besteht deutlich im chinesischen Recht eine rechtliche Lücke, da sowohl im Zivilprozessgesetz als auch in einzelnen IP-Gesetz keine entsprechenden Regelungen enthalten sind.⁴³²

2) Das verwaltungsrechtliche Verfahren zur Durchsetzung der Rechte an geistigem Eigentum in der VR China

Art. 49 des TRIPs-Übereinkommens befasst sich mit der Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte durch das verwaltungsrechtliche Verfahren. In ihm wird allerdings nur die Anwendung der oben erwähnten Grundsätze des zivilrechtlichen Verfahrens vorgesehen, solange das verwaltungsrechtliche Verfahren eine zivilrechtliche Abhilfemaßnahme anordnet. In diesem Sinne handelt es sich dabei in der Tat um die Voraussetzungen für die Verwirklichung der zivilrechtlichen Abhilfemaßnahmen auf dem verwaltungsrechtlichen Weg.

Im Vergleich zu dem zivilrechtlichen Verfahren scheint das verwaltungsrechtliche Verfahren ein bevorzugter Weg zur Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte in der VR China zu sein. So wurden beispielsweise nach *Papageorgiou* bis zum Jahre 2002 mehr als 90% aller Markenstreitfälle vor den jeweiligen Verwaltungsbehörden ausgetragen.⁴³³ Ein wichtiger Grund dafür liegt darin, dass die zuständige Verwaltungsbehörde nicht nur aufgrund des Antrags des Rechtsinhabers passiv, sondern auch aufgrund ihrer gesetzlichen Befugnisse aktiv tätig werden kann und dementsprechend das verwaltungsrechtliche Verfahren sich durch seine relative Einfachheit und hohe Effektivität auszeichnet.⁴³⁴

Patentstreitfällen“ auch zu einem Schadenersatz von höchstens 500.000 RMB verurteilen.

⁴³¹ Da dem Wortlaut von Art. 47 des TRIPs-Übereinkommens nach die Einführung des Auskunftsrechts in die innerstaatliche Rechtsordnung nicht zwingend ist, besteht deshalb dazu keine rechtliche Lücke im chinesischen Recht.

⁴³² Das Fehlen der gesetzlichen Normen gegen den Missbrauch des Verfahrensrechts besteht nicht nur im Bereich des Schutzes von geistigen Eigentumsrechten, sondern allgemein in allen zivilrechtlichen Streitfällen. Allerdings scheint Art. 106 Abs. 2 der „Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts der VR China“ zum Kampf gegen diesen Missbrauch beitragen zu können, wonach derjenige, der schuldhaft Vermögensgüter verletzte, die zivile Haftung übernehmen muss.

⁴³³ *Papageorgiou*, Durchsetzung von gewerblichen Schutzrechten (Enforcement), in Wirtschafts- handbuch China, Band 4: Arbeitsrecht, Personal, Gewerblicher Rechtsschutz, Immobilien, S. 23 (23).

⁴³⁴ Darüber hinaus mag auch die chinesische Tradition ein Grund dafür sein. In der chinesischen Geschichte bestanden keine Gerichte, die speziell Zivilstreitfälle oder Straffälle behandelten. Sie wurden vielmehr vor der Verwaltungsbehörde ausgetragen. Das heißt nämlich, dass die Verwaltungsbehörde gleichzeitig die Justizbehörde

Welche Verwaltungsbehörde für die Durchsetzung welches geistigen Eigentumsrechts zuständig ist und welche Befugnisse bei der Behandlung eines Rechtsverletzungsfalls dieser Behörde zustehen, sind in einzelnen IP-Gesetzen zu finden. Gemäß Art. 7 in Verbindung mit Art. 47 des Urheberrechtsgesetzes ist die Verwaltungsabteilung für Urheberrechte des Staatsrats, nämlich das Staatliche Copyright-Amt, landesweit für die Durchsetzung der Urheberrechte verantwortlich. Darüber hinaus wird bei der jeweiligen Regierung der Provinzstufe auch eine Abteilung für Urheberrechte errichtet, die sich mit Rechtsdurchsetzungsangelegenheiten im eigenen Verwaltungsgebiet beschäftigt. Gemäß Art. 53 Satz 1 des Markengesetzes sind das Staatliche Verwaltungsamt für Industrie und Handel und die ihm unterstellten lokalen Abteilungen für die Durchsetzung von Markenrechten zuständig. Für die Behandlung von Patentverletzungsfällen sind gemäß Art. 3 und 57 des Patentgesetzes in Verbindung mit Art. 78 der Durchführungsbestimmungen zum Patentgesetz das Staatliche Amt für geistiges Eigentum sowie die einzelnen Patentabteilungen grundsätzlich auf der Provinzstufe zuständig.⁴³⁵

Am Beispiel der Durchsetzung von Markenrechten soll im Folgenden der Ablauf des Verwaltungsverfahrens sowie die Befugnisse der zuständigen Behörde skizziert werden. Zu erwähnen ist zuerst allerdings, dass die von der Verwaltungsbehörde getroffenen Maßnahmen zur Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte, wie unten gleich dargestellt wird, deutlich den in Art. 8 des Verwaltungsstrafgesetzes⁴³⁶ von 1996 aufgelisteten Verwaltungsstraftätigkeiten zuzuordnen sind und das Verwaltungsstrafgesetz deshalb auch einschlägig ist. Ferner wurden am 17. Oktober 1996 vom Staatlichen Verwaltungsamt für Industrie und Handel die „Vorläufigen Bestimmungen zum Verwaltungsstrafverfahren der Verwaltungsämter für Industrie und Handel (revidiert)“ (Strafverfahrensbestimmungen) erlassen, in denen relativ detaillierte Regelungen zum Ablauf des Verwaltungsstrafverfahrens enthalten sind.

Ist der Markeninhaber der Meinung, dass die Handlungen von anderen seine ausschließlichen Markenrechte verletzen, kann er dem Verwaltungsamt für Industrie und Handel des Verletzungshandlungsortes, dessen Rang allerdings höher als Kreisstufe sein muss, den Antrag auf die Behandlung solcher Handlungen stellen (Art.

war. Diese Situation wurde erst nach der Gründung der Republik China im Jahre 1911 geändert. Da sich China vor der Gründung der VR China im Jahre 1949 immer in Kriegswirren befand und im Zeitraum 1966-1976 die zehnjährige Kulturrevolution dauerte, ist die Mentalität der Bevölkerung, die Verwaltungsbehörde zu bevorzugen, nicht einfach zu ändern. In der Gegenwart sind Fälle, dass die Austragung eines zivilrechtlichen Streitfalls bei der Verwaltungsbehörde nachgesucht wird, nicht selten.

⁴³⁵ Zu beachten ist allerdings das Verhältnis vom Staatlichen Amt für geistiges Eigentum und die lokalen Patentabteilungen. Hier besteht die sog. „vertikale Leitung“ nicht, das heißt nämlich, dass die Tätigkeiten der lokalen Patentabteilungen zur Durchsetzung von Patentrechten zwar unter der Leitung des Staatlichen Amtes für geistiges Eigentum stehen, ihre Personalangelegenheiten und Finanzen allerdings von der jeweiligen lokalen Regierung abhängig sind, was dazu führen könnte, dass der zentrale Wille von örtlichen Verwaltungseinheiten nicht tatsächlich verwirklicht werden könnte. Diese Problematik existiert bei der Durchsetzung von Urheber- und Markenrechten allerdings nicht.

⁴³⁶ Art. 8 des Verwaltungsstrafgesetzes lautet: „Arten von Verwaltungsstrafen: 1) Verwarnungen; 2) Geldbußen; 3) Konfiszierung von rechtswidrigen Gewinnen und Vermögensgütern; 4) Anweisung zur Einstellung von Produktion oder Betrieb; 5) vorläufige Pfändung oder Entziehung von Erlaubnisschweisen oder Genehmigungslizenzen; 6) Verwaltungshaft; 7) andere Verwaltungsstrafen, die von Gesetzen und Verwaltungsrechtsvorschriften vorgesehen werden.“

53 Satz 1 des Markengesetzes und Art. 20 des Verwaltungsstrafgesetzes).⁴³⁷ Nach Erhalt des Antrags soll das zuständige Verwaltungsamt für Industrie und Handel zum Zweck der Untersuchung und Verfolgung der Verletzungshandlungen eine Akte anlegen, die der Genehmigung durch den Leiter des Verwaltungsamtes für Industrie und Handel bedarf (Art. 13 der Strafverfahrensbestimmungen). Danach kommt das Verfahren zur Sammlung von Beweismitteln durch das Verwaltungsamt für Industrie und Handel (Art. 36 des Verwaltungsstrafgesetzes), wobei in notwendigen Fällen Maßnahmen zum Schutz von Beweismitteln getroffen werden können (Art. 37 Abs. 2 des Verwaltungsstrafgesetzes). Werden die Verletzungshandlungen von Markenrechten festgestellt, trifft das Verwaltungsamt für Industrie und Handel gemäß Art. 53 Satz 2 des Markengesetzes die Entscheidung über die Einstellung der Verletzungshandlungen, über die Beschlagnahme und Vernichtung von rechtverletzenden Waren und zu ihrer Herstellung benutzten Werkzeugen und über die Verhängung von Geldbußen.⁴³⁸ Die Höhe der Geldbuße beträgt nach Art. 52 der Durchführungsbestimmungen zum Markengesetz höchstens das Dreifache des rechtswidrigen Umsatzes oder 100.000 RMB (ca. 10.000 Euro) im Fall der Nichtberechenbarkeit des Umsatzes. Darüber hinaus kann das tätig werdende Verwaltungsamt für Industrie und Handel auf Verlangen der Beteiligten eine Schlichtung zur Höhe des Schadenersatzes für die Verletzungshandlungen durchführen. Wird keine Übereinstimmung durch die Schlichtung erlangt, kann eine Klage beim Gerichtshof nach dem Zivilprozessgesetz erhoben werden (Art. 53 Satz 4 des Markengesetzes).

Die Durchsetzung von Markenrechten durch Verwaltungsverfahren in der VR China ist allerdings nicht unproblematisch. Es fehlt z.B. an gesetzlichen Vorgaben dazu, in welcher Frist das zuständige Verwaltungsamt für Industrie und Handel seine Entscheidung treffen muss. Bemängelt werden außerdem auch die fehlende Rechtstaatlichkeit Chinas, das Fehlen des Rechts des Antragstellers, Informationen über Umfang und Fortgang des Verfahrens zu erfahren, die üblichen Phänomene von Korruption usw.⁴³⁹

Ferner werden die Entscheidungen über die Einstellung von Verletzungshandlungen und über die Beschlagnahme und Vernichtung von rechtverletzenden Produkten sowie zu ihrer Herstellung benutzten Werkzeugen zwar vom chinesischen Markengesetz als verwaltungsrechtliche Abhilfemaßnahmen bezeichnet, was durch dessen Art. 53 Satz 3, wonach die Einleitung des Verwaltungsprozesses gegen solche Entscheidungen des Verwaltungsamtes für Industrie und Handel möglich ist, nachgewiesen werden kann.

⁴³⁷ Obwohl dem Wortlaut von Art. 20 des Verwaltungsstrafgesetzes nach allein Verwaltungsbehörden mit höherem Rang als Kreisstufe befugt sind, eine Verwaltungsstrafmaßnahme zu treffen, ist aber in der Praxis so zu verstehen, dass auch Verwaltungsbehörden der Kreisstufe dazu berechtigt sind.

⁴³⁸ Vor dem Treffen einer Verwaltungsstrafentscheidung über die Einstellung von Produktion oder Betrieb, über die Entziehung von Erlaubnisnachweisen oder Genehmigungslizenzen oder über eine Geldbuße mit einer relativ hohen Summe durch das Verwaltungsamt für Industrie und Handel gemäß Art. 8 des Verwaltungsstrafgesetzes soll dem Betroffenen gemäß Art. 42 des Verwaltungsstrafgesetzes das Anhörungsrecht gewährleistet.

⁴³⁹ Siehe dazu *Papageorgiou*, Durchsetzung von gewerblichen Schutzrechten (Enforcement), in *Wirtschaftshandbuch China*, Band 4: Arbeitsrecht, Personal, Gewerblicher Rechtsschutz, Immobilien, S. 23 (25); *Blume*, Produkt- und Markenpiraterie in der VR China: Recht und Rechtsdurchsetzung, *China Analysis No. 54*, S. 25 ff.

Sie sind im TRIPs-Übereinkommen allerdings zivilrechtlichen Abhilfemaßnahmen zuzuordnen. Gemäß Art. 49 des TRIPs-Übereinkommens muss deshalb das Verwaltungsamt für Industrie und Handel bei der Behandlung von Verletzungshandlungen von Markenrechten die Grundsätze im TRIPs-Übereinkommen betreffend das zivilrechtliche Verfahren zur Durchsetzung von geistigen Eigentumsrechten einhalten. In diesem Sinne wurde Art. 49 des TRIPs-Übereinkommens nicht effektiv von China umgesetzt, da, ebenso wie beim zivilrechtlichen Verfahren zur Durchsetzung von geistigen Eigentumsrechten in China, im Rahmen des chinesischen Verwaltungsrechts keine gesetzlichen Vorgaben zum Auskunftsrecht des Rechtsinhabers und zur Vermeidung des Missbrauchs vom Verwaltungsverfahren bestehen.

3) Das Strafverfahren zur Durchsetzung der Rechte an geistigem Eigentum in der VR China

Art. 61 des TRIPs-Übereinkommens verpflichtet WTO-Mitglieder, strafrechtliche Sanktionen zumindest im Fall der gewerbsmäßigen vorsätzlichen Markenfälschung und der Nachahmung von urheberrechtlich geschützten Waren vorzusehen. Zu den genannten Sanktionsmaßnahmen gehören Freiheits- und/oder Geldstrafen sowie die Beschlagnahme und die Zerstörung von Waren und zum Begehen der Straftat benutzten Materialien und Werkzeugen. Die Festlegung des Strafmaßes ist allerdings WTO-Mitgliedern überlassen.

Im siebten Titel des dritten Abschnitts des besonderen Teils des Strafgesetzbuches der VR China (Art. 213 bis 220), das am 1. Juli 1979 vom NVK verabschiedet und am 14. März 1997 zum ersten Mal revidiert wurde, werden Tatbestände und entsprechende Rechtsfolgen der einzelnen Straftaten gegen geistiges Eigentum festgeschrieben. Art. 213 befasst sich mit der strafbaren Fälschung einer eingetragenen Marke und lautet:

„Wer ohne Zustimmung des Inhabers einer eingetragenen Marke für gleiche Waren eine Marke, die identisch mit der eingetragenen Marke ist, anwendet, wird im Fall einer schweren Sachlage mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder kurzfristigem Freiheitsentzug und/oder Geldstrafe bestraft; im Fall einer besonders schweren Sachlage mit Freiheitsstrafe von drei bis zu sieben Jahren (nicht inklusiv drei Jahre) und Geldstrafe bestraft.“

Im November 2004 wurden jeweils von dem Obersten Gerichtshof und der Obersten Staatsanwaltschaft die „Erläuterungen zu einigen Fragen hinsichtlich der Anwendung der Gesetze bei der Behandlung von das geistige Eigentum verletzenden Straffällen“ verabschiedet. Gemäß deren Art. 1 ist eine „schwere Sachlage“ gegeben, wenn der rechtswidrige Umsatz mehr als 50.000 RMB (ca. 5000 Euro) oder der rechtswidrige Gewinn mehr als 30.000 RMB beträgt oder im Fall der Fälschung von mehr als zwei eingetragenen Marken der rechtswidrige Umsatz mehr als 30.000 RMB oder der rechtswidrige Gewinn mehr als 20.000 RMB beträgt. Eine „besonders schwere Sachlage“ ist zu bejahen, wenn der rechtswidrige Umsatz mehr als 250.000

RMB oder der rechtswidrige Gewinn mehr als 150.000 RMB beträgt oder im Fall der Fälschung von mehr als zwei eingetragenen Marken der rechtswidrige Umsatz mehr als 150.000 RMB oder der rechtswidrige Gewinn mehr als 100.000 RMB beträgt. Gemäß deren Art. 8 ist die fragliche Marke auch als identisch mit der eingetragenen anzusehen, wenn beide visuell wesentlich unterschiedslos sind, was ausreicht, die Öffentlichkeit irrezuführen.

Zu beachten ist allerdings, dass dem Wortlaut von Art. 213 nach der Begriff der „Fälschung einer Marke“ vom chinesischen Strafgesetzbuch zu eng definiert wird. Denn zum einen wird die Fälschung einer nicht eingetragenen notorischen Marken nicht erwähnt und zum anderen ist auch z.B. der Fall der Anwendung einer identischen Marke für gleichartige Waren, der gemäß Art. 16 Abs. 1 des TRIPs-Übereinkommens und Art. 52 Nr. 1 des chinesischen Markengesetzes auch der Fälschung einer geschützten Marke zugeordnet werden soll, aus dem Geltungsbereich von Art. 213 ausgeschlossen.

Art. 217 Nr. 1 des chinesischen Strafgesetzbuches regelt die Strafbarkeit der Nachahmung urheberrechtlich geschützter Waren und lautet:

„Wer mit dem Ziel, Profit zu machen, eine der folgenden das Urheberrecht verletzenden Taten begeht und der rechtswidrige Gewinn relativ groß ist oder andere schwere Sachlagen gegeben sind, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder kurzfristigem Freiheitsentzug und/oder Geldstrafe bestraft; im Fall, dass der rechtswidrige Gewinn groß ist oder andere besonders schwere Sachlagen gegeben sind, mit Freiheitsstrafe von drei bis zu sieben Jahren und Geldstrafe bestraft:

- 1) ohne Zustimmung des Urheberrechtsinhabers seine schriftlichen Werke, Musik, Filme, Fernsehprogramme, Videoaufzeichnungen, Computersoftware und andere Werke zu vervielfältigen und vertreiben; ...
- 3) ohne Zustimmung des Herstellers einer Ton- oder Videoaufzeichnung diese Ton- oder Videoaufzeichnung zu vervielfältigen und vertreiben; ...“.

Gemäß Art. 5 der oben erwähnten „Erläuterungen“ von 2004 reichen mehr als 30.000 RMB für die Erfüllung der Voraussetzung eines relativ großen rechtswidrigen Gewinns aus. Und andere schwere Sachlagen treten auf, wenn der rechtswidrige Umsatz mehr als 50.000 RMB beträgt oder die zum Vertrieb vervielfältigten Waren mehr als 1000 Stücke sind. Ein rechtswidriger Gewinn von 150.000 RMB ist groß und „besonders schwere Sachlagen“ bedeuten einen rechtswidrigen Umsatz von mehr als 250.000 RMB oder mehr als 5000 Stücke der zum Vertrieb vervielfältigten Waren.

Das chinesische Strafgesetzbuch sieht auch jeweils in dessen Art. 216 und 219 die Strafbarkeit der Fälschung des Patents und die Strafbarkeit der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen unter bestimmten Voraussetzungen vor. Darüber hinaus sind der Verkauf von Waren mit gefälschter Marke (Art. 214 des Strafgesetzbuches), die rechtswidrige Herstellung von eingetragenen Marken oder der Verkauf von solchen Marken (Art. 215 des Strafgesetzbuches) sowie der Verkauf der das Urheberrecht

verletzenden nachgemachten Waren (Art. 218 des Strafgesetzbuches) strafrechtlich zu bestrafen, wenn die festgeschriebenen Tatbestände erfüllt sind.

In einzelnen IP-Gesetzen wird vorgesehen, dass die strafrechtliche Verantwortung zu verfolgen ist, wenn die geistige Eigentumsrechte verletzenden Handlungen eine Straftat bilden.⁴⁴⁰ Danach sollte die tätig werdende Verwaltungsbehörde der Polizeibehörde den von ihr behandelten Verletzungsfall zuleiten. In der Praxis ist das allerdings nur selten der Fall, wofür die Korruption in China einen wichtigen Grund bildet.⁴⁴¹

4) Die Durchsetzung der Rechte an geistigem Eigentum im Wege der Grenzmaßnahmen in der VR China

In Art. 51 bis 60 des TRIPs-Übereinkommens sind die Regelungen zu den Erfordernissen im Hinblick auf Grenzmaßnahmen der WTO-Mitglieder enthalten. Gemäß Art. 51 sind WTO-Mitglieder verpflichtet, mindestens in Bezug auf die Einfuhr von nachgeahmten Markenprodukten und urheberrechtlich geschützten Waren geeignete Grenzmaßnahmen vorzusehen, damit möglicherweise frühzeitig vermieden werden kann, dass Pirateriewaren auf den Markt gebracht werden. Der Rechtsinhaber ist zwar berechtigt, bei der Zollbehörde den Antrag auf die Aussetzung der Abfertigung von fraglichen Waren zu stellen. Er muss allerdings notwendige Beweismittel vorlegen, damit auf den ersten Blick (*prima facie*) eine Verletzung von geistigem Eigentum von der Zollbehörde festgestellt werden kann. Außerdem soll er der Zollbehörde zur leichten Erkennbarkeit der Waren eine ausführliche Beschreibung dazu liefern (Art. 52 Satz 1). Darüber hinaus ist die Zollbehörde gemäß Art. 53 Abs. 1 befugt, von dem Antragsteller eine Kautions- bzw. eine entsprechende Sicherheitsleistung zu verlangen, damit die Zollbehörde und der Antragsgegner geschützt und einem Missbrauch vorgebeugt werden kann.

Liegt der Entscheidung der Zollbehörde über die Aussetzung der Abfertigung von fraglichen Waren, in denen andere geistige Eigentumsrechte als Marken- und Urheberrechte enthalten sind, nicht der Antrag des Rechtsinhabers, sondern eine nicht von einer Justizbehörde oder von einer sonstigen unabhängigen Behörde getroffene Entscheidung zugrunde, kann der Antragsgegner (einschließlich Eigentümer, Importeur und Empfänger der fraglichen Waren) nach Art. 53 Abs. 2 unter dort festgeschriebenen Voraussetzungen bei der Zollbehörde die Freigabe der Waren beantragen.

Die Dauer der Aussetzung beträgt grundsätzlich zehn Arbeitstage nach der Mitteilung der Entscheidung an den Antragsteller; eine Verlängerung um zehn Tage ist zulässig. Solange innerhalb dieser Frist kein Verfahren zur Sachentscheidung von einer anderen Partei als dem Antragsgegner eingeleitet wurde oder keine ordnungsmäßigen

⁴⁴⁰ Vgl. Art. 47 des Urheberrechtsgesetzes, Art. 54 des Markengesetzes und Art. 58 des Patentgesetzes.

⁴⁴¹ Siehe dazu *Blume*, Produkt- und Markenpiraterie in der VR China: Recht und Rechtsdurchsetzung, China Analysis No. 54, S. 39.

einstweiligen Maßnahmen getroffen wurden, müssen die fraglichen Waren freigegeben werden. Im Fall der schon erfolgten Einleitung des Verfahrens zur Sachentscheidung soll auf Antrag des Antragsgegners eine Prüfung durchgeführt werden, deren Ergebnis nach die Aussetzungsentscheidung geändert, widerrufen oder bestätigt werden kann (Art. 55 des TRIPs-Übereinkommens). Art. 56 des TRIPs-Übereinkommens dient der Vermeidung vom Missbrauch des Antrags auf die Grenzmaßnahmen durch den Rechtsinhaber. Wird danach die Unrechtmäßigkeit des Antrags nachgewiesen, soll der Antragsteller dem Antragsgegner einen angemessenen Ersatz für den Schaden daraus leisten. Art. 57 Abs. 1 und 2 des TRIPs-Übereinkommens gewähren dem Rechtsinhaber und dem Importeur das Recht auf Besichtigung von zurückgehaltenen Waren. Der Rechtsinhaber ist ferner auch berechtigt, im Fall einer positiven Sachentscheidung bestimmte Informationen über den Versender, den Importeur, den Empfänger oder über die Waren an sich zu erfahren (Art. 57 Abs. 3 des TRIPs-Übereinkommens).

Die Zollbehörde kann darüber hinaus unter den Voraussetzungen von Art. 58 des TRIPs-Übereinkommens auch von Amts wegen tätig werden. In diesem Fall können Zollbehörden und ihre Beamten erst dann von ihrer Haftung befreit werden, wenn die Abhilfsmaßnahmen von ihnen im guten Glauben getroffen wurden. Machen der Rechtsinhaber und der Antragsgegner von keinem Rechtsmittel Gebrauch, um ihre Rechte zu schützen, ist die Zollbehörde gemäß Art. 59 befugt, die die Rechte verletzenden Waren zu beschlagnahmen oder zu vernichten.

Nach Chinas Beitritt zur WTO wurde am 2. Dezember 2003 vom Staatsrat die neuen „Bestimmungen der VR China zum Schutz von geistigem Eigentum durch den Zoll“ (Zollbestimmungen) verkündet, die die gleichen Bestimmungen vom 5. Juli 1995 ersetzen und im Wesentlichen mit den Anforderungen vom TRIPs-Übereinkommen in Übereinstimmung stehen.

Von diesen Zollbestimmungen zu schützen sind gemäß deren Art. 2 Markenrechte, Urheberrechte sowie Patentrechte. Die chinesischen Zollbehörden können gemäß Art. 3 der Zollbestimmungen nicht nur im Rahmen von Importen, sondern auch von Exporten Grenzmaßnahmen treffen. Die Zollbehörden können sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag des Rechtsinhabers tätig werden. Der erste Fall setzt allerdings voraus, dass der Rechtsinhaber Materialien über rechtliche Angaben zu seinen geistigen Eigentumsrechten (wie z.B. Name und Adresse des Rechtsinhabers, Name und Inhalt des betreffenden geistigen Eigentumsrechts, Angaben zur Zustimmung zur Anwendung des betreffenden geistigen Eigentumsrechts durch andere, Angaben zu Waren, die aus der Anwendung des betreffenden geistigen Eigentumsrechts hergestellt wurden sowie Angaben zu schon bekannten Rechtsverletzern) beim zentralen Zollamt in Beijing zu den Akten gelegt hat. Diese Akte gilt für zehn Jahre, kann allerdings um weitere zehn Jahre verlängert werden (Art. 7 bis 11 der Zollbestimmungen).

Damit auf seinen Antrag die Maßnahmen zur Zurückhaltung von fraglichen Waren durch die Zollbehörde getroffen werden können, muss der Rechtsinhaber Beweismittel einreichen, nach denen die Verletzungshandlungen gegenüber seinen geistigen Eigentumsrechten auf den ersten Blick festgestellt werden können (Art. 13 der Zollbestimmungen). Gemäß Art. 14 der Zollbestimmungen muss der Rechtsinhaber darüber hinaus eine Sicherheitsleistung gewähren, die allerdings den Wert der fraglichen Waren nicht überschreiten soll.⁴⁴² Sind diese zwei Voraussetzungen erfüllt, soll die Zollbehörde die fraglichen Waren zurückhalten und den Rechtsinhaber sowie den Empfänger bzw. den Versender darüber informieren (Art. 15 Abs. 1 der Zollbestimmungen). Erhielt die Zollbehörde innerhalb von 20 Arbeitstagen ab dem Zurückhaltungstag keine Mitteilung vom Gerichtshof, die Durchführungsunterstützungen verlangt (wie z.B. die Unterlassung von Verletzungshandlungen und Vermögenssicherung), soll sie die fraglichen Waren freigeben (Art. 24 Nr. 1 der Zollbestimmungen).

Ist die von Amts wegen tätig werdende Zollbehörde der Meinung, dass die fraglichen Waren möglicherweise die geistigen Eigentumsrechte des Rechtsinhabers, der schon Materialien über rechtliche Angaben zu seinen geistigen Eigentumsrechten zu den Akten gelegt hat, verletzen, soll sie unverzüglich den Rechtsinhaber darüber informieren. Der Rechtsinhaber muss innerhalb von drei Arbeitstagen den Antrag auf die Zurückhaltung von fraglichen Waren bei der Zollbehörde stellen und die Sicherheitsleistung gewähren. Sonst darf die Zollbehörde die fraglichen Waren nicht zurückhalten (Art. 16 der Zollbestimmungen). Wird die Entscheidung über die Zurückhaltung von fraglichen Waren durch die von Amts wegen tätig werdende Zollbehörde auf Antrag des Rechtsinhabers getroffen, soll die Zollbehörde innerhalb von 30 Arbeitstagen Untersuchungen durchführen, damit festgestellt werden kann, ob die fraglichen Waren tatsächlich die geistigen Eigentumsrechte verletzen (Art. 20 der Zollbestimmungen). Wenn Ja, sind die fraglichen Waren von der Zollbehörde zu beschlagnehmen (Art. 27 der Zollbestimmungen). Wenn Nein, sind sie freizugeben, solange innerhalb von 50 Arbeitstagen ab dem Zurückhaltungstag keine Mitteilung vom Gerichtshof angekommen ist, die von der Zollbehörde Durchführungsunterstützungen verlangt (Art. 24 Nr. 2 der Zollbestimmungen).

Art. 17 der Zollbestimmungen sieht das Recht des Rechtsinhabers und des Empfängers bzw. Versenders vor, mit Zustimmung der Zollbehörde die zurückgehaltenen Waren zu besichtigen. Ein Auskunftsrecht des Rechtsinhabers wie das in Art. 57 Abs. 3 des TRIPs-Übereinkommens festgeschriebene fehlt allerdings in den Zollbestimmungen .

Der Empfänger bzw. Versender kann der Zollbehörde bestimmte Beweismittel vorlegen, um nachzuweisen, dass die fraglichen Waren keine geistigen

⁴⁴² Am 25. Mai 2004 wurden vom Zentralen Zollamt die Durchführungsbestimmungen zu den Zollbestimmungen verkündet, gemäß deren Art. 22 die Höhe der Sicherheitsleistung je nach dem Warenwert zwischen 20.000 und 100.000 RMB liegt.

Eigentumsrechte verletzen (Art. 18 der Zollbestimmungen). Kommt die Zollbehörde danach zum Ergebnis, dass keine Verletzungshandlungen existieren, sind die fraglichen Waren freizugeben (Art. 24 Nr. 4 der Zollbestimmungen).⁴⁴³ Wird der Verletzung von Patentrechten verdächtigt, besteht für den Empfänger bzw. Versender eine weitere Möglichkeit zur Freigabe von zurückgehaltenen Waren. Denn die Zollbehörde soll gemäß Art. 24 Nr. 3 der Zollbestimmungen die fraglichen Waren freigeben,⁴⁴⁴ wenn er nach der Gewährung einer dem Warenwert entsprechenden Sicherheitsleistung die Freigabe beantragt.

Art. 29 Abs. 2 der Zollbestimmungen trägt zur Vermeidung des Missbrauchs von geistigen Eigentumsrechten durch Rechtsinhaber bei. Danach muss der Rechtsinhaber einen Schadenersatz leisten, wenn die Verletzungstatsache von der Zollbehörde oder vom Gerichtshof nicht bestätigt werden kann.⁴⁴⁵

5) Die einstweiligen Maßnahmen zum Schutz von geistigen Eigentumsrechten in der VR China

Art. 50 des TRIPs-Übereinkommens sieht detaillierte Regelungen zum Schutz geistigen Eigentums durch einstweilige Maßnahmen vor, die von Justizbehörden angeordnet werden können. Gemäß dessen Abs. 1 und 2 zielen die einstweiligen Maßnahmen auf zwei Zwecke: den Eintritt von rechtverletzenden Waren in den Markt zu verhindern und die Beweismittel zu sichern. In notwendigen Fällen ist sogar die Anhörung des Antragsgegners entbehrlich.⁴⁴⁶ Der Antragsteller muss nachweisen können, dass er der Rechtsinhaber ist und eine Rechtsverletzung bzw. eine bevorstehende Rechtsverletzung existiert. Zum Schutz vom Antragsgegner und zur Vermeidung des Missbrauchs ist dem Antragsteller darüber hinaus eine Sicherheitsleistung aufzuerlegen (Art. 50 Abs. 3 des TRIPs-Übereinkommens). Wird kein Verfahren zu einer Sachentscheidung vom Antragsteller innerhalb einer möglicherweise von der Justizbehörde festgelegten angemessenen Frist eingeleitet, sollen die getroffenen einstweiligen Maßnahmen auf Antrag des Antragsgegners widerrufen werden (Art. 50 Abs. 6 des TRIPs-Übereinkommens). Wenn die einstweiligen Maßnahmen widerrufen werden, wegen der Schuld des Antragstellers entfallen, außer Kraft gesetzt werden oder wenn die vom Antragsteller behaupteten Verletzungshandlungen nicht bestätigt werden, soll die Justizbehörde auf Antrag des Antragsgegners den Antragsteller anweisen, dem ersteren einen Ersatz für den

⁴⁴³ Unklar bleibt hier allerdings das Verhältnis von Art. 24 Nr. 4 mit Art. 24 Nr. 1 und 2 der Zollbestimmungen. Wenn z.B. der Empfänger am dritten Tag ab dem Zurückhaltungstag ausreichende Beweismittel zum Nachweis für die Nichtexistenz der Verletzungshandlungen vorlegt, kann die Zollbehörde gemäß Art. 24 Nr. 4 am gleichen Tag die Entscheidung über die Freigabe der zurückhaltenden Waren treffen. Problematisch ist dann, wenn am fünften Tag, was gemäß Art. 24 Nr. 1 und 2 rechtmäßig ist, die Zollbehörde eine die Durchführungsunterstützungen verlangende Mitteilung vom Gerichtshof erhielt, da es in diesem Fall keine Durchführungsgegenstände mehr gibt.

⁴⁴⁴ Gleich wie die Darstellung in Fn. 443 ist auch das Verhältnis von Art. 24 Nr. 3 mit Art. 24 Nr. 1 und 2 unklar.

⁴⁴⁵ Dazu, unter welchen Voraussetzungen Zollbehörden bzw. ihre Beamten von ihrer Haftung aus einem solchen Fall befreit werden können, fehlen in den Zollbestimmungen entsprechende Vorgaben.

⁴⁴⁶ In einem solchen Fall muss der Antragsgegner allerdings gemäß Art. 50 Abs. 4 des TRIPs-Übereinkommens unverzüglich nach der Durchführung der einstweiligen Maßnahmen darüber informiert werden. Auf Antrag des Antragsgegners soll eine Überprüfung solcher Maßnahmen stattfinden, wobei der Antragsgegner das Anhörungsrecht verliehen werden soll.

Schaden daraus zu leisten (Art. 50 Abs. 7 des TRIPs-Übereinkommens).

Zwar sind schon im chinesischen Zivilprozessgesetz (Art. 93 ff.) Regelungen zur Vermögenssicherung enthalten, die eine ähnliche Funktion wie die einstweiligen Maßnahmen ausüben. In Bezug auf den Schutz von geistigen Eigentumsrechten wurden die einstweiligen Maßnahmen allerdings erst durch die Revision der einzelnen IP-Gesetze kurz vor Chinas Beitritt zur WTO darin verankert, wobei wieder teilweise auf Vermögenssicherungsregelungen im Zivilprozessgesetz hingewiesen wird. Einschlägige Regelungen zu einstweiligen Maßnahmen sind in Art. 49 und 50 des Urheberrechtsgesetzes, Art. 57 und 58 des Markengesetzes sowie Art. 61 des Patentgesetzes zu finden, welche die gleichen und Art. 50 des TRIPs-Übereinkommens entsprechenden Vorgaben enthalten. Danach kann der Rechtsinhaber vor Klageerhebung beim Gerichtshof die Einstellung der Verletzungshandlungen und die Vermögenssicherung beantragen, solange er die Existenz der (bevorstehenden) Verletzungshandlungen nachweisen kann, ohne deren unverzügliche Unterlassung die rechtmäßigen Interessen des Rechtsinhabers einen schwer wiedergutzumachenden Schaden erleiden würden. Zu Vermögenssicherungsmaßnahmen gehören gemäß Art. 94 Abs. 3 des Zivilprozessgesetzes besonders die Versiegelung, die Pfändung und das Einfrieren. Um rechtverletzende Handlungen zu unterbinden, kann der Rechtsinhaber auch den Antrag auf Beweissicherung stellen, vorausgesetzt, dass die Beweismittel vernichtet oder später schwer beschafft werden könnten. Der Gerichtshof muss innerhalb von 48 Stunden nach Erhalt des Antrags die Entscheidung treffen und kann dem Antragssteller eine Sicherheitsleistung auferlegen. Erhebt der Antragsteller keine Klage innerhalb einer Frist von 15 Tagen, nachdem die Vermögens- oder Beweissicherungsmaßnahmen durchgeführt wurden, sind die Sicherungsmaßnahmen aufzuheben. Wurde der Antrag auf Sicherungsmaßnahmen als fehlerhaft erwiesen, muss der Antragsteller dem Antragsgegner einen Ersatz für den Schaden daraus leisten.

Zusammenfassung

Neben der chinesischen innerstaatlichen Rechtsordnung sind ausländische Investitionen in China auch völkerrechtlich geschützt. Auf bilateraler Ebene steht deutschen Investoren das neue deutsch-chinesische Investitionsabkommen von 2003 zur Verfügung, das dem internationalen Standard entspricht. Das TRIMs-Übereinkommen, das GATS und das TRIPs-Übereinkommen in der WTO stellen sich als wichtige multilaterale Vertragswerke zum Schutz ausländischer Investitionen dar, obwohl sie unterschiedliche Regelungsbereiche haben. Die WTO-Regelungen verlangen eine Übereinstimmung der innerstaatlichen Rechtsordnung des WTO-Mitglieds mit ihnen. In Bezug auf Schutz ausländischer Investitionen wurde diese Verpflichtung grundsätzlich von China erfüllt, indem nach WTO-Regelungen die drei Gesetze betreffend Unternehmen mit Beteiligung ausländischer Investitionen und die chinesischen IP-Gesetze revidiert und eine ganz Reihe neuer rechtlicher Vorschriften erlassen wurden. Zwar sind an einigen Stellen

immer noch rechtliche Lücken zu finden, die allerdings durch die WTO-konformen Auslegungen chinesischer innerstaatlicher Rechtsnormen beseitigt werden könnten.

Ausblick

Die Tatsache, dass das EJV-Gesetz im Jahre 1979, drei Jahre früher als die Annahme der geltenden chinesischen Verfassung, verabschiedet wurde, spiegelt die Auffassung der damaligen chinesischen Führung wider, dass für wirtschaftliche Entwicklung Chinas ausländische Investitionen eine wichtige Rolle spielen. Nach über 20jähriger Entwicklung erscheint diese Auffassung eher gestärkt, was besonders durch China Beitritt zur WTO zum Ausdruck gebracht wurde. Denn der Beitritt zur WTO führte auch zu einer tiefgreifenden Änderung der chinesischen Rechtsordnung in Bezug auf den Schutz ausländischer Investitionen nach internationalem Standard.

Ausländische Investitionen in China genießen heute nicht nur einen innerstaatlichen, sondern auch einen internationalen Rechtsschutz. Aufgrund ihrer eigenen Kultur und historischen Tradition bezeichnet sich die VR China allerdings als ein anderes Land als die westlichen. In diesem Sinne ist die Kenntnis des chinesischen Rechts, das durch seine eigene Kultur geprägt ist, für ausländische Investoren in China von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Ob ausländische Investoren die durch ihre Investitionen in China angestrebte Ziele verwirklichen könnten, ist allerdings nicht nur von rechtlichen Faktoren abhängig. Denn das chinesische Ausländerinvestitionsrecht gewährt den in China tätigen ausländischen Investoren unterschiedslos nur einen Schutz für ihre Investitionen, nicht aber die Zusage, dass alle ausländischen Investitionen in China erfolgreich sein könnten. In diesem Sinne ist die Fähigkeit der ausländischen Investoren, sich den fremden Umständen anzupassen bzw. in eine fremde Kultur schnell integrieren zu können, vielmehr ein wichtiger Faktor. So kann man auch davon ausgehen, dass grenzüberschreitende Investitionen nicht nur wirtschaftliche Tätigkeiten, sondern auch kulturelle Herausforderungen sind.

Ein anderes großes Problem für ausländische Investoren, aber auch für chinesische Inländer, liegt in der schwierigen Durchsetzbarkeit der gesetzlichen Vorgaben. Fehlende Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Menschenrechte in China sind ein wichtiger Grund. Dieser Grund ist allerdings oberflächlich. Der tief liegende Grund ist vielmehr in dem Fehlen eines rechtlichen Bewusstseins in der Bevölkerung zu sehen, da der Begriff von „Recht“ erst am Ende des 19. Jahrhunderts in China bekannt wurde und gleichzeitig mit der Durchführung von der Politik „Reform und Öffnung“ ab Ende der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts in der VR China der Aufbau ihres modernen Rechtssystems stattfand. Wie dieses Problem gelöst werden kann, ist nicht einfach zu beantworten. Bestimmt ist allerdings, dass die Wichtigkeit des Rechts im alltäglichen Leben der Bevölkerung bewusst wird. In welche Orientierung China sich in Zukunft entwickeln wird, ist noch nicht deutlich. Das westliche Modell ist zwar eine Wahlmöglichkeit, aber auf keinen Fall die einzige.

Anhang

A. Die Verfassung der VR China (Auszug)⁴⁴⁷

Art. 58. Der Nationale Volkskongress und sein Ständiger Ausschuss üben die legislative Gewalt des Staates aus.

Art. 62. Der Nationale Volkskongress übt folgende Funktionen und Gewalten aus:

- (1) Abänderung der Verfassung;
- (2) Überwachung der Durchführung der Verfassung;
- (3) Ausarbeitung und Abänderung von grundlegenden Gesetzen über Strafsachen, zivile Angelegenheiten, die Staatsorgane und andere Angelegenheiten;
- (4) Wahl des Vorsitzenden und des stellvertretenden Vorsitzenden der Volksrepublik China;
- (5) Entscheidung über die Ernennung des Ministerpräsidenten des Staatsrats auf Vorschlag des Vorsitzenden der Volksrepublik China; Entscheidung über die Ernennung der stellvertretenden Ministerpräsidenten, der Staatskommissare, der Minister, der Vorsitzenden der Kommissionen, des Präsidenten der Oberrechnungskammer und des Generalsekretärs des Staatsrats auf Vorschlag des Ministerpräsidenten des Staatsrats;
- (6) Wahl des Vorsitzenden der Zentralen Militärkommission und auf dessen Vorschlag hin Entscheidung über die Ernennung der anderen Mitglieder der Zentralen Militärkommission;
- (7) Wahl des Präsidenten des Obersten Volksgerichtshofs;
- (8) Wahl des Generalstaatsanwalts der Obersten Volksstaatsanwaltschaft;
- (9) Prüfung und Bestätigung der Pläne für die volkswirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung und der Berichte über ihre Durchführung;
- (10) Prüfung und Bestätigung des Staatshaushalts und des Berichtes über dessen Durchführung;
- (11) Änderung oder Aufhebung unangemessener Entscheidungen, die von dem Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses gefällt wurden;
- (12) Genehmigung der Errichtung von Provinzen, autonomen Gebieten und regierungsunmittelbaren Städten;
- (13) Entscheidung über die Errichtung von Sonderverwaltungsgebieten und die dort einzurichtenden Systeme;
- (14) Entscheidung über die Fragen von Krieg und Frieden; und
- (15) alle anderen Funktionen und Gewalten, die durch das höchste Organ der Staatsmacht ausgeübt werden sollen.

Art. 67. Der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses übt folgende

⁴⁴⁷ Zitiert aus dem Internet: <http://www.verfassungen.de/rc/verf82.htm> (mit Ausnahmen von Art. 67 Ziff. 20 und Art. 89 Ziff. 16).

Funktionen und Gewalten aus:

- (1) Auslegung der Verfassung und Überwachung ihrer Durchführung;
- (2) Ausarbeitung und Abänderung der Gesetze mit Ausnahme derer, die vom Nationalen Volkskongress ausgearbeitet werden sollen;
- (3) teilweise Ergänzung und Abänderung der vom Nationalen Volkskongress ausgearbeiteten Gesetze in der Zeit zwischen den Tagungen des Nationalen Volkskongresses, unter der Voraussetzung, dass sie den Grundprinzipien der betreffenden Gesetze nicht zuwiderlaufen;
- (4) Auslegung der Gesetze;
- (5) Prüfung und Bestätigung der während der Durchführung notwendigen, teilweisen Änderung der Pläne für die volkswirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung und des Staatshaushalts in der Zeit zwischen den Tagungen des Nationalen Volkskongresses;
- (6) Überwachung der Arbeit des Staatsrats, der Zentralen Militärkommission, des Obersten Volksgerichtshofs und der Obersten Volksstaatsanwaltschaft;
- (7) Aufhebung von administrativen Verordnungen und Vorschriften, Entscheidungen und Anordnungen des Staatsrats, die im Widerspruch zur Verfassung und zu den Gesetzen stehen;
- (8) Aufhebung von lokalen Verordnungen und Vorschriften und Beschlüssen der Organe der Staatsmacht der Provinzen, autonomen Gebiete und regierungsunmittelbaren Städte, die im Widerspruch zur Verfassung, zu den Gesetzen und zu administrativen Verordnungen und Vorschriften stehen;
- (9) Entscheidung über die Ernennung der Minister, der Vorsitzenden der Kommissionen, des Präsidenten der Oberrechnungskammer, des Generalsekretärs des Staatsrats auf Vorschlag des Ministerpräsidenten des Staatsrats in der Zeit zwischen den Tagungen des Nationalen Volkskongresses;
- (10) Entscheidung über die Ernennung der anderen Mitglieder der Zentralen Militärkommission auf Vorschlag des Vorsitzenden der Kommission in der Zeit zwischen den Tagungen des Nationalen Volkskongresses;
- (11) Ernennung und Abberufung der stellvertretenden Präsidenten, Richter und Mitglieder des Richterkomitees des Obersten Volksgerichtshofs und des Präsidenten des Militärgerichts auf Gesuch des Präsidenten des Obersten Volksgerichtshofs;
- (12) Ernennung und Abberufung der stellvertretenden Generalstaatsanwälte, der Staatsanwälte und Mitglieder des Staatsanwaltschaftskomitees der Obersten Volksstaatsanwaltschaft sowie des Generalstaatsanwalts der Militärstaatsanwaltschaft auf Gesuch des Generalstaatsanwalts der Obersten Volksstaatsanwaltschaft sowie Bestätigung der Ernennung und Abberufung der Generalstaatsanwälte der Volksstaatsanwaltschaften der Provinzen, autonomen Gebiete und regierungsunmittelbaren Städte;
- (13) Entscheidung über die Ernennung und Abberufung von bevollmächtigten Vertretern im Ausland;
- (14) Entscheidung über die Ratifizierung und Aufhebung der mit anderen Ländern abgeschlossenen Verträge und wichtigen Abkommen;
- (15) Festsetzung der Ordnung von Dienstgraden und Rangstufen für militärisches bzw.

- diplomatisches Personal und anderen besonderen Titeln und Rängen;
- (16) Stiftung von staatlichen Orden, Medaillen und Ehrentiteln und Entscheidung über deren Verleihung;
 - (17) Entscheidung über die Erteilung von Sonderamnestien;
 - (18) in der Zeit zwischen den Tagungen des Nationalen Volkskongresses die Entscheidung über die Erklärung des Kriegszustandes im Falle eines bewaffneten Angriffs auf das Land oder im Falle der Verpflichtung zur Erfüllung eines internationalen Vertrages über gemeinsame Verteidigung gegen Aggression;
 - (19) Entscheidung über eine allgemeine Mobilmachung oder eine teilweise Mobilmachung;
 - (20) Entscheidung über den Eintritt in den Notstand im ganzen Land oder in einzelnen Provinzen, autonomen Gebieten und regierungsunmittelbaren Städten; und
 - (21) alle anderen ihm vom Nationalen Volkskongress übertragenen Funktionen und Gewalten.

Art. 89. Der Staatsrat übt folgende Funktionen und Gewalten aus:

- (1) Festlegung von Verwaltungsmaßnahmen, Ausarbeitung von administrativen Verordnungen und Vorschriften und Verkündung von Entscheidungen und Anordnungen in Übereinstimmung mit der Verfassung und den Gesetzen;
- (2) Unterbreitung von Vorlagen vor dem Nationalen Volkskongress oder dessen Ständigem Ausschuss;
- (3) Festlegung der Aufgaben und Verantwortlichkeiten der Ministerien und Kommissionen des Staatsrats, einheitliche Leitung der Arbeit der Ministerien und Kommissionen und Leitung aller anderen, das ganze Land betreffenden Verwaltungsarbeit, für die die Ministerien und Kommissionen nicht zuständig sind;
- (4) einheitliche Leitung der Arbeit der lokalen Organe der Staatsverwaltung aller Ebenen des Landes und Festlegung der genauen Teilung von Funktionen und Gewalten zwischen der zentralen Regierung und den Organen der Staatsverwaltung der Provinzen, der autonomen Gebiete und der regierungsunmittelbaren Städte;
- (5) Ausarbeitung und Ausführung der Pläne für die volkswirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung und des Staatshaushalts;
- (6) Leitung und Verwaltung der wirtschaftlichen Arbeit und der städtischen und ländlichen Entwicklung;
- (7) Leitung und Verwaltung der Arbeit in Erziehung, Wissenschaft, Kultur, Gesundheitswesen, Körperkultur und Familienplanung;
- (8) Leitung und Verwaltung der zivilen Angelegenheiten, der Arbeit der öffentlichen Sicherheit, der Justizverwaltung und Aufsichtsarbeit und anderer Angelegenheiten;
- (9) Verwaltung der auswärtigen Angelegenheiten und Abschluss von Verträgen und Abkommen mit anderen Ländern;
- (10) Leitung und Verwaltung des Aufbaus der Landesverteidigung;
- (11) Leitung und Verwaltung der Angelegenheiten der Nationalitäten und Sicherstellung der Gleichberechtigung der nationalen Minderheiten und des Rechts auf Autonomie der Regionen mit nationaler Autonomie;
- (12) Schutz der legitimen Rechte und Interessen der im Ausland ansässigen

chinesischen Staatsbürger, Schutz der legitimen Rechte und Interessen der zurückgekehrten Auslandschinesen und der Familienangehörigen der im Ausland ansässigen chinesischen Staatsbürger;

(13) Änderung oder Annullierung von nicht angemessenen Anordnungen, Anweisungen und Vorschriften, die von Ministerien oder Kommissionen erlassen wurden;

(14) Änderung oder Annullierung von nicht angemessenen Entscheidungen und Anordnungen, die von lokalen Organen der Staatsverwaltung verschiedener Ebenen erlassen wurden;

(15) Genehmigung der geographischen Gliederung von Provinzen, autonomen Gebieten und regierungsunmittelbaren Städten und Genehmigung der Einrichtung und geographischen Gliederung von autonomen Bezirken, Kreisen, autonomen Kreisen und Städten;

(16) (den Gesetzen zufolge) Entscheidung über den Eintritt in den Notstand in Teilen der Provinzen, autonomen Gebiete und regierungsunmittelbaren Städte;

(17) Prüfung und Festlegung der Größe der Verwaltungsorgane und Ernennung, Abberufung, Ausbildung, Prüfung, Auszeichnung und Bestrafung der Verwaltungskader in Übereinstimmung mit gesetzlichen Bestimmungen; und

(18) alle anderen ihm vom Nationalen Volkskongress und dessen Ständigem Ausschuss übertragenen Funktionen und Gewalten.

Art. 100. Die Volkskongresse der Provinzen und regierungsunmittelbaren Städte und ihre ständigen Ausschüsse können lokale Verordnungen und Vorschriften ausarbeiten, die jedoch nicht im Widerspruch zu der Verfassung, den Gesetzen und den administrativen Verordnungen und Vorschriften stehen dürfen, und sie sollen diese dem Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses zur Archivierung übermitteln.

B. Das Gesetz der VR China über ausschließlich ausländisch kapitalisierte Unternehmen

Art. 1. Zur Ausdehnung der wirtschaftlichen Zusammenarbeit und des technischen Austausches mit dem Ausland und zur Förderung der Entwicklung der chinesischen Volkswirtschaft gestattet die VR China ausländischen Unternehmen und sonstigen wirtschaftlichen Organisationen oder Einzelpersonen (nachfolgend als ausländischer Investor bezeichnet), in China ausschließlich ausländisch kapitalisierte Unternehmen (nachfolgend: WFOE) zu errichten und schützt die rechtmäßigen Rechte und Interessen der WFOE.

Art. 2. WFOE im Sinne dieses Gesetzes sind Unternehmen, die gemäß dem entsprechenden chinesischen Recht innerhalb Chinas errichtet wurden, wobei das ganze Kapital vom ausländischen Investor aufgebracht wird. Zweigniederlassungen innerhalb Chinas von Unternehmen oder sonstigen wirtschaftlichen Organisationen aus dem Ausland werden nicht erfasst.

Art. 3. Die Errichtung eines WFOE muss für die Entwicklung der chinesischen Volkswirtschaft nützlich sein. Der Staat ermuntert zur Errichtung von auf Warenexport ausgerichteten oder technisch fortschrittlichen WFOE. Branchen, in denen der Staat die Errichtung von WFOE verbietet oder begrenzt, werden vom Staatsrat bestimmt.

Art. 4. Die Investitionen eines ausländischen Investors innerhalb Chinas, seine erlangten Gewinne und sonstigen rechtmäßigen Rechte und Interessen werden vom chinesischen Recht geschützt.

Ein WFOE muss die chinesischen Gesetze und Rechtsvorschriften befolgen und darf das öffentliche Interesse Chinas nicht verletzen.

Art. 5. Der Staat führt gegenüber WFOE keine Verstaatlichung oder Enteignung durch. Unter besonderen Umständen kann entsprechend den Erfordernissen des öffentlichen Interesses gegenüber einem WFOE gemäß gesetzlichen Verfahren eine Enteignung durchgeführt werden, wobei eine angemessene Entschädigung geleistet wird.

Art. 6. Der Antrag zur Errichtung eines WFOE wird von der leitenden Abteilung des Staatsrats für Außenwirtschaft und Außenhandel oder vom Staatsrat ermächtigten Behörden geprüft und genehmigt. Die Prüfungs- und Genehmigungsbehörde hat binnen 90 Tagen seit Empfang des Antrags über Genehmigung oder Nichtgenehmigung zu entscheiden.

Art. 7. Nach Genehmigung des Antrags zur Errichtung eines WFOE hat der ausländische Investor binnen 30 Tagen seit Empfang der Genehmigungsurkunde bei der Verwaltungsbehörde für Industrie und Handel die Registrierung zu beantragen und den Gewerbeschein in Empfang zu nehmen. Das Ausstellungsdatum des unterzeichneten Gewerbescheins des WFOE gilt als Gründungsdatum dieses Unternehmens.

Art. 8. Erfüllt ein WFOE die Vorschriften des chinesischen Rechts bezüglich der Voraussetzungen für eine juristische Person, so erlangt es gemäß dem Recht die Eigenschaft einer juristischen Person.

Art. 9. Ein WFOE hat innerhalb der von der Prüfungs- und Genehmigungsbehörde festgesetzten Frist in China zu investieren; wurde bei Fristablauf nicht investiert, so ist die Verwaltungsbehörde für Industrie und Handel berechtigt, den Gewerbeschein einzuziehen.

Die Verwaltungsbehörde für Industrie und Handel untersucht und überwacht die Investitionssituation der WFOE.

Art. 10. Teilung, Fusion oder sonstige wichtige Änderungen von WFOE sind der Prüfungs- und Genehmigungsbehörde zur Genehmigung vorzulegen; zudem ist bei der Verwaltungsbehörde für Industrie und Handel ein Registrierungsänderungs-

verfahren durchzuführen.

Art. 11. In die in Übereinstimmung mit der genehmigten Satzung durchgeführten Geschäftstätigkeiten eines WFOE wird nicht eingegriffen.

Art. 12. Stellt ein WFOE chinesische Mitarbeiter ein, so sind gemäß dem Recht Verträge abzuschließen, in denen über Angelegenheiten wie Anstellung, Entlassung, Entgelt, Sozialleistungen, Arbeitsschutz und Arbeitsversicherung Regelungen zu treffen sind.

Art. 13. Die Mitarbeiter eines WFOE gründen gemäß dem Recht Gewerkschaftsorganisationen, entfalten gewerkschaftliche Tätigkeiten und schützen die rechtmäßigen Rechte und Interessen der Mitarbeiter.

Ein WFOE hat die für die Tätigkeit der Gewerkschaft des Unternehmens erforderlichen Bedingungen zu schaffen.

Art. 14. Ein WFOE muss seine Buchführung innerhalb Chinas einrichten, eine unabhängige Rechnungsprüfung vornehmen, gemäß den Bestimmungen Buchführungsberichte und Bilanzen vorlegen und unterliegt der Aufsicht der Finanz- und Steuerbehörden.

Weigert sich ein WFOE innerhalb Chinas seine Buchführung einzurichten, so kann die Finanz- und Steuerbehörde eine Geldstrafe auferlegen und die Verwaltungsbehörde für Industrie und Handel kann die Einstellung des Geschäftsbetriebs anordnen oder den Gewerbeschein einziehen.

Art. 15. Ein WFOE kann die innerhalb des genehmigten Geschäftsbereiches benötigten Rohmaterialien, Brennstoffe sowie sonstige Materialien gemäß den Prinzipien der Fairness und Vernunft auf inländischen oder internationalen Märkten einkaufen.

Art.16. Die Verschiedenen Versicherungen eines WFOE sind bei Versicherungsinstituten innerhalb Chinas abzuschließen.

Art. 17. Ein WFOE zahlt gemäß den einschlägigen staatlichen Steuerbestimmungen Steuern und kann eine Vorzugsbehandlung in Form von Steuernachlass oder Steuerbefreiung erfahren.

Reinvestiert ein WFOE seinen nach Entrichtung der Körperschaftssteuer verbleibenden Gewinn innerhalb Chinas, kann es gemäß den staatlichen Bestimmungen die Rückerstattung eines Teils der auf den reinvestierten Betrag bereits gezahlten Einkommenssteuer beantragen.

Art. 18. Die Devisenangelegenheiten eines WFOE sind gemäß den staatlichen Devisenkontrollbestimmungen durchzuführen.

Ein WFOE hat bei der Bank of China oder bei einer von der staatlichen

Devisenkontrollbehörde festgelegten Bank ein Konto zu eröffnen.

Art. 19. Der ausländische Investor kann die in einem WFOE erlangten rechtmäßigen Gewinne, sonstige rechtmäßige Einkünfte und die nach Liquidation verbleibenden Geldmittel ins Ausland überweisen.

Löhne, Gehälter sowie andere rechtmäßige Einkünfte von ausländischen Mitarbeitern eines WFOE, können nach der dem Recht gemäßen Entrichtung der Einkommenssteuer ins Ausland überwiesen werden.

Art. 20. Die Laufzeit eines WFOE wird vom ausländischen Investor beantragt und von der Prüfungs- und Genehmigungsbehörde genehmigt. Soll sie nach Fristablauf verlängert werden, so ist 180 Tage vor Fristablauf bei der Prüfungs- und Genehmigungsbehörde ein Antrag einzureichen. Die Prüfungs- und Genehmigungsbehörde hat binnen 30 Tagen seit Erhalt des Antrags über Genehmigung oder Nichtgenehmigung zu entscheiden.

Art. 21. Die Beendigung eines WFOE ist rechtzeitig bekannt zu geben; die Liquidation ist gemäß den gesetzlichen Verfahren durchzuführen. Bis zum Abschluss der Liquidation darf der ausländische Investor nur zur Durchführung der Liquidation über das Unternehmensvermögen verfügen.

Art. 22. Bei Beendigung eines WFOE ist bei der Verwaltungsbehörde für Industrie und Handel das Verfahren der Registerlöschung durchzuführen und der Gewerbeschein zur Annullierung einzureichen.

Art. 23. Die leitende Abteilung des Staatsrats für Außenwirtschaft und Außenhandel erlässt auf der Grundlage dieses Gesetzes Durchführungsbestimmungen, die nach Genehmigung durch den Staatsrat durchgeführt werden.

Art. 24 Dieses Gesetz wird vom Tage seiner Verkündung an durchgeführt.

(Übersetzung: Thomas Heine)

C. Das Gesetz der VR China über gemeinschaftlich betriebene Unternehmen chinesisch-ausländischer Kapitalbeteiligung

Art. 1. Zur Ausweitung der internationalen wirtschaftlichen Zusammenarbeit und des technologischen Austausches gestattet die VR China ausländischen Gesellschaften, Unternehmen und sonstigen wirtschaftlichen Organisationen oder Einzelpersonen (nachfolgend als „ausländische(r) Gesellschafter“), mit chinesischen Gesellschaften, Unternehmen oder sonstigen wirtschaftlichen Organisationen (nachfolgend als „chinesische(r) Gesellschafter“) gemäß den Prinzipien der Gleichberechtigung und des gegenseitigen Nutzens und vorbehaltlich der Genehmigung der chinesischen Regierung in der VR China gemeinsam Gemeinschaftsunternehmen (EJV) zu

errichten.

Art. 2. Die chinesische Regierung schützt in Übereinstimmung mit dem Recht die gemäß der von der chinesischen Regierung genehmigten Abkommen, Vertrag und Satzung, in das EJV eingebrachte Investitionen des ausländischen Gesellschafters, den ihm zustehenden Gewinn und seine sonstigen rechtmäßigen Rechte und Interessen.

Die gesamte Tätigkeit des EJV unterliegt den Bestimmungen der Gesetze und Rechtsvorschriften der VR China.

Der Staat führt gegenüber EJV keine Verstaatlichung oder Enteignung durch. Unter besonderen Umständen kann entsprechend den Erfordernissen des öffentlichen Interesses gegenüber einem EJV gemäß gesetzlichen Verfahren eine Enteignung durchgeführt werden, wofür ein angemessener Schadenersatz geleistet wird.

Art. 3 Abkommen, Vertrag und Satzung eines EJV, die von den Parteien unterzeichnet wurden, sind bei der zuständigen staatlichen Abteilung für Außenwirtschaft und Außenhandel (nachfolgend als Prüfungs- und Genehmigungsbehörde bezeichnet) zur Prüfung und Genehmigung vorzulegen. Die Prüfungs- und Genehmigungsbehörde hat innerhalb von drei Monaten über Genehmigung oder Nichtgenehmigung zu entscheiden. Nach erteilter Genehmigung hat sich das EJV bei der zuständigen staatlichen Abteilung der Verwaltung für Industrie und Handel zu registrieren, den Gewerbeschein in Empfang zu nehmen und den Betrieb aufzunehmen.

Art. 4 Ein EJV hat die (Rechts-)Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Der Anteil des ausländischen Gesellschafters am registrierten Kapital darf allgemein nicht weniger als 25% betragen.

Gewinn, Verlust und Risiko werden auf die Parteien entsprechend ihrem Anteil am registrierten Kapital verteilt.

Im Falle einer Übertragung des registrierten Kapitals eines Gesellschafters ist die Zustimmung aller anderen Parteien erforderlich.

Art. 5. Jede Partei eines EJV kann Bargeld, Sacheinlagen und gewerbliche Schutzrechte als Investition einbringen.

Die von den ausländischen Gesellschaftern als Investitionen eingebrachten Technologien und Ausrüstungen müssen fortschrittliche, den Bedürfnissen Chinas wirklich dienliche Technologien und Ausrüstungen sein.

Treten durch einen durch vorsätzliche Bereitstellung von veralteten Technologien und Ausrüstungen begangenen Betrug Schäden ein, so ist für diese Schadenersatz zu leisten.

Die Investition des chinesischen Gesellschafters kann das Nutzungsrecht eines für die Laufzeit des EJV zur Verfügung gestellten Grundstückes umfassen. Ist das Nutzungsrecht des Grundstückes nicht Teil der Investition des chinesischen Gesellschafters, so hat das EJV der chinesischen Regierung eine Nutzungsgebühr zu entrichten.

Die oben genannten verschiedenen Investitionen sind in Vertrag und Satzung des EJV näher zu bestimmen, wobei der Wert einer jeden Investition (mit Ausnahme des Grundstückes) von den Parteien zu bewerten und festzusetzen ist.

Art. 6 Ein Gemeinschaftsunternehmen richtet einen Vorstand ein, dessen personelle Zusammensetzung nach Verhandlungen der Parteien des EJV in Vertrag und Satzung festgesetzt wird. Die Parteien des EJV entsenden und entlassen die Vorstände. Der Vorstandsvorsitzende und Vizevorstandsvorsitzende werden nach Verhandlungen der Parteien bestimmt oder vom Vorstand gewählt. Stellt entweder die chinesische oder die ausländische Seite den Vorstandsvorsitzenden, so hat die andere Seite den Vizevorstandsvorsitzenden zu stellen. Der Vorstand trifft über alle wichtigen Fragen des EJV gemäß den Prinzipien der Gleichberechtigung und des gegenseitigen Nutzens Entscheidungen.

Die Befugnisse des Vorstandes erstrecken sich gemäß den Bestimmungen der Satzung des EJV auf Erörterung und Entscheidung aller wichtigen Fragen des EJV wie: Unternehmensentwicklungspläne, Produktions- und Geschäftsprogramme, Haushaltspläne, Gewinnverteilung, Planung des Arbeitslohnes, Einstellung der Geschäftstätigkeit, des weiteren die Ernennung oder Einstellung des Generaldirektors, der stellvertretenden Generaldirektoren, des Chefingenieurs, des Chefbuchhalters und des Wirtschaftsprüfers sowie deren Befugnisse und Vergütung.

Der Generaldirektor und der stellvertretende Generaldirektor (oder der Betriebsdirektor und der stellvertretende Betriebsdirektor einer Fabrik) sind von den verschiedenen Seiten zu stellen.

Angelegenheiten wie Anstellung, Entlassung, Entlohnung, Sozialleistungen, Arbeitsschutz und Arbeitsversicherung der Mitarbeiter vom EJV sind gemäß dem Recht durch vertragliche Vereinbarung näher zu bestimmen.

Art. 7. Die Mitarbeiter eines EJV gründen gemäß dem Recht Gewerkschaftsorganisationen, entfalten gewerkschaftliche Tätigkeiten und schützen die rechtmäßigen Rechte und Interessen der Mitarbeiter.

Ein EJV hat die für die Tätigkeit der Gewerkschaft des Unternehmens erforderlichen Bedingungen zu schaffen.

Art. 8. Nach Entrichtung der Einkommenssteuer vom Bruttogewinn eines EJV gemäß den Vorschriften der Steuergesetze der VR China sowie nach weiteren Abzügen für die in der Satzung festgesetzten Reservefonds, Prämien- und Sozialfonds sowie Unternehmensentwicklungsfonds wird der Nettogewinn eines EJV zwischen den Parteien im Verhältnis ihrer Anteile am registrierten Kapital verteilt.

Ein EJV kann gemäß den Vorschriften der staatlichen Gesetze und Verwaltungsbestimmungen über Steuern eine Vorzugsbehandlung in Form von Steuernachlass oder Steuerbefreiung erhalten.

Reinvestiert ein ausländischer Gesellschafter den auf ihn entfallenden Anteil am Nettogewinn in der VR China, kann er die Rückerstattung eines Teils der bereits entrichteten Einkommenssteuer beantragen.

Art. 9 Ein EJV hat mit seiner Geschäftslizenz bei einer Bank oder bei einem anderen von der staatlichen Devisenkontrollbehörde zur Durchführung von Devisengeschäften zugelassenen Finanzinstitut ein Devisenkonto zu eröffnen.

Die Devisenangelegenheiten eines EJV sind in Übereinstimmung mit den Devisenkontrollbestimmungen der VR China durchzuführen.

Ein EJV kann während seiner Geschäftstätigkeit direkt bei ausländischen Banken Geldmittel aufnehmen.

Die verschiedenen Versicherungen eines EJV sind bei Versicherungsinstituten innerhalb Chinas abzuschließen.

Art. 10. Ein EJV kann die im Rahmen seines genehmigten Geschäftsbereiches benötigten Rohmaterialien, Brennstoffe sowie sonstige Materialien gemäß den Prinzipien der Fairness und Vernunft auf inländischen oder auf internationalen Märkten einkaufen.

EJV werden ermuntert, ihre Produkte außerhalb Chinas abzusetzen. Die zu exportierenden Waren können von einem EJV direkt oder durch eine mit ihr in Verbindung stehende Agentur oder auch durch eine chinesische Außenhandelsgesellschaft auf ausländischen Märkten abgesetzt werden. Die Produkte eines EJV können auch auf chinesischen Märkten abgesetzt werden.

Wenn erforderlich, kann ein Gemeinschaftsunternehmen außerhalb Chinas eine Zweigniederlassung errichten

Art. 11 Der nach Erfüllung der Pflichten aus Gesetz, Abkommen und Vertrag entfallende Anteil am Nettogewinn, der zum Zeitpunkt des Ablaufs oder Unterbrechung der Laufzeit eines EJV entfallende Anteil an den Fonds sowie anderen Geldmitteln eines ausländischen Gesellschafters, können in Übereinstimmung mit den Devisenkontrollvorschriften in der im Vertrag des EJV bestimmten Währung ins Ausland überwiesen werden.

Ausländische Gesellschafter werden ermuntert, Devisen, die sie ins Ausland zu überweisen berechtigt sind, in der Bank von China zu deponieren.

Art. 12. Nach Entrichtung der persönlichen Einkommenssteuer gemäß den Steuergesetzen der VR China können Löhne und Gehälter sowie andere rechtmäßige Einkünfte ausländischer Mitarbeiter in Übereinstimmung mit den Devisenkontrollvorschriften ins Ausland überwiesen werden.

Art. 13. Die Laufzeit eines EJV ist je nach Branche und je nach besonderen Umständen unterschiedlich zu vereinbaren. In einigen Branchen sind für EJV Laufzeiten zu vereinbaren, in anderen Branchen können für EJV Laufzeiten vereinbart werden. Es können aber auch keine Laufzeiten vereinbart werden. Stimmen bei einem EJV mit vereinbarter Laufzeit die Parteien einer Verlängerung der Laufzeit zu, so ist 6 Monate vor Ablauf der Laufzeit bei der Prüfungs- und Genehmigungsbehörde ein Antrag zu stellen.

Die Prüfungs- und Genehmigungsbehörde hat binnen eines Monats seit Erhalt des

Antrages über Genehmigung oder Nichtgenehmigung zu entscheiden.

Art. 14. Entstehen in einem EJV erhebliche Verluste, ereignet sich Nichterfüllung von aus vertraglichen und satzungsmäßigen Bestimmungen resultierenden Pflichten durch eine Seite oder tritt ein Fall von höherer Gewalt ein, so kann das Vertragsverhältnis im Einvernehmen und Einverständnis der Parteien und durch auf Antrag erfolgte Genehmigung der Prüfungs- und Genehmigungsbehörde sowie durch Registrierung bei der zuständigen staatlichen Abteilung der Verwaltung für Industrie und Handel beendet werden.

Im Falle von durch Vertragsverletzungen entstehenden Schäden trägt die vertragsbrechende Partei die wirtschaftliche Verantwortung.

Art. 15 Entsteht zwischen den Parteien Streit, so wird dieser, wenn der Vorstand ihn nicht durch Verhandlung beilegen kann, durch Schlichtungs- oder Schiedsverfahren vor einem chinesischen Schiedsorgan oder auch vor einem anderen von den Parteien vereinbarten Schiedsorgan durch Schiedsverfahren beigelegt.

Haben die Parteien im Vertrag keine Schiedsklausel festgesetzt und auch nachträglich keine Schiedsvereinbarung getroffen, so können sie beim chinesischen Volksgericht Klage erheben.

Art. 16. Dieses Gesetz wird vom Tage seiner Verkündung an durchgeführt.

(Übersetzung: Thomas Heine)

Literaturverzeichnis

- Amerasinghe, C. F.: Jurisdiction *ratione personae* under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, *British Yearbook of International Law* 1974-1975, S. 227 ff.
- Barth, Dietrich: Das Allgemeine Übereinkommen über den internationalen Dienstleistungshandel, *EuZW* 1994, S. 455 ff.
- Banz, Michael: *Völkerrechtlicher Eigentumsschutz durch Investitionsschutzabkommen*, Berlin 1988.
- Baumann, Xiaoyan: *Das neue chinesische Sachenrecht*, Nomos 2006.
- Bender, Tobias: GATT 1994, in *Hilf/Oeter, WTO-Recht*, S. 167 ff., Nomos 2005.
- Berrisch, Georg M.: Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1994), in *Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch*, S. 71 ff.
- Bippus, Birgit: *Der internationalrechtliche Schutz von Investitionen im Ausland unter besonderer Berücksichtigung des diplomatischen Schutzrechts der Staaten*, Konstanz 1989.
- Blasek, Katrin: *Der Schutz bekannter Marken nach Chinas Beitritt zur WTO*, *GRUR Int.* 2004, S. 13 ff.
- Blume, Andreas: *Chinas Beitritt zur Welthandelsorganisation aus Sicht der Neuen Politischen Ökonomie des Protektionismus*, Hamburg 2002.
- *Produkt- und Markenpiraterie in der VR China: Recht und Rechtsdurchsetzung*, *China Analysis* No. 54.
- Brößkamp, Marcus: *Meistbegünstigung und Gegenseitigkeit im GATT*, Köln 1990.
- Buck, Petra, *Geistiges Eigentum und Völkerrecht*, Berlin 1994.
- Che, Pizhao: *cong guojifa jiaodu kan woguo wuquanfa caoan zhong de zhengshou buchang biao zhun* (Die Betrachtung des Entschädigungsstandards bei der Enteignung im Entwurf des Sachenrechtsgesetzes unseres Landes vom völkerrechtlichen Standpunkt), im Internet: <http://www.intereconomiclaw.com/article/default.asp?id=4849> (Zugriff am 13. 04. 2007)

- Christians, Andreas: Immaterialgüterrechte und GATT: die Initiative zur Fortentwicklung des internationalen Schutzes geistigen Eigentums im Rahmen der Uruguay-Runde, Frankfurt am Main 1990.
- Diem, Andreas: Das Recht der Investitionen in China, Baden-Baden 2000.
- Dinkhoff, Holger: Internationale Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Gesellschaftsrechts und des Steuerrechts, Frankfurt am Main 2001.
- Dolzer, Rudolf: Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1985.
- Drexl, Josef: Entwicklungsmöglichkeiten des Urheberrechts im Rahmen des GATT, München 1990.
- Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid (Hrsg.): Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, Heidelberg 2004.
- Ebenroth, Carsten Thomas/Karl, Joachim: Die Multilaterale-Garantie-Agentur: Kommentar zum MIGA-Übereinkommen, Heidelberg 1989.
- Ebenroth, Carsten Thomas/Grashoff, Dietrich: Trade-Related Investment Measures (TRIMS) osteuropäischer Reformstaaten in der Erweiterungsphase des GATT, RIW 1994, S. 181 ff.
- Ebsen, Ingwer: Zur Entstehung eines Verwaltungsrechts in der Volksrepublik China, Verfassung und Recht in Übersee 1999, S. 434 ff.
- Escher, Alfred: Zuständigkeit des Weltbank-Schiedszentrums, RIW 2001, S. 20 ff.
- Frick, Helmut: Bilateral Investmentsschutz in Entwicklungsländern, Berlin 1975.
- Faupel, Rainer: GATT und geistiges Eigentum, GRUR Int. 1990, S. 255 ff.
- Europäische Kommission: GATS 2000: Öffnung der Dienstleistungsmärkte, Luxemburg 1998.
- GATS: Allgemeines Übereinkommen über den Dienstleistungsverkehr, Brüssel/Luxemburg 1995
- Geiger, Rudolf: Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl., München 2002.

Gelinsky, Katja: Der Schutz des Eigentums gemäß Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 1996.

Görs, Benjamin: Internationales Investitionsrecht, Frankfurt am Main 2005.

Großmann, Bernhard: Die wirtschaftliche Entwicklung der Volksrepublik China, Stuttgart 1960.

Hilf, Meinhard/Göttsche, Götz J.: Chinas Beitritt zur WTO, RIW 2003, S. 161 ff.

Herdegen, Matthias: Internationales Wirtschaftsrecht, 5. Aufl., München 2005.

- Völkerrecht, 5. Aufl., München 2006.
- Die WTO und die Neugestaltung des chinesischen Außenhandels- und Ausländerinvestitionsrechts, in Heuser/Klein (Hrsg.) Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 15 ff., Hamburg 2004.

Hoeren, Thomas: Das Washingtoner Abkommen zum Schutz des geistigen Eigentums an integrierten Schaltkreisen, NJW 1989, S. 2605 ff.

Holbig, Heike: Auf dem Weg zur konstitutionellen Einparteiherrschaft? Die Verfassungsänderungen vom März 2004, China aktuell März 2004, S. 259 ff.

Hubmann, Heinrich/Götting, Horst-Peter: Gewerblicher Rechtsschutz, 7. Aufl., München 2002.

Hummer, Waldemar/Weiss, Friedl: Vom GATT' 47 zur WTO' 94, Wien 1997.

Hu, Zhengjie/He, Ping: shimaozuzhi guize yu woguo xin falüfagui (WTO-Regelungen und unsere neuen Gesetze und Rechtsvorschriften), Beijing 2002

Ipsen, Knut: Völkerrecht, 3. Aufl., München 1990.

- Völkerrecht, 5. Aufl., München 2004.

Isay, Ernst: Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen, Tübingen 1907.

Jung, Martina Violetta: Gründung eines Joint Venture-Unternehmens in der Volksrepublik China, RIW 1996, S. 117 ff.

- Kaiser, Rudolf: Das europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961, Nendeln/Liechtenstein 1977.
- Karl, Joachim: Neue Entwicklungen beim internationalen Investitionsschutz, RIW 1994, S. 809 ff.
- Das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI), RIW 1998, S. 432 ff.
- Katzenberger, Paul: TRIPS und das Urheberrecht, GRUR Int. 1995, S. 447 ff.
- Kaufmann, Ivo: Versicherung in der Volksrepublik China, Baden-Baden 1993.
- Keßler, Florian/Qiao, Wenbao: Aktuelle Entwicklungen im Patent- und Markenrecht der Volksrepublik China, RIW 2003, S. 174 ff.
- Kewenig, Wilhelm: Der Begriff der Diskriminierung, Frankfurt am Main 1972.
- Knaak, Roland: Der Schutz geographischer Angaben nach dem TRIPs-Abkommen, GRUR Int. 1995, S. 642 ff.
- Koehler, Matthias: Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Berlin 1998.
- Kosta, Jiří/Meyer, Jan: Volksrepublik China: Ökonomisches System und wirtschaftliche Entwicklung, Frankfurt am Main 1976.
- Krajawski, Markus: Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation (WTO), Berlin 2001.
- Kramer, Stefan: Die Meistbegünstigung, RIW 1989, S. 473 ff.
- Krenzler, Horst Günter: Die Nachkriegsentwicklung des Welthandelssystems: von der Havana-Charta zur WTO, in Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, S. 4 ff., München 2003.
- Krieger, Albrecht/Dreier, Thomas: Die Washingtoner Diplomatische Konferenz zum Abschluss eines Vertrags über den Schutz des geistigen Eigentums im Hinblick auf integrierte Schaltkreise, GRUR Int. 1989, S. 729 ff.
- Kur, Annette: TRIPs und das Markenrecht, GRUR Int. 1994, S. 987 ff.
- TRIPs und der Designschutz, GRUR Int. 1995, S. 185 ff.

- Liu, Sun: WTO falü guize tixi dui guojitouzifa de yingxiang (Einflüsse des WTO-Rechtssystems auf das internationale Investitionsrecht), Beijing 2001.
- Luthra, Tim Goro: Zulassung und Rechtsschutz von Direktinvestitionen in den Entwicklungsländern am Beispiel Indiens, Konstanz, 2000.
- Mayer, Horst/Rückeis, Norbert: Grundsatzinformationen vor Auslandsinvestitionen: China, Frankfurt am Main 1987.
- Michaelis, Martin: Handelsbezogene Investitionsmaßnahmen (TRIMs), in Hilf/Oeter, WTO-Recht, S. 267 ff., Nomos 2005.
- Dienstleistungshandel (GATS), in Hilf/Oeter, WTO-Recht, S. 375 ff., Nomos 2005.
- Michaelis, Martin/Bender, Tobias: Handelsrelevante Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPS), in Hilf/Oeter, WTO-Recht, S. 435 ff., Nomos 2005.
- Martini, Ulf: Die WTO und die rechtliche Entwicklung der Dienstleistungsfreiheit in den Mitgliedsstaaten – Unter besonderer Berücksichtigung des Telekommunikationsbereiches, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/NewYork/Oxford/Wien 2002.
- Mattoo, Aaditya: National Treatment in the GATS-Corner-Stone or Pandora's Box?, JWT 1997, Nr. 1, S. 107 ff.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schulze, Erich (Hrsg.): Urheberrechtskommentar, München/Unterschleißheim 2005.
- Münzel, Frank: Unternehmens- und Gesellschaftsrecht der VR China, Hamburg 1989.
- Neugärtner, Ilka: GATT 1947, in Hilf/Oeter, WTO-Recht, S. 77 ff., Nomos 2005.
- Notter, Markus Peter: Völkerrechtlicher Investitionsschutz, Zürich, 1989.
- Ott, Regula: Möglichkeiten und Grenzen der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten durch ein Schiedsgericht, Die Praxis von ICSID, Bern/Frankfurt am Main/New York 1983.
- Pacón, Ana Maíra: Was bringt TRIPS den Entwicklungsländern?, GRUR Int. 1995, S. 875 ff.

- Pannenberg, Wibke: Neue Lenkungsrichtlinien für ausländische Investitionen, in Heuser/Klein, Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 33 ff., Hamburg 2004.
- Papageorgiou, Elliot: Durchsetzung von gewerblichen Schutzrechten (Enforcement), in Wirtschaftshandbuch China, Band 4: Arbeitsrecht, Personal, Gewerblicher Rechtsschutz, Immobilien, Frankfurt am Main 2002, S. 23 ff.
- Pirring, Jörg: Die Schiedsverfahrensordnung der UNCITRAL, RIW/AWD 1977, S. 513 ff.
- Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage bezüglich der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1972.
- Pitschas, Christian: Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), in Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, S. 495 ff., München 2003.
- Raiser, Günther H/Wei, Zhi: Gesellschaftsrecht in der Volksrepublik China, München 1996.
- Reger, Gerald: Der internationale Schutz gegen unlauteren Wettbewerb und das TRIPS-Übereinkommen, Köln/Berlin/Bonn/München 1999.
- Reinbothe, Jörg: Der Schutz des Urheberrechts und der Leistungsschutzrechte im Abkommensentwurf GATT/TRIPS, GRUR Int. 1992, S. 707 ff.
- Sacerdoti, Giorgio: Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection, Hague 1997.
- Sasdi, Andreas: Innovationsschutz im TRIPS-Übereinkommen, Berlin 2004.
- Das Panelverfahren „Canada-Patent Protection of Pharmaceutical and Agrochemical Products“, in Nettesheim, Martin/G. Sander, Gerald (Hrsg.), WTO-Recht und Globalisierung, Berlin 2003, S. 273 ff.
- Schack, Haimo: Urheberrecht- und Urhebervertragsrecht, 3. Aufl., Tübingen 2005.
- Schäfer, Martin: Der Entschädigungsstandard im allgemeinen Völkerrecht, RIW 1998, S. 199 ff.

- Schäfer, Jochen: Gewerblicher Rechtsschutz, in *Wirtschaftshandbuch China*, Band. 4: Arbeitsrecht, Personal, Gewerblicher Rechtsschutz, Immobilien, Frankfurt am Main 2002, S. 19 ff.
- Schüller, Margot: Die Volksrepublik China 1949 bis 2000: Vom sozialistischen Entwicklungsland zur wirtschaftlichen Großmacht, Nord-Süd aktuell, 4. Quartal 2000, S. 671 ff.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz: Der Fall Nottebohm, RIW/AWD 1955, S. 147 ff.
- Die Aufhebung von ICSID Schiedssprüchen, in Glossner (Hrsg.), *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit*, Band 3, S. 100 ff., Heidelberg 1990.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz/Stein, Torsten: *Völkerrecht*, 10. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2000.
- von Senger, Harro: *Einführung in das chinesische Recht*, München 1994.
- Senti, Richard: *WTO: System und Funktionsweise der Welthandlungsordnung*, Zürich 2000.
- Siegwart, Hans/Mahari, Julian I./Caytas, Ivo G.: *Internationales Management politischer Risiken*, Frankfurt am Main 1987.
- Sidhu, Karl: *Die Regelung von Direktinvestitionen in der WTO*, Göttingen 2004.
- Song, Weiliang/Li, Xin: *guoji shangwu yu maoyi touzi (internationaler Handel und Handelsinvestitionen)*, Beijing 2005.
- Stahelin, Alesch: *Das TRIPs-Abkommen: Immaterialgüterrechte im Licht der globalisierten Handelspolitik*, Bern 1997.
- Steinbach, Jens: Einfluss des TRIMs-Abkommens auf das chinesische Recht für ausländische Direktinvestitionen, in Heuser/Klein (Hrsg.), *Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China*, S. 67 (78 ff.), Hamburg 2004.
- Steinmann, Matthias: *Grundzüge des chinesischen Patentrechts*, Köln/Berlin/Bonn/München 1992.
- Stern, Thomas: *Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA)*, Köln 1990.

- Stoll, Peter Tobias/Raible, Karen: Schutz geistigen Eigentums und das TRIPS-Abkommen, in Prieß/Berrisch, WTO-Handbuch, S. 565 ff., München 2003
- Straus, Joseph: Bedeutung des TRIPS für das Patentrecht, GRUR Int. 1996, S. 179 ff.
- Süß, Rembert: Grundzüge des chinesischen Internationalen Privatrechts, Köln/Berlin/Bonn/München 1990.
- Towfigh, Emanuel V.: Individualrechtsschutz vor Verwaltungsentscheidungen in der Volksrepublik China, Jahrbuch für Ostrecht 2004, S. 89 ff.
- Trommsdorf, Volker/Wilpert, Bernhard: Deutsch-chinesische Joint Ventures, Wiesbaden 1991.
- Ulmer, Eugen: Urheber- und Verlagsrecht, Berlin/Heidelberg/New York 1980.
- UNCTAD: National Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York/Geneva 1999 (Internet: <http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=191&intItemID=2322&lang=1>).
- Most-Favoured-Nation Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York/Geneva 1999 (Internet: <http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=186&intItemID=2322&lang=1>).
 - Trends in International Investment Agreements: An Overview, New York/Geneva 1999 (Internet: http://www.unctad.org/en/docs/iteiit13_en.pdf).
 - International Investment Instruments: A Compendium, Bd. VI, New York/Geneva 2001 (Internet: http://www.unctad.org/en/docs/dite2vol6_en.pdf).
- Veith, Wern/Böckstiegel, Karl-Heiz: Der Schutz von ausländischem Vermögen im Völkerrecht, Baden-Baden 1962.
- Vollmöller, Thomas: Die Globalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts, Köln/Berlin/Bonn/München 2001.
- Voss, Jürgen: Die Multilaterale Investitionsagentur, RIW 1987, S. 89 ff.
- Weigand, Frank-Bern: Die neue ICC- Schiedsgerichtsordnung, NJW 1998, S. 2081 ff.
- Weber, Albrecht: Fälle zum Völker- und Europarecht, München 1992.
- Geschichte der internationalen Wirtschaftsorganisationen, Wiesbaden 1983.

- Weber, Rolf H: Investitionen und Handel: Zu den neueren Entwicklungen im Bereich des Investitionsrechts, in schweizerischen Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 1996, S. 321 ff.
- Widmer, Ralf: Rechtliche Rahmenbedingungen für Auslandsinvestitionen in der Volksrepublik China, China aktuell Mai 1996, S. 505 ff.
- Wolff, Lutz-Christian: Das internationale Wirtschaftsrecht der VR China, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2005.
- Yu, Wenguang: Einführung der Eigentumsgarantie in die Verfassung der VR China, Verfassung und Recht in Übersee 2005, S. 391 ff.
- Zahn, Frank: Die rechtliche Ausgestaltung von Joint Ventures als Form der internationalen Unternehmenskooperation mit der VR China, Osnabrück, Universität, Dissertation, 1994.
- Zeng Huaqun: WTO yu zhongguo waizifa de fazhan (WTO und die Entwicklung des Ausländerinvestitionsrechts Chinas), Xiamen 2006.
- Zhang, Naigen: TRIPS xieding: lilun yu shijian (Das TRIPs-Übereinkommen: Theorie und Praxis), Shanghai 2005.
- Zhang, Xiaojina: guoji sifa lun (Das Internationale Privatrecht), Beijing 2004.
- Zhang, Zhiyuan: xingzhengxinwei gainian zhi chonggou (Wiederaufbau des Verwaltungsaktbegriffs), im Internet: http://www.chinalawedu.com/news/2004_10%5C21%5C1055188949.htm (Zugriff am 19. November 2006).
- Zhao, Hui/Yang Chen: Chinesischer Grundstücksmarkt im Wandel, RIW 2000, S. 217 ff.
- Zhou, Hanmin (Hrsg.): yu WTO guize de ronghe (Die Verschmelzung mit WTO-Regelungen), Shanghai 2003.