

RAHMENBEDINGUNGEN FÜR DEN TECHNOLOGIETRANSFER VON DEUTSCHLAND NACH CHINA

-Stand: 12. Januar 2005-

Gliederung

- I. Einleitung
- II. Übersicht zur WTO
- III. Anmerkungen zum Technologietransfer nach dem Beitritt der VR China zur WTO
- IV. Der Rechtsrahmen für den Technologietransfer von Deutschland nach China
 - 1. Der Begriff des Technologietransfers
 - 2. Überblick über den Rechtsrahmen bei dem internationalen Technologietransfer (Deutschland / China)
 - 3. System des Exportkontrollrechts in Europa und Deutschland, insbesondere technische Unterstützung im Sinne des Außenwirtschaftsrechts
 - 4. Zuständigkeit für den Technologietransfer in China
 - 5. Technologietransfer nach dem Vertragsgesetz der VR China von 1999 (VG)
 - a) Überblick über die Typologie chinesischer Technologievertragstypen
 - b) Verträge über die Entwicklung von Techniken
 - c) Verträge über den Technologietransfer (Übertragung von Technik)
 - d) Verträge über technische Beratung und Verträge über technische Dienstleistungen
 - e) sachlicher Anwendungsbereich des Vertragsgesetzes
 - 6. Rechtslage für den Import- und Export von Hochtechnologie
 - a) Rechtslage bis 2001
 - b) Sachlicher Anwendungsbereich der Verwaltungsbestimmungen für den Technologieimport und-Export vom 10. Dezember 2001
 - c) Einfuhr von Technik
 - d) Genehmigungsverfahren auf Erteilung einer Lizenz zum Abschluss eines Technologietransfervertrages
 - aa) Der Ablauf des formellen Lizenzierungsverfahren
 - bb) Materielle Prüfkriterien im Lizenzierungsverfahren
 - (1) Garantien des Lizenzgebers
 - (2) Verbot restriktiver Bestimmungen
 - e) Geheimhaltungsklauseln
 - 7. Technologietransfer vor dem Hintergrund des neuen Außenhandelsgesetz
 - 8. Technologietransfer vor dem Hintergrund des revidierten Außenhandelsgesetzes (AHG)
 - a) Überblick
 - b) Systematik des neuen Außenhandelsgesetzes
 - c) Was wird unter Außenhandel verstanden und wer ist davon betroffen?
 - d) Inwiefern ist der Grundsatz des freien Warenverkehrs verwirklicht?
 - e) Voraussetzungen für den Außenhandel
 - f) Technologietransfer für vollständig investierte ausländische Unternehmen nach den Verwaltungsvorschriften für die Handelsaktivitäten ausländisch investierter Unternehmen?
 - g) Ab welchem Zeitpunkt und für welche Geschäftsfelder ist die Gründung ausschließlich ausländisch investierter Unternehmen zulässig?

- h) Welches Grundkapital ist zur Gründung einer Gesellschaft in China erforderlich?
 - i) Übereinstimmung mit den Verpflichtungen aus dem WTO-System?
 - j) (Vorläufiges) Fazit
- 9.) Technologietransfer durch die Einbringung von Technologie in Dt.-chin. Gesellschaften
- a) Überblick zum formellen und materiellen Rahmen des Technologietransfers
 - b) Joint Venture
 - c) Ausschließlich ausländisch kapitalisierte Unternehmen –WFOE-
10. Technologietransfer durch Übertragung geistigen Eigentums
11. Deutsch-chinesischer Standardvertrag für Know How- und Patentlizenzen (Erscheinungsjahr 2003)
- VI. Die rechtlichen Aspekte für das Wachstum auf dem Gebiet der Hochtechnologie

I. EINLEITUNG

Ist es möglich, rechtliche Aspekte für das Wachstum auf dem Gebiet der Hochtechnologie zu identifizieren, die in internationalen Beziehungen erheblich sind? Welche Aspekte sind für das ökonomische Wachstum förderlich, welche hinderlich? Inwiefern kann der Technologietransfer im internationalen Raum, hier zwischen Deutschland und der VR China zum Wachstum beitragen? Bevor der Versuch unternommen wird, eine zeitgemäße Antwort unter Berücksichtigung der zugänglichen Gesetze der VR China zu finden, mag einleitend und die weitere systematische Darstellung begleitend der Hinweis auf eine historische, gleichwohl fundamentale und vielfach zitierte Erkenntnis erlaubt sein, die stets und ausnahmslos auf eine Voraussetzung verweist, die noch für jedwedes ökonomische Wachstum die entscheidende Voraussetzung geliefert hat. Der Friede ist der Garant für prosperierenden internationalen Handel, wie auch eine wirtschaftliche Prosperität der Nationen den Frieden der Völker untereinander zu begründen und zu befestigen hilft. Es war Kant, der in seiner Schrift *Zum ewigen Frieden*, nüchtern darauf verwies, dass es nicht hehre moralische Ziele, sondern es die „*Geldmacht*“ als die wohl zuverlässigste Triebfeder sei, die „*den edlen Frieden zu befördern*“ helfe¹. Unmittelbarer und 50 Jahre früher (1748) wurde das gedankliche Fundament indes von *Montesquieu* gelegt:

Der Handel heilt uns von schädlichen Vorurteilen. Es ist eine allgemeingültige Regel: überall, wo milde Sitten herrschen, gibt es Handel und überall, wo es Handel gibt, herrschen milde Sitten². Friedensliebe ist die natürliche Folge des Handels.³

Die Geschichte des Handels ist damit zugleich die Geschichte der Völkerverständigung⁴, was über alle Zeiten auch für den stets vom Handel umschlossenen Technologietransfer zutreffen dürfte. Der internationale Handel zwischen Deutschland und China lenkt zwangsläufig den Blick auf die 1995 gegründete Welthandelsorganisation, der China erst kürzlich beigetreten ist. Die WTO ist mit Rechtspersönlichkeit (Art. 8 Abs.1 WTO-Übereinkommen) ausgestattet und zählt derzeit 148 Mitglieder (zuletzt Kambodscha und Armenien)⁵. Es dürfte kaum zu bestreiten sein, dass der Beitritt Chinas als 143. Mitglied zur WTO am 11. Dezember 2001 – einen Monat nach der Unterzeichnung am 11.11.2001 auf der Ministerkonferenz in Doha (Katar)- nach einem über 15 Jahre dauernden Verhandlungsmarathon weitreichende, ja enorme Schritte in der Handels- und Wirtschaftsrechtspo-

¹ *Immanuel Kant*, *Zum ewigen Frieden*, 1795, Königsberg, S. 64 „Es ist der H a n d e l s g e i s t, der mit dem Kriege nicht zusammen bestehen kann, und der früher oder später sich jedes Volks bemächtigt. Weil nämlich unter allen, der Staatsmacht untergeordneten, Mächten (Mitteln), die G e l d m a c h t wohl die zuverlässigste seyn möchte, so sehen sich Staaten (freylich wohl nicht eben durch Triebfedern der Moralität) gedrungen, den edlen Frieden zu befördern, und, wo auch immer in der Welt Krieg auszubrechen droht, ihn durch Vermittelungen abzuwehren, gleich als ob sie deshalb im beständigen Bündnisse ständen; denn große Vereinigungen zum Kriege können, der Natur der Sache nach, sich nur höchst selten zutragen, und noch seltener glücken siehe unter: <http://philosophiebuch.de/ewfried.htm> (27.12.2004)

² *Montesquieu*, *Vom Geist der Gesetze*, 1748, Übersetzung Kurt Weigand, 1994, Stuttgart, S. 326.

³ *ders.* aaO., S. 327.

⁴ *ders.* aaO., S. 347.

⁵ Vgl. www.wto.org (4.11.2004)

litik erfordert hat und noch erfordern wird⁶. Kraft und Ausdauer sind notwendig, um innerhalb eines dem Sozialismus verpflichteten Landes mit gewaltiger Binnendifferenzierung eine transparente, liberale Handelsordnung auf den Weg zu bringen. Hierzu gehört gesetzgeberischer Weitblick – nahezu eine olympische Disziplin⁷.

II. ÜBERSICHT ZUR WTO

Es handelt sich bei der WTO nicht um ein Freihandelssystem, sondern um eine Völkerrechtsordnung zur Liberalisierung der Märkte⁸. Gleichwertige Rechtsstandards, die das Fundament einer Liberalität der Handelsordnung bilden, sind im Rahmen einer einheitlichen Anwendung des WTO Systems unerlässlich. Das System der WTO zwingt die Mitgliedstaaten zur Kooperation im Welt-handel. Staatliche Maßnahmen der jeweiligen Mitgliedstaaten finden ihre rechtlichen Schranken in Leitprinzipien der WTO-Ordnung: Nichtdiskriminierung, Prinzip der offenen Märkte, fairer Wettbewerb, keine Behinderung des Marktzutritts, fortschreitende Senkung der Zolltarife. Die WTO-Rechtsordnung wird durch 3 materiellrechtliche Säulen getragen:

GATT 1994 (Übereinkommen über den Warenhandel und zahlreiche andere Abkommen, z.B. Übereinkommen über technische Handelshemmnisse)⁹
GATS (Dienstleistungshandel nebst Protokollen)¹⁰
TRIPS (Rechte des geistigen Eigentums)¹¹

Diese 3 Regelungsbereiche werden durch die Streitbeilegungsvereinbarung (DSU)¹² mit dem Prinzip der Entscheidung über einen negativen Konsens (völkerrechtliche Verbindlichkeit dann, wenn durch Konsens eine Ablehnung erfolgt)¹³ und dem Mechanismus zur Überprüfung der Handelspolitik (TRPM)¹⁴ ergänzt. Diese 5 sog. multilateralen Abkommen sind für alle Mitglieder verbindlich. Plurilaterale Abkommen (z.B. Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen), sind indes nur für die WTO-Mitglieder verbindlich, die sie ratifiziert haben.

III. ANMERKUNGEN ZUM TECHNOLOGIETRANSFER NACH DEM BEITRITT DER VR CHINA ZUR WTO

Montesquieu erkannte als natürliche Konsequenz des Handels die Friedensliebe¹⁵. Der Handel begünstigt ein Gefühl für peinliche Gerechtigkeit. Gänzlichliches Fehlen des Handels erzeuge hingegen das Räuberunwesen, was sicherlich auch dort anzutreffen ist, wo fehlende Gesetze oder die mangelnde Durchsetzung des Rechts eine Gesellschaft plagen¹⁶. An Handel und Wandel ist China nicht arm; an blühendem Handel und transferierter Technik fehlt es nicht, das Gegenteil ist vielmehr der Fall. Milde Sitten und peinliche Gerechtigkeit in Handelssachen sind dem WTO-System als idealer Zustand nicht fremd. Der Beitritt in die WTO bedeutet freilich mehr als nur die Metamorphose von

⁶ zum Beitritt in die WTO, siehe: *Robert Heuser*, Die Integration der WTO in das chinesische Außenhandelsrecht – Zur Revision des Außenhandelsgesetzes, CHINA aktuell, 2004, S. 528 ff.; *ders.*, Die WTO und die Neugestaltung des chinesischen Außenhandels- und Ausländerinvestitionsrechts, in: *Robert Heuser/Roland Klein (Hrsg.) Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China*. Hamburg, 2004, S. 15 ff.; *Meinhard Hilf/Götz J. Göttsche*, Chinas Beitritt zur WTO, RIW 2003, S. 165; *Heike Holbig/Robert Ash* (Editors), *China's Accession to the World Trade Organization*, London, 2002.

⁷ Siehe hierzu ferner: *DONG Yiliang*, Chinas Beitritt zur WTO, Beitrittsverfahren und Anforderungen an die chinesische Rechtsordnung, Newsletter der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung, 2003, S. 82 ff.

⁸ instruktiv, knapp und präzise *Christian Tietje*, Einführung, in: *WTO, Welthandelsorganisation*, 2. Aufl., 2003, XII, München.

⁹ General Agreement on Tariffs and Trade

¹⁰ General Agreement on Trade in Services

¹¹ Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights

¹² Understanding on the Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes

¹³ hierzu *Peter-Tobias Stoll/Frank Schorkopf*, *Welthandelsordnung und Welthandelsrecht*, Köln, 2002, Rz. 434.

¹⁴ Trade Policy Review Mechanism

¹⁵ vgl. Fn. 3

¹⁶ Montesquieu, aaO., S. 327.

administrierter Plan- zu gelockerter Marktwirtschaft. Die Anpassung der chinesischen Rechtsordnung an das WTO System selbst wird nicht frei von landesspezifischen Interpretationen des WTO-Systems sein und bleiben. Im Ergebnis sind es marktwirtschaftliche und liberale, transparente und an dem rechtlichen **Fundamentalprinzip der Gleichheit**¹⁷ orientierte Werte, deren Umsetzung in Zukunft tiefer liegende Fragestellungen in der Gesellschaft anrühren und nach und nach zu Tage fördern werden. Der Schutz des „Wirtschaftssubjektes“, letztlich des Individuums vor staatlicher Willkür und das Vertrauen in die Berechenbarkeit administrativen Handelns ist der WTO-Ordnung immanent. Eine am 1.10.2002 in Kraft getretene Richtlinie des Obersten Volksgerichtshofes¹⁸ sieht dem Vernehmen nach vor, dass Einzelpersonen und Unternehmen mögliche, durch Verwaltungsbehörden herbeigeführte Verletzungen bzw. Beeinträchtigungen ihrer durch WTO-Vorgaben in den Bereichen Warenhandel, Dienstleistungen sowie geistiges Eigentum gegebenen Rechte zukünftig unmittelbar vor Gericht klären lassen können. WTO Recht soll Anwendungsvorrang gegenüber dem einfachen chinesischen Recht genießen. Sofern diese Richtlinie tatsächlich die Adressaten in dem beschriebenen Umfang schützen sollte, wäre dies ein Novum. Die unmittelbare Geltendmachung des WTO-Rechts innerhalb einer nationalen Rechtsordnung wurde z.B. von den USA, Kanada und Japan durch gesetzliche Bestimmungen oder durch die Rechtsprechung ausgeschlossen. Der EuGH hat die unmittelbare Anwendbarkeit des GATT 1994 abgelehnt¹⁹, während die WTO zumindest einen „*Principle of indirect effect*“ erkennt²⁰.

Die Integration der chinesischen Wirtschaft in die Weltwirtschaft verlangt nicht nur die ökonomische Systemintegration, sondern flankierend entweder die Kreation oder die Rezeption solcher rechtlichen Grundlagen, die den Anforderungen internationaler Handelspartner und der Weltwirtschaft entsprechen. Welches Land, welches Rechtssystem dabei das Vorbild abgibt, spielt insoweit eine eher untergeordnete Rolle²¹. Dass eine solche Anpassung kein „Sonntagsspaziergang“ ist, liegt auf der Hand. Vieles ist in China bereits geschehen²², manches muss noch auf den Weg gebracht werden. Rechtssicherheit, Transparenz legislativer Entscheidungen und deren staatliche (judikative) Durchsetzbarkeit kennzeichnen das Wunschtrias internationaler nicht zuletzt deutscher im „China-Business“ tätiger Unternehmen. Es wird zutreffend darauf aufmerksam gemacht, dass ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Rechtsstaatsprinzip und dem Wirtschaftswachstum in prosperierenden Gesellschaften besteht²³. Die gegenseitige Abhängigkeit ist zwar kein Naturgesetz aber eine Interdependenz, die den empirisch-logischen Schluss zulässt, dass eine prosperierende Gesellschaft ohne Rechtsstaatsgarantien dauerhaft sowenig bestehen kann, wie das Rechtsstaatsprinzip in einer rezessiven, ausschließlich den Mangel verwaltenden Gesellschaft (bedauerlicherweise) nicht funktionieren wird. Missachtungen des Rechtsstaatsprinzips beeinträchtigen die wirtschaftliche

¹⁷ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, übersetzt von Franz Dirlmeier, Stuttgart, 1999, S. 124 (... jede Verletzung der Gleichheit ist nämlich eine Verletzung des Gesetzes...); ferner Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft, 6. Aufl. München, 1980, S. 5 m.w. Nachw; Art. 1 der Allgemeine Erklärung der Menschenrechte verkündet von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 10. November 1948; Art. 3 Abs.1 GG.

¹⁸ *The Regulations of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Trial of International Trade Administrative Cases* were issued by the Supreme People's Court on August 27, 2002 and came into force on October 1, 2002; abrufbar lediglich in einer Zusammenfassung unter :

http://www.lehmanlaw.com/lib/library/Laws_regulations/trade/regulation_cases2002.htm (03.11.2004)

¹⁹ zum Ganzen siehe *Stoll/Schorkopf*, aaO, Rz. 678, 681 m.w.Nachw; kritisch *Meinhard Hilf/Götz J. Götsche*, Chinas Beitritt zur WTO, RIW 2003, S. 165; eingehend *Andrea Ott*, GATT und WTO im Gemeinschaftsrecht, 1997, Köln, S. 256, 262 ff. m. w. Nachw; zur unmittelbaren Anwendbarkeit der WTO-Übereinkommen in China, vgl. Robert Heuser, Die WTO und die Neugestaltung des chinesischen Außenhandels- und Ausländerinvestitionsrechts, in: Heuser/Klein, aaO. (Fn. 6), S. 21 ff.

²⁰ vgl. *Christian Tietje*, aaO., XX.

²¹ vgl. hierzu z.B. *LIANG Huixing*, Die Rezeption ausländischen Zivilrechts in China, Newsletter der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung, 2003, S. 68, ff; *Wang Tze-chien*, Die Aufnahme des europäischen Rechts in China, AcP 166, S. 346, *K. Büniger*, Das neue chinesische BGB. Seine Entstehungsgeschichte und Systematik, Blätter für Internationales Privatrecht, 1931, Sp. 257 ff.

²² vgl. die in Fn. 21 genannten Autoren

²³ hierzu eingehender und überzeugend: *DONG Yiliang*, Chinas Beitritt zur WTO, Beitrittsverfahren und Anforderungen an die chinesische Rechtsordnung, Newsletter der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung, 2003, S. 87 m.w. Nachw.

Entwicklung, wie festgestellt wurde²⁴. Die wesentlichen Anforderungen des WTO Rechts an die Rechtsordnung Chinas lauten: Verstetigung des Rechtsstaatsprinzips und dessen kontinuierliche Weiterentwicklung in der Zivil- und Wirtschaftsordnung. Das schließt die Unabhängigkeit der Gerichte, deren Besetzung auch qualitativen Anforderungen entsprechen muss ein. Eingeschlossen sind ferner die Gewährung effizienten Rechtsschutzes sowie ein mindestens zweistufiger Instanzenzug, in dem ein Berufungs- und Revisionsverfahren garantiert wird. Legislative, exekutive und judikative Entscheidungen müssen das Gebot der Transparenz erfüllen²⁵.

IV. DER RECHTSRAHMEN FÜR DEN TECHNOLOGIETRANSFER VON DEUTSCHLAND NACH CHINA

1. Der Begriff des Technologietransfers

Der schillernde, häufig verwandte und nicht näher definierte Begriff des (internationalen) Technologietransfers²⁶ wird in der VR China in § 2 der Bestimmungen der Volksrepublik China über die Verwaltung der Ein- und Ausfuhr von Technik wie folgt definiert:

Ein- und Ausfuhr von Technik im Sinne dieser Bestimmungen ist der Transfer von Technik von einem Gebiet außerhalb der VR China in das Gebiet der VR China hinein oder aus dem Gebiet der VR China heraus, sei es durch Handel, Investition oder technische Zusammenarbeit. Umfasst werden von dem Begriff des Technologietransfers z.B. die Abtretung von Patentrechten, die Abtretung des Rechts zur Patentanmeldung, zur Patentdurchführung, den Transfer des technischen Wissens sowie den Transfer von Technik durch technische Dienstleistungen in sonstiger Weise“²⁷.

Technologietransfer wird somit als ein weiträumiges Handlungsfeld verstanden. Auf Art und Weise der Weitergabe kommt es mithin nicht an, auch nicht auf die rechtliche Qualität einer Transferhandlung. **Handel, Investition und technische Zusammenarbeit** sind die **drei zentralen Felder** auf denen der Technologietransfer vollzogen wird. Die rechtliche Systematik des Technologietransfers von Deutschland nach China in dem hier besprochenen Sinn lässt sich zunächst durch folgenden Überblick grob skizziert und zum Zwecke des Überblicks darstellen, wobei auf die grundsätzlich erforderliche Darstellung zoll- und steuerrechtlicher Aspekte²⁸ verzichtet wird.

2. Überblick über den Rechtsrahmen bei dem internationalen Technologietransfer (Deutschland / China)

- a) System des Exportkontrollrechts in Europa und Deutschland
- b) Zivilrechtliche Bestimmungen über den Technologietransfer in der VR China (Vertragsgesetzbuch, 1999)

²⁴ vgl. DONG Yiliang unter Hinweis auf eine in 2002 erstellte Weltbankstudie zur Bedeutung des Rechts

²⁵ ders. S. 88

²⁶ zum außerrechtlichen Bereich des Technologietransfers siehe Franz Pleschak (Hrsg.) Technologietransfer- Anforderungen und Entwicklungstendenzen, 2002, Stuttgart, <http://www.isi.fhg.de/ir/download/technologietransfer.pdf> (besucht am 10.11.2004); kritisch zur neuen Rechtslage in Europa Thomas Lübbig, „... et dona ferentes“: Anmerkungen zur neuen EG-Gruppenfreistellungsverordnung im Bereich des Technologietransfers GRURInt 2004, S. 483 ff.; siehe ferner zum gleichen Thema Jörg-Martin Schultze/Stephanie Pautke, Die neue Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission - Mission Completed, ESW 2004, S. 437 ff; zum Technologietransfer in China: Pattloch, Thomas, Die Neuordnung des internationalen Technologietransfers in der VR China, GRURInt 2003, S. 695 m. w. Nachw.; Lutz-Christian Wolff, Das internationale Wirtschaftsrecht der VR China, 1999, Heidelberg, S. 64 ff sowie Andreas Diehn, Das Recht der Investitionen in China, 2000, Baden-Baden, S. 198, 205f.

²⁷ Gabriele Jacob, Das chinesische Außenhandelsrecht für den Güterhandel im Lichte der WTO, Anhang: Bestimmungen der Volksrepublik China über die Verwaltung der Ein- und Ausfuhr von Technik (Übersetzung) in: Robert Heuser/Roland Klein (Hrsg.) Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China. Hamburg, 2004, S. 399.

²⁸ Vgl. hierzu etwa Michael Pfarr, VR China: Steuerliche Behandlung von Technologietransfer und damit zusammenhängenden Leistungen IStR 2003, S. 340 ff.

- c) Technologietransfer vor dem Hintergrund des revidierten Außenhandelsgesetzes und der Distributionsvorschriften (2004)
- d) Bestimmungen über den Technologieimport und technische Zusammenarbeit (2001)
- f) Technologietransfer durch Investition – Vorschriften über die Direktinvestition durch Kapitalerbringung (2001)
- g) Transfer durch Übertragung geistigen Eigentums im Sinne des TRIPS
- h) Deutsch-Chinesischer Standardvertrag für Know How- und Patentlizenzen (2003)

3. System des Exportkontrollrechts in Europa und Deutschland, insbesondere technische Unterstützung im Sinne des Außenwirtschaftsrechts

Die Absicht eines Unternehmens, Technologie nach China²⁹ zu übertragen, lenkt den Blick primär auf das Exportkontrollrecht und dabei bei hoher Sensibilität auch auf die Dual-use-VO der EG. Exportkontrollrecht umfasst generell die Gesamtheit internationaler, europäischer und nationaler Rechtsnormen, deren Inhalt durch Verbote, Beschränkungen und Kontrollverfahren gekennzeichnet ist³⁰. Rechtssystematisch ist das Exportkontrollrecht ein Bestandteil des Außenwirtschaftsrechts³¹, das dem besonderen Verwaltungsrecht zugeordnet wird. Mit der systematischen Zuordnung allein ist noch nicht viel gewonnen. Für die Wirtschaft, Behörden und Gerichte sind vor allem die Rechtsgrundlagen maßgeblich, die eine Genehmigung oder deren Versagung ermöglichen. Das Exportkontrollrecht wird in Deutschland im wesentlichen von folgenden Rechtsgrundlagen bestimmt:

- Verordnung (EG) Nr. 1334/2000 des Rates vom 22. Juni 2000 über eine Gemeinschaftsregelung für die *Kontrolle der Ausfuhr von Gütern und Technologie mit doppeltem Verwendungszweck* EG-VO Nr. 1334/2000 vom 22. Juni 2000 (EG Dual-use-VO)³²
- *Außenwirtschaftsgesetz* (AWG) vom 28. April 1961³³
- *Außenwirtschaftsverordnung* (AWV) vom 18. Dezember 1986³⁴
- *Völkerrechtliche Verträge* (z.B. Nichtverbreitungsvertrag)³⁵
- *Exportkontroll-Regime* (z.B. Nuclear Suppliers Group)³⁶ und
- *Embargos der EU und der UN*³⁷ sowie der

²⁹ vgl. zur gescheiterten Ausfuhr der MOX-Brennelementeanlage in Hanau nach China *Winfried Huck*, Export von kerntechnischen Anlagen im System des internationalen und europäischen Wirtschaftsrechts, in: *Norbert Pelzer (Hrsg.)*, Internationalisierung des Atomrechts, Baden-Baden, (voauss. Erscheinungsdatum: 2005).

³⁰ *Wolfgang Ehrlich*, Das Genehmigungsverfahren für Dual-use-Waren im deutschen Exportkontrollrecht, Witten, 2003, (zugleich Diss., Münster, 2003), S. 1.

³¹ *Olaf Simonsen*, in: AWR-Kommentar, 5 Ergänzungslieferung 04/ 2004, Ordnungsnummer 611, Rz. 18; zur internationalen Harmonisierung der Ausfuhrkontrolle, vgl. *Erwin Dichtl*, Faktische Grenzen der Exportkontrolle BB 1994, S. 1726 ff.

³² Abl. EG Nr. L 159, S. 1, zuletzt geändert am 31.08.2004 Abl. EG L 281 S.1; zur Dual-Use-Verordnung mit jeweils umfangreichen Nachw.: *Olaf Simonsen*, in: Wolfgang/Simonsen, AWR-Kommentar, 5 Ergänzungslieferung, 04/ 2004, Ordnungsnummer 122, Rz. 1ff; *Wolfgang Lehr*, Die neue EU-Dual-use-Verordnung 2000 und deren Auswirkung auf das Exportgeschäft, NVwZ 2001, S. 48 ff; *Ulrich Karpenstein*, Die neue Dual-Use-Verordnung, EuZW 2000, S. 677; *Harald Hohmann*, Die Neufassung der Dual-Use-Verordnung für die Exportkontrolle, NJW 2000, S. 3765 ff.

³³ BGBl. I S. 481, zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. 8.2004, BGBl. I S. 2198; *Hasso Rieck*, Zur Weiterentwicklung der Dual-Use-Verordnung, RIW 1999, S. 115 ff.

³⁴ In der Fassung der Bekanntmachung vom 22.11.1993 (BGBl. I S. 1934, 2493, zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung v. 14.7.2004, BAnz. Nr. 134, 15581; Ausfuhrliste neugefasst durch Verordnung v. 26.11.2003, geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 23. 7.2004 (BGBl. I S. 1859 ([Nr. 39])).

³⁵ Zur Bedeutung internationaler Verträge im Exportkontrollrecht, vgl. *Holger Beutel*, in: AWR-Kommentar, 5 Ergänzungslieferung, 04/ 2004, Ordnungsnummer 51, Rz. 1 ff.

³⁶ Sog. „Regime“ sind völkerrechtlich nicht bindende multinationale Absprachen über Fragen der Exportkontrolle. Derzeit existieren 4 Kontrollregime: Die *Nuclear Suppliers Group*, die *Australische Gruppe*, das *Missile Technology Control Regime* und das *Wassenaar Arrangement*. Die *Nuclear Suppliers Group* ist für den Export von Dual-use-fähiger Nukleartechnologie von herausragender Bedeutung, vgl. zum Ganzen ferner: *Walter Werner*, Fortentwicklung der internationalen Exportkontrollregime, Aw-Prax 1998, S. 199 ff; *Holger Beutel*, in: AWR-Kommentar, 5 Ergänzungslieferung, 04/ 2004, Ordnungsnummer 51, Rz. 2-3.

- *Verordnung (EWG) Nr. 2603/69 des Rates vom 20. Dezember 1969 zur Festlegung einer gemeinsamen Ausfuhrregelung*³⁸

Die Ausfuhr besonderer sensibler Güter, nämlich solcher mit doppeltem Verwendungszweck, unterliegt seit 1993 einer eigenständigen europäischen Normierung. Anlaß für eine europaweite gemeinschaftliche Normierung war u.a. die Beteiligung deutscher Unternehmen bei der Chemiewaffenproduktion in Lybien³⁹. Die Dual Use-VO regelt die Kontrolle der Ausfuhr und in eingeschränktem Umfang auch die innergemeinschaftliche Verbringung von Gütern und Technologie mit doppeltem, nämlich zivilen wie militärischen Verwendungszweck. Die novellierte EG-Dual Use-Verordnung (EG) 1334/2000 trat am 28. September 2000 nebst 4 Anhängen in Kraft. Durch die Definition des Rechtsbegriffs der Ausfuhr (Art. 2 b der Dual-use-VO) wird klargestellt, dass es im Zeitalter der Internetrevolution nicht auf die Art und Weise der Übertragung von Technologie ankommt: die Übertragung von Software und Technologie mittels elektronischer Medien wie PC, Fax und Telefon wird ebenso wie die mündliche Weitergabe durch Verlesen oder Beschreibung eines Dokuments am Telefon erfasst (Art. 2 b iii Dual-use-VO).

4. Zuständigkeit für den Technologietransfer in China

Die Zuständigkeit in China für den internationalen Technologietransfer ist das seit dem 25. März 2003 gegründete Handelsministerium (Ministry of Commerce (MOC), das in sich verschiedene staatliche Kommissionen und das ehemalige MOFTEC (Ministry for Foreign Trade and Economic Cooperation) aufnimmt⁴⁰.

5. Technologietransfer nach dem Vertragsgesetz der VR China von 1999 (VG)

a) Überblick über die Typologie chinesischer Technologievertragstypen

Eine der wesentlichen Grundlagen für zum Verständnis eines chinesischen Technologietransfervertrags auf den drei vorerwähnten Feldern des Handels, der Investition oder der technischen Unterstützung ist das moderne chinesische Vertragsgesetzbuch, von 1999⁴¹ das im 18. Kapitel in vier Abschnitte gegliederte Bestimmungen zum Abschluss von **4 unterschiedlichen Technikverträgen** enthält.

Aufschlussreich ist insoweit die Gliederung des 18. Kapitels: Technikverträge:

1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen
2. Abschnitt: Verträge über die Entwicklung von Techniken
3. Abschnitt: Verträge über die Übertragung von Techniken

³⁷ hierzu *Khan/Woll* in: Hohmann/John, Ausfuhrrecht, 2002, München, Teil 3, Vor §§ 69a ff. AW, Rz. 89 ff; aktuelle Informationen sind über die Homepage des BAFA <http://www.ausfuhrkontrolle.info/publikationen.htm>

³⁸ hierzu m. w. Nachw. und guten Argumenten, *Hohmann*, in: Hohmann/John, Ausfuhrrecht, Teil 1 EG-AusfuhrVO v. 1969 Rz 1 ff, insbesondere zu der strittigen Abgrenzung zur Dual-use-VO Rz., 8-10, wobei überzeugend jenes Argument ist, dass „die Dual-use-VO den Freiheitsgrundsatz nur deshalb nicht erwähnt, weil mangels eines Spezialitätsverhältnisses der Grundsatz des Art. 1 EG-AusfuhrVO selbstverständlich auch dort gilt“; ebenso *Ulrich Karpenstein*, Europäisches Exportkontrollrecht, Stuttgart, 1998, S. 345f, *Karpenstein/Sack*, in: Hohmann/John, Ausfuhrrecht, Teil 2, Einl. EG-Dual-use-VO von 1994, Rz. 28:“ zu beachten ist insbesondere die in Art. 1 der EG-AusfuhrVO postulierte allgemeine Ausfuhrfreiheit, die auch für Dual-Use-Güter gilt und auf die sich der Einzelne vor Gericht berufen kann“; zutreffend auch *Wolfgang Ehrlich*, Das Genehmigungsverfahren für Dual-use-Waren im deutschen Exportkontrollrecht, S. 115 ff. alle m.w. Nachw.

³⁹ *Ehrlich*, aaO., S. 2

⁴⁰ *Pattloch, Thomas*, Die Neuordnung des internationalen Technologietransfers in der VR China, GRURInt 2003, S. 695 m.w.Nachw.

⁴¹ vgl. hierzu z.B. *Shao Jiandong und Eva Drewes* (Hrsg.), Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2001, Hamburg Huck, Rahmenbedingungen für den Technologietransfer von China nach Deutschland, 12.01.2005

4. Abschnitt: Verträge über technische Beratung und Verträge über technische Dienstleistungen⁴²

Technikverträge nach chinesischem Recht sind Verträge, in denen für die Entwicklung und für die Übertragung von Techniken, für technische Beratung und für technische Dienstleistungen die gegenseitigen Rechte und Pflichten festgesetzt werden⁴³. Dabei sollen die Verträge allerdings zweckorientiert „für den wissenschaftlich-technischen Fortschritt von Nutzen sein und die Umwandlung, Anwendung und Verbreitung wissenschaftlich-technischer Ergebnisse beschleunigen“⁴⁴. Der Regelungsgehalt von Technikverträgen ist den Parteien grundsätzlich überlassen. Ausnahmen sind in Fachgesetzen näher bestimmt. In der Regel enthalten Technikverträge folgende Vereinbarungen⁴⁵:

1. Bezeichnung des Vorhabens;
2. Inhalt, Bereich und Anforderungen des Vertragsgegenstandes;
3. Plan, Ablauf, Fristen, Orte, Gebiete und Art und Weise der Ausführung;
4. Geheimhaltung der technischen Informationen und Unterlagen;
5. Gefahrtragung;
6. wem die technischen Ergebnisse gehören sollen, wie ihre Nutzungen verteilt werden;
7. Abnahmenormen und Abnahmeverfahren;
8. Preis bzw. Entgelt oder Gebrauchsgebühren und Zahlungsweise;
9. Berechnung von Vertragsstrafen oder Schadenersatz;
10. Art und Weise der Beilegung von Streitigkeiten;
11. Erklärung von Bezeichnungen und Fachausdrücken.

Es entspricht den internationalen Gepflogenheiten, Vertragsunterlagen durch Referenzen in den Vertrag zu inkorporieren, wie z.B. Unterlagen zum technischen Hintergrund, die Beweisführung der Durchführbarkeit und Berichte zur technischen Bewertung, Aufgabenstellungen und Planurkunden für das Vorhaben, technische Normen und Regeln, erste Projektierungen und Schriftstücke zur Technologie und andere technische Schriftstücke und Akten⁴⁶. Sofern Patente von einem Technikvertrag umfasst werden, muss die Bezeichnung der Erfindungsschöpfung, den Patentantragssteller und den Patentinhaber, Datum und Nummer des Antrags, die Nummer des Patents und die Gültigkeitsdauer des Patents in dem Vertrag vermerkt werden⁴⁷.

Soweit der Vertragsgegenstand ein Monopol errichtet oder illegale Technik verwendet oder der Vertragsgegenstand den technischen Fortschritt behindert oder es sich um einen Vertrag handelt, der technische Ergebnisse anderer verletzt, ist der Vertrag nichtig (vgl. § 329 VG).

b) Verträge über die Entwicklung von Techniken

Gegenstand eines Entwicklungsvertrags ist Forschung und Entwicklung in Bezug auf neue Techniken, neue Produkte, neue Technologien und neue Materialien und deren Systeme. Zum Vertrag über die Entwicklung von Techniken gehören der Entwicklungsauftragsvertrag und der Entwicklungskooperationsvertrag. Der Vertrag über die Entwicklung von Techniken bedarf der Schriftform⁴⁸. Das Schriftformerfordernis wird auch durch ausgetauschte elektronische Daten und E-mails erfüllt⁴⁹.

⁴² als Grundlage dient die Übersetzung des Vertragsgesetzes von *Frank Münzel* in : <http://www.jura.uni-goettingen.de/chinarecht> (07.01.2005)

⁴³ § 322 VG

⁴⁴ vgl. § 323 VG

⁴⁵ vgl. § 323 VG

⁴⁶ vgl. so explizit § 323 VG

⁴⁷ § 324 Satz 2.

⁴⁸ vgl. § 330 VG

⁴⁹ vgl. § 11 VG

c) Verträge über den Technologietransfer (Übertragung von Technik)

Zum Gegenstand eines Vertrags zur Übertragung von Technologie gehört die Übertragung von Patenten, die Übertragung des Rechts, ein Patent zu beantragen, die Übertragung technischer Geheimnisse und die Lizenz zur Anwendung von Patenten. Der Vertrag über die Übertragung von Techniken bedarf der Schriftform⁵⁰.

d) Verträge über technische Beratung und Verträge über technische Dienstleistungen

Zu den Verträgen über technische Beratung gehören Verträge, nach denen für bestimmte technische Vorhaben die Beweisführung der Durchführbarkeit, technische Prognosen, technische Untersuchungen besonderer Fragen, analysierende und bewertende Berichte und anderes gestellt werden. Verträge über technische Dienstleistungen sind Verträge, nach denen eine Partei mit technischem Wissen für die andere Partei bestimmte technische Fragen löst; nicht dazu gehören Bauleistungsverträge und Werkverträge⁵¹.

e) sachlicher Anwendungsbereich des Vertragsgesetzes

Das Vertragsgesetz gilt ab 1. Oktober 1999 in seinem Allgemeinen Teil für sämtliche zivilrechtlichen Verträge; es ist allerdings keine vollständige Zivilrechtskodifikation.⁵² Hiervon unberührt bleiben **andere zivilrechtliche Bestimmungen**, die mit dem Erlaß des Vertragsgesetzbuches nicht aufgehoben worden und daher noch in Kraft sind⁵³. Das Vertragsgesetz wird ergänzt durch die Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts (AGZ)⁵⁴ sowie die vom Obersten Volksgericht herausgegebenen Ansichten⁵⁵, die für die für untergeordnete Gerichte bindend sind⁵⁶. Das Vertragsgesetz ist **subsidiär** gegenüber bestehenden Gesetzen, die vertragliche Regelungen enthalten, so z.B. bei internationalen Technologietransferverträgen, soweit diese in spezielleren Gesetzen gesonderte Berücksichtigung gefunden haben⁵⁷. Die Parteien eines Vertrags mit Auslandsbezug können das bei der Regelung von Vertragsstreitigkeiten anzuwendende Recht frei wählen, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist⁵⁸. Wenn die Parteien eines Vertrags mit Auslandsbezug keine Wahl getroffen haben, wird das Recht des Staates mit der engsten Verbindung zum Vertrag angewandt, das bei Technologietransferverträgen im Regelfall die VR China sein dürfte⁵⁹. Grundsätzlich gilt folgendes: Auf im Gebiet der VR China zu erfüllende Verträge über chinesisch-ausländische mit gemeinsamem Kapital betriebene Unternehmen, über chinesisch-ausländische kooperativ betriebene Unternehmen und über chinesisch-ausländische gemeinsame Erschließung und Ausbeutung natürlicher Ressourcen wird das Recht der VR China angewandt⁶⁰. Mängel der Schriftform werden durch Erfüllung der Hauptpflicht und deren Annahme geheilt⁶¹.

⁵⁰ vgl. § 342 VG

⁵¹ vgl. § 356 VG

⁵² nicht im Vertragsgesetz geregelt sind Familien- und Erbrecht sowie das Recht der unerlaubten Handlungen und das Produkthaftungsrecht; auch das Immobilienrecht ist außerhalb des Vertragsgesetzes geregelt.

⁵³ zu den Schwierigkeiten der Auslegung von chinesischem Gesetzesrecht im Ausland, siehe *Harro v. Senger*, Einführung in das chinesische Recht, München, 1994, S. 175 ff., 191, 192 ff.

⁵⁴ Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts der VR China, verabschiedet auf der 4. Sitzung des 6. Nationalen Volkskongresses am 12.4.1986, die ergänzt werden durch „Versuchsweise durchgeführte Ansichten des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Anwendung der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts der VR China“, am 26.1.1988 von der Urteilkommission des Gerichts verabschiedet und am 2.4.1988 mit Fa (ban) fa 1988/6 den Gerichten mitgeteilt, vgl. *Frank Münzel* aaO.

⁵⁵ Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des Vertragsgesetzes, bekanntgemacht am 19.12.1999, in Kraft am 29.12.1999, vgl. hierzu die Übersetzung und die Quellenangabe von *Frank Münzel* in Fn. 42.

⁵⁶ *Tobias Beuchert/YU Rong*, Regelungen zur Rechtsgeschäftslehre, in: *Shao/Drewes* (Hrsg.), Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, Hamburg, 2001, S. 17.

⁵⁷ vgl. § 123 VG

⁵⁸ vgl. § 126 VG

⁵⁹ vgl. § 126 VG

⁶⁰ vgl. § 126 VG

⁶¹ vgl. § 37 VG

6. Rechtslage für den Import- und Export von Hochtechnologie

a) Rechtslage bis 2001

Alte ehemalige Regelungen zwangen die Importeure von westlicher Technologie zu einer Lizenzierung bzw. Genehmigung. Ohne Genehmigung staatlicher Stellen konnte geistiges Eigentum nicht übertragen werden. Besonderes Kennzeichen des Verfahrens war die Vorlage einer Machbarkeitsstudie (feasibility study) gegenüber der zuständigen Verwaltung, die dann aufgrund dieser Studie über den Fortgang oder den Abschluss eines Vertrages zu entscheiden hatte. Nach Vertragsabschluß mussten die Verträge vorgelegt werden, die nicht nur formell, sondern inhaltlich geprüft wurden. Die Parteien waren in der Regel nicht sonderlich erbaut ob dieser Vorgänge, so dass erste Lockerungen durch **Versuchsweise Bestimmungen** ab 1996 durch das Außenhandelsministerium ermöglicht wurden⁶². Nachteile des alten Lizenzierungssystems lagen in der Laufzeit: max. 10 Jahre mit eng begrenzten Ausnahmen, bei Patenten war eine Laufzeitverlängerung überhaupt nicht möglich. Natürliche Personen durften nicht handeln, nur Kapitalgesellschaften⁶³. Von besonderem Interesse: Geheimhaltungsvereinbarungen waren nach altem Recht grundsätzlich nur für den Zeitraum der Vertragsdauer wirksam⁶⁴. Nach altem Recht fiel die lizenzierte Technologie nach Ablauf der Vertragslaufzeit automatisch an den Lizenznehmer zur freien Benutzung⁶⁵. Diese gesetzlichen Bestimmungen gelten indes nicht mehr. Ausnahmen bestehen jedoch z.B. bei der Einbringung von Technologie in ein Joint Venture (dazu gleich mehr).

b) Sachlicher Anwendungsbereich der Verwaltungsbestimmungen für den Technologieimport und- Export vom 10. Dezember 2001

Die Änderungen, die zu der jetzigen Rechtslage geführt haben, erfolgten vor dem Hintergrund des WTO-Beitritts. **Die Verwaltungsbestimmungen für den Technologieimport und- Export vom 10. Dezember 2001**⁶⁶, sind zum 1. Januar 2002 in Kraft getreten. Der sachliche Anwendungsbereich der Bestimmungen ist derart weit gefaßt, dass jedwede Technologie gleich welcher Form, ob verkörpert oder nicht körperlich dem Anwendungsbereich unterfällt. Allerdings: trotz aller Liberalität, die mit dem WTO-System Einzug hält, ist die Zweckrichtung des Gesetzes und die in ihm verankerten politischen Richtlinien, die Ermessen und Auslegung in Zweifelsfällen steuern, nicht nur deklaratorischer Natur. Die Zweckrichtung der Bestimmungen wird anhand der Formulierung deutlich, dass die Einfuhr von Technologie der gesellschaftlichen Entwicklung zu entsprechen und der **Wahrung der Rechte und Interessen Chinas hinsichtlich von Wirtschaft und Technik** zu nutzen hat. Somit ist hinreichend nachvollziehbar, welcher Akzent in Zweifelsfällen oder im Rahmen der Ermessensausübung durch die Exekutive gesetzt wird.

c) Einfuhr von Technik

Der (WTO-konforme) Grundsatz lautet, dass die Einfuhr von Technik grundsätzlich frei ist und keiner gesonderten öffentlich-rechtlichen Genehmigung bedarf, es sei denn, gesonderte gesetzliche Bestimmungen (Gesetze und Verwaltungsrechtsbestimmungen) sehen ein besonderes Verfahren vor, was nicht selten der Fall ist.

d) Genehmigungsverfahren auf Erteilung einer Lizenz zum Abschluss eines Technologietransfervertrages

⁶² vgl. hierzu *Pattloch, Thomas*, Die Neuordnung des internationalen Technologietransfers in der VR China, GRURInt 2003, S. 696

⁶³ durch das revidierte Außenhandelsgesetz gilt heute eine andere Regelung

⁶⁴ *Pattloch*, aaO., S. 697

⁶⁵ *ders.*, aaO.

⁶⁶ Übersetzung und Kommentierung von Gabriele Jacob, in: Robert Heuser/Roland Klein, Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 399, Hamburg, 2004.

aa) Der Ablauf des formellen Lizenzierungsverfahren

Die Einfuhr von praktikabler, fortschrittlicher und moderner Technik wird vom Staat unterstützt, wie es in § 7 der Bestimmungen programmatisch heißt. Zu unterscheiden sind freie, beschränkte und verbotene Techniken. Das MOC gibt Listen der Technik heraus, die verboten oder beschränkt sind⁶⁷. Technik, die verboten ist, darf nicht eingeführt werden⁶⁸. Die Einfuhr von beschränkter Technik ist erst dann zulässig, wenn zuvor ein Lizenzsystem durchgeführt worden ist⁶⁹. Besonderheiten gelten bei sog. freier Technik, also solche, deren Import weder verboten noch beschränkt ist, die lediglich einer deklaratorischen Registrierung, (was eine schwächere Form eines Genehmigungsverfahrens ist und im deutschen Verwaltungsrecht mit einer behördlichen Anzeige vergleichbar ist) bedarf. Hierfür die der zuständigen Behörde folgende Dokumente vorzulegen sind:

- Antrag auf Registrierung des Technikimportvertrags
- Kopie des Technikimportvertrags
- Beweisdokumente zum rechtlichen Status der vertragsunterzeichnenden Parteien (vgl. § 18).

Der Vertrag über den Technologietransfer bei freier Technik zwischen dem (z.B.) deutschen Importeur und dem chinesischen Unternehmen wird unmittelbar wirksam und ist –im Gegensatz zu der beschränkten Technik- nicht abhängig von der Registrierung⁷⁰

Besonderheiten gelten für die der Kategorie der beschränkten Technik unterfallenden Gegenständen. Während sog. verbotene Technik nicht eingeführt werden darf (§ 17), ist beschränkte Technik importfähig, allerdings erst nach vorheriger Genehmigung durch die zuständigen Behörden. Ob dieser Verfahrensschritt dem in unseren Denkkategorien bekannten präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt entspricht, ist unerheblich. Grundrechte, die einen durchsetzbaren Anspruch auf Genehmigung erzeugen, sind nicht hinreichend klar erkennbar. Soweit es sich bei dem importierten Gegenstand um Technologie handelt, die als **beschränkte Technik** gilt, ist zwingend vor der Ausfuhr ein Lizenzierungsverfahren durchzuführen; ohne Lizenz ist ein Import verboten. Nach Einreichung und Prüfung wird durch die zuständige Behörde ein amtliches aber vorläufiges Dokument über die Absicht der Lizenzierung eines Technikimports ausgestellt. Erst nach Erhalt dieses Dokuments ist der Abschluss eines Technikimportvertrages möglich, der in einem nächsten Schritt zur Beantragung einer endgültigen Lizenz in Kopie einzureichen ist. **Der Technikimportvertrag wird am Tag der Lizenzerteilung wirksam (§§ 11-16)**. Die Beendigung des Vertrages ist meldepflichtig (§ 21 Satz 2). Änderungen eines Vertrages während der genehmigten Laufzeit bedürfen einer Lizenzierung, so dass sämtliche Genehmigungsschritte in dem Lizenzierungsverfahren erneut zu durchlaufen sind (§ 21 Satz 1).

bb) Materielle Prüfkriterien im Lizenzierungsverfahren

Das MOC prüft die Verträge inhaltlich. Besondere Vertragsklauseln spielen eine erhebliche Rolle. In der Praxis findet sich die Empfehlung, auch bei neuer und scheinbar freier Technologie das Registrierungsverfahren abzuwarten und erst dann mit der Erfüllung und Abwicklung des Vertrags zu beginnen. Die Problematik dürfte sich in Grenzfällen auftun, wenn der Inhalt des Vertrags sowohl der freien als auch der beschränkten Technologie zugehörig sein kann und eine eindeutige Differenzierung Schwierigkeiten bereitet. In diesem Fall liegt es auf der Hand, dass die Frage einer Vertragswirksamkeit, die ja an das formelle Verfahren gebunden ist, durch die Entscheidung des MOC

⁶⁷ Vgl. § 8 Satz 2

⁶⁸ Vgl. § 9

⁶⁹ vgl. § 10

⁷⁰ vgl. § 17 und Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen des Vertragsgesetzes vom 29.12.1999, in: Frank Münzel, Chinas Recht 2001.1 15.3.1999/1, zu § 44 Vertragsgesetzbuch; Internetadresse siehe Fn. 42

über die Zuordnung der Technologie getroffen wird. Auf folgende materielle Prüfkriterien kommt es bei dem Genehmigungsverfahren an:

(1) Garantien des Lizenzgebers

Erforderlich ist die Garantie, dass der importierende Beteiligte rechtmäßiger Inhaber der gelieferten Technik und hinreichend legitimiert ist, die Technik zu übertragen oder zu lizenzieren⁷¹. Der Lizenzgeber eines Technikimportvertrages hat des weiteren zu garantieren, dass die von ihm gelieferte Technik **vollständig, fehlerfrei, wirksam und zur Erreichung der technischen Zielsetzung** geeignet ist. Es liegt auf der Hand, dass etwaige Schadensersatzansprüche über diese Klausel geleitet werden, bis hin zu nicht auszuschließenden Produkthaftungsansprüchen⁷², bei denen der maßgebliche Fehler nicht in der Produktion, sondern durchaus in der gelieferten Technik letztendlich von ermittelnden chinesischen Behörden verortet werden kann⁷³. Letztlich dürfte einer administrativen Behauptung, die gelieferte Technik sei nicht geeignet, die technische Zielsetzung zu erreichen, schwerlich Erhebliches entgegengesetzt werden können.

Als eine besondere Finesse dürfte sich in der Praxis die Bestimmung des § 28 erweisen. Danach können die Parteien eines Technologievertrages nach dem Ende der vertraglich festgelegten Laufzeit unter den Prinzipien der Fairness und der Vernunft über die weitere Nutzung verhandeln. Mit dieser „Verhandlungsoption“ ist jedenfalls strikt ausgeschlossen, dass die Lizenz erlischt; ebenso ist ausgeschlossen, dass nach der Vertragslaufzeit der Lizenznehmer das ausschließliche Recht erhält, die Lizenz weiter zu nutzen, wie es nach den Vorläuferregelungen der Fall war⁷⁴. Fairness und Vernunft lassen je nach Standpunkt unterschiedliche Vorstellungen zu.

(2) Verbot restriktiver Bestimmungen

Einer materiellen, inhaltlichen Prüfung werden die Technikverträge vor allem im Hinblick auf das Verbot restriktiver Bestimmungen unterzogen, die zu vermeiden im Interesse einer zügigen Geschäftsabwicklung liegen dürfte. Dabei verdienen bei der Abfassung eines Technologietransfervertrages folgende Punkte besondere Beachtung⁷⁵:

- Kopplungsgeschäfte
- Weitere Entrichtung von Nutzungsgebühren nach Ablauf des Patents
- Keine Beschränkung, die Technik zu verbessern oder eine verbesserte Technik zu nutzen
- Keine Beschränkung aus anderen Quellen Technik zu erwerben, die der gelieferten ähnlich oder in Konkurrenz steht
- Bezugskanäle und Quellen zu beschränken
- Beschränkung der hergestellten Menge, Produktarten und Preisen
- Exportwege unvernünftig zu beschränken.

e) Geheimhaltungsklauseln

Die Mitarbeiter der Genehmigungsbehörden (Ministry of Commerce) sind verpflichtet, die im Rahmen der Verwaltungsverfahren bekannt gewordenen Geschäftsgeheimnisse geheim zu halten. Ebenfalls sind die beiden Vertragspartner im Rahmen ihrer vertraglichen Vereinbarungen zur Ge-

⁷¹ vgl. § 24

⁷² zur Produkthaftung in China vgl. *Genhiz Chen*, Produkthaftung in der Volksrepublik China und Taiwan, Frankfurt a. M., 2001

⁷³ vgl. § 25

⁷⁴ siehe Fn. 56

⁷⁵ vgl. 29

heimhaltung verpflichtet⁷⁶. Die Verpflichtung entfällt nicht allein deshalb, weil der Vertrag nicht zustande kommt, nichtig ist und bleibt oder bei fehlender Zustimmung durch das MOC, wie sich aus § 43 Vertragsgesetz ergibt⁷⁷. Die Geheimhaltungsverpflichtungen werden durch strafrechtliche Normen abgesichert.

7. Technologietransfer vor dem Hintergrund des neuen Außenhandelsgesetz

Fraglich ist, ob und inwieweit das neue chinesische Außenhandelsgesetz (AHG) die Bestimmungen über die Verwaltung der Einfuhr- und Ausfuhr von Technik beeinflusst. Nach meinem Verständnis werden die bestehenden Verwaltungsbestimmungen durch das AHG mittelbar insofern geändert, als dass das revidierte AHG Freiheiten postuliert, die in etwaige Wertungsspielräume einfließen und in Teilen evtl. zu einer liberaleren Akzentuierung führen können. Im übrigen dürfte sich aus § 16 Ziffer 10 des AHG ergeben, dass die Verwaltungsbestimmungen nahtlos mit dem AHG verbunden werden können. Das neue chinesische Außenhandelsgesetz liegt bereits in zwei Übersetzungen in deutscher Sprache vor⁷⁸.

8. Technologietransfer vor dem Hintergrund des revidierten Außenhandelsgesetzes (AHG)

a) Überblick

Mit dem Erlaß des revidierten AHG 1. Juli 2004 ist ein weiterer Meilenstein auf dem Weg in die Welthandelsgemeinschaft gesetzt worden, auch wenn manche offene Fragen, wie z.B. die Verzahnung mit anderen Gesetzen und Verordnungen, die Auslegung und Interpretationen durch die zuständigen Verwaltungsbehörden zu klären und eine Vielzahl von Bestimmungen noch zu erlassen sein dürften⁷⁹. Das Außenhandelsgesetz ist von seiner Konzeption ein Rahmengesetz, das durch weitere, noch zu formulierende Bestimmungen klarere Konturen erhalten wird. Wesentlich ist, dass nunmehr auch natürliche Personen in China berechtigt sind, Außenhandel zu betreiben. Das bisherige Genehmigungsverfahren für Außenhandelsunternehmer wird aufgehoben und durch ein einfaches Registrierungsverfahren ersetzt, das in Deutschland am ehesten mit einem Anzeigeverfahren vergleichbar ist. Neben anderen administrativen Änderungen und Optimierungen, ist eine automatische Importgenehmigung für bestimmte Produkte vorgesehen, die nahezu frei eingeführt werden können. Um die TRIPS Vereinbarung zu erfüllen, wurde das Außenhandelsgesetz um den besonderen Schutz des geistigen Eigentums WTO-konform ausgestaltet.

b) Systematik des neuen Außenhandelsgesetzes

Das jetzt novellierte Außenhandelsgesetz hat seinen Ursprung in 1994 und damit in einer Zeit als China über den Beitritt in die WTO verhandelte. Das aus den 90ern stammende damalige Außen-

⁷⁶ vgl. §§ 23, 26.

⁷⁷ Pattloch, S. 702

⁷⁸ Übersetzung und knapper Kommentar zum neuen Foreign Trade Law von Robert Heuser, Die Integration der WTO in das chinesische Außenhandelsrecht, CHINA aktuell 2004, S. 528 ff (Deutsche Übersetzung des Außenhandelsgesetzes) sowie von Mathias Müller, Außenhandelsgesetz der VR China, ZChinR 2004, S. 250 ff.

⁷⁹ hierzu: Robert Heuser, Die Integration der WTO in das chinesische Außenhandelsrecht, CHINA aktuell 2004, S. 528 ff (Deutsche Übersetzung des Außenhandelsgesetzes); Hinrich Julius/Matthias Müller, Das neue chinesische Außenhandelsrecht, ZChinR 2004, S. 215 ff; Winfried Huck, China auf dem Weg in das WTO-System: Das neue Foreign Trade Law, in: Mitteilungsblatt des Chinesischen Zentrums Hannover, e.V. November 2004, in: China-Contact, Heft 11, 2004.; Neal Stender, Matthew McConkey & Bi XING, Coudert Brothers LLP, China's Foreign Trade Law Revised for WTO ERA, 7. Juni 2004, Hong-Kong; ders.: China's Foreign Trade Law Revised for WTO ERA, *China Law & Practise May 2004*, S. 14 ff; Dieter de Smet, Wenger; Vieli, Belser, China Legal Report, May 2004, The New Foreign Trade Law of the People's Republic of China, Beijing; Maarten Ross, Wang Jing & Co, Legal Newsletter, Issue 4 – April 2004, Dramatic Opening – up of Domestic Commerce and Foreign Trade, Guangzhou; Elaine LO/Andy YIP, China Adds New Link to Chain of Investment Opportunities, *asialaw*, May 2004, S. 33 ff; Sang KE, The new foreign trade law, *China Economic News* (no. 29) 2nd August, 2004, S. 5f; Shirley XU/Randall Peerenboom, Grand Opening: New Rules for Foreign Investment Break Open China's Commercial Sector, in: *China Law and Practice*, May 2004, S. 12.

handelsgesetz atmete den Geist der damaligen Zeit; Kontrolle durch administrative Vorgaben und andere behördliche Lenkungsinstrumente zur Regelung der Außenwirtschaft bestimmten den Kolorit eines auf 44 Artikel ausgelegten Gesetzes, das aber in der Praxis als schwer handhabbar galt. Das neue Außenhandelsgesetz ist in 11 Kapitel und 70 Artikel (wobei allein die Anzahl der Artikel keine qualitative Beurteilung erlaubt) unterteilt:

1. Allgemeine Regeln
2. Außenhandelsunternehmer (oder Außenhandelsbetreiber)⁸⁰
3. Ein- und Ausfuhr von Gütern und Technik
4. Internationaler Dienstleistungshandel
5. Schutz des geistigen Eigentums im Außenhandel
6. Ordnung des Außenhandels
7. Untersuchung zum Außenhandel
8. Schutzmaßnahmen im Außenhandel
9. Förderung des Außenhandels
10. Gesetzliche Haftung
11. Ergänzende Regelungen

c) Was wird unter Außenhandel verstanden und wer ist davon betroffen?

Unter Außenhandel ist der Import oder Export von Gütern, Technik und den internationalen Dienstleistungshandel zu verstehen (Art. 2). Der Außenhandelsunternehmer und damit das Rechtssubjekt, an das Rechtsfolgen anknüpfen, ist entweder eine registrierte juristische Person, eine Organisation oder eine natürliche Person, die Außenhandel betreiben (Art. 8).

d) Inwiefern ist der Grundsatz des freien Warenverkehrs verwirklicht?

Der Grundsatz des freien Warenhandels ist in Art. 14 fixiert: danach gestattet der Staat die freie Ein- und Ausfuhr von Gütern und Technik, es sei denn in Gesetzen oder Verwaltungsbestimmungen wird etwas anderes vorgeschrieben. Ob der Grundsatz: *in dubio pro libertate* zur Anwendung gelangt, wird abzuwarten sein. Auffällig ist eine Vielzahl von sehr weit gefassten Ausnahmeregelungen, die je nach Freiheitsgrad der Interpretation die Freiheit des Warenverkehrs durchaus auch empfindlich beeinträchtigen können.

e) Voraussetzungen für den Außenhandel

Die Voraussetzungen sind erheblich vereinfacht worden. Voraussetzung für die Geschäftstätigkeit ist lediglich eine (formale) Registrierung. Das Gesetz ermutigt eine Vielzahl von kleinen und mittleren Unternehmen Außenhandel zu betreiben (Art. 58). Gefördert wird auch die Entwicklung des Außenhandels in unterentwickelten Regionen und ethnisch autonomen Regionen (Artt. 58, 59).

f) Technologietransfer für vollständig investierte ausländische Unternehmen nach den Verwaltungsvorschriften für die Handelsaktivitäten ausländisch investierter Unternehmen?

Von dem Recht Außenhandel zu betreiben, ist die Frage zu unterscheiden, ob und in welchem Umfang ausländische investierte Unternehmen in China Waren oder Technologie importieren (und exportieren) dürfen. Auf diese Frage gibt das Außenhandelsgesetz keine Auskunft, wohl aber die **Verwaltungsvorschriften für die Handelsaktivitäten ausländisch investierter Unternehmen, die am 1. Juni 2004 in Kraft** getreten sind. Das besondere: die neue Außenhandelsfreiheit gilt auch für ausländische Unternehmen und Unternehmer. Der Marktzutritt auch für kleinere Gesellschaften sollte erheblich erleichtert werden. Falls keine Registrierung vorliegt, kann die fehlende Registrierung (ähnlich einer Anzeigeverpflichtung) mit einem Importagenten oder zugelassenen

⁸⁰ Vgl. die Übersetzungen von Heuser und Müller, Fn. 61.

Außenhandelsgesellschaften überbrückt werden. Das neue Gesetz eröffnet neue Chancen. Bisher konnten die 100 % Auslandsunternehmen (WFOE) in China nicht sämtlichen Geschäften nachgehen. Lediglich der Verkauf von in China hergestellten Produkten war im In- und Ausland möglich, nicht aber der Vertrieb von Exportware, oder von Waren und Gegenständen des im Ausland beheimateten Mutterhauses. Der Dienstleistungshandel wird gleichbehandelt. Es wird allen Unternehmen und auch Einzelpersonen gestattet, Import- und Exportgeschäfte zu tätigen, auch den ausländisch investierten Gesellschaften. Das neue Außenhandelsgesetz wird Einfluss auf die bisherige Unternehmensorganisation ausüben und Anlass zur Realisierung von Einsparpotentialen in den Vertriebsstrukturen bieten. Erstmals dürfen ausländisch investierte Unternehmen auch solche Waren verkaufen, die sie nicht selbst produziert haben, sondern z.B. von der Gesellschaft aus dem Ausland nach China importiert werden⁸¹.

g) Ab welchem Zeitpunkt und für welche Geschäftsfelder ist die Gründung ausschließlich ausländisch investierter Unternehmen zulässig?

Mit der Liberalisierung des Handels wird ab dem 11.12.2004 die Gründung ausschließlich ausländisch investierter Handelsunternehmen Wholly Foreign Owned Enterprise (WFOE) gestattet, deren Sitz nicht in bestimmten Wirtschaftszonen vorgeschrieben ist. Folgende Betätigungsfelder sind für die ausländisch investierten Handelsunternehmen vorgesehen:

1. *Vertretungsgeschäfte auf Provisionsbasis*
2. *Großhandel*
3. *Einzelhandel, auch durch Fernseh-, Telefon-, Versand-, Internet- oder Automatenverkauf*
4. *Franchise-geschäfte*

Ausländische Unternehmen, die eine der vier genannten Aktivitäten in der VR China durchführen möchten, müssen hierfür ein Handelsunternehmens in der VR China gründen. Bestehende Unternehmen dürfen ihre Geschäftsbasis verbreitern und in den vier Geschäftsfeldern aktiv werden, was die Beantragung oder die Erweiterung einer Geschäftslizenz üblicherweise voraussetzt. Die endgültige Genehmigung erteilt das Ministry of Commerce, Beijing, (MOC). Bis zu diesem Zeitpunkt wird durch die primär zuständigen lokalen Behörden eine vorläufige Genehmigung erteilt. Genehmigungsverfahren sollen die Dauer von 3 Monaten für eine Zulassung oder für die Entscheidung über eine Versagung nicht überschreiten. Bestimmte Waren unterliegen besondere Beschränkungen und speziellen Bestimmungen. Teilweise ist der Handel nicht erlaubt (Tabak und Salz) oder aber erst ab einem bestimmten Datum zulässig (z.B. Kunstdünger: nicht vor dem 11.12.2006 oder Medikamente nicht vor dem 11.12.2004). Für den Vertrieb von Kraftfahrzeugen werden noch gesonderte Bestimmungen erlassen⁸².

h) Welches Grundkapital ist zur Gründung einer Gesellschaft in China erforderlich?

Die neuen Verwaltungsvorschriften zur Gründung sehen keine spezielle Mindestkapitalausstattung für ausländische Unternehmen vor, die Außenhandel betreiben wollen. Die neue ausländische in-

⁸¹ Hierzu auch Fn. 59; *Horst Suhren/Wenbao Qiao*, Vereinfachte Regelungen für ausländische Investoren in der chinesischen Werbebranche, in: Mitteilungsblatt des Chinesischen Zentrums Hannover, e.V. November 2004, in: China-Contact, Heft 11, 2004. Vgl. zum Ganzen *Elaine LO/Andy YIP*, China Adds New Link to Chain of Investment Opportunities, *asialaw*, May 2004, S. 33 ff; *Roland Klein*, VR China erlässt neue Verwaltungsvorschriften für Handelsaktivitäten ausländisch investierter Unternehmen, in: Deutsch-Chinesische Wirtschaftsvereinigung, 2004, Düsseldorf.; *Jan Burschmann*, Die chinesischen Verwaltungsvorschriften für ausländisch investierte Unternehmen im Handelssektor von 1999 und 2004 im Vergleich, *ZChinR* 2004, S. 244 ff.;

⁸² vgl. im einzelnen den **Anhang zum Branchenkatalog zur Lenkung ausländischer Investitionen der VR China** am 11.3.2002 von der Staatlichen Entwicklungskommission, der Staatlichen Wirtschafts- und Handelskommission und dem Ministerium für Außenhandel und wirtschaftliche Zusammenarbeit erlassen; deutsche Übersetzung von *Roland Klein*, in: Robert Heuser/Roland Klein (Hrsg.), *Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China*, S. 64 ff, Hamburg, 2004.

vestierte Gesellschaft hat die Kapitalanforderungen des chinesischen Gesellschaftsrechts zu erfüllen: Rmb 500.000 für ein Unternehmen im Großhandel und Rmb 300.000 für ein Einzelhandelsunternehmen.

i) Übereinstimmung mit den Verpflichtungen aus dem WTO-System?

Zwar ist es das erklärte Ziel, mit dem Außenhandelsgesetz die Verpflichtungen zur Anpassung an die WTO Rechtsordnung zu erfüllen, aber eine nicht gerade geringfügige Zahl an Bestimmungen ermächtigen die zuständigen Stellen zu „erforderlichen“ Maßnahmen, deren Inhalt, Ausmaß und Umfang nicht vorhersehbar sein dürften. Andererseits ist zu sehen, dass China zumindest die Klagemöglichkeit wegen Verletzung von WTO Recht eingeräumt hat, was möglicherweise als Korrektur wirken kann. Bedenken im Hinblick auf die WTO-Konformität werden z.B. bei den weit formulierten Bedingungen der in Art. 16 gelisteten Beschränkungen und Verbote angemeldet. Zum Aufbau oder zum beschleunigten Aufbau einer besonderen inländischen Industrie, dürfen Einfuhren beschränkt werden (Art. 16 Nr. 7). Fraglich bleibt ob und ggf. in welchem Umfang für die Ein- und Ausfuhr bestimmter Güter ausschließlich Staatsunternehmen beauftragt werden (Art. 11).

j) (Vorläufiges) Fazit

Es wäre verfrüht, schon heute die neuen Bestimmungen der Außenhandelsordnung (Außenhandelsgesetz und Distributionsvorschriften) zu beurteilen, zumal eine Vielzahl von Ausführungsbestimmungen noch zu schaffen, manche Bestimmungen noch gar nicht in Kraft getreten sind und die Klarheit über die Interpretation zahlreicher unbestimmter Begriffe noch fehlt. Zudem: die Qualität eines Gesetzes und der mit ihm verfolgten Ziele, zeigt sich in der täglichen Praxis, deren Ergebnisse zur Zeit noch auf sich warten lassen. Das neue Außenhandelsgesetz ist ein weiterer, herausragender Schritt bei der Angleichung der Rechtsverhältnisse an das WTO-System. Beschränkungen für ausländische Unternehmen sind gefallen. Der Zugang zum chinesischen Markt ist für ausländische Unternehmen ab dem 11.12.2004 erheblich einfacher. Zahlreiche Unternehmen werden ihre bisherigen Vertriebsstrukturen überprüfen und den Blick auf denkbare Einsparpotentiale durch Umstrukturierungen lenken. Insgesamt liegt ein Gesetz vor, dass trotz mancher Bedenken Unternehmer nicht nur im deutschsprachigen Raum ermuntern sollte, ihren bisherigen Aktivitäten ein China-Engagement folgen zu lassen⁸³, bei dem –auch mit neuer Außenhandelsordnung– die Abwesenheit von Überraschungen und Nebenwirkungen nicht garantiert werden kann.

9. TECHNOLOGIETRANSFER DURCH DIE EINBRINGUNG VON TECHNOLOGIE Z.B. IN DT.-CHIN. GESELLSCHAFTEN

a) Überblick zum formellen und materiellen Rahmen des Technologietransfers

Die Übertragung von Technologie kann endgültig sein, indem eine Technologie dauerhaft an eine Person veräußert und übertragen wird. In der Praxis weiter verbreitet ist die zeitlich befristete Übertragung einer Technologie in Form einer Lizenz. Technologietransfer kann aber auch durch die Einbringung einer entsprechenden Einlage bei der Gründung einer chinesischen Gesellschaft erfolgen. Nach § 22 der Bestimmungen der Volksrepublik China über die Verwaltung der Einfuhr und Ausfuhr von Technik⁸⁴, kann bei der Gründung einer Foreign Invested Enterprise (CJV, EJV, WFOE) von ausländischer Seite Technik als Kapitalbeitrag investiert werden. Für die Einfuhr dieser Technik sind die jeweiligen Verfahren zur Untersuchung und Genehmigung der Errichtung eines ausländisch investierten Gesellschaft zu beachten.

⁸³ hierzu das lesenswerte Interview mit *Kirsten Lange*: Kein Unternehmen kann es sich leisten, nicht über China nachzudenken, in: *drive&Control* Heft 1, S. 5-7: „Nicht jedes Unternehmen muss nach China, aber kein Unternehmen kann es sich leisten, nicht darüber nachzudenken“.

⁸⁴ Siehe hierzu Punkt IV. 5 m.w.Nachw.

Die in China gesetzlich zur Verfügung stehenden Investitionsvehikel für ausländisches Kapital werden unter dem Dachbegriff der **Foreign Invested Enterprises** (FIE) zusammengefasst. Es handelt sich dabei um drei unterschiedliche formale gesetzliche Strukturvorgaben: Das Gemeinschaftsunternehmen mit chinesischer und ausländischer Kapitalbeteiligung (Equity Joint Venture - EJV), das chin.-ausländisch kooperative Joint Venture (Contractual Joint Venture-CJV) und das Wholly Foreign Owned Enterprise (WFOE)⁸⁵. In materiell-gegenständlicher Hinsicht wird das Direktinvestitionsrecht geprägt durch die am 11.2.2002 verkündeten **Vorschriften zur Lenkung ausländischer Investitionen**⁸⁶. Der Zweck der Lenkungsrichtlinien ist darauf gerichtet, die Investitionen mit der volkswirtschaftlichen und sozialen Entwicklungsplanung in Einklang zu bringen⁸⁷. Die Vorschriften werden angewandt auf ausländische Investitionsprojekte, die in der Form der Foreign Invested Enterprises verfolgt werden sowie auf Projekte der Investition ausländischer Firmen in anderen Formen (FIP)⁸⁸. Ausländische Investitionsprojekte werden in vier Kategorien, nämlich geförderte, gestattete, eingeschränkte und verbotene Projekte unterteilt⁸⁹. Der **Branchenkatalog zur Lenkung ausländischer Investitionen der VR China**⁹⁰ erfasst in großer Zahl unterschiedliche Infrarstrukturprojekte und Industrieanlagen. Aufschlussreich ist auch der Anhang, in dem für Telekommunikationsvorhaben und Handel unterschiedliche bis zum Jahr 2007 zeitliche Beschränkungen gelten⁹¹. Gefördert werden Technologieprojekte, in unterschiedlichen Branchen, insbesondere auch Anwendungen der *Hochtechnologie* (§ 5 Abs. 2 der Vorschriften zur Lenkung ausl. Investitionen). Darüber hinaus wurde ein neuer Katalog herausgegeben, der die Entwicklungsplanung der Gebiete in Zentral- und Westchina in den Mittelpunkt rückt. Der „**Katalog zur Lenkung ausländischer Investitionen in den vorherrschenden Industrien der Zentral- und Westregionen**“ von 2000 unterscheidet nicht zwischen Kategorien, sondern zwischen Provinzen, in denen sämtliche 225 Industriebereiche der Kategorie gefördert unterfallen⁹².

Die Einzelheiten für die nach chinesischem Recht zulässige Form der Kapitalaufbringung durch Technologietransfer sind in den jeweiligen Durchführungsbestimmungen zu den einzelnen Gesetzen der FIE normiert.

b) Joint Venture

In dem für Equity Joint Venture maßgeblichen Gesetz⁹³ wird die Einbringung von Technologie als Investition insoweit als zulässig anerkannt, als die eingebrachte Technologie fortschrittlich ist und

⁸⁵ Zum ganzen einschließlich Nachweise siehe *Jens Steinbach*, Einfluss des TRIMs-Abkommens auf das chinesische Recht für ausländische Direktinvestitionen, in: Robert Heuser/Roland Klein (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 399, Hamburg, 2004, S. 67, 70; *Magdalena Harnischfeger-Ksoll/M.Floran Ranft*, in: Handbuch Wirtschaft und Recht in Asien, Länderteil China, Kap. C IV., Rz. 38 ff., 1999, München; zur Übertragung von Technologie siehe ferner: *Andreas Diehn*, Das Recht der Investitionen in China, S. 198, 205f. 2000, Baden-Baden; Christian Wolff, das internationale Wirtschaftsrecht der VR China, 1999, Heidelberg, S. 77ff.

⁸⁶ die am 11.2.2002 vom Staatsrat verkündeten „Vorschriften zur Lenkung ausländischer Investitionen“ liegen in deutscher Übersetzung vor, siehe *Wibke Pannenberg*, in: Robert Heuser/Roland Klein (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 38 ff, Hamburg, 2004.

⁸⁷ § 1 der Vorschriften in der Übersetzung von *Wibke Pannenberg*, aaO.

⁸⁸ § 2 der Vorschriften in der Übersetzung von *Wibke Pannenberg*, aaO.

⁸⁹ § 4 der Vorschriften in der Übersetzung von *Wibke Pannenberg*, aaO.

⁹⁰ Branchenkatalog zur Lenkung ausländischer Investitionen der VR China am 11.3.2002 von der Staatlichen Entwicklungskommission, der Staatlichen Wirtschafts- und Handelskommission und dem Ministerium für Außenhandel und wirtschaftliche Zusammenarbeit erlassen; deutsche Übersetzung von *Roland Klein*, in: Robert Heuser/Roland Klein (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 42 ff, 66, Hamburg, 2004.

⁹¹ Vgl. die Übersetzung von *Roland Klein* aaO.

⁹² instruktiv *Wibke Pannenberg*, Neue Lenkungsrichtlinien für ausländische Investitionen, in: Robert Heuser/Roland Klein (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 36 m.w. Nachw. Hamburg, 2004.

⁹³ Gesetz der VR China über gemeinschaftlich betriebene Unternehmen chinesisch-ausländischer Kapitalbeteiligung vom 1.7.1979, zuletzt revidiert am 15.3.2001; deutsche Übersetzung und w. Nachw. bei *Thomas Heine*, in: Robert Heuser/Huck, Rahmenbedingungen für den Technologietransfer von China nach Deutschland, 12.01.2005

den Bedürfnissen Chinas wirklich (!) dienen kann. Stellt sich nachträglich heraus, dass vorsätzlich veraltete Technologie bereitgestellt wurde, die zu einem Schaden führt, ist Ersatz zu leisten⁹⁴.

In den **Durchführungsbestimmungen zum Gesetz der VR China über gemeinschaftlich betriebene Unternehmen mit chinesischer und ausländischer Kapitalbeteiligung**⁹⁵ (Equity Joint Venture) wird bestimmt unter welchen Genehmigungsvoraussetzungen Technologie als Kapital der Gesellschaft zur Verfügung gestellt werden kann. Wird Know-how oder Technologie als Kapital zur Gründung einer Gesellschaft aufgebracht, sind folgende Schritte zu beachten⁹⁶:

- Maschinen oder Anlagen müssen für die Produktion erforderlich sein (§ 24)
- Umfassende Dokumentation (Anhang zum EJV-Vertrag) über das Know How einschließlich Kopien der Patenturkunden, Dokumente zu den technischen Merkmalen, dem Anwendungswert, Grundlagen für die Wertberechnung (§ 26)
- Genehmigungserteilung durch Prüfungs- und Genehmigungsorgan (§ 27)
- Erbringungsfrist innerhalb der im Vertrag bestimmten Frist (§ 28)

Kommt es dabei zu einer Technikeinfuhr, bei der das EJV die erforderliche Technik im Wege des Technologietransfers erhält, so werden u.a. zusätzliche Bestimmungen geprüft (§ 40):

- Technik muss praktisch anwendbar und fortgeschritten sein (§ 41) ;
- Produkte verfügen über einen beträchtlichen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Nutzeffekt oder sind auf dem Weltmarkt konkurrenzfähig (§ 41);
- Recht des EJV auf unabhängige Geschäftstätigkeit muss gewahrt bleiben und es ist eine umfassende Dokumentation zu erstellen (§§ 42, 26);
- Genehmigungserfordernis des Techniktransfervertrages im Hinblick auf nachfolgende Punkte (§ 43):
 - Faire und vernünftige Kosten für die Nutzung der Technik;
 - Keine Beschränkung bezüglich der Regionen, Mengen und Preise der exportierenden Produkte;
 - Laufzeitbegrenzung in der Regel nicht mehr als 10 Jahre (es kann Ausnahmen geben);
 - Nach 10 Jahren ist die Technik importierende Seite berechtigt, die betreffende Technik fortzubeneutzen;
 - Die Bedingungen über den gegenseitigen Austausch von Informationen über eine Technikverbesserung müssen gleich sein;
 - Verbot unvernünftiger Beschränkungsklauseln, die in chinesischen Gesetzen und Rechtsbestimmungen untersagt sind.
 -

Nicht patentierte Technologien sind als Investitionsform bei dem Contractual Joint Venture (CVJ) zulässig, wie sich aus § 8 des **Gesetzes der VR China über chinesisch-ausländisch kooperativ betriebene Unternehmen** ergibt⁹⁷.

ser/Roland Klein (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 64, 82 Hamburg, 2004.

⁹⁴ so § 5 des in Fn. 72 genannten Gesetzes in der Übersetzung von *Thomas Heine* aaO.

⁹⁵ Übersetzung *Robert Heuser*, in: Robert Heuser/Roland Klein (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 83, 101, Hamburg, 2004, aaO., S 83 ff, 101.

⁹⁶ § 25 der Durchführungsbestimmungen

⁹⁷ **Gesetz der VR China über chinesisch-ausländisch kooperativ betriebene Unternehmen vom 13.4.1988, zuletzt revidiert am 31.10.2000**, in deutscher Übersetzung von *Thomas Heine*, in: Robert Heuser/Roland Klein (Hrsg.), Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 102,106, Hamburg, 2004, mit weiteren Hinweisen zu den seit 1995 geltenden Durchführungsbestimmungen, vgl. S. 106 Fn. 80 f.

Huck, Rahmenbedingungen für den Technologietransfer von China nach Deutschland, 12.01.2005

c) Ausschließlich ausländisch kapitalisierte Unternehmen –WFOE-

Ausschließlich ausländisch kapitalisierte Unternehmen werden ermuntert, in technisch fortschrittlichen Branchen tätig zu werden (§ 3 des **Gesetzes der VR China über ausschließlich ausländisch kapitalisierte Unternehmen**)⁹⁸. Die Einzelheiten für die gesellschaftsrechtliche Kapitalerbringung durch Know How oder Technologie sind in den **Durchführungsregelungen zum Gesetz der VR China über ausschließlich ausländisch kapitalisierte Unternehmen** vom 12.12.1990, revidiert am 12.4.2001⁹⁹ näher geregelt. Die Bewertung der zur Gründung einer Gesellschaft zulässigerweise eingebrachten Technologie wird von dritter Seite vorgenommen. Dem Antrag zur Gründung der Gesellschaft ist u.a. die Produktionstechnik, das technische Niveau und die Herkunft der Technik nachzuweisen. Der ausländische Investor kann neben Maschinen und Anlagen, auch industrielle Eigentumsrechte und Know How investieren¹⁰⁰. Werden Know How oder industrielle Eigentumsrechte als Kapitaleinlage eingebracht, ist detailliertes Datenmaterial der Genehmigungsbehörde vorzulegen. Die Bewertung hat internationalen Standards zu entsprechen. Der Bewertungsbetrag darf 20 % des registrierten Kapitals der WFOE nicht übersteigen¹⁰¹.

10. TECHNOLOGIETRANSFER DURCH ÜBERTRAGUNG GEISTIGEN EIGENTUMS

Der Schutz der Immaterialgüterrechte in der VR China ist zwar gesetzlich geregelt, gleichwohl fehlt es –auch kulturell bedingt- an dem erforderlichen Rechtsbewusstsein für das „geistige Eigentum“. Die Produktpiraterie in ihren mannigfaltigen Erscheinungsformen (nicht nur Uhren und Luxusmarkenartikel, auch Fahrzeuge, Medikamente, Industrieanlagen) legt ein beredtes Zeugnis vom Zustand des Wirtschaftsrechts in der Praxis ab. Das Wachstum in der Hochtechnologie benötigt einen verlässlichen materiellrechtlichen Ordnungsrahmen, der durchsetzbar ist. Berechtigte Hoffnungen werden in technische Verfahren, Sicherheitsetiketten, Transponderverfahren, Spezialtinten (von Hologrammen wird wegen sehr guter Kopien inzwischen abgeraten) und andere technische innovative Echtheitsnachweise gesetzt. Empfohlen wird in der Praxis, enge Kontakte zu den Zollbehörden zu pflegen, die als Partner im Kampf gegen Produktpiraten verstanden werden. Neue Bestimmungen belegen diesen Trend¹⁰². Mitunter bleibt nur die Erkenntnis, dass lediglich der Innovationsvorsprung im Markt aufgrund technisch überlegener Produkte die Marktführerschaft sichere. Trotzdem empfehlen (zu Recht) die Experten, gewerbliche Schutzrechte dringend und umfassend (nicht nur die Marke, sondern auch, Patente, Geschmacksmuster etc.) einzutragen. Was so selbstverständlich scheint, entpuppt sich in der unternehmerischen Praxis manches Mal als vernachlässigte Handlungsvorgabe. Branchenexperten unterschiedlicher Herkunft haben mehr als einen lehrreichen Fall im Repertoire¹⁰³.

Der Begriff „Geistiges Eigentum“ umfasst im Sinne des TRIPS alles Arten des geistigen Eigentums vgl. Art. 1 Abs. 2 TRIPS: Urheberrechte, Marken, geographische Angaben, Gewerbliche Muster, Patente, Layout-Designs (Topographien) integrierter Schaltkreise, Schutz nicht offenbarter Informationen). Mit dem Beitritt der VR China zur WTO wurde das chinesische Recht des geistigen Eigentums an den Vorgaben der Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) überprüft

⁹⁸ **Gesetz der VR China über ausschließlich ausländisch kapitalisierte Unternehmen vom 12.4.1986, zuletzt revidiert am 31.12.2000**, vgl. die deutsche Übersetzung von *Thomas Heine*, in: Robert Heuser/Roland Klein (Hrsg.), *Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China*, S. 107,110,Hamburg, 2004.

⁹⁹ Übersetzung von *Robert Heuser*, in: Robert Heuser/Roland Klein (Hrsg.), *Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China*, S. 111, 126 Hamburg, 2004,

¹⁰⁰ vgl. § 25 in der Übersetzung von *Robert Heuser* aaO.

¹⁰¹ vgl. § 27 in der Übersetzung von *Robert Heuser* aaO.

¹⁰² *Regulations of the People's Republic of China Regarding Customs Protection of Intellectual Property Rights* (adopted at the 30th Meeting of the Standing Committee of the State Council on 26 November 2003 and entering into force on 1 March 2004); hierzu –allerdings mit anderen Daten des Inkrafttretens- *Peter Ganea*, *Volksrepublik China-Neue Zollbestimmungen zum Schutz des geistigen Eigentums*, GRURInt 2004, S. 532 f.

¹⁰³ siehe hierzu *Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V.*, *Schutz vor Marken- und Produktpiraterie in China*, Mai 2003 m.w.Nachw.; *ORGALIME-Leitfaden, Bekämpfung von Marken und Produktpiraterie*, 2001

und weitgehend angepasst¹⁰⁴. Es verdient mit Blick auf das Wachstum in der Hochtechnologie hervorgehoben zu werden, dass die Zielsetzung des TRIPS – Abkommens darin besteht, einen Beitrag „zur Förderung der technischen Innovation sowie zum Transfer und zur Verbreitung von Technologie zum gegenseitigen Vorteil zu leisten (Art. 7 des TRIPS-Abkommens). Allerdings sollen die Maßnahmen und Verfahren zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums nicht selbst zu Schranken für den rechtmäßigen Handel werden (Präambel des TRIPS).

Ein Überblick¹⁰⁵ über die revidierten chinesischen Gesetze soll an dieser Stelle genügen:

Chinesisches Urheberrecht vom 27.10.2001 nebst Durchführungsbestimmungen vom 15.09.2002

Markengesetz der VR China in der Neufassung vom 27. Oktober 2001, in Kraft seit dem 1.12.2001¹⁰⁶ und Durchführungsbestimmungen in Kraft getreten zum 15. September 2002¹⁰⁷

Chinesisches Patentgesetz¹⁰⁸ vom 25.08.2000 (zweite Revision)¹⁰⁹ und den Durchführungsbestimmungen, in Kraft seit 1.7.2001¹¹⁰

Chinesische Verordnung über den Schutz von Computersoftware am 20. Dezember 2001, in Kraft seit dem **1. Januar 2002 in Kraft**¹¹¹

Neue **Zollbestimmungen zum Schutz des geistigen Eigentums** vom 2.12.2003, in Kraft seit dem 1.4.2004, wonach Zollschutz nicht mehr eine Eintragung des betreffenden Schutzrechts bei der Zollbehörde voraussetzt¹¹²

Antworten des Volksgerichtshofs in Peking vom 18. Februar 2004 auf einige Fragen zur Anwendung des Rechts auf zivilrechtliche IP-Rechts-Fälle mit Auslandsbezug¹¹³

11. Deutsch-chinesischer Standardvertrag für Know How- und Patentlizenzen (Erscheinungsjahr 2003)

Die Bundesagentur für Außenwirtschaft in Köln¹¹⁴ hat einen "**Deutsch-Chinesischer Standardvertrag für Know How und Patentlizenzen**" veröffentlicht¹¹⁵. Der Standardvertrag wurde von der „Gemischten (deutsch-chinesischen) Arbeitsgruppe für rechtliche Fragen der wirtschaftlichen Zu-

¹⁰⁴ vgl. hierzu *Kristina Steffens*, Das WTO-Abkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPS) und das chinesische Recht, in: Robert Heuser/Roland Klein, Die WTO und das neue Ausländerinvestitions- und Außenhandelsrecht der VR China, S. 319 ff. m.w.Nachw., Hamburg, 2004

¹⁰⁵ guter Überblick bei: TRANSPATENT, <http://transpatent.com/land/asien/580cn.html#TTInhalt> (2.11.2004)

¹⁰⁶ in deutscher Übersetzung abgedruckt in: GRUR Int. 2002, S. 489 ff.; vgl. hierzu *Florian Keßler/Wenbao Qiao*: "Aktuelle Entwicklungen im Patent- und Markenrecht der VR China" in RIW 3/2003, S. 174

¹⁰⁷ deutsche Übersetzung in: GRUR Int. 2003, S. 223 ff.; *Katrin Blasek*, Der Schutz bekannter Marken nach Chinas Beitritt zur WTO, GRURInt 2004, S. 13 ff.

¹⁰⁸ siehe *Peter Ganea*, Die Neuregelung des chinesischen Patentrechts, GRURInt 2002, S. 686 ff.

¹⁰⁹ deutsche Übersetzung in: GRUR Int. Juni 2001, S. 541 ff.

¹¹⁰ deutsche Übersetzung in GRUR Int. 2002, S. 243 ff.; hierzu *Florian Keßler/Wenbao Qiao*: "Aktuelle Entwicklungen im Patent- und Markenrecht der VR China" in RIW 3/2003, S. 174

¹¹¹ in dt. Sprache abgedruckt in GRUR Int. 2003, S. 47 ff.

¹¹² vgl. hierzu *Peter Ganea*, Volksrepublik China – Bestimmungen zum Schutz des geistigen Eigentums, GRURInt 2004, S. 532 f.

¹¹³ zu früheren Auslegungshilfen, siehe *A. Peukert*, Volksrepublik China – Erlass zweier gerichtlicher Auslegungshilfen zu Konflikten zwischen Marken und Unternehmensbezeichnungen und zu allgemeinen Rechtsfragen des geistigen Eigentums, GRURInt 2004, S. 269

¹¹⁴ bfai, Deutsch-chinesischer Standardvertrag für Know How- und Patentlizenzen, 2003, Köln, ISBN 3-936737-71-; <http://www.bfai.de> (07.01.2005)

¹¹⁵ hierzu auch *Thomas Pattloch*, Die Neuordnung des internationalen Technologietransfers in der VR China, GRURInt. 2003, S. 695, 705 ff m.w.Nachw.

sammenarbeit in mehrjähriger Arbeit entwickelt. Mit diesem Standardvertrag soll das Ziel erreicht werden, den Technologietransfer zu vereinfachen und zu einer gewissen Standardisierung beizutragen. Dem Vertrag vorangestellt ist eine "*Gemeinsame Erklärung zwischen dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit der BRD (BMWA) und dem Ministerium für Außenhandel und wirtschaftliche Zusammenarbeit der VR China (Ministry of Commerce) über den Standardvertrag für Know How und Patentlizenzen*" vom 30.12.2002. In dem Vorwort wird darauf verwiesen, dass ein Vertragsformular entwickelt worden ist, in dem z.B. im Bereich der Haftung des Lizenzgebers und auch der Zahlungsklauseln Regelungen standardisiert wurden, die sehr oft nicht nur von mittelständischen Firmen im Einzelfall nicht durchgesetzt werden konnten und die Rechte des Lizenzgebers deutlich verstärken. Insofern sollte das Vertragsmuster, das zusätzlich wertvolle weitere Erläuterungen enthält¹¹⁶, eine hohe Aufmerksamkeit genießen. Der Vertrag ist ein Kompromiss, der auch deshalb optionale Klauseln bereithält, die an die gegebene Situation angepasst werden können. Im Mittelpunkt steht die nicht übertragbare und nicht exklusive Lizenz. Anpassungen an geänderte Normen der Außenhandelsordnung von 2004 können allerdings erforderlich werden.

VI. Die rechtlichen Aspekte für das Wachstum auf dem Gebiet der Hochtechnologie

Über die rechtlichen Aspekte für das Wachstum auf dem Gebiet der Hochtechnologie ist in der verfügbare Literatur kaum etwas vermerkt worden. Interessanterweise existiert eine kleine Schrift, die vom Recht als *Triebkraft* wirtschaftlichen Wachstums handelt¹¹⁷, der allerdings nicht allzu viel Erhellendes abzugewinnen war, mit Ausnahme dass das (westdeutsche) Patentgesetz als **Neuererordnung** in der ehemaligen „DDR“ umschrieben wurde. Allzu selbstverständlich geht man offenbar davon aus, dass rechtliche Aspekte das Wachstum durchaus beeinflussen können, obgleich die derzeitige gesellschaftliche Diskussion und ihrer Forderung nach wachstumsfördernder Deregulierung das Gegenteil nahe legt. Rechtliche Aspekte, die sich für das Wachstum auf dem Gebiet der Hochtechnologie als förderlich erweisen, seien hier –ohne Anspruch auf Vollständigkeit und nach subjektiver Einschätzung- zusammengestellt:

- *Frieden, Rechtssicherheit, Gleichheit*
- *Freiheit der Forschung und der Lehre von staatlicher Bevormundung*
- *Freiheit von übermäßigen Beschränkungen und Eingriffen in Forschung und Entwicklung*
- *Rechtsschutz gegen staatliche Maßnahmen*
- *Schutz und zeitnahe Verwertbarkeit der Forschungsergebnisse*
- *Wirtschaftlich zureichende Beteiligung des Urhebers/Forschers an der Verwertung „seiner“ Ergebnisse*
- *Transparenz der Normen in einer Gesellschaft*
- *Rechtssicherheit und Planbarkeit technischer Anlagen in überschaubaren Zeiträumen,*
- *Herstellung, Gewährung und Sicherung von Wettbewerb*
- *Deregulierung*
- *Aufgeschlossenheit der Gesellschaft für Technologie und nicht die Aufgeschlossenheit der Gesellschaft für die zahlreichen Möglichkeiten zur Beschränkung technologischer Entwicklungen*

Der rechtliche Befund für die Aspekte technischen Wachstums könnte in Anlehnung an Montequieu wie folgt formuliert werden:

¹¹⁶ Magdalena Harnischfeger-Ksoll zu Contract Fees, condition of payments, S.57 ff., M. Florian Ranft, Einführung, S. 48 ff.; Hubertus Lorenz, Definitionen, Contract products, Tests and Acceptance, Quality Marking, S. 55, 62 ff, 70; Gerhard Holfelder, Infringements, S. 65, aaO (Fn. 114).

¹¹⁷ vgl. Karl A. Mollnau, Vom Recht als Triebkraft wirtschaftlichen Wachstums – Notate zur ökonomische Potenz des Rechts, 1983, Berlin –DDR-, S. 59 ff.

Bald wird der Handel von den Eroberern zugrunde gerichtet, bald von Monarchen behindert, und dennoch umspannt er die ganze Erde. Wo er unterdrückt wird, flieht er; wo er sich entfalten kann, lässt er sich nieder¹¹⁸

Das gilt für die Hochtechnologie gleichermaßen, übrigens auch in Deutschland.

¹¹⁸ Montesquieu, aaO. (Fn. 2), S. 347.