

Chinesische Outbound-Investitionen in Deutschland

Rechtlicher Rahmen, Fälle und Analysen

herausgegeben von
Yuanshi Bu

Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Besondere Aspekte von chinesischen Unternehmen beim Unternehmenskauf in Deutschland im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten

Matthias Meyer / Frederik Born / Sophia Yang

Die Volksrepublik China hält mit ihrer 1999 durch das Zentralkomitee der Kommunistischen Partei Chinas initiierten „Going-out“-Strategie¹ chinesische Unternehmen zur Investition im Ausland an. Ein damit verfolgtes Ziel ist der Zugang zu Schlüssel- und Hochtechnologien, der nur durch die Verpflichtung von ausländischen Unternehmen zur Gründung von Joint Ventures mit chinesischen Partnern auf Dauer nicht mehr bedarfsdeckend gewährleistet werden konnte.² Deutschland und seine Unternehmen sind dabei bevorzugtes Ziel chinesischer Investitionen. Deutsche Technologien genießen im „Reich der Mitte“ hohes Ansehen. Deutsche Marken werden meist mit Qualität und Zuverlässigkeit in Verbindung gebracht.³

So erfolgt auch der Kauf deutscher Unternehmen durch chinesische Erwerber häufig mit dem Ziel, durch die Übernahme schnellen Zugang zu Technologien und Marken zu bekommen. Neben betriebswirtschaftlichen Gründen werden chinesische Unternehmen auch von steuerlichen Motiven geleitet. Das Halten von Schlüsseltechnologie ist ein Kriterium, dass es dem chinesischen Erwerber seit 2008 ermöglicht, sich als *high and technology enterprise* („HNTE“) qualifizieren zu lassen, auf welche ein reduzierter Körperschaftsteuersatz angewendet wird.

Die Immaterialgüterrechte, die die Technologien abbilden, stellen häufig den maßgeblichen Vermögenswert des Zielunternehmens oder zumindest den die Übernahme motivierenden Wert für den chinesischen Erwerber dar. Für die gewinnbringende Nutzung der Technologie sind sodann die Patente, die Marke sowie andere gewerbliche Schutzrechte und das

¹ 走出去战略, Zentralregierung der Volksrepublik China, 2006 (abrufbar unter: www.gov.cn/node_11140/2006-03/15/content_227686.htm).

² *Jungbluth*, Aufbruch nach Westen – Chinesische Direktinvestitionen in Deutschland, 2. Aufl. 2013, 28.

³ S. die Studie *globeone*, BRIC Branding Survey – China Edition, 2012, 13, abrufbar unter: www.globe-one.com/wp-content/uploads/2012/07/2012_globeone_BRIC-Branding-Survey_China-edition.pdf.

Know-how entscheidend. Durch Patente wird die Technologie zu einem verkehrsfähigen Gut,⁴ das Know-how ermöglicht die gewinnbringende Nutzung der Patente gerade für den in diesem Markt unerfahrenen Erwerber, so dass bei technologiegetriebenen Transaktionen beide Immaterialgüterrechte besondere Bedeutung haben. Die Immaterialgüterrechte verleihen dem chinesischen Erwerber ein Alleinstellungsmerkmal im Markt. Regelmäßig existieren sie nämlich kein zweites Mal.⁵

Im Folgenden werden besondere Aspekte chinesischer *Outbound*-Transaktionen mit Fokus auf Immaterialgüterrechte von der Due Diligence bis zur Post-Merger-Integration in den chinesischen Konzern mit den einhergehenden rechtlichen Problemen beleuchtet.

I. Akquisitionsprozess

Dem Unternehmenskauf durch chinesische Unternehmen wird regelmäßig eine Due Diligence zum verbesserten Verständnis des Zielunternehmens und zur Risikofeststellung und -bewertung desselben vorausgehen.⁶ Oftmals ist es auch der Verkäufer, der eine solche vom Käufer verlangt, um das aus der Überprüfung gewonnene Wissen dem Käufer im Rahmen der Gewährleistung entgegenhalten zu können.⁷ Seltener verzichtet der chinesische Erwerber – bspw. aus Zeitdruck oder Kostengründen – auf die Überprüfung des Kaufgegenstandes und sichert sich stattdessen mit einem umfangreichen Garantiekatalog ab.⁸ Ein solcher wird aber in aller Regel gegenüber dem Verkäufer nur schwer in vollem Umfang durchsetzbar sein. Freilich „garantiert“ ein Garantiekatalog auch nicht die Verschaffung der Eigentümerstellung, sollten Defizite hier später zu Tage treten, sondern ermöglicht meist einen gewissen finanziellen Ausgleich. Kommt es dem chinesischen Erwerber, gerade wie so oft, auf den Zugang zu einer bestimmten Technologie an, ist ihm mit Gewährleistungsansprüchen gegen den Verkäufer auch nicht geholfen. Rücktrittsregelungen stoßen darüber hinaus auf Widerstand beim Verkäufer.

⁴ Osterrieth, in: Osterrieth, Patentrecht, 4. Aufl. 2010, 3. Teil Rn. 15.

⁵ Boos/Rehkugler, IStR 2002, 532.

⁶ Zur Due Diligence grds. s. Gran, NJW 2008, 1409, 1410ff., sowie den Beitrag von Atzler/Schlender, S. 89, in diesem Band; in Hinblick auf geistiges Eigentum s. Howson, Due Diligence, 2003, S. 191ff.

⁷ § 442 Abs. 1 S. 1 BGB sowie meist vertragliche Regelung im Unternehmenskaufvertrag.

⁸ Zu den Möglichkeiten vgl. bspw. Völker, BB 1999, 2413, 2519ff.; Weidert/Lux/Klüßendorf, AnwBl 2013, 163, 167.

1. Identifizierung wesentlicher Vermögensgegenstände, insb. Immaterialgüterrechte

In einem ersten Schritt sollte der chinesische Erwerber daher identifizieren, an welchen Vermögensgegenständen der Zielgesellschaft er besonderes Interesse hat. Besonderes Augenmerk ist im Akquisitionsprozess auf diese Vermögensgegenstände zu richten. Der chinesische Erwerber sollte sich in diesem Zusammenhang nicht auf ungeprüfte Annahmen verlassen. Dies gilt für jeden Erwerber und insbesondere für chinesische Erwerber. Denn der kulturelle Hintergrund und das Wirtschaftsumfeld von Veräußerer und chinesischem Erwerber unterscheidet sich erheblich.⁹ Oftmals werden sich die Parteien und der Berater dessen erst bewusst, wenn die Transaktion vollzogen oder gescheitert ist.

Im Hinblick auf das geistige Eigentum bestehen im Rahmen der vom chinesischen Erwerber veranlassten Due Diligence zunächst keine Besonderheiten. Das geistige Eigentum – gerade wenn der Zugang zur Technologie Gegenstand der Erwerbsentscheidung ist – nimmt eine exponierte Stellung ein. Daher ist im Rahmen der Due Diligence der Bestand der Immaterialgüterrechte, ihre materiell-rechtliche Inhaberschaft, das Bestehen von Lizenzen und Sicherungsrechten etc. umfassend aufzuklären.¹⁰ Diese Punkte sind im Unternehmenskaufvertrag abzubilden. Nicht selten bestehen Lizenzen zugunsten verbundener Unternehmen, deren zeitlicher Fortbestand bzw. Abwicklung im Zuge der Übernahme des Zielobjektes zu bedenken sind. In der Praxis von großer Bedeutung und die Chinesen oftmals verunsichernd¹¹ ist oft das Arbeitnehmererfinderrecht, das sich aber durch die ArbEG-Novelle zum 01.10.2009 zumindest für neue Dienstleistungen entspannt hat.

Werden nicht die Anteile im Rahmen eines sog. *share deals* erworben, sondern ein Wirtschaftsgut oder Geschäftszweig aus dem Unternehmen „herausgekauft“ (*asset deal*) oder später bei der Post-Merger-Integration ausgegliedert, so wird beim Kauf durch einen chinesischen Erwerber regelmäßig gerade das Know-how,¹² das kein gewerbliches Schutzrecht sondern eine faktische Position ist, besonders genau zu prüfen sein. Denn meist ist der Erwerb des Schutzrechtes an einer Technologie nicht ausreichend, um die Technologie zukünftig auch gewinnbringend im Erwerbsunternehmen einsetzen zu können. Die Einsatzfähigkeit des immateriellen

⁹ S. dazu ausführlich *Adam/Xu*, S. 57, in diesem Band.

¹⁰ S. Due-Diligence-Anforderungsliste bei *Seibt*, in: Beck'sch Formularbuch M&A, 2008, B.VI.2., 54ff.

¹¹ *Ge*, Intellectual Property, 2013(4), abrufbar unter: www.d.wanfangdata.com.cn/Periodical_zscq201304013.aspx.

¹² Zum Begriff s. *Enders*, GRUR 2012, 25; *Ann*, GRUR 2007, 39, (41f).; *Finsteralder*, IStR 2006, 355; siehe auch BGH, GRUR 1955, 424.

Wirtschaftsgutes muss aber erhalten bleiben. Gerade hierzu bedarf es für den chinesischen Erwerber des Know-hows. Das technische, wissenschaftliche, kaufmännische oder betriebswirtschaftliche Spezialwissen flankiert das Schutzrecht und ist entscheidend zu seinem wirksamen Einsatz.

Die genaue Individualisierung der erworbenen Wirtschaftsgüter ist gerade beim *asset deal* im Kaufvertrag wesentlich. Aus Gründen der Bestimmtheit (Singularsukzession) muss das zu übertragende Wirtschaftsgut genau bezeichnet werden.¹³ Auch die sog. „catch-all“-Klauseln, nach denen alle zum Geschäftsbetrieb erforderlichen Vermögensgegenstände verkauft und übertragen werden, bewirken oftmals keinen wirksamen Rechtsübergang. Die genaue Bezeichnung des Know-how ist auch noch bei Berücksichtigung der neuen Gruppenfreistellungsverordnung Technologie-Transfer 316/2014 (GVO-TT), die am 01.05.2014 in Kraft getreten ist, ratsam. Darin ist Know-how als die Gesamtheit nicht patentierter praktischer Kenntnisse definiert, die durch Erfahrung und Versuche gewonnen werden und die geheim, wesentlich und identifiziert sind. Vorliegend von Interesse ist das dritte Erfordernis „identifiziert“. Dieses wird Art. 1 Absatz 1 lit. i dahingehend legaldefiniert, dass das Know-how so umfassend genug beschrieben sein muss, dass überprüft werden kann, ob es die Merkmale „geheim“ und „wesentlich“ erfüllt. Geheim sind Kenntnisse, wenn sie nicht allgemein bekannt und nicht leicht zugänglich sind, wesentlich sind sie, wenn sie für die Produktion, die Verwendung, den Verkauf oder den Weiterverkauf bedeutsam und nützlich sind.

In den sog. Guidelines zur GVO-TT ist das Erfordernis „identifiziert“ näher dahingehend erläutert, dass es erfüllt sei, wenn das Know-how in Bedienungsanleitungen oder in anderer schriftlicher Form beschrieben ist; allerdings wird ausdrücklich, wenn auch sehr allgemein, anerkannt, dass eine solche Verschriftlichung in einigen Fällen vernünftigerweise nicht erwartet werden könne.¹⁴ So sei es möglich, dass Know-how, beispielsweise über ein bestimmtes Herstellungsverfahren, bei bestimmten Arbeitnehmern liege und durch Trainings weitergegeben werde. Dann sei es ausreichend, im Vertrag das Know-how allgemein zu beschreiben und die Arbeitnehmer aufzulisten, die an der Weitergabe des Know-how beteiligt sein werden.

Vor diesem Hintergrund sollte der chinesische Erwerber darauf bestehen, dass das Know-how in schriftlicher Form vorliegt. Selbst wenn aus der Perspektive des europäischen Rechts eine Verschriftlichung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles unterbleiben kann, ändert dies

¹³ S. Niebel, in: Fezer, Hdb. Markenpraxis, 2. Aufl. 2012, II. 1. T. Rn. 984.

¹⁴ Vgl. Guidelines über die Anwendung von Artikel 101 des Vertrages über das Funktionieren der Europäischen Union auf Technologietransferverträge, 2014/C 89/03, Ziff. 45 lit. (c).

nichts am sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz des deutschen Rechts. Eine solche Verschriftlichung unterbleibt in vielen M&A Transaktionen aber. Denn in aller Regel liegt das Know-how der Zielgesellschaft bei Beginn der Transaktion nicht in schriftlicher Form vor und müsste daher aus Anlass der geplanten Transaktion und vor ihrem Abschluss finalisiert werden, was häufig nicht möglich ist. Zudem befürchtet die Zielgesellschaft, dass das Know-how nach abgeschlossener Verschriftlichung „flüchtiger“ ist, d.h. leichter ohne den Willen des Know-how-Inhabers weitergegeben werden kann. Der Verzicht auf eine Verschriftlichung ist daher verständlich, insbesondere aus der Sicht des Veräußerers, ist aber für den Erwerber mit erheblichen Risiken verbunden, insbesondere dann, wenn es ihm gerade auf die Übertragung des Know-hows ankommt, wie es häufig bei chinesischen Erwerbern der Fall ist.

Oft wird das Know-how also ausschließlich bei entsprechenden Schlüsselmitarbeitern des Zielunternehmens liegen. Sollte für sie die Möglichkeit bestehen, im Zuge der Übernahme dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses zu widersprechen (§ 613a Abs.6 BGB)¹⁵, so könnte für den chinesischen Erwerber entscheidendes und wichtiges Know-how verlorengehen. Unabhängig davon besteht bei qualifizierten Arbeitnehmern immer die Gefahr des Arbeitsplatzwechsels. Daher sollte der Standort des Know-hows bzw. der Know-how-Träger genau lokalisiert werden, und der Kaufvertrag sollte Regeln zur Übertragung und Absicherung des Know-how enthalten.

2. IP Due Diligence, insbesondere Freedom to Operate-Analyse

Ein weiterer wesentlicher Aspekt des Akquisitionsprozesses beim Erwerb eines Zielunternehmens durch einen chinesischen Erwerber ist die IP Due Diligence und insbesondere die sog. *Freedom to Operate* Analyse. Im Rahmen einer *Freedom to Operate* Analyse werden nicht die Schutzrechte und Lizenzverträge der Zielgesellschaft analysiert, sondern die Schutzrechte Dritter, die bei der Herstellung und der Vermarktung der Produkte der Zielgesellschaft und der Erbringung von Dienstleistungen durch die Zielgesellschaft verletzt sein können.

Im Falle der Verletzung von Schutzrechten Dritter kann die Zielgesellschaft insbesondere verurteilt werden, die schutzrechtsverletzenden Handlungen zu unterlassen. Weiter kann die Zielgesellschaft bei Verletzung des Schutzrechtes eines Dritten zur Leistung von Schadensersatz und zur Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg sowie zur Rechnungslegung

¹⁵ Dazu s. Picot, in: *Römermann*, MünchAnwHdb. GmbHR, 3. Aufl. 2014, § 21 Rn. 108ff.; Koch, in: *Schaub*, ArbeitsR Hdb., 15. Aufl. 2013, § 118 Rn. 43ff. sowie Simon, S. 173, in diesem Band.

verpflichtet sein. Falls sich also nach abgeschlossenem Erwerb der Zielgesellschaft herausstellt, dass beispielsweise ein wichtiges oder sogar das wichtigste Produkt der Zielgesellschaft ein Schutzrecht eines Dritten verletzt, ist der Wert der Zielgesellschaft für den Erwerber erheblich beeinträchtigt.

Grundsätzlich gelten die obigen Ausführungen unabhängig von der Herkunft des Erwerbers. Allerdings gelten sie nach unserer Erfahrung in besonderer Weise für chinesische Erwerber. Denn wenn ein – möglicherweise finanzstarker – chinesischer Erwerber die Kontrolle über eine Zielgesellschaft übernimmt, kann sich der von der Zielgesellschaft ausgehende Wettbewerbsdruck für die Wettbewerber der Zielgesellschaft erheblich erhöhen. Ein solcher erhöhter Wettbewerbsdruck kann sich aus vielen Aspekten ergeben, die auch in Kombination vorliegen können; dazu zählen u.a. Preisdruck infolge einer aggressiveren Preispolitik des chinesischen Erwerbers, erhöhter Vermarktungsdruck bei Stärkung der Vertriebsorganisation der Zielgesellschaft (ggfs. Mitnutzung der Vertriebsorganisation anderer konzernverbundener Unternehmen) sowie die Kombination der Technologie der Zielgesellschaft mit der Technologie des chinesischen Erwerbers etc. Zudem kann es sein, dass die Zielgesellschaft – beispielsweise mit Hilfe der finanziellen und/oder technischen Unterstützung des chinesischen Erwerbers – ein neues Produkt entwickelt, für das dann potentiell auch andere Schutzrechte relevant sein können.

Üblicherweise verfügen gerade die Wettbewerber der Zielgesellschaft über Schutzrechte in dem Bereich, in dem die Zielgesellschaft wirtschaftlich tätig ist. Sie werden bei Erhöhung des Wettbewerbsdrucks durch die von einem chinesischen Erwerber übernommene Zielgesellschaft u.a. ihre Schutzrechtsportfolios daraufhin durchgehen, ob sie sich mit einem ihrer Schutzrechte gegen den erhöhten Wettbewerbsdruck zur Wehr setzen können und es dann gegen die Zielgesellschaft einsetzen. Hinzu kommt, dass sich die Schutzrechtsportfolios der Wettbewerber kontinuierlich entwickeln und daher ein für die Zielgesellschaft wesentliches Schutzrecht erst während oder sogar nach der M&A Transaktion zur Entstehung kommen kann, beispielsweise durch Patenterteilung.

Vor diesem Hintergrund kann sich der chinesische Erwerber nicht damit begnügen, im Rahmen einer IP Due Diligence zu ermitteln, ob die Zielgesellschaft in der Vergangenheit wegen der Verletzung von Schutzrechten Dritter verklagt worden ist. Dieser Umstand allein ist wie ausgeführt kein verlässliches Indiz für die *Freedom to Operate* der Zielgesellschaft. Vielmehr muss der chinesische Unternehmer nach relevanten Schutzrechten Dritter recherchieren und diese sorgfältig analysieren. In diesem Zusammenhang wird er ggfs. inhaltliche Unterstützung bei der Zielgesellschaft

einholen müssen, die häufig die relevante Technologie und die Beschaffenheit der Produkte der Zielgesellschaft besser als der Erwerber kennt.

Allerdings kann der Erwerber selbst bei gewissenhafter Durchführung einer *Freedom to Operate* Analyse keine absolute Gewissheit haben, dass die Zielgesellschaft keine Schutzrechte Dritter verletzt. Daher muss der Erwerber sich beim Erwerb in jedem Fall über geeignete Gewährleistungsklauseln absichern.

II. Post-Merger-Integration – Integration der Immaterialgüterrechte des deutschen Zielunternehmens in den Chinesischen Konzern

Ist die Übernahme der deutschen Gesellschaft durch den chinesischen Erwerber rechtlich vollzogen, steht meist die eigentliche Arbeit noch bevor. Das Erwerbsunternehmen ist in die chinesische Unternehmensgruppe rechtlich wie wirtschaftlich einzugliedern, damit die Transaktion die erhofften Erfolge erbringt. Hier wird die Nutzungsmöglichkeit der einverlebten Immaterialgüterrechte an den chinesischen Erwerber oder die gesamte Unternehmensgruppe im Mittelpunkt stehen, was unter anderem Fragen der Kapitalerhaltung, des nationalen und internationalen Steuerrechts sowie des Technologieimports aufwerfen wird.

1. Grundsatz der Kapitalerhaltung

Aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive ergeben sich grundsätzlich keine wesentlichen Probleme, wenn die chinesische Erwerberin die sich in Immaterialgüterrechten manifestierenden Technologien des deutschen Erwerbsunternehmens nach einem *share deal* nach China¹⁶ oder zunächst auf ein Akquisitionsvehikel transferieren möchte. Häufig ist die erworbene Gesellschaft eine GmbH, da chinesische Erwerber den deutschen Mittelstand im Fokus haben, der die GmbH als Gesellschaftsform bevorzugt. Die Käuferin kann die wesentlichen Wirtschaftsgüter aus dem Zielunternehmen nach der Übernahme der Gesellschaftsanteile grundsätzlich herausnehmen und sich oder einer anderen Gesellschaft in China zuführen. Dies ist selbst dann möglich, wenn dies auf den Bestand des Zielunternehmens Einfluss haben wird. Es gibt grundsätzlich keine Verpflichtung der Gesellschaft, der Geschäftsführer oder der Gesellschafter dritten Gesellschaftsgläubigern gegenüber, die Gesellschaft als „going concern“ zu erhalten. Eine Beschränkung auf die Auszahlung von Gewinnen besteht nicht. Auch

¹⁶ Hintergrund ist oftmals die eingangs erwähnte Erreichung des HNTE-Status, der die Verwaltung der Immaterialgüterrechte in China erfordert.

das übrige freie Vermögen steht zu seiner Dispositionsbefugnis. Der BGH führt hierzu pointiert aus:

„Ein Gesellschafter ist seinen Gläubigern gegenüber grundsätzlich nicht verpflichtet, das Gesellschaftsunternehmen fortzuführen. Es steht ihm frei, den Geschäftsbetrieb einzustellen [...]. Erst recht ist er nicht verpflichtet, die Ertragskraft des Gesellschaftsunternehmens durch Investitionen zu erhalten oder wiederherzustellen. Will er die Unternehmenstätigkeit einstellen, muss er sich dabei aber des dafür im Gesetz vorgesehenen Verfahrens bedienen. Er hat das Vermögen der Gesellschaft ordnungsgemäß zu verwerten und aus dem Erlös die Gläubiger zu befriedigen bzw. deren Befriedigung § 73 Absatz 1 GmbHG sicherzustellen.“¹⁷

Allerdings sind dem Gesellschafter Grenzen gesetzt:

„Überträgt er [...] Vermögenswerte der Gesellschaft auf sich selbst oder auf eine andere Gesellschaft, an der er beteiligt ist, ohne dafür eine marktgerechte Gegenleistung zu erbringen, verhält er sich unredlich. Er beendet dann nicht nur die Gesellschaft, sondern entzieht ihr das vorhandene Vermögen und beraubt sie dadurch der Möglichkeit, wenigstens in diesem Umfang ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen. Erst unter dieser Voraussetzung kommt eine der Höhe nach unbeschränkte Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs in Betracht, sofern nicht die zugefügten Nachteile bereits nach den Regeln der §§ 30 f. GmbHG ausgeglichen werden können oder der Gesellschafter nachweist, dass der Gesellschaft im Vergleich zu der Vermögenslage bei einem redlichen Verhalten nur ein begrenzter und dann in diesem Umfang ausgleichender Nachteil entstanden ist. Der bloße Umstand, dass die Gesellschaft in eine masselose Insolvenz geraten ist, schließt einen solchen Nachweis nicht aus. Daneben kommt eine Haftung nach § 826 BGB wegen vorsätzlicher und sittenwidriger Schädigung in Betracht.“¹⁸

Daraus wird deutlich, dass sich Beschränkungen aus der zentralen Gläubigerschutzbestimmung des GmbH-Rechts ergeben: § 30 GmbHG statuiert die Stammkapitaldeckungspflicht. Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche „Garantievermögen“ der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden (§ 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG).¹⁹

Entsteht in Folge der Übertragung der Immaterialgüterrechte an ein chinesisches Unternehmen eine Unterbilanz bei der erworbenen GmbH oder wird eine solche beispielsweise im Falle des Kaufs aus der Krise vertieft, so ist der Transfer untersagt.²⁰ Der chinesische Käufer und nun Gesellschafter wird sich also um eine entsprechende Deckung bemühen müssen. § 30 GmbHG steht der Übertragung von Immaterialgüterrechten durch den chinesischen Erwerber nicht entgegen, wenn der Gesellschaft gleichzeitig ein entsprechender vollwertiger Gegenleistungsanspruch gegen den Gesell-

¹⁷ BGH, NJW-RR 2005, 335, 336f.

¹⁸ BGH, NJW-RR 2005, 335, 337.

¹⁹ Zu anderen stammkapitalschützenden Rechtsinstituten s. *Heidinger*, in: *Michalski*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 30 Rn. 6.

²⁰ So grds. *Altmeyen*, in: *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 30 Rn. 9; *Jung/Otto*, in: *Müller/Winkeljohann*, Beck'sches Hdb. GmbH, 4. Aufl. 2009, § 8 Rn. 6.

schafter zufließt, der an die Stelle der veräußernden Immaterialgüterrechte tritt und den Verlust des Wirtschaftsgutes deckt.²¹ Immaterialgüterrechte werden gemäß §§ 413, 398 ff. BGB übertragen.²² Nach einem Ausflug zur Forderung nach dem Erhalt der realen Substanz des Vermögens durch die November-Entscheidung des BGH²³, die die Anforderungen an die Kapitalerhaltung zunächst verschärfte, ist nun wieder wie zuvor eine bilanzielle Betrachtungsweise geboten. Ein Aktivtausch ist somit ausreichend.

Für das Vorliegen eines vollwertigen Gegenanspruchs ist es erforderlich, dass dieser auch durchsetzbar ist.²⁴ Ein zivilrechtlicher Anspruch gegen den chinesischen Erwerber dürfte diese Voraussetzungen erfüllen. Zwar kann es unter Umständen schwierig sein, Forderungen in China gerichtlich geltend zu machen und die Vollstreckung von ausländischen Urteilen außerhalb von Schiedssprüchen²⁵ zu erreichen.²⁶ Alleine diese Unsicherheiten²⁷ dürften aber nicht genügen, um die Vollwertigkeit zu verneinen.

Die bilanzielle Ausschüttungssperre kann durch den chinesischen Erwerber nicht dadurch umgangen werden, dass er anstelle der Übertragung der in Frage stehenden Technologien diese an die Gesellschaft in China im Wege eines Nutzungsrechts lizenziert. Denn § 30 GmbHG erfasst nicht nur Zahlungen ohne Gegenleistung, sondern jeden Vermögensabfluss einschließlich der nicht-gegenständlichen Zuwendung wie die Nutzungsüberlassung.²⁸ Dies gilt jedenfalls für die sog. alleinige Lizenz, der zufolge ausschließlich der Lizenznehmer unter Ausschluss des Lizenzgebers zur Nutzung der lizenzierten Schutzrechte berechtigt ist.

Berührt die Übertragung der Immaterialgüterrechte nach China also nicht das Stammkapital, weil dieses bei kompensationslosem Entzug von wertigen Wirtschaftsgütern unangetastet bleibt oder weil der Gesellschaft ein vollwertiger Gegenanspruch zufließt, der das Vermögen der Gesell-

²¹ § 30 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 GmbHG.

²² Engler, in: *Vögele/Borstell/Engler*, Hdb. der Verrechnungspreise, 3. Aufl. 2011, Rn. N 87, 284; zur Übertragung von Patenten s. *Osterrrieth*, a.a.O., 3. Teil Rn. 415ff.

²³ BGH, NJW 2004, 1111.

²⁴ Vgl. die Gesetzesbegründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

²⁵ China ist dem New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche beigetreten und somit zur Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen verpflichtet.

²⁶ Dazu s. *Schütze*, RIW 2008, 1ff.

²⁷ Zu der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Urteile in China siehe *Schütze/Wu*, in: *Geimer/Schütze*, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, 47. Erg.-Lfg. 2014, Bd. 5 O. IVb China, Rn. 7ff.

²⁸ *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30 Rn. 37; *Heidinger*, in: *Michalski*, a.a.O., § 30 Rn. 59.

schaft nur in seiner Zusammensetzung ändert, so bestehen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht keine Bedenken gegen die Übertragung der Immaterialgüterrechte durch den chinesischen Erwerber. Problematisch wird es indessen dann, wenn die deutsche Gesellschaft Immaterialgüter unterhalb des am Markt realisierbaren Preises an die neue chinesische Gesellschafterin „verscherbelt“ und dadurch eine Unterbilanz hervorruft oder vertieft.

2. Steuerplanerische Implikationen

Der Fokus der Post-Merger-Integration nach durchgeführtem *share deal* liegt bei der Übernahme von technologiereichen Unternehmen häufig auf der Lizenzierung der Nutzung der immateriellen Wirtschaftsgüter²⁹ an die chinesische Muttergesellschaft oder andere verbundene Unternehmen. Diese sollen in die Lage versetzt werden, die erworbene Technologie zu nutzen. Im Falle der Lizenzierung erfolgt eine Erlaubnis der Nutzung des immateriellen Wirtschaftsgutes durch den Lizenzgeber und Eigentümer des Wirtschaftsgutes an den Lizenznehmer. Der Lizenzgeber behält das Eigentum an dem immateriellen Wirtschaftsgut, gewährt aber ein Nutzungsrecht gegen die Zahlung einer Lizenzgebühr.³⁰ Das Nutzungsentgelt kann hier sowohl als laufende Lizenzgebühr als auch als Einmalzahlung erfolgen.

Beide Konstellationen werfen ähnliche steuerrechtliche Fragen auf. Im Wesentlichen sind die *transfer pricing* Regelungen zu beachten. Bei der Gestattung der Lizenzstruktur sollte mit Weitsicht vorgegangen werden. Die Lizenzierung der Technologie nach China bietet durch geschickte Steuergestaltung zugleich die Möglichkeit, durch entsprechende Preisgestaltung eine insgesamt vorteilhaftere Konzernsteuerquote zu erzielen. In jedem Fall sollten die weltweiten Aktivitäten des Konzerns aber schon vor der Post-Merger-Integration bedacht werden, um auch langfristig bestmögliche Lizenzstrukturen im Konzern aufzubauen.

Eher selten wird man sich entscheiden, nur das formale Eigentum an den Immaterialgüterrechten auf den chinesischen Erwerber im Zuge der Post-Merger-Integration zu übertragen, aber das wirtschaftliche Eigentum – insoweit nahezu aus deutscher Sicht fast steuerneutral – in Deutschland zu belassen. Wenig vorteilhaft ist nunmehr auch, die Immaterialgüterrechte auf eine (ausländische) chinesische Betriebsstätte zu überführen. Dies ist als Veräußerung oder Überlassung des Wirtschaftsguts zum gemeinen

²⁹ Im Steuerrecht ist die Verwendung des weiteren Begriffs „immaterielle Wirtschaftsgüter“ anstelle von „Immaterialgüterrechten“ gebräuchlich; zum Begriff siehe Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, 2014, Stichwort: Immaterielle Wirtschaftsgüter.

³⁰ Zur steuerrechtlichen Unterscheidung s. Engler, in: *Vögele/Borstell/Engler*, a.a.O., Rn. N 89ff.

Wert zu behandeln und führt zur Aufdeckung und Versteuerung der stillen Reserven.³¹

a) *Transfer pricing*

Da es sich bei der Übertragung oder Lizenzierung der immateriellen Wirtschaftsgüter an Unternehmen in China um eine konzerninterne Transaktion handeln wird, wirft der Transfer immaterieller Wirtschaftsgüter wie bereits angedeutet regelmäßig steuerrechtliche Fragen im Zusammenhang mit *transfer pricing* auf. Zwar respektiert das Steuerrecht die (gesellschafts-)rechtliche Selbstständigkeit der juristischen Personen (Trennungsprinzip!) – Leistungsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter werden grundsätzlich akzeptiert.³² Befürchtet wird aber gleichwohl auch die Minderung des nationalen Steuersubstrats durch gruppeninterne Transaktionen. Es besteht die Besorgnis, dass aufgrund der Nähe der beteiligten Unternehmen diese nicht Vereinbarungen miteinander wie unter fremden Dritten schließen, sondern Vertragsbedingungen vereinbaren, die nicht der Marktüblichkeit entsprechen, so dass Gewinne beispielsweise in ein Niedrigsteuerland verlagert werden.³³ Regelungen zu Verrechnungspreisen ermöglichen hier eine Einkünftekorrektur durch die Steuerbehörden um zu gewährleisten, dass Gewinne dort besteuert werden, wo sie angefallen sind und nicht willkürlich verlagert werden. Im grenzüberschreitenden Sachverhalt ist hier insbesondere auf § 1 AStG³⁴ hinzuweisen, der im nationalen Recht eine Korrektur der Verrechnungspreise ermöglicht. Auf bilateraler Ebene folgen die Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) regelmäßig der Empfehlung des OECD-Musterabkommens und lassen die steuerliche Korrektur der vereinbarten Gegenleistung zu. Auch das DBA zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik China vom 28.03.2014 (DBA-China) basiert hier auf dem OECD-Musterabkommen.³⁵

³¹ Vgl. § 12 Abs. 1 KStG.

³² BFH, BStBl II 2007, 639 = DStR 2007, 1248; BFH, BStBl II 2008, 568 = DStR 2008, 397; *Teufel*, in: *Lüdicke/Sistermann*, UnternehmensteuerR, 1. Aufl. 2008, § 2 Rn. 1; *Lambrecht*, in: *Gosch*, KStG, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn. 20.

³³ Vgl. *Vögele/Fischer*, in: *Vögele/Borstel/Engler*, a.a.O. Rn. A 10 ff.

³⁴ § 1 Abs. 1 S. 1 AStG: „Werden Einkünfte eines Steuerpflichtigen aus einer Geschäftsbeziehung zum Ausland mit einer ihm nahe stehenden Person dadurch gemindert, dass er seiner Einkünfteermittlung andere Bedingungen, insbesondere Preise (Verrechnungspreise), zugrunde legt, als sie voneinander unabhängige Dritte unter gleichen oder vergleichbaren Verhältnissen vereinbart hätten (Fremdvergleichsgrundsatz), sind seine Einkünfte unbeschadet anderer Vorschriften so anzusetzen, wie sie unter den zwischen voneinander unabhängigen Dritten vereinbarten Bedingungen angefallen wären.“

³⁵ Art. 9 Abs. 1 OECD-MA 2010 bzw. Art. 9 Abs. 1 DBA-China v. 28.03.2014: „Wenn [...] ein Unternehmen eines Vertragsstaats unmittelbar oder mittelbar an der Geschäftsleitung, der Kontrolle oder dem Kapital eines Unternehmens des anderen Ver-

Darüber hinaus bestehen multilaterale Übereinkommen, die aber im Verhältnis zu China mangels Beitritt meist irrelevant sind.

Bei der Übertragung der Immaterialgüterrechte wie auch bei der Lizenzierung werden die Beteiligten vor das Problem gestellt, die gruppeninterne Transaktion richtig zu erfassen. Das betroffene Wirtschaftsgut muss dabei klar identifiziert werden und die Zurechnung zu den Beteiligten der Transaktion muss geklärt werden. Schließlich ist das Wirtschaftsgut zu bewerten.³⁶

Die größte Herausforderung dürfte die Bewertung von immateriellen Wirtschaftsgütern sein. Ein angemessener Preis oder ein Marktpreis lässt sich oftmals nicht ermitteln, da das immaterielle Wirtschaftsgut in seiner konkreten Gestalt nur einmal existiert³⁷ und die unkörperlichen Immaterialgüterrechte auch sonst selten auf Märkten gehandelt werden.³⁸ Ein Drittvergleich ist somit schwerlich möglich. Erschwerend kommt hinzu, dass immaterielle Wirtschaftsgüter oftmals im Bündel zusammen mit anderen Wirtschaftsgütern zur Leistung einer Globallizenz transferiert werden, was die Zuteilung eines angemessenen Preises noch erschwert.³⁹ Die Schwierigkeit der Bewertung entbindet aber nicht von der Pflicht zur Vereinbarung eines angemessenen Verrechnungspreises, der dem *at arm's length principle* bzw. dem Fremdvergleichsgrundsatz standhält.

Wenig Sicherheit geben hier Gerichtsentscheidungen, wenn auch einen ersten Anhaltspunkt. Die Rechtsprechung betont, dass die „besonderen Umstände des Einzelfalles maßgebend“ sind.⁴⁰ Innerhalb der unterschiedlichen Branchen gibt es teils erhebliche Unterschiede, was als angemessen betrachtet wird.⁴¹ Zudem wird die angemessene Gegenleistung von zahlreichen Faktoren beeinflusst, die es erschweren, einen allgemeingültigen Preis zu bestimmen oder gar der Berechnung eine feste Formel zugrunde zu legen.⁴² Die Gesamtheit der Faktoren bestimmt den zu erwartenden Nutzen für den Lizenznehmer bzw. Erwerber des Immaterialgüterrechts, an

tragsstaats beteiligt ist [...] und in diesen Fällen die beiden Unternehmen in ihren kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen an vereinbarte oder auferlegte Bedingungen gebunden sind, die von denen abweichen, die unabhängige Unternehmen miteinander vereinbaren würden, so dürfen die Gewinne, die eines der Unternehmen ohne diese Bedingungen erzielt hätte, wegen dieser Bedingungen aber nicht erzielt hat, den Gewinnen dieses Unternehmens zugerechnet und entsprechend besteuert werden.“

³⁶ Wehnert, IStR 2007, 558, 559.

³⁷ Wehnert, IStR 2007, 558.

³⁸ Boos/Rehkugler, IStR 2002, 532.

³⁹ Engler, in: Vögele/Borstell/Engler, a.a.O., Rn. N 438; Boos/Rehkugler, IStR 2002, 532.

⁴⁰ BGH, GRUR 1995, 578, 579.

⁴¹ Engler, in: Vögele/Borstell/Engler, a.a.O., Rn. N 476, 483; Überblick bei Groß, Lizenzgebühren, 3. Aufl. 2012, Rn. 149ff.

⁴² Groß, Lizenzvertrag, 10. Aufl. 2011, Rn. 100.

dem sich der angemessene Preis als auch durchsetzbarer Preis gegenüber einem Dritten orientieren wird.⁴³

Bei der Vertragsgestaltung ist hier mit Vorsicht vorzugehen, um die Aufteilung der Lizenzgebühren auf verschiedene immaterielle Wirtschaftsgüter im Vertrag sowie die noch angemessene Bewertung sicherzustellen, gleichzeitig aber im Rahmen der Möglichkeiten das internationale Steuergeschehen auszunutzen. Die Steuerbehörden unterziehen immaterielle Wirtschaftsgüter seit einigen Jahren verstärkt der Prüfung.⁴⁴ Dass nicht nur die deutschen, sondern auch die chinesischen Verrechnungspreisregeln zu beachten sind, macht es nicht einfacher.

Bemerkbar macht sich dies gerade bei dem bereits eingangs erwähnten grenzüberschreitenden Know-how-Transfer. Ohne das Know-how ist bspw. das erworbene Patent für den chinesischen Erwerber oftmals nicht oder nur eingeschränkt einsetzbar. Daraus wird deutlich, dass auch dem Know-how als immaterielles Wirtschaftsgut ein Wert zukommt, der im Rahmen der Verrechnungspreise entsprechend abzubilden ist. Der Wert dieser Spezialkenntnisse liegt in der fehlenden allgemeinen Zugänglichkeit des Know-hows und der Möglichkeit der daraus resultierenden Wettbewerbsvorteile.⁴⁵

b) Funktionsverlagerung

Vorsicht ist auch geboten, dass der Transfer von immateriellen Wirtschaftsgütern nicht als Funktionsverlagerung i.S.d. § 1 Abs. 3 S. 9 AStG eingestuft wird.⁴⁶ Wird nämlich eine „Funktion einschließlich der dazugehörigen Chancen und Risiken und der mit übertragenen oder überlassenen Wirtschaftsgüter sowie sonstigen Vorteilen verlagert“⁴⁷ auf das verbundene Unternehmen in China – meist eine nahe stehende Person i.S.d. § 1 Abs. 2 AStG –, so wird auf Grundlage des – fingierten – „Transferpakets“ die verlagerte Funktion als Ganzes besteuert. So kann bereits die Übertragung einer Lizenz als Funktionsverlagerung eingeordnet werden.⁴⁸ Handfester Nachteil ist, dass durch die Erfassung der Funktion als Ganzes auch solche immateriellen Wertpotentiale erfasst werden, die die Summe der

⁴³ Sieker, in: Wassermeyer, DBA, 124. Aufl. 2013, Art. 9 OECD-MA Rn. 303.

⁴⁴ Engler, in: Vögele/Borstel/Engler, a.a.O., Rn. N 487; Pfaff/Nagel/Wittkowski, in: Pfaff/Osterrieth, Lizenzverträge, 3. Aufl. 2010, A. VI. Rn. 623; Broemmel/Endert, IStR 2014, 87.

⁴⁵ Finsterwalder, IStR 2006, 355.

⁴⁶ Siehe auch die Verordnung zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes nach § 1 Abs. 1 des Außensteuergesetzes in Fällen grenzüberschreitender Funktionsverlagerungen v. 12.08.2008 (Funktionsverlagerungsverordnung - FVerlV).

⁴⁷ Legaldefinition der Funktionsverlagerung in § 1 Abs. 3 S. 9 AStG.

⁴⁸ Pfaff/Nagel/Wittkowski, in: Pfaff/Osterrieth, a.a.O., A. VI. Rn. 683.

einzelnen Wirtschaftsgüter übersteigen,⁴⁹ sowie ggf. stille Reserven aufgedeckt und besteuert werden. Intention dieser Maßgabe soll sein, deutsche Unternehmen von der Verlagerung von immateriellen Wirtschaftsgütern ins Ausland abzuschrecken⁵⁰ bzw. – positiv formuliert – einen unbilligen und unkontrollierten Abfluss im Inland geschaffener Werte zu verhindern.⁵¹ Bei dem Technologietransfer hilft aber oftmals § 1 Abs. 3 S. 10 Halbs. 2 AStG.⁵²

c) Doppelbesteuerung der Lizenzgebühren

Lizenziert das erworbene deutsche Unternehmen nun die immateriellen Wirtschaftsgüter an eine verbundene Gesellschaft in China, so sind die Lizenzgebühren grundsätzlich bei dem in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtigen Lizenzgeber steuerpflichtig. Für chinesische Erwerber folgt dies aus Art. 12 Abs. 1 DBA-China. Allerdings enthält das DBA-China wie auch zahlreiche andere DBA die Regelung, dass auch die Einbehaltung der Quellensteuer beim Lizenznehmer möglich ist. Gemäß Art. 12 Abs. 2 DBA-China kann China so einen Satz von 10 v.H. auf den Bruttobetrag der Lizenzgebühren Quellensteuer erheben. Eine Anrechnung auf die deutsche Körperschaftsteuer ist dann gemäß § 26 KStG möglich.

3. Technologieimport – Restriktionen durch chinesische Gesetze

Ein weiteres Problem der Post-Merger-Integration für den chinesischen Erwerber stellt der Technologieimport nach China dar. Der Technologieimport ist nicht frei, sondern hängt von Registrierungs- und Genehmigungserfordernissen ab, die unabhängig davon greifen, ob eine Übertragung oder Lizenzierung der Immaterialgüterrechte von nicht-chinesischen Unternehmen an das chinesische Unternehmen Gegenstand des Technologietransfers sind. Eine Verletzung des chinesischen Rechts zum Technologieimport kann das gesamte Investment zunichtemachen. Es ist daher im Rahmen des Akquisitionsprozesses zu beachten. Mit diesen Regelungen steht China nicht alleine. Es ist nicht unüblich, den Technologieimport zu beschränken oder von Auflagen abhängig zu machen. Ein Grund kann der staatliche Schutz inländischer Unternehmen vor inakzeptablen Lizenzbedingungen sein.⁵³

⁴⁹ Broemmel/Endert, IStR 2014, 87, 88.

⁵⁰ Schmidt, AStG, 2012, § 1 Rn. 28; ähnl. Blumers, BB 2007, 1757.

⁵¹ Borstell/Schäperclaus, IStR 2008, 275.

⁵² Macht der Steuerpflichtige glaubhaft, dass zumindest ein wesentliches immaterielles Wirtschaftsgut Gegenstand der Funktionsverlagerung ist, und bezeichnet er es genau, sind Einzelverrechnungspreise für die Bestandteile des Transferpakets anzuerkennen; weiterführend Pohl, IStR 2010, 357.

⁵³ Winzer, in: Pfaff/Osterrieth, a.a.O., B. Rn. 411.

Bei einem Technologietransfer nach China sind eine große Anzahl von chinesischen Gesetzen und Bestimmungen einschlägig. Dazu gehören das VRC Außenwirtschaftsgesetz⁵⁴, das VRC Anti-Monopolgesetz⁵⁵, die VRC Verwaltungsbestimmungen für den Technologieimport und -export, das VRC Vertragsgesetz⁵⁶ sowie andere Gesetze und Regularien.⁵⁷

Die Autoren konzentrieren sich im Folgenden auf (a) die VRC Verwaltungsbestimmungen für den Technologieimport und -export, die den Transfer bestimmter Technologien nach China nach Erwerb einschränken oder verbieten und (b) jene chinesischen Regelungen, die die Einbindung bestimmter Klauseln in Technologieimportverträgen untersagen.

a) Chinesisches Recht bzgl. Import und Export von Technologie

Für den Import und Export sind nach chinesischem Recht Technologien in drei Kategorien unterteilt: (i) frei importierbare und exportierbare Technologie („freie Technologie“)⁵⁸, (ii) Import- und Exporteinschränkungen unterliegende Technologie („eingeschränkte Technologie“)⁵⁹ und (iii) Import- und Exportverboten unterliegende Technologie („verbotene Technologie“).⁶⁰

Der Import und Export von verbotener Technologie ist in China absolut untersagt, während eingeschränkte Technologie mit Zustimmung importiert oder exportiert werden kann. In anderen Fällen ist lediglich eine Anmeldung erforderlich. Das MOFCOM ist die vollziehende Behörde für die relevanten Bestimmungen. Die lokale Handelskammer („COFTEC“) ist mit Autorisation der MOFCOM für die Verwaltung des Imports und Exports der Technologien innerhalb ihres Zuständigkeitsgebiets verantwortlich.

Zur Bestimmung, ob eine im Ausland erworbene Technologie für den Import nach China verboten ist, sind die Listen der für den Import und Export verbotenen oder eingeschränkten Technologie („Listen“) maß-

⁵⁴ Grundsätzlich wird verwiesen auf Kapitel III – Import und Export von Waren und Technologien.

⁵⁵ Gemäß Art. 55 Anti-Monopolgesetz fällt der Missbrauch von Immaterialgüterrechten, die den Wettbewerb einschränken oder verhindern, unter das Anti-Monopolgesetz.

⁵⁶ Grundsätzlich wird verwiesen auf Kapitel 18 – Technologievereinbarungen.

⁵⁷ Wie z.B. die Liste für den Import verbotener oder eingeschränkter Technologien, herausgegeben von der MOFCOM (abrufbar unter: www.gov.cn/flfg/2007-11/02/content_793830.htm), und die Liste für den Export verbotener oder eingeschränkter Technologien, herausgegeben von der MOFCOM und dem Ministerium für Wissenschaft und Technologie (abrufbar unter: www.mofcom.gov.cn/article/b/c/200809/20080905801122.shtml).

⁵⁸ Art. 17 VRC Verwaltungsbestimmungen für den Technologieimport und -export.

⁵⁹ Art. 10 VRC Verwaltungsbestimmungen für den Technologieimport und -export.

⁶⁰ Art. 9 VRC Verwaltungsbestimmungen für den Technologieimport und -export.

geblich, die vom MOFCOM veröffentlicht und regelmäßig aktualisiert werden.⁶¹ Der Technologieimport und -export wird hier aus Gründen der nationalen Sicherheit, der menschlichen Gesundheit, des Umweltschutzes oder der Industriepolitik verboten.⁶²

Falls der Import oder Export bestimmter Technologien in den Bereich der eingeschränkten Technologie gemäß dieser Listen fällt,⁶³ muss das chinesische Unternehmen einen Zulassungsantrag stellen.⁶⁴ Für den Import können chinesische Unternehmen entweder vor oder nach dem Unterzeichnen des Technologietransfervertrages einen Zulassungsantrag einreichen. Bei Antragsstellung vor Vertragsschluss sollte die Behörde (z.B. die COFTEC) zunächst eine Technologieuntersuchung binnen 30 Arbeitstagen durchführen, um zu entscheiden, ob eine Absichtserklärung für den Technologietransfer ausgefertigt werden muss.⁶⁵ Nach der Zulassung können die Parteien einen Technologietransfervertrag abschließen und die COFTEC prüft diesen Vertrag binnen 10 Arbeitstagen nach Erhalt einer Kopie des Vertrages.⁶⁶ Bei Antragsstellung nach Vertragsschluss muss das chinesische Unternehmen zuerst eine Kopie des Vertrages bei der COFTEC einreichen, die binnen 40 Arbeitstagen gleichzeitig die Technologie und den Vertrag untersuchen wird.⁶⁷ Die sollte entsprechend (bspw. als aufschiebende Bedingung gemäß § 158 Abs. 1 BGB) im Unternehmenskaufvertrag abgebildet werden.

Im Falle des Imports oder des Exports einer freien Technologie braucht das chinesische Unternehmen nur der Registrierungspflicht nachzukommen. Die Registrierung ist keine Voraussetzung für die Gültigkeit der Technologietransfervereinbarung. Jedoch wird diese für gewöhnlich verlangt, um Steuer-, Fremdwährungs- und Zollangelegenheiten abzuwickeln. Der Antrag auf Registrierung ist an die COFTEC zu richten, die die Technologietransfervereinbarung binnen drei Arbeitstagen registrieren soll.⁶⁸

b) Verbotene Klauseln in Technologieimportverträgen

Für den Akquisitionsprozess sollte auch jenes chinesische Recht beachten werden, das das Einbeziehen bestimmter Klauseln in einen Technologietransfervertrag zum Importieren der Technologie nach China verbietet.

⁶¹ S. o. Fn. 57.

⁶² Art. 8 der Verwaltungsbestimmung „Verwaltung von zum Import verbotener und eingeschränkter Technologien“, 2009 von der MOFCOM veröffentlicht.

⁶³ S. oben Fn. 57.

⁶⁴ Art. 11 VRC Verwaltungsbestimmungen für den Technologieimport und -export.

⁶⁵ Art. 12 VRC Verwaltungsbestimmungen für den Technologieimport und -export.

⁶⁶ Art. 14 VRC Verwaltungsbestimmungen für den Technologieimport und -export.

⁶⁷ Art. 15 VRC Verwaltungsbestimmungen für den Technologieimport und -export.

⁶⁸ Art. 19 VRC Verwaltungsbestimmungen für den Technologieimport und -export.

Folgende Klauseln sollten in einem Technologietransfervertrag nicht enthalten sein:

- Klauseln, die erfordern, dass der Transferbegünstigte zusätzliche, für den Technologieimport unnötige Voraussetzungen akzeptiert, einschließlich des Ankaufs unnötiger Technologie, Materialien, Waren, Geräte oder Dienstleistungen;
- Klauseln, die erfordern, dass der Transferbegünstigte Lizenzgebühren zahlt oder Verpflichtungen übernimmt für die patentierte Technologie, deren Gültigkeitsdauer bereits abgelaufen oder die bereits widerrufen worden ist;
- Klauseln, die das Recht des Transferbegünstigten auf Verbesserung der vom Übertragenden bereitgestellten Technologie oder auf die Nutzung der Verbesserung einschränken;
- Klauseln, die den Transferbegünstigten im Erwerb von ähnlichen oder konkurrenzfähigen Technologien von anderen Quellen einschränken;
- Klauseln, die unangemessene Einschränkungen hinsichtlich Kanälen oder Quellen aufzwingen, von denen der Transferbegünstigte Rohmaterial, Ersatzteile, Waren oder Geräte ankaufen kann;
- Klauseln, die unangemessene Einschränkungen in Hinsicht auf die Menge, die Vielfalt und die Verkaufspreise der Waren des Transferbegünstigten beinhalten; und
- Klauseln, die unangemessene Einschränkungen für den Export der durch die Nutzung der importierten Technologie hergestellten Waren beinhalten.⁶⁹

c) Zusammenfassung

Das Vorstehende legt nahe, dass China zurückhaltend gegenüber dem Import von Technologie bleibt. Primärer Zweck dieser Zurückhaltung scheint zu sein, dass das chinesische Recht den Transferbegünstigten vor dem Erwerb zweitklassiger oder überholter Technologien schützen möchte.⁷⁰ Dies ist in den letzten Jahren kontrovers gewesen. Mit zunehmender Erfahrung der chinesischen Unternehmen werden Schutzaspekte in den Hintergrund treten und zurückbleiben werden politische Aspekte der Import- und Exportbeschränkung. Betrachtet man aber zum Beispiel die beständige Lockerung der Genehmigungspflichten für chinesische Auslandsinvestments,⁷¹ sollte man erwarten können, dass das chinesische Recht hinsichtlich des Technologietransfers auch flexibler wird.

⁶⁹ Art. 29 VRC Verwaltungsbestimmungen für den Technologieimport und -export.

⁷⁰ S. *Chow*, *Journal of Law and Policy for the Information Society* 2014(9), 497ff.

⁷¹ Gemäß des aktuellen „Catalogue of Investment Project Subject to Governmental Verifications“ wurden die Verwaltungsverfahren für chinesische Investments im Ausland

III. Zusammenfassung und Ausblick

Der Beitrag gibt einen Überblick über besondere Aspekte von chinesischen Unternehmen beim Unternehmenskauf in Deutschland im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten. Es zeigt sich, dass die mit Immaterialgüterrechten verbundenen Probleme für den chinesischen Erwerber beherrschbar sind.

Die aktuelle Entwicklung zeigt aber, dass die Übernahme deutscher Unternehmen durch chinesische Erwerber nicht das einzige Mittel zur Erzielung des Marktanschlusses ist. Der Trend ist vielmehr, dass chinesische Unternehmen nicht mehr nur Technologietransferbegünstigte sind, sondern eigene Technologien entwickeln. Zwar hatten in 2013 Unternehmen mit Sitz in China „nur“ einen Anteil von 8 % an europäischen Patentanmeldungen.⁷² Sie kommen damit aber schon an vierter Stelle nach Unternehmen aus den USA, Japan und Deutschland.⁷³ Einen großen Anteil an der Platzierung hat Huawei, das mit 1077 Anmeldungen Platz elf der Top-Patentanmelder⁷⁴ einnimmt. Nun müssen andere chinesische Unternehmen diesem Beispiel folgen. China wird sich breiter aufstellen.

z.B. erheblich vereinfacht und Zuständigkeiten an untere Verwaltungsebenen delegiert. S. zum Ganzen die Beiträge von *Zheng/Ge*, S. 15, sowie *Hiort*, S. 41, beide in diesem Band.

⁷² Europäische Direktanmeldungen zusammen mit PCT-Anmeldungen.

⁷³ Quelle: European Patent Office, Annual Report 2013, European patent filings, abrufbar unter: www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/annual-report/2013/statistics-trends_de.html.

⁷⁴ Oben, Fn. 72 u. 73.