

Corporate Governance in der VR China

**Die Aufsichts- und Geschäftsführungsorgane der GmbH im neuen VR
China Gesellschaftsrecht unter Einbezug der Regelungen für die
vollständig ausländisch investierte Gesellschaft (WFOE)**

Barbara Kaech Schwab

Referent: Nathan Kaiser

Wuxi/Shanghai, 10. September 2008

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	2
Abkürzungsverzeichnis	5
Literaturverzeichnis.....	8
Einleitung	12
I. Corporate Governance	13
A. Definition	13
B. Corporate Governance in der VR China	16
1. Entwicklung der Corporate Governance in der VR China	16
2. Corporate Governance in der VR China heute	19
II. Übersicht über die privatrechtlichen Gesellschaftsformen in der VR China	21
A. Einleitung	21
B. Im VR China Gesellschaftsrecht	21
1. Einleitung	21
2. Gesellschaft mit beschränkter Haftung	22
3. Aktiengesellschaft.....	23
C. Regelungen für ausländisch investierte Unternehmen.....	24
1. Einleitung	24
2. WFOE	27
3. Joint Ventures	28
a) Einleitung.....	28
b) Sino-Foreign Equity Joint Venture	29
c) Contractual Joint Venture	31
III. Übersicht über die Organe der GmbH	32
A. Einleitung	32
B. Gesellschafterversammlung	33



C. Vorstand	34
D. Aufsichtsrat	34
IV. Die Corporate Governance Struktur der Aufsichts- und Geschäftsführungsorgane in der GmbH WFOE	35
A. Einleitung	35
B. Die Struktur von Vorstand und Aufsichtsrat	36
C. Bestellung von Vorstand und Aufsichtsrat	38
1. Einleitung	38
2. Vorstand	39
a) Bestellung	39
b) Beendigung	41
3. Aufsichtsrat	42
a) Bestellung	42
b) Beendigung	43
D. Qualifikation von Vorstand und Aufsichtsrat	43
1. Einleitung	43
2. Negative Voraussetzungen	44
3. Unabhängigkeit	45
4. Gesellschafterstatus	46
5. Juristische Personen	47
6. Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat	47
7. Weitere Kriterien	48
E. Aufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat	48
1. Einleitung	48
2. Vorstand	48
a) Aufgaben	48
b) Beschlussfassung	51
3. Aufsichtsrat	51
4. Exkurs: Geschäftsführer	54
F. Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat	56



1. Einleitung	56
2. Pflichten	56
G. Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat	60
1. Einleitung	60
2. Voraussetzungen der Verantwortlichkeit.....	60
a) Verantwortliche.....	60
b) Prozessführungsberechtigte	61
c) Rechts- und Pflichtwidrigkeit, Kausalzusammhang und Verschulden.....	62
d) Schaden	64
H. Der Vorsitzende bei Vorstand und Aufsichtsrat	64
1. Vorstandsvorsitzender.....	64
2. Aufsichtsratsvorsitzender	66
I. Exkurs: Gesetzlicher Repräsentant	66
V. Zusammenfassung und Würdigung	69
Lebenslauf.....	72
Erklärung.....	73

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Deutsches Aktiengesetz
aOR	Altes Obligationenrecht
Art.	Artikel
Buchst.	Buchstabe
bzw.	Beziehungsweise
CPL	Civil Procedure Law of the People's Republic of China
CJV	Contractual Joint Venture
CJVG	Law on Sino-foreign Cooperative Joint Ventures
CJVV	Detailed Rules for The Implementation of The Law on Sino-Foreign Cooperative Joint Ventures
d.h.	das heisst
EJV	Sino-Foreign Equity Joint Venture
EJVG	Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Joint Ventures
EJVV	Regulations of the Implementation of the Law of the People's Republic of China on Joint Ventures Using Chinese and Foreign Investment
evtl.	Eventuell
f./ff.	Folgende



FIE	Foreign Invested Enterprise
Fn	Fussnote
GesG	Gesellschaftsgesetz der VR China
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Deutsches Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GPCL	General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China
i.V.m.	In Verbindung mit
m.E.	meines Erachtens
N.	Nummer
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
RMB	Renminbi
S.	Seite
SAIC	State Administration for Industry and Commerce
VR China	Volksrepublik China
WFOE	Wholly Foreign-owned Enterprise
WFOEG	Law on Wholly foreign-Owned Enterprises
WFOEV	Detailed Rules for the Implementation of The Law on Wholly Foreign-Owned Enterprises
Ziff.	Ziffer



z.B.

zum Beispiel

Literaturverzeichnis

- Allen, Jamie, Corporate Governance in Asia: mastering regulatory change,
Excerpted from: Building Value in Asia, Asia Law & Practice 2005 (zitiert:
Allen)
- Anderson, Craig/Guo, Bingna, Corporate Governance under the New Company
Law (Part 1): Fiduciary Duties and Minority Shareholder Protection, in
China Law & Practice April 2006, S. 17 - 24 (zitiert: Anderson/Guo)
- Bärtschi, Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Schweizer Schriften zum
Handels- und Wirtschaftrecht, Schulthess 2001 (zitiert: Bärtschi)
- Barton, Dominic/He Huang, Richard, Governing China's boards: An interview
with John Thornton, in The McKinsey Quarterly 2007 Number 1, S. 99 -
107 (zitiert: Barton/He Huang)
- Bauen, Marc/Venturi, Silvio, Der Verwaltungsrat, Schulthess 2007 (zitiert:
Bauen/Venturi)
- Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, Schulthess 2004 (zitiert: Böckli)
- Borer, Andreas, Corporate Governance – eine Standortbestimmung, in Der
Schweizer Treuhänder, 12/2005, S. 1005 - 1014 (zitiert: Borer)
- Brunhart, Hans, Anforderungsprofil des Verwaltungsrates, in Der Schweizer
Treuhänder, 12/2006, S. 904 - 907 (zitiert: Brunhart)
- Cai, Hua, Bonding, Law Enforcement and Corporate Governance in China, in
Stanford Journal of Law, Business & Finance, Volume 13 No. 1 Fall 2007,
S. 82 - 120 (zitiert: Cai)
- CFA (Center for Financial Market Integrity) Institute, China Corporate
Governance Survey, CFA Institute 2007 (zitiert: CFA Institute)
- Chao, Xi, In Search of an Effective Monitoring Board Model: Board Reforms
and
the Political Economy of Corporate Law in China, 2006 (electronic copy
available at <http://ssrn.com/abstract=977400>) (zitiert: Chao)



Cheung, Johnny KW, Shortcomings in China's Corporate Governance Regime, in
China Law & Practice February 2007, S. 27 - 29 (zitiert: Cheung)

Feinermann, James V., New Hope for Corporate Governance in China?, in The
China Quarterly September 2007 number 191, S. 590 - 612 (zitiert:
Feinermann)

Fu, Jian/Yuan, Jie, PRC Company & Securities Laws – A Practical Guide, CCH
Asia Pte Limited 2006 (zitiert: Fu/Yuan)

Gu, Minkang, Understanding Chinese Company Law, Hong Kong University
Press 2006 (zitiert: Gu)

Guo, Guang, Rechtsfragen der Gründung und des Betriebs von Joint Ventures in
der Volksrepublik China, Schriften des Rechtszentrums für Europäische und
Internationale Zusammenarbeit, Walter de Gruyter Berlin/New York 1998
(zitiert: Guo)

Heidrick & Struggles, Benchmarking Corporate Governance in China, 2006
(zitiert: Heidrick & Struggles)

Heuser, Robert, Grundriss des chinesischen Wirtschaftsrecht, Mitteilungen des
Instituts für Asienkunde Hamburg, Hamburg 2006 (zitiert: Heuser)

Hofstetter, Karl, Corporate Governance in Switzerland – Final Report of the Panel
of Experts on Corporate Governance, 2002 (zitiert: Hofstetter)

International Finance Corporation (IFC), STEP BY STEP – Corporate
Governance Models in China, IFC April 2005 (zitiert: IFC)

IC Equity Advisory Group, Corporate Governance in China – An Investor
Perspective, Task Force Report March 2006 (zitiert: IIC)

Jiang, Chun, Corporate Governance in IJVs – An Investigation of Foreign Equity
Ownership Strategy, in International Review of Business Research Papers,
Vol. 2 No. 1 May 2006, S. 65 – 85 (zitiert: Jiang)

Kroymann, Benjamin, Die Reform de Chinesischen Gesellschaftsrecht, in RIW
Heft 6/2006 (zitiert: Kroymann, GesG)



- Kroymann, Benjamin, Aufsichtsrat nun auch für Joint Ventures, in Asia Bridge
3/2007 (zitiert: Kroymann, Aufsichtsrat)
- Li-Balling, Xiaoyi, Entwicklung des chinesischen Gesellschafts- und
Kapitalmarktrechts, VDM Verlag Dr. Müller 2006 (zitiert: Li-Balling)
- Lin, Huawei, Legal Guide to Foreign Investment in China, 2000 (zitiert: Lin)
- Linklaters, Guide to foreign investment in the PRC, May 2008 (zitiert: Linklaters)
- Moir, Jane, Corporate Governance in Asia: A Work in Progress, in asialaw
November 2006, S. 18 - 23 (zitiert: Moir)
- Münzel, Frank, Das revidierte Gesellschaftsgesetz der VR China: Eine Übersicht
über die wichtigeren Änderungen, in ZChinR 2006, S. 287 - 338 (zitiert:
Münzel)
- Nägeli, Esther, Alternative Investment Forms to Joint Ventures in China,
Schulthess 2003 (zitiert: Nägeli)
- OECD, Corporate Governance of Non-Listed Companies in Emerging Markets,
OECD Publishing 2006 (zitiert: OECD, Emerging Markets)
- OECD, OECD-Grundsätze der Corporate Governance, Neufassung 2004 (zitiert:
OECD-Grundsätze)
- Ribet, Steven, China Overhauls its Company Law, in asialaw February 2006, S.
27 - 30 (zitiert: Ribet)
- Schaub, Mark, The Enemy Within, in Foreign Trade and Investment in China –
Legal Perspectives, CCH Asia Pte Limited 2005, S. 27 - 51 (zitiert: Schaub)
- Schipani, Cindy A./Liu, Junhai, Corporate Governance in China: Then and Now,
<http://www.iolaw.org.cn/en/art5.asp> (zitiert: Schipani/Liu)
- Tam, On Kit, The Development of Corporate Governance in China, Edward Elgar
Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA 1999 (zitiert: Tam)
- Tang, Xin, Commentary on “New Hope for Corporate Governance in China?”, in
The China Quarterly September 2007 number 191, S. 613 - 619 (zitiert:
Tang)



Tenev, Stoyan/Zhang, Chunlin, Corporate Governance and Enterprise Reform in China – Building the Institutions of Modern Markets, World Bank and the International Finance Corporation Washington D.C. 2002 (zitiert: Tenev/Zhang)

Yan, Yanni, Foreign Investment and Corporate Governance in China, Palgrave Macmillan 2005 (zitiert: Yan)

Yu, Guanghua, Comparative Corporate Governance in China, Routledge 2007 (zitiert: Yu)

Von Büren, Roland/Stoffel, Walter A./Weber, Rolf, Grundriss des Aktienrechts, 2. Auflage, Schulthess 2007 (zitiert: Von Büren/Stoffel/Weber)

Wallace, Peter/Zinkin, John, Mastering Business in Asia - Corporate Governance, John Wiley & Sons (Asia) Pte Ltd 2004 (zitiert: Wallace/Zinkin)

Wehrle, Thomas/Schnydrig, Andrin, Festlegung von Entschädigungen der Verwaltungs- und Geschäftsleitungsmitglieder durch die Generalversammlung – eine Verbesserung der Corporate Governance, in SZW/RSDA 2/2007, S. 101 - 112 (zitiert: Wehrle/Schnydrig)

Wolff, Lutz-Christian, Das internationale Wirtschaftsrecht der VR China, 2. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft Frankfurt am Main 2005 (zitiert: Wolff)

Einleitung

Seit der Reise von Deng Xiaoping in den Süden China's Anfang der 90er Jahre und seinem berühmten Spruch „*Es ist egal, ob die Katze schwarz oder weiss ist - Hauptsache sie fängt Mäuse*“, hat sich die VR China wirtschaftlich in einem weltweit unvergleichbaren Tempo entwickelt. Die erfolgreiche wirtschaftliche Entwicklung bedingte auch die Schaffung eines rechtlichen Rahmens, um einerseits ausländische Investoren anzuziehen und andererseits eine Umstrukturierung der Staatsbetriebe zu ermöglichen. Der Staat anerkannte deshalb die Notwendigkeit moderner Gesellschaftsformen zur Umsetzung der wirtschaftlichen Reformen in der VR China¹. Mit der Schaffung von modernen Gesellschaftsformen, dem durch die chinesische Regierung gesetzten Ziel ausländische Investoren anzulocken und den weltweiten Wirtschaftsskandalen gewann die Corporate Governance immer mehr an Bedeutung.

Die vorliegende Arbeit soll hauptsächlich die Corporate Governance Struktur der Aufsichts- und Geschäftsführungsorgane der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) gemäss VR China Gesellschaftsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der vollständig ausländisch investierten Gesellschaft, der sogenannten WFOE², aufzeigen. Die besondere Berücksichtigung der WFOE erfolgt, um den Umfang der Arbeit im angemessenen Rahmen zu halten und insbesondere weil von den sogenannten FIE³ in der VR China die WFOE in den letzten Jahren immer mehr an Bedeutung gewonnen hat und in der Zukunft die anderen Formen, wie das Joint Venture, verdrängen wird. Dabei ist die GmbH, die absolut dominierende Gesellschaftsform.⁴ Für die Beurteilung werden OECD-Grundsätze, aber auch das schweizerische Recht hinzugezogen. Mit der Beschränkung auf die Corporate Governance der Aufsichts- und

¹ Gu, S. 8

² Wholly Foreign Invested Enterprise

³ Foreign Invested Enterprise

⁴ Heuser, S. 119

Geschäftsführungsorgane der GmbH beleuchtet die Arbeit die internen Mechanismen⁵ der Corporate Governance.

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich somit auf nicht börsenkotierte Unternehmen, welche privat investiert sind. Obwohl die Corporate Governance Diskussionen hauptsächlich in Bezug auf börsenkotierte Gesellschaften in Industrieländern geführt werden⁶, ist sie auch für nicht börsenkotierte Gesellschaften⁷ von grosser Bedeutung. Viele ausländische Investoren unterschätzen die Bedeutung der Corporate Governance in ihren chinesischen Tochtergesellschaften⁸. Aber gerade in aufstrebenden Märkten, welche ausländische Investoren suchen, ist Corporate Governance ein Schlüsselement um die wirtschaftliche Effizienz, das Wachstum und auch das Vertrauen der Investoren zu erhöhen.⁹

I. Corporate Governance

A. Definition

Es gibt keine Legaldefinition des Begriffs „Corporate Governance“. Corporate Governance ist ein Produkt der angelsächsischen Welt¹⁰, welches 1992 mit der Veröffentlichung des Cadbury Reports in Grossbritannien seinen eigentlichen Durchbruch hatte. In diesem Report wird Corporate Governance definiert als „ [] system by which companies are directed and controlled“.

⁵ Interne Mechanismen sind Eigentümerstruktur, Verwaltungsrat, Entschädigung des Managements, finanzielle Transparenz und adäquate Information. Im Gegensatz zu externen Mechanismen, welche auf dem Markt basieren, und zum Ziel haben, die interne Governance Struktur zu stärken. (OECD, Emerging Markets, S. 10)

⁶ OECD, Emerging Markets, S. 8

⁷ Gesellschaften bei welchen die Anteile, nicht wie bei börsenkotierten Gesellschaften frei gehandelt werden, sondern von einer kleinen Anzahl Personen gehalten werden oder deren Übertragbarkeit eingeschränkt ist (OECD, Emerging Markets, S. 9).

⁸ Schaub, S. 37

⁹ OECD-Grundsätze, S. 11

*“ Sie [Corporate Governance] betrifft das ganze Geflecht der Beziehungen zwischen dem Management eines Unternehmens, dem Aufsichtsorgan, den Aktionären und anderen Unternehmensbeteiligten (Stakeholder). Die Corporate Governance liefert auch den strukturellen Rahmen für die Festlegung der Unternehmensziele, die Identifizierung der Mittel und Wege zu ihrer Umsetzung und die Modalitäten ihrer Umsetzung und die Modalitäten der Erfolgskontrolle. Ein gutes Corporate Governance-System sollte dem Aufsichtsorgan und der Unternehmensleitung die richtigen Anreize zur Verfolgung der im Interesse des Unternehmens und seiner Aktionäre liegenden Ziele geben und eine wirkungsvolle Überwachung erleichtern. ”*¹¹

Diese Definition wählt die OECD in der Einleitung zu den OECD-Grundsätzen der Corporate Governance. Die von der OECD entwickelten Grundsätze waren die erste Initiative einer supranationalen Organisation zum Thema Corporate Governance. Diese Grundsätze haben zum Ziel, OECD und nicht-OECD Ländern in ihren Bemühungen zu unterstützen, das eigene Corporate Governance Regelwerk zu bewerten und zu verbessern. Die OECD legt jedoch auch ganz klar fest, dass diese Grundsätze nicht bindend sind und es nicht nur ein einziges Modell von „guter“ Corporate Governance gibt.¹² Die USA und Grossbritannien werden zwar häufig als „Benchmark“ herangezogen¹³, aber gerade Unternehmenszusammenbrüche und -skandale in den Märkten der Industrie- und auch Schwellenländer zeigen, dass es das perfekte Corporate Governance Modell nicht gibt. Nicht einmal ein Bezug zwischen Corporate Governance und wirtschaftlicher Effizienz kann hergestellt werden.¹⁴ Entscheidend für die Corporate Governance Struktur ist zum Beispiel auch die Art der Finanzierung der Gesellschaft (z.B. in den USA kommt das meiste Gesellschaftskapital vom Börsenmarkt, in Deutschland dagegen sind Börsengänge eher selten).¹⁵ Gerade auch die Übertragung von fremden Rechtssystemen, die auch Corporate Governance Strukturen beinhalten können, auf

¹⁰ Bauen/Venturi, S. 329 N. 857

¹¹ OECD-Grundsätze, S. 11

¹² OECD-Grundsätze, S. 13

¹³ Hofstetter, S. 4

¹⁴ Yan, S. 95

¹⁵ Yu, S. 91

andere Länder mit unterschiedlichen sozialen und politischen Hintergründen ist oft nicht erfolgreich.¹⁶ Zudem verlangen verschiedene Probleme nach unterschiedlichen Corporate Governance Modellen. Ein effektives Modell muss deshalb fähig sein, Schwächen zu identifizieren bevor sich diese zu systematischen Problemen entwickeln, aus Fehlern lernen und unverzüglich Korrekturen vornehmen zu können.¹⁷ Demnach scheint es angebracht, zur Beurteilung und Strukturierung der Corporate Governance die OECD-Grundsätze heranzuziehen, anstatt auf eine einzelne nationale Corporate Governance Struktur abzustellen. Die OECD-Grundsätze berücksichtigen nämlich auch die steigenden Investitionen mit internationalem Charakter.¹⁸ Zusätzlich sind die spezifischen kulturellen, wirtschaftlichen und rechtlichen Hintergründe des einzelnen Landes, in diesem Fall der VR China, zu berücksichtigen.

Obwohl die OECD-Grundsätze hauptsächlich für börsenkotierte Gesellschaften gedacht sind, können sie auch für privat investierte Gesellschaften hilfreich sein.¹⁹ Die OECD sieht nämlich keinen separaten Corporate Governance Code für nicht börsenkotierte Unternehmen vor.²⁰ Gerade in Schwellenländern wie der VR China, ist die Bedeutung der börsenkotierten Gesellschaften auch nicht vergleichbar mit der Situation in den Industrieländern. Für viele internationale Firmen sind diese Märkte jedoch sehr interessant.²¹ Damit diese Länder aber attraktiv für Investoren sind, braucht es „Investitionsobjekte“ mit einer soliden Corporate Governance.²² Da komplexe Corporate Governance Regeln nur beschränkt für nicht börsenkotierte Gesellschaften geeignet sind,²³ unterschiedliche „best practices“ jedoch nicht unbedingt nötig sind (in vielen Ländern beschränken sich „Best Corporate Governance

¹⁶ Yu, S. 108

¹⁷ Tenev/Zhang, S. xiii

¹⁸ OECD-Grundsätze, S. 13

¹⁹ OECD-Grundsätze S. 11

²⁰ OECD, Emerging Markets, S. 14

²¹ OECD, Emerging Markets, S. 94

²² IFC, S. 7

²³ Borer, S. 1006

Practices“ sowieso nur auf börsenkotierte Gesellschaften), ist für nicht börsenkotierte Gesellschaften das Gesellschaftsrecht die wichtigste Quelle zur Festlegung ihrer Corporate Governance Strukturen.²⁴ Die gesetzlichen Regelungen sollten sich auf die wesentlichen und allgemeingültigen Prinzipien beschränken.²⁵ Zudem sollten sie flexibel sein, um vertraglich die gewünschte Struktur zu ermöglichen.²⁶ Dabei soll immer bedacht werden, dass Corporate Governance kein Ersatz für unternehmerisches Handeln, sondern nur ein Hilfsmittel zur Verbesserung der Kontrolle ist²⁷. Schlussendlich hängt eine erfolgreiche Corporate Governance auch stark von der konkreten Ausgestaltung im einzelnen Unternehmen ab.

B. Corporate Governance in der VR China

1. Entwicklung der Corporate Governance in der VR China

Die Entwicklung der Corporate Governance hat in der VR China eine sehr junge Geschichte. Corporate Governance ist in der VR China ein neues Konzept²⁸, welches erst allmählich Eingang in die Gesetze gefunden hat. Sie ist eng an die wirtschaftlichen, politischen und sozialen Veränderungen des Landes geknüpft. Während der Planwirtschaft in der VR China gab es nur Staats- und Kollektivbetriebe, wobei der Staat Eigentümer und Manager zugleich war. Mit dem Inkrafttreten des *Law for Equity Joint Ventures* am 01.07.1979 tauchte zum ersten Mal in der Geschichte der VR China der Begriff „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ auf.²⁹ Ein weiterer Wendepunkt war 1987 das Inkrafttreten des *General Principles of Civil Law of the People's Republic of China*, welches in Art. 41 festlegte, dass Staatsbetriebe bei der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen „Rechtspersönlichkeit“ erhalten. 1988 wurden die *Vorläufigen Bestimmungen über privatbetriebene Unternehmen* erlassen, welche

²⁴ OECD, *Emerging Markets*, S. 121

²⁵ Wehrlen/Schnydrig, S. 104

²⁶ OECD, *Emerging Markets*, S. 122 und 117

²⁷ Böckli, § 14, N. 361, 363

²⁸ IFC, S. 9

²⁹ Li-Balling, S. 4

erstmalig auch die Rechtsform der GmbH definierten: „GmbHs sind Unternehmen, bei denen die Investoren mit dem investierten Betrag gegenüber der Gesellschaft haften, während die Gesellschaft mit ihrem gesamten Vermögen für die Schulden der Gesellschaft haftet“.³⁰ Mit dem Inkrafttreten des Gesellschaftsgesetzes (gongsifa) vom 29.12.1993 (GesG) wurden seit der Gründung der Volksrepublik zum ersten Mal Gesellschaftsformen eingeführt. Das GesG, ein Produkt von wenigen Beamten und Gelehrten³¹, bezweckte die Errichtung eines modernen Unternehmenssystems, die standardisierte Organisation der Gesellschaften als auch den Schutz der Rechte und Interessen der Gesellschaften, Gesellschafter/Aktionäre und Gläubiger.³² Dieses Recht sollte einerseits die Staatsbetriebe schützen und sie andererseits reformieren.³³ Wegen der schnellen Entwicklung der chinesischen Wirtschaftsreformen war das GesG von 1993 bald überholt.³⁴ Im September 1999 entschied das 4. Plenum der Kommunistischen Partei 15tes Zentralkomitee, dass Corporate Governance wesentlich für das moderne Unternehmenssystem in der VR China sei.³⁵ Zudem verlangten Zusicherungen an die WTO, dass Corporate Governance prioritär und in einer verständlichen und systematischen Weise anzugehen sei.³⁶ Im revidierten Gesellschaftsrecht von 1999 finden sich erste Ansätze von Corporate Governance Prinzipien und dort wurde auch der Rahmen für Corporate Governance gelegt, jedoch immer noch auf dem Hintergrund der Staatsbetriebe.^{37 38} Trotz dem revidierten Gesetz blieben bei den nichtstaatlichen Betrieben Probleme wie intransparente Personal-

³⁰ Heuser, S. 102

³¹ Chao, S. 2

³² Art. 1 Gesellschaftsgesetz 1993: This Law is formulated in accordance with the Constitution in order to suit the requirements of establishing a modern enterprise system, to standardise the organisation and activities of companies, to protect the lawful rights and interests of companies, shareholders and creditors, to safeguard the social and economic order, and to promote the development of the socialist market economy.

³³ Gu, S. 2 f.

³⁴ Fu/Yuan, S. 9

³⁵ Tenev/Zhang, S. 1

³⁶ Feinermann, S. 593

³⁷ OECD, Emerging Markets, S. 147

³⁸ Tenev/Zhang, S. 28

struktur, Missbrauch der Rechte der Minderheitsaktionäre, fehlender Mechanismus zur Sicherstellung der Verantwortlichkeiten der Exekutivorgane und eine Machtkumulation des Vorstandsvorsitzenden durch die Kombination der Rolle des gesetzlichen Repräsentanten³⁹ und der Funktion des Vorstandsvorsitzenden, bestehen.⁴⁰

Zu Beginn des neuen Jahrtausends gab es nicht nur in den Industriestaaten Unternehmensskandale wie Enron, sondern auch in der VR China⁴¹. Etwa zu dieser Zeit erliessen die *China Securities Regulatory Commission* und die *State Economic and Trade Commission* den *Code of Corporate Governance for Listed Companies of January 7, 2001* (Zhengjianfa No. 1 of 2002). Dieser Code für börsenkotierte Gesellschaften diente als Grundlage für die Erweiterung der Corporate Governance Elemente. Verschiedene dieser Elemente, wie der Schutz von Minderheitsaktionären oder die Möglichkeit von Aktionärsklagen, fanden Eingang in das revidierte GesG von 2005. Somit sind viele dieser Prinzipien in der Zwischenzeit für börsen- wie auch für nicht börsenkotierte Gesellschaften anwendbar. Das GesG 2005 basiert auch auf der Aufforderung des Zentralkomitees der Kommunistischen Partei der VR China⁴², welche zur Verbesserung der sozialen Marktwirtschaft eine Verbesserung der Corporate Governance von Gesellschaften forderte. Das GesG von 2005 legt damit die grundlegenden Voraussetzungen für eine Verbesserung der Corporate Governance Struktur innerhalb der Gesellschaften fest.⁴³ Im neuen Gesetz finden sich Änderungen in der Organisation des Vorstands und neu erhält der Aufsichtsrat substantielle Kompetenzen. Für die Gesellschaften besteht zudem grössere Flexibilität bei der Ernennung des gesetzlichen Repräsentanten. Die Pflichten von Vorstand, Aufsichtsrat und leitendem

³⁹ Siehe Kapitel IV Buchst. I

⁴⁰ OECD, *Emerging Markets*, S. 147

⁴¹ Z.B. Sanjiu Pharmaceutical Company (2001), Guangxia (Yinchuan) Industry, Guangdong Kelon Electrical Holdings

⁴² Decision of the Central Committee of the Communist Party of China on Some Issues concerning the Improvement of the Socialist Market Economy adopted at the 3rd Plenary Session of the 16th CPC Central Committee on October 14th, 2003

⁴³ Fu/Yuan, S. 15

Management werden zudem neu de-tailliert aufgeführt und die „corporate veil Theorie“⁴⁴ fand Eingang in das Gesetz. Um die Corporate Governance von börsenkotierten Gesellschaft zu verbessern, wurde für diese eine eigene Sektion im GesG 2005 eingeführt. Der Schutz der Aktionäre bleibt jedoch immer noch limitiert.⁴⁵ Das Gesetz ist geprägt von einer Koexistenz von neuen und alten Institutionen⁴⁶. Kritisiert wird in diesem Zusammenhang, dass neue rechtliche und organisatorische Formen in Einklang mit der im GesG vorgesehenen gesellschaftlichen Form gebracht wurden, ohne die alten repräsentativen Organe aufzulösen (z.B. die Instrumente der sozialen Kontrolle wurden mit den neuen Managementstrukturen kompatibel gemacht).⁴⁷

2. Corporate Governance in der VR China heute

Die Wichtigkeit von Corporate Governance wird in der Zwischenzeit in der VR China, wie auch in ganz Asien anerkannt.⁴⁸ Das chinesische Corporate Governance Modell lehnt sich heute an das kontinentaleuropäische Modell an, welches das Schwergewicht auf eine vertiefte Beziehung mit allen Stakeholdern (Aktionäre, Arbeitnehmer, Kunden, Gesellschaft als Ganzes) legt, aber die Minderheitsaktionäre beschränkt Einfluss auf die Entscheidungsfindung der Gesellschaft nehmen können.⁴⁹ In Asien haben sich unter anderen auch Indonesien, Korea, Japan und Thailand für dieses „stakeholder“-Prinzip entschieden, bei welchem die Gesellschaften eine breite soziale und kommerzielle Verantwortung haben im Gegensatz

⁴⁴ Gemäss Art. 20 Abs. 3 GesG unterliegen die Gesellschafter und Aktionäre einer Durchgriffshaftung, sofern sie ihre beschränkte Haftung oder ihre Gesellschafter- oder Aktionärsrechte missbrauchen und dadurch die Interessen der Gläubiger ernsthaft verletzen.

⁴⁵ Feinermann, S. 593

⁴⁶ Tenev/Zhang, S. 9

⁴⁷ Tenev/Zhang, S. 35

⁴⁸ Wallace/Zinkin, S. 1

⁴⁹ Allen, „Code convergence in Asia“

zum anglo-amerikanischen Modell, wo das Schwergewicht auf die Gesellschafter/Aktionäre gelegt wird.⁵⁰

Die VR China verfügt heute über eine breite Gesetzespalette im Bereich der Corporate Governance. Neben dem Code für börsenkotierte Gesellschaften, welcher 2007 mit einer Mitteilung⁵¹ zur Verstärkung der Corporate Governance ergänzt wurde, bestehen heute im Bereich Corporate Governance unter anderem Gesetze für Buchprüfung und -prüfer, Buchhaltung und Börsen/Wertschriften. Das wichtigste Gesetz bezüglich Corporate Governance, insbesondere auch für nicht börsenkotierte Gesellschaften, ist das GesG. Erst kürzlich wurde im *White Paper of the Information Office of the State Council titled China's Efforts and Achievements in Promoting the Rule of Law* on August 20, 2008 bestätigt, dass das GesG zur Verbesserung der Corporate Governance Strukturen beigetragen hat. Zudem gibt es in der Corporate Governance Praxis in der VR China Ansätze von „Bonding“.^{52, 53} Die Umsetzung der Corporate Governance Prinzipien wird jedoch erschwert, weil chinesische Beamte und Wirtschaftsführer keine persönliche Erfahrung mit Corporate Governance haben.⁵⁴ Eine weitere Herausforderung ist zudem, dass in der VR China die Geschäftskultur auf dem Erhalt von Beziehungen und dem Wunsch der Vermeidung von Konflikten beruht, was zu Informalitäten und Diskretionen und so zu einer Missachtung eines wichtigen Grundsatzes der Corporate Governance, nämlich zu einem Mangel an Transparenz führt.⁵⁵

⁵⁰ Allen, „... and divergence“

⁵¹ Notice on the Matters concerning Carrying out a Special Campaign to Strengthen the Corporate Governance of Listed Companies issued by China Securities Regulatory Commission (Document Number: No. 28 [2007] of China Securities Regulatory Commission, Date of Issuance: March 9, 2007)

⁵² Definition: Ist ein rechtlicher und wirtschaftlicher Begriff, welcher sich oft auf die Kosten oder Verbindlichkeiten bezieht, welche Manager („agents“) tragen, um Investoren („principals“) zu versichern, dass sie nicht spezifische Handlungen vornehmen werden, welche die Prinzipals verletzen würde oder um zu versichern, dass Prinzipals entschädigt würden falls die Agenten solche Handlungen vornehmen würden, mit dem Ziel einen höheren Marktwert für die Unternehmung zu erzielen (Cai, S. 83 Fn. 2)

⁵³ Cai, S. 91

⁵⁴ Barton/He Huang, S. 102

⁵⁵ IFC, S. 9

II. Übersicht über die privatrechtlichen Gesellschaftsformen in der VR China

A. Einleitung

In der VR China war die Klassifizierung der Unternehmen nicht nach der Rechtsform, sondern nach der Herkunft des investierten Vermögens jahrzehntelang üblich gewesen.⁵⁶ Es gab einzig eine Unterteilung in staats- und kollektiveigene Unternehmen. Mit dem Erlass der *Vorläufigen Bestimmungen für Privatunternehmen* 1988 wurden in der VR China erstmals Privatunternehmen definiert⁵⁷. Mit der Möglichkeit der Unterscheidung zwischen einzelkaufmännischen Unternehmen, Partnerschaftsunternehmen und Gesellschaften mit beschränkter Haftung war die Grundlage für die Unterscheidung nach Rechtsformen geschaffen. Eine weitere Kategorie sind die Unternehmen mit ausländisch investiertem Kapital.⁵⁸

B. Im VR China Gesellschaftsrecht

1. Einleitung

Wie erwähnt trat 1994 das erste Gesellschaftsgesetz der VR China in Kraft. Nach einer ersten Revision 1999, wurde 2005 das Gesetz substantiell überarbeitet. Neben den im I. Kapitel erwähnten neuen Elementen von Corporate Governance haben die Gesellschaften nach dem neuen GesG auch weitestgehende Freiheit bei der Gestaltung ihrer Gesellschaftssatzung.⁵⁹ Die Gesellschafter können somit die Gesellschaft an ihre konkreten Bedürfnisse anpassen.

Die wichtigste Absicht des GesG besteht in der gesetzlichen Gleichbehandlung der verschiedenen Gesellschaftsformen. Im GesG sind zwei Gesellschaftsformen für chinesische

⁵⁶ Heuser, S. 85

⁵⁷ Siehe in diesem Kapitel Buchst. B. Ziff. 1.

⁵⁸ Heuser, S. 86

⁵⁹ Li-Balling, S. 31

Investoren vorgesehen, nämlich die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Aktiengesellschaft.⁶⁰ Beiden Gesellschaftsformen ist gemein, dass die Gesellschafter nur bis zum Betrag ihrer Einlage bzw. für den von ihnen übernommenen Anteil haften.⁶¹ Mit dieser Bestimmung im GesG hatte der Staat die Absicht, sich bei den umgewandelten Staatsbetrieben seiner finanziellen Verantwortung durch dieses Haftungsprivileg zu entziehen.⁶² Auch in anderen Belangen, insbesondere bezüglich der Organisationsstruktur sind sich die beiden Gesellschaftsformen sehr ähnlich.

Die GmbH nach chinesischem Recht ist einer Aktiengesellschaft nach schweizerischem Obligationenrecht jedoch viel ähnlicher als die GmbH nach schweizerischem Obligationenrecht oder nach deutschem Recht. In diesen Rechten weisen die beiden Gesellschaftsformen Unterschiede vor allem bezüglich der Organstruktur auf. In der GmbH werden z.B. als Exekutivorgan die Geschäftsführer⁶³ qualifiziert und im deutschen Gesetz ist ein Aufsichtsrat nicht zwingend vorgesehen.

2. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Die GmbH muss von mindestens zwei Gesellschaftern⁶⁴, aber höchstens 50 Gesellschaftern gegründet werden⁶⁵. Die Beschränkung der Anzahl der Gesellschafter, welche gemeinsam die Gesellschaftssatzung bestimmen müssen, bedingt dass bei der GmbH eine gewisse Beziehung zwischen den Gesellschafter bestehen muss. In dieser Gesellschaftssatzung, welche im Rahmen der Gründung erstellt wird, müssen sie die Firma, den Sitz, den Geschäftsbereich, das registrierte Kapital, die Namen der Gesellschafter, die Art und Weise der Leistung der Einlagen, die Organe und die Art und Weise wie sie gebildet werden, der gesetzliche Re-

⁶⁰ Art. 2 GesG

⁶¹ Art. 3 GesG

⁶² Heuser, S. 90

⁶³ § 6 GmbHG, Art. 809 OR (wobei im schweizerischen Recht die Gesellschafter sogar anstelle eines Geschäftsführer gemeinsam die Geschäftsführung ausüben können).

⁶⁴ Ausnahme, wenn der Gesellschafter der Staat ist (wholly state owned companies)

⁶⁵ Art. 24 GesG

präsentant der Gesellschaft und andere Punkte, welche die Gesellschafterversammlung für erforderlich hält, bestimmt werden⁶⁶.

Das Mindestkapital beträgt RMB 30'000⁶⁷, wobei die Einlage in Geld oder auch aus körperlichen Sachen, geistigen Eigentumsrechten, Landgebrauchsrechten und anderen nach dem Recht übertragbaren monetären Vermögensgegenständen bestehen kann.⁶⁸ Diese massive Reduzierung des Mindestkapital⁶⁹ mit der letzten Revision des GesG wird wohl dazu führen, dass in der VR China die Errichtung einer GmbH kein Privileg bleibt.

Das Machtorgan der GmbH ist die Gesellschafterversammlung, welche sich aus der Gesamtheit der Gesellschafter zusammensetzt.⁷⁰ Weiter sind im GesG für die GmbH als Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgan der Vorstand⁷¹ bzw. Aufsichtsrat⁷² vorgesehen.

3. Aktiengesellschaft

Die AG ist die typische Gesellschaftsform, wenn Kapital von der breiten Öffentlichkeit gezeichnet werden soll. Um eine AG zu errichten, sind mindestens zwei aber höchstens 200 Gründer erforderlich, wobei mindestens die Hälfte ihren Wohnsitz in der VR China haben muss.⁷³ Die AG kann durch Gründung oder Einwerbung errichtet werden.⁷⁴ Bei der Form der Gründung übernehmen die Gründer sämtliche Anteile, bei der Einwerbung wird nur ein Teil von den Gründern übernommen und die übrigen Anteile öffentlich oder aus einem bestimmten Kreis eingeworben. Die Gründer müssen in jedem Fall eine Gründervereinbarung

⁶⁶ Art. 23 Ziff. 3 i.V.m. Art. 25 GesG

⁶⁷ Art. 26 Abs. 2 GesG

⁶⁸ Art. 27 GesG

⁶⁹ Im alten GesG betrug das Mindestkapital zwischen RMB 100'000 und 500'000

⁷⁰ Art. 37 GesG

⁷¹ Art. 47 GesG

⁷² Art. 52 GesG

⁷³ Art. 79 GesG

⁷⁴ Art. 78 GesG

unterzeichnen, welche die einzelnen Rechte und Pflichten im Verlauf der Gesellschaftserrichtung klarstellt.⁷⁵ Der Inhalt der Gesellschaftssatzung ist ähnlich wie bei der GmbH. Zusätzlich wird aber verlangt, dass die Auflösung und die Gewinnverteilung geregelt wird.⁷⁶

Im neuen GesG wurde das Minimalkapital für die AG um die Hälfte reduziert und beträgt nun RMB 5 Millionen.⁷⁷ Zudem ist die Höhe des Kapitals, ausser bei ausländisch investierten Gesellschaften, nicht mehr abhängig vom Geschäftszweck. Die Form der Einbringung ist gleich wie bei der GmbH.

Wie erwähnt, ist die Organstruktur bei der AG ähnlich wie bei der GmbH, obwohl die Struktur, Natur und Interessen der Gesellschafter oftmals verschieden sein dürften. Das Machtorgan ist die Hauptversammlung der AG, welche von der Gesamtheit der Gesellschafter gebildet wird.⁷⁸ Vorstand⁷⁹ und Aufsichtsrat⁸⁰ bilden die Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane der AG.

C. Regelungen für ausländisch investierte Unternehmen

1. Einleitung

Einen besonderen und sehr wichtigen Sektor der chinesischen Privatwirtschaft bilden Unternehmen mit ausländischer Beteiligung, sogenannte *Foreign Invested Enterprises*. In solche FIE können nur ausländische juristische oder natürliche Personen investieren.

Rund 15 Jahre vor dem Inkrafttreten des GesG wurden Bestimmungen für FIE erlassen, welche die Form eines Joint Venture haben mussten. Dies erklärt weshalb bis zum heutigen Zeitpunkt unterschiedliche Bestimmungen für FIEs und chinesisch investierte Gesellschaften

⁷⁵ Art. 80 Abs. 2 GesG

⁷⁶ Art. 82 GesG

⁷⁷ Art. 81 Abs. 3 GesG

⁷⁸ Art. 99 GesG

⁷⁹ Art. 109 GesG

⁸⁰ Art. 118 GesG

bestehen. Die Gesetze über die FIE haben einen starken öffentlich-rechtlichen Charakter (z.B. enthalten sie Genehmigungserfordernisse). Dies hängt wohl mit deren frühen Inkrafttreten zusammen. Zudem sollten die entsprechenden Gesetze auch der staatlichen Investitionskontrolle^{81 82} dienen.

Ausländisch investierte Gesellschaften können in zwei Hauptkategorien, nämlich beschränkt haftende Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit und Unternehmungen ohne eigene Rechtspersönlichkeit⁸³, unterteilt werden. Von den Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit gibt es drei traditionelle Formen: (1) Sino-Foreign Equity Joint Venture, (2) Sino-Foreign Contractual Joint Venture und (3) Wholly Foreign Owned Enterprise⁸⁴, welche nachfolgend detailliert dargestellt werden.⁸⁵ Zählt man alle Unterarten dieser für ausländische Investoren zur Verfügung stehenden Rechtsformen zusammen, kommt man auf 20 verschiedene Formen⁸⁶. Diese können in Form einer GmbH oder einer AG organisiert werden, wobei die Form der GmbH eindeutig dominiert⁸⁷.

Das erste Gesetz für FIE, das *Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Joint Ventures* trat bereits im Jahr 1979, somit 15 Jahre vor dem ersten Gesellschaftsgesetz in Kraft. In der Folge wurden für die unterschiedlichen Formen der FIE weitere Gesetze erlassen. So haben die zwei Joint Venture Formen, aber auch die WFOE jeweils eigene Gesetze und Ausführungsbestimmungen. Dies hat insbesondere bezüglich der

⁸¹ Wolff, S. 133

⁸² Beispielsweise Art. 4 CJVG, welcher festlegt, dass der Staat die Errichtung von exportorientierten oder technologisch hochentwickelten Unternehmungen fördern soll.

⁸³ Beispielsweise die Zweigstellen von ausländischen Gesellschaften gemäss Art. 192 ff. GesG, aber auch WFOE und Joint Ventures können keine eigene Rechtspersönlichkeit haben, wenn sie die Voraussetzungen gemäss Art. 37 GPCL nicht erfüllen.

⁸⁴ „Three Forms of FIEs“ oder (San Zi Qi Ye)

⁸⁵ Die in den 90er Jahren neu hinzugekommene Form der Foreign Investment Company Limited by Shares wird hier nicht im Detail erläutert.

⁸⁶ Siehe Aufstellung bei Li-Balling, S. 15 f. oder Linklaters, S. 39 f.

⁸⁷ Heuser, S. 119

Organisationsstruktur zu Unterschieden geführt. Die FIE mussten nämlich nur die gesetzlichen Bestimmungen gemäss der Spezialgesetzgebung erfüllen und soweit diese erfüllt waren, konnten sie die organisatorische Struktur gemäss ihren Bedürfnissen wählen.⁸⁸

Art. 218 GesG legt fest, dass sofern die Gesetze für FIE nicht etwas anderes bestimmen, das GesG zur Anwendung kommt⁸⁹. Es ist dabei anzunehmen, dass das ganze Regelwerk und nicht nur das Kapitel über die ausländische Zweigniederlassung unmittelbare Anwendung auf die FIE findet.⁹⁰ Das GesG dient somit als Auffangnetz für eventuelle gesetzliche Lücken. Auslegungsprobleme können auftreten, wenn die Vorschriften über FIE bestimmte Materien nicht regeln und entschieden werden muss, inwieweit die Regeln des GesG einschlägig sind oder ob davon auszugehen ist, dass die Regelung den beteiligten Parteien zu überlassen ist.⁹¹ Für ausländische Investoren schienen viele Änderungen im neuen GesG nicht unmittelbar von Bedeutung zu sein. Die Meinungen gingen deshalb auseinander, ob das neue GesG einen starken Einfluss auf die FIE hat⁹². Der Erlass der *Notice of the State Administration for Industry and Commerce about Executive Opinions on Some Issues Concerning the Application of Law Governing the Examination, Approval and Registration of Foreign-funded Enterprises*⁹³ im April 2006 und dem ergänzenden *Circular of the State Administration for Industry and Commerce on Implementing the Execution Opinions on Several Issues concerning law Application for the Administration on the Examination, Approval and Registration of Foreign-funded Companies*⁹⁴ vom Mai 2006 hat die Anwendbarkeit des GesG bezüglich den FIE, insbesondere bezüglich den WFOE stark erweitert. Die SAIC-Mitteilung Nr. 81 ist deshalb als wichtiger Fortschritt in der chinesischen Gesetzgebung und als Zeichen dafür zu werten, dass der chinesische Gesetzgeber nun versucht, die Regelungen für die von

⁸⁸ Lin, S. 478

⁸⁹ Art. 218 GesG

⁹⁰ Kroymann, GesG, S. 429

⁹¹ Wolff, S. 132

⁹² Ribet, S. 29 f.

⁹³ SAIC-Mitteilung Nr. 81

⁹⁴ SAIC-Mitteilung Nr. 102

in- und ausländischen Investoren gegründeten Gesellschaften zu vereinheitlichen.⁹⁵ Es darf wohl davon ausgegangen werden, dass die gesellschaftsrechtliche Unterscheidung zwischen FIE und rein chinesisch investierten Unternehmen schrittweise aufgegeben wird.⁹⁶

Neben dem GesG finden auch andere Rechte auf ausländisch investierte Gesellschaften Anwendung (z.B. Arbeitsrecht)⁹⁷.

2. WFOE

Die WFOE ist seit 1986 im *Law on Wholly foreign-Owned Enterprises* und *Detailed Rules for the Implementation of The Law on Wholly Foreign-Owned Enterprises* geregelt.

Nachdem während vielen Jahren für ausländische Investoren das Joint Venture praktisch die einzig möglich Gesellschaftsform war, ist die WFOE mittlerweile die beliebteste Investitionsform in der VR China⁹⁸. Dies ist unter anderem dadurch bedingt, dass sich die Regeln für die Gründung einer WFOE mit dem Beitritt der VR China zur WTO gelockert haben. Aber auch, dass es zur Gründung einer WFOE keines chinesischen Partners bedarf, spielt dabei eine gros-se Rolle. Chinesische Investoren dürfen nämlich gar nicht Gesellschafter einer WFOE sein⁹⁹, der oder die ausländischen Investoren verfügen somit über eine 100% Kontrolle über die Unter-nehmung. Im Gegensatz zu den Joint Venture können sie demnach Entscheidungen ohne einen chinesischen Partner treffen und damit besser den Schutz von Geschäftsgeheimnissen, wie z.B. Technologien, sicherstellen. Zudem ist durch den Wegfall von langwierigen Verhandlungen mit dem chinesischen Partner die Gründungsdauer der WFOE

⁹⁵ Li-Balling, S. 14

⁹⁶ Wolff, S. 134

⁹⁷ Gu, S. 92

⁹⁸ Li-Balling, S. 15

⁹⁹ Dies bestätigt auch eine 2007 von der German Industry & Commerce (GIC) zusammen mit Euro Asia Consulting PartG (EAC) durchgeführte Umfrage bei 273 deutschen Unternehmen in China. Siehe BusinessForum Asia China, Special Issue, German Business Expansion in China: 2008 – 2010

relativ¹⁰⁰ kurz. Diese Gesellschaftsform ist insbesondere vorteilhaft, wenn die ausländischen Investoren über die nötigen Ressourcen, Technologien, Managementenerfahrung und guten Beziehungen zu Zulieferern und Kunden verfügen.¹⁰¹

Die Gründer einer WFOE können wählen, ob sie eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit wollen oder nicht. Entscheiden sie sich für eine eigene Rechtspersönlichkeit, ist dies in der Regel in der Form einer GmbH.¹⁰²

3. Joint Ventures

a) Einleitung

Wie erwähnt, besteht seit 1979 in der VR China die Möglichkeit Joint Ventures zwischen einem ausländischen Investor und einem chinesischen Partner zu gründen. Das Joint Venture wurde zu Beginn der Wirtschaftsreformen in der VR China als ideale Synthese von Planwirtschaft und Marktwirtschaft betrachtet, da es einerseits dem planwirtschaftlichen System durch das Prinzip der plandeterminierten Leistungserstellung durch nichtselbständige Wirtschaftseinheiten entspricht und andererseits die Vorteile des marktwirtschaftlichen Systems genießt.¹⁰³ Die Gründung eines Joint Venture ist im Vergleich zu chinesisch investierten Gesellschaften jedoch komplizierter, beruht doch vieles auf Verhandlungen zwischen zwei Partnern mit oft unterschiedlichen Interessen und kulturellem Hintergrund. Für den Erfolg des Joint Ventures ist dementsprechend das Vertrauen in den Joint-Venture Partner entscheidend.¹⁰⁴

Die interne Struktur von Joint Ventures ist einzigartig, haben sie doch keine Gesellschafterversammlung. Eine solche wird nicht als nötig erachtet, da diese Gesellschaftsform nur aus

¹⁰⁰ mindestens 3 bis 4 Monate

¹⁰¹ Yan, S. 19

¹⁰² Art. 8 WFOEG

¹⁰³ Guo, S. 263 f.

¹⁰⁴ OECD, Emerging Markets, S. 99

einem chinesischen und einem ausländischen Partner besteht. Der Umstand, dass es beim Joint Venture keine Gesellschafterversammlung braucht, entspricht auch dem Grundgedanken des Joint Ventures, nämlich dass die Gesellschaft aus Partnern besteht, welche versuchen sollen gemeinsam und entsprechend der chinesischen Tradition auf freundschaftlicher Basis ein Geschäft zu führen.¹⁰⁵ Die Vorteile des ausländischen Partners bezüglich Kapital und Technologie führen jedoch oft zu einer Dominanz.¹⁰⁶ Auf der anderen Seite können Gesellschafter mit Minderheitsanteil trotzdem entscheidenden Einfluss auf die Willensbildung nehmen. Die entscheidende Willensbildung des Joint Ventures erfolgt nämlich im Vorstand, da die Gesellschafterversammlung fehlt. Da die Abstimmung im Vorstand nach Köpfen erfolgt, können Gesellschafter mit Minderheitsanteil allenfalls trotzdem über die Stimmenmehrheit im Vorstand verfügen.¹⁰⁷ Insbesondere unterschiedliche Ansichten bezüglich der Strategie können zu Unstimmigkeiten in den Joint Ventures führen. In der Praxis sind viele Joint Ventures nicht erfolgreich, was auch ein Grund ist warum ausländische Investoren immer mehr die WFOE als Investitionsform wählen. Das Joint Venture wird immer mehr nur noch für Geschäftstätigkeiten¹⁰⁸ gewählt, wo die Form der WFOE nicht erlaubt ist.

Die zwei Hauptformen von Joint Ventures sind nachfolgend dargestellt:

b) Sino-Foreign Equity Joint Venture

Das Sino-Foreign Equity Joint Venture ist im *Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Joint Ventures* und *Regulations of the Implementation of the Law of the People's Republic of China on Joint Ventures Using Chinese and Foreign Investment* geregelt.

¹⁰⁵ Nägeli, S. 162

¹⁰⁶ Jiang, S. 78 ff.

¹⁰⁷ Li-Balling, S. 22

¹⁰⁸ Insbesondere Bereiche, wo bestimmte Industrien der VR China geschützt werden sollen (z.B. Telekommunikation, Flugzeugindustrie)

Equity Joint Ventures haben immer die Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung¹⁰⁹. Sie verfügen dementsprechend über eine Rechtspersönlichkeit und unterstehen dem chinesischen Recht. Zur Gründung bedarf das Joint Venture einer Vereinbarung^{110 111}, einem Vertrag¹¹² und der Gesellschaftssatzung¹¹³, welche von den Behörden genehmigt werden müssen.¹¹⁴ Bei Konflikten zwischen der Vereinbarung und dem Vertrag geht der Vertrag vor.¹¹⁵ Beide Parteien investieren in das Joint Venture, wobei üblicherweise der ausländische Partner Kapital und Technologie einbringt¹¹⁶. Das durch den ausländischen Partner investierte Kapital sollte im allgemeinen nicht weniger als 25% betragen¹¹⁷.

Wie in diesem Kapitel Buchst. C. Ziff. 3. a) erwähnt, hat das EJV keine Gesellschafterversammlung, sondern nur einen Vorstand, dessen Grösse und Zusammensetzung mittels Verhandlungen zwischen den Parteien im Vertrag und der Gesellschaftssatzung bestimmt werden¹¹⁸. Dieser Vorstand entscheidet über alle substantiellen Probleme des EJV unter

¹⁰⁹ Art. 4 Abs.1 EJVG, Art. 16 EJVG

¹¹⁰ “Joint Venture Agreement” refers to a document agreed upon by the parties to the joint venture on some main points and principles governing the establishment of a joint venture (Art. 10 Abs. 1 EJVV).

¹¹¹ Die Parteien können sich darauf einigen, auf eine Vereinbarung zu verzichten (Art. 10 Abs. 5 EJVV).

¹¹² “Joint Venture Contract” refers to a document agreed upon and concluded by the parties to the joint venture on their rights and obligations (Art. 10 Abs. 2 EJVV). Was Inhalt eines solchen Vertrages sein sollte ist in Art. 11 EJVV geregelt.

¹¹³ “Article of association” refers to a document agreed upon by the parties to the joint venture indicating the purpose, organizational principles and method of management of a joint venture in compliance with the principles of the joint venture contract (Art. 10 Abs. 1 EJVV).

¹¹⁴ Art. 3 EJVG

¹¹⁵ Art. 10 Abs. 4 EJVV

¹¹⁶ Art. 5 EJVG

¹¹⁷ Art. 4 Abs. 2 EJVG

¹¹⁸ Art. 6 EJVG

Berücksichtigung der Gleich-berechtigung und des beidseitigen Nutzens der Partner¹¹⁹.
Gemäss den Ausführungen der SAIC muss das EJV neu auch einen Aufsichtsrat haben.¹²⁰

c) Contractual Joint Venture

Das Contractual Joint Venture, welches ab 1988 als Gesellschaftsform eingeführt wurde, ist im *Law on Sino-foreign Corporative Joint Ventures* und *Detailed Rules for The Implementation of The Law on Sino-Foreign Cooperative Joint Ventures* geregelt.

Im Gegensatz zum EJV werden Rechte und Pflichten jeder Partei nicht aufgrund der Kapitalbeteiligung sondern durch den Joint Venture Vertrag festgelegt.¹²¹ Meistens werden CJV für bestimmte zeitlich beschränkte Projekte gewählt.¹²² Die Form des CJV wird zwar als weniger risikoreiche Investition betrachtet, jedoch ist mehr gegenseitiges Vertrauen und Kooperation von den Partnern notwendig.¹²³ Die CJV sind zudem weniger attraktiv, da die Vertragsfreiheit limitiert und durch die entsprechenden chinesischen Gesetze ungenügend geschützt ist.¹²⁴

Das CJV ist bezüglich Struktur flexibler als das EJV.¹²⁵ Voraussetzung ist das Vorhandensein eines General Managers, daneben sind die Investoren frei bezüglich der Festlegung der Struktur in der Gesellschaftssatzung. Wie erwähnt, ist auch bei dieser Form des Joint Venture keine Gesellschafterversammlung vorgesehen, sondern nur ein Vorstand oder ein gemeinsames Management-Organ¹²⁶ und zudem ist wie beim EJV neu ein Aufsichtsrat notwendig.

¹¹⁹ Art. 6 EJVG

¹²⁰ SAIC-Mitteilung Nr. 81

¹²¹ Art. 2 Abs. 1 CJVG

¹²² Li-Balling, S. 20

¹²³ Yan, S. 17

¹²⁴ Gu, S. 85

¹²⁵ Lin, S. 490

¹²⁶ Art. 12 CJVG

Die CJV haben meistens keine eigene Rechtspersönlichkeit. Eine solche können sie jedoch haben, falls sie die entsprechenden Bedingungen¹²⁷ erfüllen^{128 129}. In dem Fall wird ihre Form dem EJV ähnlich.

III. Übersicht über die Organe der GmbH

A. Einleitung

Das chinesische Gesellschaftsgesetz sieht als Organe¹³⁰ für die GmbH die Gesellschafterversammlung und einen Vorstand bzw. einen Aufsichtsrat als Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgan vor. Nicht als Organ in dem Sinne, wie zum Beispiel im schweizerischen Recht¹³¹, qualifiziert das GesG die Revisionsstelle oder das sogenannte Buchprüfungsbüro¹³².

Wie in Kapitel II erwähnt, sind für FIE und chinesische Gesellschaften gemäss GesG zum Teil unterschiedliche Bestimmungen anwendbar, was insbesondere bezüglich der Organisationsstruktur der Fall war und teilweise immer noch ist¹³³. Im Gesetz und den Ausführungsbestimmungen zur WFOE findet sich zum Beispiel bezüglich der Struktur keine Regelung. Dies führte bei einigen Rechtsgelehrten zur Annahme, dass das GesG Anwendung finde. Andere Autoren gingen jedoch davon aus, dass gerade deshalb die WFOE flexibel bezüglich der Struktur ist, da demgegenüber in den gesetzlichen Bestimmungen für die Joint

¹²⁷ Art. 37 GPCL

¹²⁸ Art. 2 Abs. 2 CJVG

¹²⁹ In diesem Fall ist auch ein Vorstand notwendig, andernfalls genügt ein Komitee (Art. 24 CJVV)

¹³⁰ Siehe 2. Kapitel des GesG

¹³¹ Siehe Art. 626 Ziff. 6 OR

¹³² In diesem Zusammenhang interessant, dass die Bestellung des Buchprüfungsbüro durch die Gesellschafterversammlung oder den Vorstand gemäss Festlegung in der Gesellschaftssatzung erfolgen kann (Art. 170 GesG). Gerade die Bestellung durch den Vorstand verstösst gegen Corporate Governance Prinzipien, da damit die Unabhängigkeit des Prüfung in Frage gestellt wird.

¹³³ Wie in diesem Kapitel Buchst. C Ziff. 3 erwähnt, bedürfen die Joint Ventures keiner Gesellschafterversammlung

Ventures die Struktur festgelegt wurde.¹³⁴ In der Praxis wurde diese Die Praxis freie Wahl der Struktur bestätigt, wurde denn von den Behörden im Rahmen der Genehmigungen bei der Errichtung der WFOE auch keine Organisationsstruktur gemäss dem GesG verlangt.¹³⁵ Mit den Mitteilungen des SAIC¹³⁶ ist die Frage bezüglich der Organstruktur für die WFOE nun geregelt, nämlich in dem Sinne, dass die Bestimmungen des GesG für alle nach dem 1. Januar 2006 gegründeten WFOE Anwendung finden.

B. Gesellschafterversammlung

Das Machtorgan¹³⁷ der GmbH ist die Gesellschafterversammlung. Die Gesellschafterversammlung ist somit das höchste Organ. Sie hat die folgenden „Amtsbefugnisse“¹³⁸, welche seit dem GesG von 1993 gleich geblieben sind:

- Beschluss über den geschäftlichen Kurs der Gesellschaft und den Investitionsplan;
- Wahl, Austausch und Bezahlung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, die nicht als Vertreter der Beschäftigten bestellt werden;
- Prüfung und Genehmigung der Berichte des Vorstands;
- Prüfung und Genehmigung der Berichte der Aufsichtsrats bzw. des Aufsichtsführers;
- Prüfung und Genehmigung der Planung für den Jahreshaushalt und die Jahresabschlussrechnung der Gesellschaft;
- Prüfung und Genehmigung der Planung für die Verteilung der Gewinne und die Deckung der Verluste der Gesellschaft;

¹³⁴ Lin, S. 500

¹³⁵ Lin, S. 501

¹³⁶ Siehe Kapitel II Buchst. C Ziff. 1

¹³⁷ Art. 37 GesG

¹³⁸ Art. 38 Abs. 1 GesG

- Entscheidung über Erhöhungen und Senkungen des registrierten Kapitals der Gesellschaft;
- Entscheidung über die Vereinigung, Aufteilung und Auflösung der Gesellschaft und über eine allfällige Änderung der Gesellschaftsform;
- Änderung der Gesellschaftssatzung;
- Andere von der Gesellschaftssatzung bestimmte Amtsbefugnisse.

An der Gesellschafterversammlung haben die Gesellschafter Stimmen im Verhältnis ihrer Einlagen, soweit die Gesellschaftssatzung nicht etwas anderes bestimmt.¹³⁹

C. Vorstand

Das wohl wichtigste Organ der GmbH ist der Vorstand mit drei bis dreizehn Mitgliedern¹⁴⁰. Bei Gesellschaften mit wenig Gesellschaftern oder verhältnismässig kleinem Umfang¹⁴¹ kann der Vorstand durch einen geschäftsführenden Vorsteher ersetzt werden.

Der Vorstand ist gegenüber der Gesellschafterversammlung verantwortlich, insbesondere muss er die Entscheidungen der Gesellschafterversammlung ausführen und über die Ergebnisse der Gesellschaft Bericht erstatten.

Die einzelnen Aufgaben und Pflichten werden im IV. Kapitel detailliert erläutert.

D. Aufsichtsrat

Die GmbH sieht einen Aufsichtsrat mit mindestens drei Mitgliedern vor. Der Aufsichtsrat setzt sich aus Vertretern der Gesellschafter und den Beschäftigten in angemessenem Verhältnis zusammen. Der Anteil der Beschäftigtenvertreter darf dabei nicht unter einem Drittel

¹³⁹ Art. 42 GesG

¹⁴⁰ Art. 45 GesG

¹⁴¹ Siehe Art. 51 GesG

liegen.¹⁴² Unter bestimmten Voraussetzungen¹⁴³ kann der Aufsichtsrat durch einen oder zwei Aufsichtsführer ersetzt werden. Dieser Ersatz durch einen Aufsichtsführer ist gerade bei einer WFOE eine interessante Möglichkeit, um zu verhindern, dass Arbeitnehmervertreter zu viele Informationen erhalten und durch das Recht zur Teilnahme an den Vorstandssitzungen¹⁴⁴ zu starken Einfluss nehmen können.

Vor der letzten Revision des GesG hatte der Aufsichtsrat eine unbedeutende Rolle gespielt und erfüllte insbesondere auch die Erwartungen von Investoren und Legislatoren nicht.¹⁴⁵ Im neuen GesG haben die Aufsichtsräte mehr Kompetenzen im Sinne einer zusätzlichen Prüfung des Managements erhalten. Die einzelnen Aufgaben und Pflichten werden im IV. Kapitel detailliert erläutert.

IV. Die Corporate Governance Struktur der Aufsichts- und Geschäftsführungsorgane in der GmbH WFOE

A. Einleitung

Wie in Kapitel I erwähnt, gibt es nicht „ein Corporate Governance Modell“, welches global anwendbar ist. Die OECD hat gewisse Grundsätze erlassen, welche jedoch sehr allgemein gefasst sind. Damit lassen die Grundsätze genug Raum, der Corporate Governance Struktur im jeweiligen Gesetz ein eigenes Gesicht zu geben und damit insbesondere den gesetzlichen, wirtschaftlichen, historischen und kulturellen Gegebenheiten des entsprechenden Landes gerecht zu werden.

Unbestritten ist, dass die Ausführungs- und Aufsichtsorgane das Kernstück der Corporate Governance bilden, konzentrieren sich doch die rechtlichen Aspekte der Corporate

¹⁴² Art. 52 Abs. 2 GesG

¹⁴³ Art. 52 Abs. 2 GesG

¹⁴⁴ Siehe Kapitel IV Buchst. E Ziff. 3

¹⁴⁵ Feinermann, S. 607

Governance auf die Struktur des Vorstands und anderer Organe, die das Management im Auftrag der Eigentümer überwachen. Die Errichtung eines starken rechtlichen Rahmens schafft einerseits Vertrauen in die Gesellschaft und macht diese attraktiv für Investoren.¹⁴⁶ Andererseits ist eine solche für eben diese Investoren und Mitglieder in Organfunktionen, insbesondere auch ausländische Personen, entscheidend um Risiken zu minimieren. Gleichwohl unterschätzen viele ausländische Investoren in der VR China nach wie vor die Bedeutung einer guten Corporate Governance für ihre chinesischen Tochtergesellschaften¹⁴⁷.

Wie im II. Kapitel erwähnt, sieht das GesG für die GmbH als Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane den Vorstand bzw. den Aufsichtsrat vor.

B. Die Struktur von Vorstand und Aufsichtsrat

Die Ausführungs- und Aufsichtsorgane der GmbH sind als zweistufiges Board-System oder dualistisches System ausgestaltet, d.h. die Gesellschaft verfügt über einen Vorstand und einen Aufsichtsrat und dementsprechend über eine Trennung der Geschäftsführung von der Aufsicht. Dieses System findet sich in vielen Kontinentalrechten, so z.B. in Deutschland oder auch in Japan. Das GesG folgt demnach dem deutschen und japanischen Modell im Gegensatz zum einstufigen oder monistischen System der angelsächsischen Länder (USA und Grossbritannien) oder auch der Schweiz, wo Aufsicht und Geschäftsführung durch dasselbe Organ wahrgenommen werden. Der Entscheid für diese zweistufige Struktur ist wohl im Zusammenhang mit der strukturellen Verwandtschaft mit der kontinentaleuropäischen Rechtskultur zu sehen, aber auch mit der besonderen wirtschaftlichen und politischen Situation in der VR China. Diese Struktur eignet sich eher, um den Kontrollverlust der Betriebe im Staats-eigentum durch die Umwandlung in privatrechtliche Formen

¹⁴⁶ Yan, S. 75

¹⁴⁷ Schaub, S.37

aufzufangen¹⁴⁸. Zudem soll die Struktur, wohl in Anlehnung an die Gesetzgebung in Deutschland, auch eine angemessene Beteiligung der Arbeitnehmenden ermöglichen.

Obwohl das GesG ein zweistufiges Board-System aufweist, ist die Board-Struktur im GesG einzigartig.¹⁴⁹ Die Organstruktur des GesG ist nämlich eher als einstufiges Board-System ausgestaltet.¹⁵⁰ Ob eine monistische oder dualistische Struktur gewählt wird, ist letztlich auch nicht entscheidend für ein funktionierendes Corporate Governance Modell. Verschiedene Länder haben sich für unterschiedliche Systeme entschieden und die OECD hält diesbezüglich auch ihre Empfehlungen sehr allgemein ohne eine Präferenz für die eine oder andere Struktur abzugeben.¹⁵¹ Entscheidend ist, dass die gewählte Struktur die strategische Ausrichtung des Unternehmens, die effektive Überwachung der Geschäftsführung durch das Board und die Rechenschaftspflicht des Boards gegenüber der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern gewährleistet.¹⁵² Die Corporate Governance Struktur sollte dabei in keinem Fall zu einer „Form over Substance“ führen¹⁵³, d.h. in der Praxis soll die Effektivität der Corporate Governance Struktur und nicht die Form entscheidend sein.

Das chinesische System wurde und wird aber kritisiert. Unter dem alten GesG zeigte sich, dass die Aufsichtsräte in einzelnen Gesellschaften nur beschränkt ihre Aufgaben erfüllen konnten. Einerseits verfügten sie vielfach nicht über die nötigen Qualifikationen und andererseits hatten sie nicht genug Kompetenzen zur effektiven Überwachung. Die Revision des GesG im Jahr 2005 hat die Strukturen und Rollen von Vorstand und Aufsichtsrat geklärt. Der Vorstand wurde dabei mehr im Sinne des anglo-amerikanischen Modells der Corporate Governance strukturiert, indem der Vorstand auch überwacht und dem Management hilft Entscheidungen zu treffen. Der Vorstand ist in diesem Fall das Hauptentscheidungs-

¹⁴⁸ Kroymann, GesG, S. 435

¹⁴⁹ Chao, S. 46

¹⁵⁰ IIC, S. 8

¹⁵¹ OECD-Grundsätze, S. 72

¹⁵² OECD-Grundsätze, S. 72

¹⁵³ Borer, S. 1006

findungsorgan. Der Aufsichtsrat hat dagegen die Kompetenz, Entscheidungen des Vorstands aufzuheben.¹⁵⁴ In der Praxis ist dies jedoch nur symbolisch und wird wohl zu weiteren Widersprüchen in der chinesischen Board-Struktur führen, da die Aufsichtsräte trotzdem nur wenig Einflussnahme haben¹⁵⁵. Kritisiert wird somit eine Duplikation des Systems, welche nicht vorteilhaft ist, ausser dass es zu Lehläufen und erhöhten administrativen Kosten führt. Diese zweistufige Struktur kann m.E. einzig unter Einbezug des historischen und kulturellen Hintergrundes der VR China verstanden werden, dass nämlich durch die Bestimmungen im GesG eine Einflussnahme des Staates und der Arbeitnehmenden sichergestellt werden soll.

C. Bestellung von Vorstand und Aufsichtsrat

1. Einleitung

Gemäss Art. 4 GesG geniessen die Gesellschafter einer Gesellschaft unter anderem „das Recht der Auswahl der Manager nach Gesetz“. Diese Gesetzesbestimmung ist anlässlich der letzten Revision des GesG in diesem Sinne erweitert worden. Die Bedeutung dieses Gesetzesartikels ist m.E. nicht klar. In Art. 217 Ziff. 4 GesG sind die „leitenden Manager“¹⁵⁶ definiert. Diese werden im allgemeinen vom Vorstand bestimmt. Die Gesellschafter können anlässlich der Gesellschafterversammlung die Aufsichtsräte und den Vorstand wählen, aber nicht das Management. In Anlehnung an ausländische Gesetzgebungen ist diese Bestimmung wohl dahin auszulegen, dass sie keine eigenständige Bedeutung hat, sondern einzig ein Hinweis auf die spezifischen Bestimmungen bezüglich der Bestellung von Vorstand, Aufsichtsrat und leitenden Managern im GesG ist.

¹⁵⁴ CFA Institute, S. 8

¹⁵⁵ Cheung, S. 27 f.

¹⁵⁶ ... die Geschäftsführer, stellvertretenden Geschäftsführer und für die Finanzangelegenheiten [leitend] verantwortlichen Personen der Gesellschaften, der Sekretär des Vorstands einer börsengängigen Gesellschaft sowie andere in einer Gesellschaftssatzung bestimmte Personen.

2. Vorstand

a) Bestellung

Die Gesellschafterversammlung wählt den Vorstand und kann ihn auch auswechseln.¹⁵⁷ Dies ist eine ausschliessliche Kompetenz der Gesellschafterversammlung, welche nicht delegiert werden kann.¹⁵⁸ Keine spezifischen Vorschriften finden sich im GesG bezüglich der Wahl des Vorstands, somit ist davon auszugehen, dass die allgemeinen Vorschriften bezüglich Wahl und Entscheidungsfindung anlässlich der Gesellschafterversammlung Anwendung finden. Sofern die Gesellschaftssatzung nichts anderes bestimmt, können die Gesellschafter im Verhältnis ihrer Einlagen abstimmen.¹⁵⁹

Gemäss OECD-Richtlinien obliegt in zweistufigen Board-Systemen die Bestellung des Vorstands dem Aufsichtsrat¹⁶⁰. Dementsprechend ist dies auch im deutschen Recht vorgesehen.¹⁶¹ Das chinesische Recht hat mit der Bestimmung, dass die Wahl des Vorstands eine Kompetenz der Gesellschafter ist, dem einstufigen Board-System den Vorzug gegeben. Diese Kompetenz der Gesellschafterversammlung entspricht dem primären Mechanismus der Corporate Governance, nämlich dem Schutz der Gesellschafter.¹⁶²

Im chinesischen Recht findet sich noch eine weitere Einzigartigkeit, welche wohl darauf zurückzuführen ist, dass der Staat und die Mitarbeitenden als weitere „stakeholders“ in der VR China von grosser Bedeutung sind. Bei der GmbH, die mit Einlagen mehrerer staats-eigener Unternehmen oder mehrerer anderer staatseigener Investitionssubjekte errichtet wird, muss der Vorstand Vertreter der Beschäftigten der Gesellschaft miteinschliessen.^{163 164} Bei

¹⁵⁷ Art. 38 Ziff. 2 GesG

¹⁵⁸ Gu, S. 39 ff.

¹⁵⁹ Art. 43 GesG

¹⁶⁰ OECD-Grundsätze, S. 76

¹⁶¹ § 84 AktG

¹⁶² OECD-Grundsätze, S. 35

¹⁶³ Art. 45 Abs. 2 GesG

anderen Gesellschaften in Form der GmbH kann der Vorstand Beschäftigtenvertreter der Gesellschaft miteinschliessen. Interessant ist, dass diese Vertreter in jedem Fall von den Beschäftigten durch demokratische Wahl¹⁶⁵ und nicht durch die Gesellschafter anlässlich der Gesellschafterversammlung gewählt werden. Diese Bestimmung muss eindeutig vor dem Hintergrund des chinesischen Sozialismus und Tradition sowie der Bedeutung, welche die staatlichen Unternehmen in der VR China bei der Ausgestaltung des GesG gespielt haben, gesehen werden. Eine angemessene Vertretung durch die Beschäftigten ist bei den Staatsbetrieben sicherlich angebracht. Problematisch kann jedoch die Anwendung bei „anderen Gesellschaften“ sein. Die Anwendung dieser Bestimmung könnte allenfalls den Interessen der Gesellschafter zuwiderlaufen. Trotz Anerkennung der OECD-Grundsätze¹⁶⁶, welche bestimmen, dass im Interesse der Sicherung des Unternehmenserfolgs, die Möglichkeit zur Entwicklung von Mechanismen der Arbeitnehmerbeteiligung bestehen sollen, scheint m.E. eine entsprechende Vertretung bei „anderen Gesellschaften“ nicht nötig zu sein. Durch die Bestimmung, dass der Aufsichtsrat aus Beschäftigtenvertretern¹⁶⁷ bestehen muss, ist diesem Grundsatz der OECD genüge getan. Die Bedeutung der Vorschrift ist aber auch nicht zu überschätzen, begründen diese neuen Vorschriften doch keine Pflicht zur Aufnahme von Arbeitnehmervertretern.¹⁶⁸ Durch entsprechende Verpflichtungen der Vorstandsmitglieder kann m.E. sichergestellt werden, dass nicht entgegen den Interessen der Gesellschafter Beschäftigtenvertreter in den Vorstand aufgenommen werden.

¹⁶⁴ Unklar ist, ob das für alle Gesellschaften mit staatlicher Beteiligung oder nur für die Gesellschaften mit allein staatlichen, aber von mehreren staatlichen Investoren stammenden Kapital gilt; wahrscheinlich ist letzteres der Fall (Münzel, S. 300)

¹⁶⁵ Art. 45 Abs. 2 GesG

¹⁶⁶ OECD-Grundsätze, S. 56

¹⁶⁷ Art. 52 Abs. 2 GesG

¹⁶⁸ Kroymann, GesG, S. 434

b) Beendigung

Das GesG¹⁶⁹ sieht vor, dass die Amtsdauer der Vorstandsmitglieder in der Gesellschafts-satzung festgelegt wird, aber nicht länger als drei Jahre¹⁷⁰ sein sollte. Eine Wiederwahl ist unbeschränkt möglich. Das alte Gesetz hielt in Art. 115 fest, dass der Vorstand vor Ablauf der Dauer nur mit Grund abgewählt werden kann. Die Gründe, welche eine solche Abwahl rechtfertigten, waren jedoch nicht klar¹⁷¹. Als höchstes Organ der Gesellschaft sollte die Gesellschafterversammlung das Recht haben, den Vorstand abzuwählen.¹⁷² Eine spezifische Klausel, wie z.B. Art. 705 OR, welche der Generalversammlung die Berechtigung zugesteht, Mitglieder des Verwaltungsrates abzurufen, findet sich nicht. In der nun geltenden Fassung des GesG steht, dass der Aufsichtsrat der Gesellschafterversammlung die Abberufung des Vorstands vorschlagen kann¹⁷³ und die Gesellschafterversammlung das Recht hat, den Vorstand auszutauschen¹⁷⁴. Damit sind im neuen Recht die entsprechenden Kompetenzen der Gesellschafterversammlung erweitert worden.

Zudem beenden Tod, Behinderung, Kündigung und weitere Gründe die Amtsdauer.¹⁷⁵ Tritt eine der Qualifikationen nach Art. 147 Abs. 1 GesG¹⁷⁶ ein, muss die Gesellschaft das Vorstandsmitglied zudem seines Amtes entheben.¹⁷⁷

Im GesG findet sich kein ausdrückliches Recht des Vorstandsmitglieds zum Rücktritt während der Amtszeit. In Art. 46 GesG wird jedoch der Rücktritt im Zusammenhang mit der weiteren Handlungsfähigkeit angenommen. M. E. kann deshalb davon ausgegangen werden,

¹⁶⁹ Art. 46 GesG

¹⁷⁰ Art. 53 GesG

¹⁷¹ Gu, S. 142

¹⁷² Gu, S. 143

¹⁷³ Art. 54 Ziff. 2 GesG

¹⁷⁴ Art. 46 GesG

¹⁷⁵ Gu, S. 142 f.

¹⁷⁶ Siehe Ausführungen dazu in diesem Kapitel Buchst. D

¹⁷⁷ Art. 147 Abs. 3 GesG

dass ein entsprechendes Recht des Vorstandsmitglieds auf jederzeitigen Rücktritt besteht. Von einem solchen Recht wird auch im schweizerischen Obligationenrecht ausgegangen¹⁷⁸. Eine Beschränkung der Rücktrittsmöglichkeit würde m.E. die Rechte des Mitglieds zu stark begrenzen.

Um den Vorstand handlungsfähig zu erhalten, müssen die anderen Mitglieder des Vorstands bis zur nächsten Gesellschafterversammlung weiterhin ihren Amtspflichten nachkommen, falls die Anzahl der Vorstandsmitglieder unter das gesetzliche Quorum fällt.¹⁷⁹

3. Aufsichtsrat

a) Bestellung

Ausser den Beschäftigtenvertretern, welche von den Beschäftigten der Gesellschaft über die Beschäftigtenvertreterversammlung, die Beschäftigtenvertreter oder in anderer Form demokratisch gewählt werden¹⁸⁰, werden die Mitglieder des Aufsichtsrats durch die Gesellschafter gewählt.¹⁸¹ Da sich keine spezifischen Vorschriften im GesG bezüglich der Wahl des Aufsichtsrats findet, ist davon auszugehen, dass die allgemeinen Vorschriften bezüglich Wahl und Entscheidungsfindung anlässlich der Gesellschafterversammlung Anwendung finden. Sofern die Gesellschaftssatzung nichts anderes bestimmt, können die Gesellschafter somit im Verhältnis ihrer Einlagen abstimmen.¹⁸²

¹⁷⁸ Von Büren/Stoffel/Weber, S. 28

¹⁷⁹ Art. 46 Abs. 2 GesG

¹⁸⁰ Art. 52 Abs. 2 GesG

¹⁸¹ Art. 38 Ziff. 2

¹⁸² Art. 43 GesG

b) Beendigung

Die Amtszeit wird in der Gesellschaftssatzung festgelegt, wobei diese nicht länger als drei Jahre sein sollte. Eine Wiederwahl ist möglich.¹⁸³

Zudem beenden auch hier Tod, Behinderung, Kündigung und weitere Gründe die Amtsdauer¹⁸⁴. Tritt eine der Qualifikationen nach Art. 147 Abs. 1 GesG¹⁸⁵ ein, muss die Gesellschaft das Aufsichtsratsmitglied seines Amtes entheben.¹⁸⁶

Fällt die Anzahl der Vorstandsmitglieder unter das gesetzliche Quorum, müssen die anderen Mitglieder des Aufsichtsrats bis zur nächsten Gesellschafterversammlung ihren Amtspflichten nachkommen.¹⁸⁷

D. Qualifikation von Vorstand und Aufsichtsrat

1. Einleitung

Damit eine Person die Funktion als Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats wahrnehmen kann, müssen gemäss GesG gewisse Voraussetzungen erfüllt sein. Nachfolgend wird einzig auf diese gesetzlichen Anforderungen des GesG Bezug genommen. Bei der Wahl eines Mitglieds orientiert sich in der Praxis das Anforderungsprofil jedoch zusätzlich an der der Art des Unternehmens¹⁸⁸. Zudem spielt auch die Zusammensetzung und die Qualifikationen der anderen Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats eine Rolle.

¹⁸³ Art. 53 GesG

¹⁸⁴ Gu, S. 143

¹⁸⁵ Siehe Ausführungen in diesem Kapitel Buchst. D

¹⁸⁶ Art. 147 Abs. 3 GesG

¹⁸⁷ Art. 53 Abs. 2 GesG

¹⁸⁸ Brunhart, S. 904

2. Negative Voraussetzungen

In Art. 147 GesG sind die Kriterien geregelt, welche für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder und leitende Manager gleichermassen gelten. Demnach dürfen Personen nicht die folgenden Voraussetzungen ausweisen:

- keine oder nur beschränkte Zivilgeschäftsfähigkeit¹⁸⁹;
- Verurteilung zu einer Kriminalstrafe wegen „Wirtschaftsdelikten“¹⁹⁰;
- persönliche Verantwortlichkeit als Vorstandsmitglied, Fabrikleiter oder Geschäftsführer für den Konkurs einer Gesellschaft oder eines Unternehmens;
- persönlich verantwortlich als gesetzlicher Repräsentant einer Gesellschaft¹⁹¹ oder Unternehmung, welcher wegen Rechtsverletzungen die Geschäftslizenz entzogen wurde und welche angewiesen wurde, zu schliessen;
- relativ hohe nicht bezahlte fällige Schulden.

Das GesG lässt offen, ob allenfalls weitere Voraussetzungen in den Gesellschaftssatzungen festgelegt werden können. Da gemäss Art 25 Abs. 1 Ziff. 8 GesG die Möglichkeit besteht, weiteres in der Gesellschaftssatzung festzulegen, sollte dies wohl grundsätzlich möglich sein.

Die aufgezählten Ausschlussgründe sind sehr detailliert und zum Beispiel in den OECD-Grundsätzen oder dem schweizerischen Recht so nicht zu finden. Sie können jedoch von den allgemeinen OECD-Grundsätzen abgeleitet werden, welche die Sicherstellung eines formellen, transparenten Verfahrens für Vorschlag und Wahl der Board-Mitglieder ver-

¹⁸⁹ Grundsätzlich jede Person, welche 18 Jahre oder älter ist (Art. 11 GPCL)

¹⁹⁰ Amtsunterschlagung, Bestechung im Amt, Unterschlagung, Zweckentfremdung von Vermögen oder der Störung der Wirtschaftsordnung der sozialistischen Marktwirtschaft

¹⁹¹ Siehe Ausführungen in diesem Kapitel Buchst. I

langen.¹⁹² Die detaillierte Aufzählung ist historisch bedingt und mit der grossen Bedeutung des Administrativ- und Strafrechts in der VR China zu erklären.

Die Wahl, Abordnung oder Einstellung einer Person, welche die Erfüllung einer erwähnten Voraussetzung erfüllt, ist unwirksam. Dies ist ein sehr weitgehender Schutz für sämtliche „stakeholder“.

3. Unabhängigkeit

Vorstandsmitglieder und leitende Manager dürfen nicht gleichzeitig Aufsichtsratsmitglieder sein.¹⁹³ Erstaunlich und auch entgegen den Empfehlungen der OECD-Grundsätze verlangt das GesG nicht explizit die Prüfung des Jahresabschlusses durch einen unabhängigen Prüfer. Im GesG findet sich keine Bestimmung ähnlich dem schweizerischen Recht, welche dem Verwaltungsrat verbietet als Verwaltungsrat gleichzeitig Mitglied der Revisionsstelle zu sein¹⁹⁴.

Im Gegensatz zu den börsenkotierten Gesellschaften in der VR China¹⁹⁵ muss der Vorstand nicht aus einer gewissen Anzahl unabhängiger Vorstandsmitglieder bestehen.¹⁹⁶ Gerade bei nicht börsenkotierten Gesellschaften, wie der GmbH WFOE, wäre eine solche Bestimmung auch nicht wünschenswert, da Vorstandsmitglieder in vielen Fällen auch Mitarbeitende der Gesellschaft sind. Wichtiger sind bei diesen nicht börsenkotierten Gesellschaften gut qualifizierte Mitglieder.¹⁹⁷

¹⁹² OECD-Grundsätze, S. 77

¹⁹³ Art. 52 Abs. 4 GesG

¹⁹⁴ Art. 728 Abs. 2 OR

¹⁹⁵ Art. 123 GesG

¹⁹⁶ Unabhängiges Vorstandsmitglied: Gemeint ist ein “outside director” nach amerikanischem Vorbild (Münzel, S. 318)

¹⁹⁷ OECD, Emerging Markets, S. 10

4. Gesellschafterstatus

Ein anderes Qualifikationskriterium ist der Gesellschafterstatus. Weltweit wird dies auf drei verschiedene Arten geregelt¹⁹⁸: Die Vorstandsmitglieder (1) dürfen nicht Gesellschafter sein (Deutschland, Japan, Italien und Australien), (2) können Gesellschafter sein, wenn dies in der Gesellschaftssatzung geregelt ist (USA) oder (3) müssen Gesellschafter sein (Belgien, Frankreich). Im chinesischen Recht findet sich diesbezüglich keine Regelung. In Bezug auf den Aufsichtsrat findet sich zwar die Bestimmung, dass sich dieser aus Vertretern der Gesellschafter zusammensetzen muss¹⁹⁹. Dies bedeutet jedoch nicht, dass diese Vertreter selber Gesellschafter sein müssen.²⁰⁰ In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass dies in der VR China den Gesellschaften überlassen werden soll, ob sie eine entsprechende Regelung in der Gesellschaftssatzung aufnehmen sollen.²⁰¹ Dem ist zuzustimmen. Insbesondere bei der GmbH, welche für einen kleinen Personkreis gedacht ist und Vorstandsmitglieder und Gesellschafter oftmals demselben Personenkreis angehören, wäre ein Verbot keine praktikable Lösung. Eine Pflicht festzulegen, dass die Vorstandsmitglieder Gesellschafter sein müssen, wäre auch nicht zweckmässig. Die Argumentation, dass das Halten einer Beteiligung dazu führt, dass Vorstandsmitglieder sich stärker für die Gesellschaft einsetzen und dementsprechend den Gewinn der Gesellschaft vergrössern, ist nicht belegt. Zieht man die „alte“ Regelung des Schweizerischen Obligationenrechts²⁰² in Betracht, wo eine Aktie nötig aber auch genügend war, ist fraglich, ob diese Verpflichtung wirklich einen zusätzlichen Anreiz geschaffen hat. Gerade auch bei den GmbH WFOE ist dies oftmals nicht praktikabel. Eine GmbH WFOE wird nämlich oft einen Angestellten, welcher nicht unbedingt Gesellschafter ist, als Vorstandsmitglied einsetzen. Es sollte demnach den Gesellschaftern überlassen werden, wie sie dies in der Gesellschaftssatzung regeln wollen.

¹⁹⁸ Gu, S. 139

¹⁹⁹ Art. 52 Abs. 2 GesG

²⁰⁰ Gu, S. 140

²⁰¹ Gu, S. 139

²⁰² Art. 707 Abs. 1 und 2 aOR (aufgehoben 2007)

5. Juristische Personen

Das GesG verbietet nicht ausdrücklich juristische Personen als Vorstandsmitglieder. Auch diesbezüglich bestehen weltweit zwei Theorien. Es gibt Rechtssetzungen, welche keine juristischen Personen als Organmitglieder erlauben²⁰³ und andere Jurisdiktionen, wo juristische Personen Vorstandsmitglieder sein können. In jedem Fall sind juristische Personen als Vorstandsmitglieder nicht erlaubt, für Gesellschaften, welche sich ausserhalb der VR China an der Börse kotieren lassen wollen.²⁰⁴ Gerade bei einer GmbH WFOE könnten juristische Personen als Vorstandsmitglieder interessant sein. In diesem Zusammenhang wird denn auch die Meinung vertreten, dass dies bei inländischen Unternehmen erlaubt sein müsste.²⁰⁵ Auf der anderen Seite ist eine entsprechende Erlaubnis im Gesetz auch nicht unbedingt notwendig. In der Praxis kann dies mit natürlichen Personen, welche in der Regel auch Mitarbeitende der entsprechenden Gesellschaft sind, ausreichend vertraglich²⁰⁶ zwischen dem Vorstandsmitglied und den Gesellschaftern geregelt werden.

6. Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat

Wie im III. Kapitel erwähnt, muss gemäss Art. 52 Abs. 2 GesG mindestens ein Drittel der Mitglieder des Aufsichtsrats aus Vertretern der Beschäftigten bestehen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass diese Vertreter selber Mitarbeitende der Gesellschaft sein müssen, sondern es können auch Personen mit entsprechenden Erfahrungen als Aufsichtsräte gewählt werden.²⁰⁷

²⁰³ Beispielsweise in der Schweiz: Siehe Art. 707 Abs. 3 OR: Nur natürliche Personen sind als Vertreter von juristischen Personen wählbar. Diese werden wie andere Verwaltungsratsmitglieder für eine bestimmte Amtsdauer und ad personam gewählt und können von der juristischen Person nicht beliebig delegiert werden.

²⁰⁴ Gu, S. 140

²⁰⁵ Gu, S. 140

²⁰⁶ Z.B. in Form von Aktionärbindungsverträgen

²⁰⁷ Gu, S. 183

7. Weitere Kriterien

Nationalität und Wohnsitz bilden im chinesischen Recht kein Kriterium zur Qualifikation als Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied. Es besteht auch keine Beschränkung bezüglich des Alters. Entsprechende Beschränkungen können in der Gesellschaftssatzung festgelegt werden.²⁰⁸

E. Aufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat

1. Einleitung

Wie bereits in diesem Kapitel unter Ziff. I erwähnt, ist der Vorstand grundsätzlich für die Geschäftsführung zuständig. Zudem übernimmt er auch gewisse Kontrollfunktionen. Der Aufsichtsrat dagegen nimmt die Aufsichtsfunktion der Gesellschaft wahr.

2. Vorstand

a) Aufgaben

Der Vorstand übt die folgenden Amtsbefugnisse aus:²⁰⁹

- Einberufung der Gesellschafterversammlung und Erstattung eines Arbeitsberichts;
- Ausführung der Entscheidungen der Gesellschafterversammlung;
- Beschluss über den Geschäftsplan und Investitionsvorschläge für die Gesellschaft;
- Festsetzung der Planung für den Jahreshaushalt und die Jahresabschlussrechnung der Gesellschaft;
- Festsetzung der Planung für die Verteilung der Gewinne und die Deckung der Verluste der Gesellschaft;

²⁰⁸ Art. 25 Abs. 1 Ziff. 8 GesG

²⁰⁹ Art. 47 GesG

- Festsetzung der Planung zu Erhöhungen und Senkungen des registrierten Kapitals der Gesellschaft und zur Ausgabe von Gesellschaftsschuldverschreibungen;
- Festsetzung der Planung zur Vereinigung, Aufteilung oder Auflösung der Gesellschaft oder zur Änderung der Gesellschaftsform;
- Beschluss über die Einsetzung interner Leitungsorgane der Gesellschaft;
- Einstellung, Entlassung und Festsetzung der Bezahlung des Geschäftsführers und auf Vorschlag des Geschäftsführers den stellvertretenden Geschäftsführer und den Finanzverantwortlichen;
- Festsetzung der Grundsätze für die Leitung der Gesellschaft;²¹⁰
- Andere in der Gesellschaftssatzung bestimmte Amtsbefugnisse.

Der Vorstand ist der Gesellschafterversammlung verantwortlich²¹¹, womit die teilweise geringe Effizienz der Geschäftsoperationen in chinesischen Gesellschaften²¹² erklärt wird. Verglichen mit den Gesetzgebungen in anderen Ländern, zum Beispiel auch der Schweiz²¹³, hat in der VR China der Vorstand nämlich wenig Entscheidungskompetenzen innerhalb des Gesetzesrahmens. Dagegen sind die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung sehr gross²¹⁴, da diese sogar Einfluss auf die Geschäftstätigkeit nehmen kann. Beispielsweise hat die Gesellschafterversammlung die Befugnis über den geschäftlichen Kurs der Gesellschaft und den Investitionsplan zu beschliessen²¹⁵. Diese Kompetenzverteilung ist damit ziemlich verschieden von der Verteilung in westlichen Rechtsordnungen, wo die Befugnisse der

²¹⁰ Darunter ist wohl die Aufgabe zur Organisation der AG analog Art. 716a Abs. 2 OR zu verstehen. In dem Fall sollte der Vorstand ein Organisationsreglement erlassen.

²¹¹ Art. 47 GesG

²¹² Fu/Yuan, S. 58

²¹³ Siehe Art. 698 OR

²¹⁴ Feinermann, S. 598

²¹⁵ Art. 47 Ziff. 3 GesG

Gesellschaft vielfach nur auf die Bestimmung der Gesellschaftssatzung und die Wahl des Vorstands limitiert ist²¹⁶. Im schweizerischen Recht hat der Verwaltungsrat als Exekutivorgan sogar die subsidiäre Kompetenz für alle Aufgaben, welche nicht von Gesetzes wegen oder durch die Gesellschaftssatzung einem anderen Organ zugewiesen worden sind.²¹⁷ Gerade solche Schlüsselfunktionen, wie der geschäftliche Kurs der Gesellschaft, gehören eindeutig in den Geschäftsführungsbereich. Dies entspricht auch den OECD-Grundsätzen²¹⁸. Die Trennung von Eigentum und Verfügungsmacht hat nämlich nicht nur Nachteile. Die Aufteilung der Unternehmensführung und der Risikotragung auf verschiedene Subjekte stellt dank den damit verbundenen Effizienzvorteilen vielmehr gerade den Grundstein des wirtschaftlichen Erfolgs der Gesellschaft dar und diese Vorteile sind nur dann gewahrt, wenn die Gesellschafter keinen direkten Einfluss auf die Geschäftsführung des Unternehmens nehmen können. Eine gute Corporate Governance baut auf der inhärenten Funktionsteilung auf und der Vorstand sollte nicht geschwächt oder gar unternehmerische Entscheide auf die Gesellschafterversammlung übertragen werden.²¹⁹ Zudem ist auch fraglich, ob die Gesellschafter überhaupt über genügend Wissen verfügen, um entsprechende Entscheidungen zu treffen.²²⁰ Diese Kompetenzaufteilung im GesG kann einzig aus dem „unreifen“ Gesellschaftsrecht entstanden sein, um Missbräuche durch den Vorstand zu vermeiden und trotz Privatisierung der Staatsbetriebe, den Einfluss des Staates als Eigentümer sicherzustellen.²²¹

Für die GmbH WFOE, wo Gesellschafter und Vorstandsmitglieder in den meisten Fällen demselben Personenkreis angehören, wird diese Beschränkung der Kompetenzen in der Praxis wohl nicht signifikante Auswirkungen haben. Zudem bestimmt bei den FIE die Muttergesellschaft in der Regel die Corporate Governance Struktur und in 70% der Fälle haben diese Gesellschaften gar keine eigene Entscheidungskompetenz, da die meisten

²¹⁶ Fu/Yuan, S. 56

²¹⁷ Siehe Art. 716 Abs. 1 OR

²¹⁸ Siehe OECD-Grundsätze, S. 75 ff.

²¹⁹ Wehrlen/Schnydrig, S. 104

²²⁰ OECD, Emerging Markets, S. 104

²²¹ Gu, S. 122

Entscheidungen durch die Muttergesellschaft getroffen werden. Die Befugnisse des Vorstands sind oft auf zwei Hauptfunktionen beschränkt, nämlich die Koordination der verschiedenen Geschäftseinheiten in der VR China und die Kontaktherstellung mit den chinesischen Behörden im Namen der Muttergesellschaft.²²²

b) Beschlussfassung

Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, sind die Art und Weise wie der Vorstand berät und seine Beschlüsse fällt, in der Gesellschaftssatzung festgelegt.²²³ Dabei legt das GesG einzig fest, dass bei Entscheidungen des Vorstands jedes Mitglied eine Stimme hat²²⁴ und dass der Vorstand ein Beschlussprotokoll über die an der Sitzung beratenen Punkte anfertigen muss, welches von den anwesenden Vorstandsmitgliedern unterzeichnet wird²²⁵. Das Gesetz bestimmt nicht, was für eine Mehrheit notwendig ist²²⁶ oder ob Beschlüsse auch schriftlich gefasst werden können²²⁷. Es ist dementsprechend wichtig, dass dies in der Gesellschaftssatzung geregelt wird. In Bezug auf schriftliche Vorstandsbeschlüsse lässt Art. 49 Abs. 3 GesG eher darauf schliessen, dass der Gesetzgeber diese Möglichkeit nicht in Betracht gezogen hat. Doch gerade bei der WFOE GmbH, wo die Verhältnisse einfach sind und Gesellschafter und Vorstand demselben Personenkreis angehören, sollte dies möglich sein und eine entsprechende Regelung in der Gesellschaftssatzung getroffen werden.

3. Aufsichtsrat

In der Vergangenheit haben die Aufsichtsräte ihre Überwachungs- und Kontrollpflichten nicht richtig wahrgenommen.²²⁸ Mit der Reform des GesG sind deren Amtsbefugnisse

²²² Heidrick & Struggles, S. 16

²²³ Art. 49 Abs. 1 GesG

²²⁴ Art. 49 Abs. 3 GesG

²²⁵ Art. 49 Abs. 2 GesG

²²⁶ Siehe entsprechende Bestimmung im schweizerischen Recht: Art. 713 Abs. 1 OR

²²⁷ Siehe entsprechende Bestimmung im schweizerischen Recht: Art. 713 Abs. 2 OR

²²⁸ Li-Balling, S. 35

entsprechend erweitert worden. Der Aufsichtsrat verfügt nun über die folgenden Kompetenzen²²⁹:

- Überprüfung der finanziellen Angelegenheiten der Gesellschaft;
- Überwachung der Handlungen der Vorstandsmitglieder und leitenden Manager bei der Ausführung von Gesellschaftsaufgaben und Vorschlag bezüglich Abberufung von Vorstandsmitgliedern und leitenden Managern bei Verletzung von Gesetzen, Verwaltungsnormen, der Gesellschaftssatzung oder Entscheidungen der Gesellschafterversammlung;
- Abhilfe von Vorstandsmitgliedern bzw. Managern verlangen, wenn Handlungen von Vorstandsmitgliedern oder leitenden Managern die Interessen der Gesellschaft schädigen;
- Die Abhaltung, die Einberufung und das Leiten von ausserordentlichen Gesellschafter-versammlungen, wenn der Vorstand seinen im GesG bestimmten Obliegenheiten zur Einberufung und Leitung einer Gesellschafterversammlung nicht nachkommt;
- der Gesellschafterversammlung Vorschläge unterbreiten;
- Erheben von Klagen nach Art. 152 GesG gegen Vorstandsmitglieder und leitende Manager;
- Andere von der Gesellschaftssatzung bestimmte Amtsbefugnisse.

Das Ziel der oben aufgeführten Amtsbefugnisse ist dafür zu sorgen, dass das Management und insbesondere der Vorstand, im Sinne des allgemeinen Interesses der Gesellschafter und

²²⁹ Art. 54 GesG

nicht in ihren eigenen Interessen handeln.²³⁰ Anfallende Kosten des Aufsichtsrats zur Ausübung seiner Verpflichtungen, werden von der Gesellschaft übernommen.²³¹

Die im GesG vorgesehenen Kontrollfunktionen können unter anderem auch durch die Teilnahme, das Fragenstellen und durch das Unterbreiten von Vorschlägen zu den Gegenständen an den Vorstandssitzungen ausgeübt werden.²³² Das Recht Vorschläge zu machen, kann suggerieren, dass die Aufsichtsräte sich in Entscheide des Vorstands einmischen können, was über ihre Überwachungsrolle hinausgehen würde.²³³ Der Aufsichtsrat ist zwar nicht unmittelbar an den Entscheidungen der Unternehmensführung beteiligt, kann aber zumindest einen gewissen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben. In der Praxis übernimmt der Aufsichtsrat im allgemeinen jedoch keine aktive Rolle bezüglich der Geschäftsoperationen.²³⁴

Die Teilnahme des Aufsichtsrats an den Sitzungen des Vorstands birgt zudem das Risiko der Weitergabe vertraulicher Informationen an die Öffentlichkeit oder an Wettbewerber.²³⁵

Die Effektivität der Kontrolle durch den Aufsichtsrat wird zudem durch dem Umstand abgeschwächt, dass die Arbeitnehmervertreter oft nicht unabhängige Vertreter sondern Mitarbeitende der Gesellschaft sind und eigentlich dem Vorstand unterstehen. In Deutschland scheint dies keinen Einfluss auf die Ausübung der Kontrollfunktionen der Aufsichtsräte zu haben. Doch gerade in asiatischen Gesellschaften wird aufgrund der gesellschaftlichen Hierarchie ein Arbeitnehmervertreter die Aufgabe nicht unabhängig durchführen können.²³⁶

²³⁰ Fu/Yuan, S. 61

²³¹ Art. 57 GesG

²³² Art. 55 GesG

²³³ Chao, S. 22

²³⁴ Fu/Yuan, S. 61

²³⁵ Kroymann, Aufsichtsrat, S. 40

²³⁶ Feinermann, S. 607

4. Exkurs: Geschäftsführer

Wie in diesem Kapitel in Ziff. 3 erwähnt, kann der Vorstand einen Geschäftsführer einstellen und auch wieder entlassen. Auch das Gehalt des Geschäftsführers wird durch den Vorstand bestimmt.²³⁷ Bezüglich Qualifikationen²³⁸ unterliegt der Geschäftsführer als leitender Manager denselben Bestimmungen wie die Vorstandsmitglieder.

Im GesG²³⁹ wird der Geschäftsführer als leitender Manager und nicht als Organ im Rechtssinn definiert. Obwohl der Geschäftsführer nur als Hilfsorgan²⁴⁰ des Vorstands qualifiziert ist, spielt er eine wichtige Rolle im GesG²⁴¹. Er ist gegenüber dem Vorstand verantwortlich und hat die folgenden Amtsbefugnisse²⁴², welche hauptsächlich die Verantwortlichkeit für das Tagesgeschäft und Personalangelegenheiten umfassen²⁴³:

- Leitung der Produktion und sonstige Geschäfte der Gesellschaft und Organisation der Ausführung der Entscheidungen des Vorstands;
- Organisation der Ausführung der Planung im Jahresgeschäftsplan und der Investitionsplanung der Gesellschaft;
- Entwurf der Planung zur Einrichtung interner Leitungsorgane der Gesellschaft;
- Entwurf der Grundregeln für die Leitung der Gesellschaft;
- Festsetzung der konkreten Vorschriften der Gesellschaft;
- schlägt die Einstellung und Entlassung von stellvertretenden Geschäftsführern und des Finanzverantwortlichen der Gesellschaft vor;

²³⁷ Art. 47 Ziff. 9 GesG

²³⁸ Siehe in diesem Kapitel Buchst. D

²³⁹ Art. 217 Ziff. 1 GesG

²⁴⁰ Li-Balling, S. 32

²⁴¹ Fu/Yuan, S. 59

²⁴² Art. 50 GesG

- Einstellung und Entlassung des verantwortlichen Managements der Gesellschaft sofern nicht vom Vorstand vorgenommen;
- andere vom Vorstand übernommene Amtsbefugnisse.

Zudem nimmt er an den Vorstandssitzungen teil. Die in diesem Kapitel Buchst. F dargestellten Pflichten finden auch auf den Geschäftsführer Anwendung.

Basierend auf den oberwähnten Aufgaben hat der Geschäftsführer eine Schlüsselposition in der Gesellschaft. Die Aufgaben sind denen des Vorstands sehr ähnlich und in der Praxis können sich die Rolle von Vorstand und Geschäftsführer vermischen. Ein Konflikt kann bestehen, da der Geschäftsführer eigentlich gegen Aussen tätig sein müsste, entsprechende Aufgaben jedoch dem Vorstand und der Gesellschafterversammlung nicht weggenommen werden können.²⁴⁴ Es besteht keine gesetzliche Pflicht, dass der Geschäftsführer im Vorstand sitzen muss. Deshalb scheint es besser zu sein, diese Funktionen aufzuteilen²⁴⁵, was jedoch schlussendlich auch von der Grösse und Gesellschafterstruktur der Gesellschaft abhängen wird. Mit der Revision des GesG kann der Geschäftsführer zudem als gesetzlicher Repräsentant²⁴⁶ bestimmt werden. Die wichtige Position der Geschäftsführers kann damit noch verdeutlicht werden. Deshalb ist es wichtig, dass gerade auch bei den FIE, die Geschäftsführer immer aufgrund ihrer Fähigkeiten und nicht nach der Verfügbarkeit bestimmt werden.²⁴⁷ Unter Berücksichtigung der Amtsbefugnisse des Geschäftsführers obliegt es in der GmbH WFOE schlussendlich den Gesellschaftern und dem Vorstand die entsprechende Wahl zu treffen und insbesondere auch die Überwachung sicherzustellen, die der Bedeutung der Position des Geschäftsführers gerecht wird.

²⁴³ Heuser, S. 115

²⁴⁴ Gu, S. 175

²⁴⁵ Schaub, S. 42

²⁴⁶ Weitere Ausführungen zum gesetzlichen Repräsentanten in diesem Kapitel Buchst. I

²⁴⁷ Schaub, S. 28

F. Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat

1. Einleitung

Das chinesische Gesetz kennt das Konzept der „fiduciary duties“ der anglo-amerikanischen Rechtssysteme nicht.²⁴⁸ Vorstand, Aufsichtsrat und leitende Manger haben Sorgfalts- und Treuepflichten, welche wie in diesem Kapitel in Ziff. 2 dargestellt, im GesG sehr detailliert geregelt sind.

Der Vollständigkeit halber sei hier erwähnt, dass die Rechte von Vorstand, Aufsichtsrat und leitenden Managern im GesG nicht speziell geregelt sind. Es wird davon ausgegangen, dass sie durch ihre starke Position genug Macht haben, um ihre Interessen zu schützen²⁴⁹. Dem ist teilweise zuzustimmen, jedoch sollten die Mitglieder des Vorstands ein Recht haben, Auskunft und Einsicht über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen zu können analog der schweizerischen Gesetzgebung²⁵⁰. Diese entspricht auch den Vorgaben in den OECD-Grundsätzen.²⁵¹

2. Pflichten

Als allgemeiner Grundsatz legt das GesG fest, dass Vorstands-, Aufsichtsratsmitglieder und leitende Manager der Gesellschaft ihre Verbindungen zur Gesellschaft nicht nutzen dürfen, um die Interessen der Gesellschaft zu schädigen. Bei Verletzung dieser Pflichten wird die Person schadenersatzpflichtig.²⁵²

Art. 148 Abs. 1 GesG legt als allgemeine Treue- und Sorgfaltspflicht fest, dass sich die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats und leitende Manager an die Gesetze, die Verwaltungsnormen und die Gesellschaftssatzung halten müssen und der Gesellschaft zu Treue

²⁴⁸ Linklaters, S. 21

²⁴⁹ Gu, S. 157

²⁵⁰ Art. 715a OR

²⁵¹ Siehe OECD-Grundsätze, S. 84

²⁵² Art. 21 GesG

und Fleiss verpflichtet sind.²⁵³ Bereits in der früheren Fassung des GesG stand, dass Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrats und leitende Manager ihre Amtsbefugnisse nicht nutzen dürfen, um Bestechungsgelder oder sonstige illegale Einkünfte zu erhalten und dass sie kein Gesellschaftsvermögen unterschlagen dürfen.²⁵⁴ Diese Regelung vermochte jedoch nicht effektiv zu verhindern, dass einzelne Vorstandsmitglieder und Mitglieder des Führungsstabs der Unternehmen dennoch zum eigenen Vorteil und unter Missachtung des Gesellschafts-interesses handelten.²⁵⁵ Erfahrungsgemäss begehen Vorstandsmitglieder, Aufsichtsräte und leitenden Manager viele Handlungen, welche ihre Pflichten gemäss Art. 148 GesG verletzen.²⁵⁶ Dies bestätigt auch der Chief Legal Office von Manulife Financial in Greater China z. B. bezüglich „arm-lengths Transaktionen“ „... sie verstehen nicht, warum sie mit ihrer eigenen Gesellschaft oder Muttergesellschaft keine Geschäfte abschliessen dürfen“²⁵⁷. Es ist ein häufiges Problem in China, dass die Manager nicht zwischen eigenem Vermögen und Gesellschaftsvermögen unterscheiden können.²⁵⁸ Neu hat nun die Treue- und Sorgfaltspflicht gegenüber der Gesellschaft im GesG Eingang gefunden, insbesondere dürfen die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder und die leitenden Manager keine Handlungen im persönlichen Interesse oder abhängiger Dritter ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung und/oder Vorstand vornehmen.

Der chinesische Gesetzgeber hat, zum Beispiel im Gegensatz zum schweizerischen Gesetz²⁵⁹, die wichtigsten Pflichtverletzungen einzeln aufgeführt^{260 261}:

²⁵³ Art. 148 Abs. 1 GesG

²⁵⁴ Art. 148 Abs. 2 GesG

²⁵⁵ Li-Balling, S. 36

²⁵⁶ Fu/Yuan, S. 94

²⁵⁷ Moir, S. 21

²⁵⁸ Schaub, S. 29

²⁵⁹ Art. 717 OR legt allgemein die Treue- und Sorgfaltspflicht fest. Zudem besteht gemäss dieser Bestimmung auch eine explizite Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre.

²⁶⁰ Art. 149 GesG

- Mittel der Gesellschaft zweckfremd nutzen; Mittel der Gesellschaft auf im eigenen Namen oder namens einer anderen Einzelperson eröffnete Konten einzahlen;
- Mittel der Gesellschaft als Darlehen vergeben oder mit Vermögen der Gesellschaft für andere Sicherheit leisten entgegen der Gesellschaftssatzung oder ohne das Einverständnis der Gesellschafterversammlung oder des Vorstands;
- mit der eigenen Gesellschaft Verträge schliessen oder Geschäfte betreiben entgegen der Gesellschaftssatzung oder ohne das Einverständnis der Gesellschafterversammlung;²⁶²
- ohne das Einverständnis der Gesellschafterversammlung ihr Amt nutzen, um für sich oder andere die der Gesellschaft zustehende Geschäftschancen zu nutzen, um selbst oder für andere gewerbliche Tätigkeit gleicher Art wie die der Gesellschaft zu betreiben;
- für sich selbst Provisionen für Geschäfte anderer mit der Gesellschaft einstreichen;
- eigenmächtig Geheimnisse der Gesellschaft bekanntwerden lassen;
- andere Handlungen begehen, welche die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft verletzen.

Vor dem Hintergrund, dass dem Strafrecht in der VR China traditionell mehr Bedeutung beigemessen wird als dem kommerziellen Recht, ist zu sehen, dass die oberwähnten Pflichtverletzungen detaillierten Eingang in das GesG gefunden haben. Es ist jedoch unklar, weshalb im GesG die allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflichten gemäss Art. 148 GesG auf die Aufsichtsräte Anwendung finden, aber die einzelnen in Art. 149 GesG aufgeführten Pflichten für

²⁶¹ Eine detaillierte Auflistung der einzelnen Pflichten schlägt auch die OECD in ihrem Bericht über die Emerging Markets vor (OECD, Emerging Markets, S. 118)

²⁶² Diese Bestimmung geht weiter als die Bestimmungen gemäss schweizerischem Recht, wo ein solches Geschäft einzig voraussetzt, dass es „at arm’s length“ (Von Bueren/Stoffel/Weber, S. 140) und gegebenenfalls schriftlich (Art. 718b OR) abgeschlossen wird.

diese nicht gelten. Vielleicht liegt der Grund darin, dass der Vorstand und die „leitenden Manager“ grundsätzlich mehr Möglichkeiten haben, Handlungen zum Nachteil der Gesellschaft vorzunehmen²⁶³.

Mit dem neuen GesG sind die Konsequenzen bei Pflichtverletzungen nun klar geregelt. Einkommen von Mitgliedern des Vorstands und leitenden Managern aus einer Treue- oder Pflichtverletzung fällt an die Gesellschaft.²⁶⁴ Dies ist ähnlich dem anglo-amerikanischen Recht, wo ein Vorstandsmitglied nicht persönlich von einer Pflichtverletzung profitieren soll.²⁶⁵

Grundsätzlich sind bei einer guten Corporate Governance auch angemessene Auskunftspflichten des Vorstands wichtig²⁶⁶. Aus dem Recht der Gesellschafter auf Auskunft entstand die Pflicht für Vorstand, Aufsichtsrat und leitende Manager, dass sie auf Verlangen der Gesellschafterversammlung an deren Sitzungen teilnehmen und sich deren Fragen stellen müssen.²⁶⁷ Zudem sind sie verpflichtet, wahrheitsgemäss über einschlägige Sachverhalte zu berichten und einschlägige Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Auch dürfen sie den Aufsichtsrat bei der Wahrnehmung seiner Amtsbefugnisse nicht behindern.²⁶⁸ Es besteht jedoch keine Pflicht zur Mitteilung, z.B. wie im deutschen Recht den Aufsichtsrat zu informieren²⁶⁹ oder andere spezifische Verantwortlichkeiten, wenn sie ihren Pflichten nicht nachkommen²⁷⁰.

Trotz den einzeln aufgeführten Pflichten fehlt eine explizite Pflicht, welche den Vorstand anweist alle Gesellschafter gleich zu behandeln. Der entsprechende Grundsatz wird jedoch in

²⁶³ Anderson/Guo, S. 23 Fn 11a

²⁶⁴ Art. 149 Abs. 2 GesG

²⁶⁵ Anderson/Guo, S. 20

²⁶⁶ OECD, Emerging Markets, S. 13

²⁶⁷ Art. 151 Abs. 1 GesG

²⁶⁸ Art. 151 Abs. 2 GesG

²⁶⁹ Chao, S. 4

²⁷⁰ Feinermann, S. 598

den OECD-Grundsätzen genannt.²⁷¹ Als Beispiel sei in diesem Zusammenhang auch auf Art. 717 Abs. 2 OR verwiesen. In der Praxis wird das Fehlen der entsprechenden Bestimmung bei der WFOE GmbH wohl nicht von grosser Bedeutung sein, gehören doch Gesellschafter und Vorstand oft demselben Personenkreis an.

G. Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat

1. Einleitung

Das GesG von 2005 hat die rechtliche Beziehung zwischen Investoren und Management von chinesischen Gesellschaften durch die neu geschaffenen Klagemöglichkeiten tiefgreifend verändert²⁷². Das Gesetz sieht Klagemöglichkeiten gegen Vorstandsmitglieder und das leitende Management vor. Dabei unterscheidet es zwischen der Klage bei Verletzung der Interessen der Gesellschaft²⁷³, wenn somit eine mittelbare Schädigung der Gesellschafter vorliegt und der Klage bei Verletzung der Interessen eines Gesellschafters²⁷⁴ bei einer unmittelbaren Schädigung des Gesellschafters.

2. Voraussetzungen der Verantwortlichkeit

a) Verantwortliche

Grundsätzlich kommen Mitglieder von Vorstand, Aufsichtsrat und leitende Manager als Verantwortliche in Betracht. Keine Bestimmung findet sich im GesG, ob die Organe solidarisch²⁷⁵ haften.

²⁷¹ Siehe OECD-Grundsätze, S. 47 ff.

²⁷² Anderson/Guo, S. 18

²⁷³ Art. 150 GesG

²⁷⁴ Art. 153 GesG

²⁷⁵ Z.B. Art. 759 OR

b) **Prozessführungsberechtigte**

Bei der Klage bei Schädigung der Interessen der Gesellschaft gemäss Art. 150 GesG können die Gesellschafter einzeln oder gemeinsam klagen, wenn sie ohne Unterbrechung fortgesetzt 180 Tage lang einzeln oder zusammen mindestens 1% der Anteile halten. Sie müssen den Aufsichtsrat bzw. Aufsichtsführer schriftlich auffordern, Klage beim Volksgesicht zu erheben.²⁷⁶ Leistet der Aufsichtsrat bzw. der Aufsichtsführer dieser Aufforderung nicht Folge, können die Gesellschafter selber Klage erheben, falls die Interessen der Gesellschaft andernfalls schwer wiedergutzumachenden Schaden erleiden können. Mit dem Erfordernis, dass die Aufsichtsräte Klage erheben sollen, hat das chinesische Recht die Problematik erkannt, dass der Schaden bei der Gesellschaft eintritt und deshalb die Gesellschaftsorgane die entsprechende Handlungen vornehmen sollten. Wegen Interessenkonflikt könnte der Aufsichtsrat jedoch die Klageeinleitung unterlassen, da eine entsprechende Klage auch belegen könnte, dass er seine Aufsichtspflichten verletzt hat. In dem Fall kann der Gesellschafter selber Klage einreichen²⁷⁷. In der VR China kann aber gemäss dem Zivilprozessrecht nur der gesetzliche Repräsentant der Gesellschaft Klage erheben. Solange deshalb das Zivilprozessrecht nicht geändert wird, ist deshalb fraglich wie weit eine entsprechende Klage erfolgreich sein wird.²⁷⁸

Der Aufsichtsrat kann auch nicht selber klagen, sondern nur als Vermittler agieren und somit nur wenn einer oder mehrere Gesellschafter dies verlangen.²⁷⁹

Bei einer Klage aus Art. 153 GesG können die Gesellschafter direkt beim Volksgesicht Klage erheben. In diesem Fall muss der Gesellschafter direkt einen Schaden erlitten haben. Solche Verletzungen werden gegeben sein, wenn die Vorstandsmitglieder die Rechte der Gesellschafter verletzen.

Keine explizite Klageberechtigung aus dem GesG haben die Gläubiger.²⁸⁰

²⁷⁶ Art. 152 Abs. 2 GesG

²⁷⁷ Art. 152 Abs. 2 GesG

²⁷⁸ Fu/Yuan, S. 97

²⁷⁹ Art. 54 Ziff. 6 i.V.m. Art. 152 GesG

c) **Rechts- und Pflichtwidrigkeit, Kausalzusammenhang und Verschulden**

Art. 21, 149 und 150 GesG geben theoretisch eine Basis um Vorstandsmitglieder und leitende Manager für Schäden der Gesellschaft bei Verletzung der Treue- und Sorgfaltspflichten schadenersatzpflichtig zu machen. Die Pflichten sind jedoch ziemlich vage und für die Gerichte schwierig zu interpretieren.²⁸¹ Das GesG legt zwar das Ausmass fest, aber es bestehen wenig zusätzliche Richtlinien. So findet sich zum Beispiel keine Bestimmung, welche definiert, was unter Treue- und Sorgfaltspflicht zu verstehen ist. Grundsätzlich können die Ausführungen in den OECD-Grundsätzen herangezogen werden, welche feststellen, dass die Sorgfaltspflicht von den Mitgliedern des Boards verlangt *"in voller Sachkenntnis, in gutem Glauben und mit der gebotenen Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit zu handeln"*²⁸². Einzelne Autoren²⁸³ verweisen auf das angelsächsische Konzept der „duty of care“, nach welcher die verantwortliche Person dieselbe Sorgfalt anzuwenden habe, welche eine gewöhnliche und vorsichtige Person in derselben Position in vergleichbaren Umständen tun würde²⁸⁴. D.h., wie im schweizerischen Recht²⁸⁵, wird von einem objektivierten Sorgfaltsmassstab ausgegangen und die individuellen Voraussetzungen der verantwortlichen Person sind nicht zu berücksichtigen. Durch die Anwendung der „Business Judgment Rule“²⁸⁶, wird die Annahme einer Pflichtverletzung zusätzlich abgeschwächt.²⁸⁷ Im chinesischen GesG hat die „Business Judgment Rule“ bisher keinen Eingang gefunden.²⁸⁸ Das chinesische Recht basiert jedoch nicht auf dem anglo-amerikanischen Recht und es stellt sich deshalb die Frage, ob

²⁸⁰ Z.B. eine entsprechende Legitimation haben die Gläubiger gemäss Art. 754 OR

²⁸¹ Anderson/Guo, S. 20

²⁸² OECD-Grundsätze, S. 73

²⁸³ Siehe Anderson/Guo, S. 19 und Gu, S. 159 ff.

²⁸⁴ Anderson/Guo, S. 19

²⁸⁵ Von Büren/Stoffel/Weber, S. 139

²⁸⁶ „presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interest of the company (Citron v. Fairchild Camera & Instruments Corp., 569 A.2d 53, 64 (Del. 1989).

²⁸⁷ Anderson/Guo, S. 19

²⁸⁸ Gu, S. 160

dieses anglo-amerikanische Konzept überhaupt anwendbar ist. Eine Frage, welche sich zum Beispiel auch für das schweizerische Recht stellt.²⁸⁹ Klarheit können hier nur weitere gesetzliche Bestimmungen oder die zukünftige Rechtsprechung schaffen. In welche Richtung solche Bestimmungen oder die Rechtsprechung gehen könnte, ist schwierig vorauszusagen. Hinweise können in diesem Zusammenhang die OECD-Grundsätze liefern, welche feststellen, dass in fast allen Ländern falsche Geschäftsentscheidungen nicht als eine Verletzung der Sorgfalts-pflicht angesehen werden, solange sich die Mitglieder des Boards dabei keine Grobfahr-lässigkeit zuschulden kommen lassen und die fragliche Entscheidung mit der gebührenden Gewissenhaftigkeit und unter Beachtung der übrigen Bedingungen getroffen worden ist.²⁹⁰

Keine Bestimmung findet sich im GesG, ob eine Verletzung auch gegeben ist, wenn sie fahrlässig²⁹¹ begangen worden ist. Dies ist zu bejahen.²⁹² Ob bei Pflichtverletzung durch Unterlassung oder durch Handlung, in jedem Fall muss die Kausalität gegeben sein²⁹³

Welche Bedeutung die jetzigen gesetzlichen Bestimmungen schlussendlich haben, wird die Zukunft weisen. Dabei muss auch berücksichtigt werden, dass in der VR China traditionellerweise Verantwortlichkeiten auf administrativen und strafrechtlichen Verstössen basierten und somit zivilrechtliche Verantwortlichkeiten ein neues Konzept darstellen.

Die oberwähnten Ausführungen sind auch für Klagen gemäss Art. 153 GesG entsprechend anwendbar.

²⁸⁹ Bärtschi, S. 243

²⁹⁰ OECD-Grundssätze, S. 73 f.

²⁹¹ Siehe entsprechende Bestimmung in Art. 754 OR

²⁹² Fu/Yuan, S. 95

²⁹³ Fu/Yuan, S. 95

d) Schaden

Wie in diesem Kapitel in Buchst. G Ziff. 1 erwähnt, kann ein Schaden bei der Gesellschaft oder bei einem oder mehreren Gesellschaftern eintreten. Die Beweislast wird wohl beim Kläger liegen, denn allein aus einer Pflichtverletzung lässt sich noch kein Schaden ableiten. Gerade bei Vermögensschäden ist der Beweis eines Schadens und insbesondere die Schadensberechnung oft sehr schwierig. Zudem ist mit der Zusprechung von Schadenersatzzahlungen in dem meistens Fällen nicht Genüge getan, sondern der Schädiger, in diesem Fall das Vorstandsmitglied oder der Manager muss über die nötigen Mittel verfügen, um die Schadenersatzzahlung zu leisten. Viele Verantwortliche in der VR China verfügen jedoch nicht über substantielle finanzielle Mittel und sie werden dementsprechend wohl gar nicht in der Lage sein, allfälligen Schadenersatz zu bezahlen.²⁹⁴ Für die einzelnen Mitglieder und des Managements stellt sich deshalb die Frage nach einem ausreichenden Versicherungsschutz. Die Gesellschaft, in diesem Fall auch die WFOE GmbH muss prüfen, ob sie ihre Organe nicht durch eine sogenannte D&O-Versicherung²⁹⁵ schützen will.

H. Der Vorsitzende bei Vorstand und Aufsichtsrat

1. Vorstandsvorsitzender

Das GesG sieht zudem vor, dass der Vorstand einen Vorsitzenden und evtl. einen stellvertretenden Vorsitzenden haben kann.²⁹⁶ Die Bestimmung dieser Funktion ist in der Gesellschaftssatzung geregelt. Die Position des Vorstandsvorsitzenden wird von ausländischen Investoren oftmals missverstanden und dahin interpretiert, dass dieser keine materiellen Funktionen hat.²⁹⁷ Wie die chinesische Gesellschaft, welche traditionell als Patriarchat organisiert ist, ist die Tendenz eines „schwachen Vorstands und eines starken

²⁹⁴ IFC, S. 31

²⁹⁵ Directors & Officers Liability Insurance. Speziell an dieser Versicherung ist, dass sie durch die Gesellschaft und nicht durch die einzelnen Personen abgeschlossen wird.

²⁹⁶ Art. 45 Abs. 2 GesG

²⁹⁷ Schaub, S. 43

Vorstandsvorsitzenden“ jedoch üblich.²⁹⁸ Unter dem alten Gesetz²⁹⁹ wurde dies durch die Bestimmung des Vorstandsvorsitzenden als gesetzlicher Repräsentant³⁰⁰ noch verstärkt. Die alte Bestimmung führte auch dazu, dass gerade bei Staatsunternehmen eine Person, die nicht sehr kompetent war und nicht viel über die Geschäftstätigkeit wusste, aufgrund der Position und/oder Seniorität als Vorstandsvorsitzender bestimmt wurde. Vielfach wurde diese Position z.B. pensionierten Beamten zugedacht.³⁰¹ Mit der Lockerung der Bestimmung über den gesetzlichen Repräsentanten wird jedoch die Meinung vertreten³⁰², dass gerade bei FIE die Funktion von Vorstandsvorsitzendem und gesetzlichem Repräsentanten nicht in einer Person vereint werden soll.

Die einzige zusätzliche Aufgabe des Vorstandsvorsitzenden gegenüber den anderen Vorstandsmitgliedern gemäss GesG beruht in der Einberufung der Vorstandssitzungen.³⁰³ Kommt er dieser Aufgabe nicht nach, haben im GesG 2005 auch der stellvertretende Vorstandsvorsitzende oder sogar ein anderes Vorstandsmitglied, welches von mehr als der Hälfte der Vorstandsmitglieder ausgewählt worden ist, dieselbe Kompetenz.³⁰⁴ Diese Bestimmung ist eine deutliche Verbesserung der Corporate Governance gegenüber dem alten Gesetz. Diese geht jedoch immer noch nicht so weit wie das schweizerische Gesetz, wo jedem Vorstandsmitglied die Einberufung zusteht.³⁰⁵

Die Hauptaufgaben des Vorstandsvorsitzenden, wie die Sicherstellung der Effizienz des Vorstands, die Kommunikation mit den Gesellschaftern und die Beziehung zwischen dem Vor-

²⁹⁸ Heidrick & Struggles, S. 7

²⁹⁹ Art. 45 GesG (1993)

³⁰⁰ Siehe in diesem Kapitel Buchst. I.

³⁰¹ Nägeli, S. 155

³⁰² Schaub, S. 43

³⁰³ Art. 48 GesG

³⁰⁴ Art. 48 GesG

³⁰⁵ Art. 715a Abs. 1 OR

stand und dem Geschäftsführer sicherzustellen³⁰⁶, sollten entsprechend in einem Reglement erfasst werden.

2. Aufsichtsratsvorsitzender

Der Aufsichtsrat hat einen Vorsitzenden, der mit den Stimmen von über der Hälfte aller Mitglieder des Aufsichtsrats gewählt werden muss. Er beruft die Sitzungen des Aufsichtsrats ein und leitet sie.³⁰⁷

I. Exkurs: Gesetzlicher Repräsentant

Der gesetzliche Repräsentant ist eine natürliche Person, welche durch das Gesetz oder die Gesellschaftssatzung ermächtigt ist im Namen der Gesellschaft zu handeln.³⁰⁸ Der Name des gesetzlichen Repräsentanten muss in der Gesellschaftssatzung festgehalten werden³⁰⁹. Das Konzept des gesetzlichen Repräsentanten existiert in den westlichen Gesellschaftsrechten nicht³¹⁰. Im chinesischen Rechtssystem ist diese Funktion jedoch sehr wichtig. Der Begriff kommt ursprünglich von den CPCL, welche hauptsächlich auf der juristischen Praxis der früheren Sowjetunion basieren. Die Funktion entstand insbesondere im Zusammenhang mit der Idee die Autonomie der Staatsbetriebe zu vergrössern. In einer Meinung des Obergerichts legte dieses fest, dass das Konzept des „gesetzlichen Repräsentanten“ nur Anwendung auf juristische Personen findet.³¹¹

Die Handlungen des gesetzlichen Repräsentanten werden als Handlungen der Gesellschaften betrachtet, vorausgesetzt die Gesellschaftssatzung ist bei den Behörden registriert, der gesetzliche Repräsentant handelt im Interesse der Gesellschaft und er führt seine Handlungen im

³⁰⁶ Wallace/Zinkin, S. 100

³⁰⁷ Art. 44 Abs. 2 GesG

³⁰⁸ Art. 38 GPCL

³⁰⁹ Art. 25 Abs. 1 Ziff. 7 GesG

³¹⁰ Fu/Yuan, S. 15

³¹¹ Lin, S. 513

Rahmen der Gesetze und Gesellschaftssatzung durch, andernfalls haftet er persönlich für seine Handlungen.³¹² Somit können nur Handlungen die Gesellschaft binden, welche oberwähnte Voraussetzungen erfüllen³¹³. Dies ist bezüglich den Kompetenzen des gesetzlichen Re-präsentanten ein allgemeines Prinzip im chinesischen Recht.³¹⁴ Zwei Ausnahmen gemäss dem Recht sind, dass der gesetzliche Repräsentant einerseits die Gesellschaft beim Abschluss von Verträgen und andererseits in zivilrechtlichen Klagen³¹⁵ vertritt. Diese Pflicht zur Vertretung durch den gesetzlichen Repräsentanten kann dazu führen, dass dieser sich weigert eine Klage gegen eine Drittperson zu erheben entgegen dem Willen der Investoren oder des Vor-stands.³¹⁶, insbesondere kann der gesetzliche Repräsentant eine Klage gegen sich selbst blockieren.³¹⁷ Einerseits ist die Gesellschaft zivilrechtlich verantwortlich für die Handlungen des gesetz-lichen Repräsentanten³¹⁸ und andererseits hat der gesetzliche Repräsentant für seine Hand-lungen eine verwaltungs-, zivil- und strafrechtlich Verantwortlichkeit.³¹⁹

Im alten GesG konnte nur der Vorstandsvorsitzende die Funktion des gesetzlichen Re-präsentanten wahrnehmen, was dazu führte, dass bei Gesellschaften, welche keinen Vor-standsvorsitzenden bestimmten, keinen gesetzlichen Repräsentanten hatten, womit in Folge der Geschäftsführer oft diese Funktion wahrnahm.³²⁰ Seit der Revision des GesG können als gesetzlicher Repräsentant auch der geschäftsführende Vorsteher oder ein Geschäftsführer entsprechend den Bestimmungen der Gesellschaftssatzung bestimmt werden.³²¹ Die ent-

³¹² Fu/Yuan, S. 42

³¹³ Lin, S. 515

³¹⁴ Lin, S. 515

³¹⁵ Art. 49 Abs. 2 CPL

³¹⁶ Lin, S. 516

³¹⁷ Gu, S. 165

³¹⁸ Art. 43 GPCL

³¹⁹ Art. 49 GPCL

³²⁰ Fu/Yuan, S. 42

³²¹ Art. 13 GesG

sprechenden Bestimmungen gehen für WFOE weiter, kann doch gemäss der spezialgesetzlichen Bestimmungen auch eine andere Person bei der GmbH WFOE für diese Funktion bestimmt werden.³²²

Die Funktion des gesetzlichen Repräsentanten ist umstritten, verfügt eine solche Person doch über sehr weitreichende Kompetenzen. Zudem besteht die Möglichkeit die Funktion zu missbrauchen z.B. wie oben erwähnt, durch die Verhinderung der Einleitung von Klagen gegen die eigene Person.³²³ Es wird deshalb argumentiert, dass sich die Funktion des gesetzlichen Re-präsentanten nur für Gesellschaften mit einfachen Investitionsverhältnissen eignet. Für grosse Unternehmungen mit komplizierteren ökonomischen Beziehungen ist sie höchst ungeeignet.³²⁴ Zudem wird die Möglichkeit gefordert, mehrere gesetzliche Repräsentanten für dieselbe Gesellschaft zu bestellen.³²⁵

Wie erwähnt, kann die GmbH WFOE selber entscheiden, wen sie als gesetzlichen Repräsentanten bestimmt. Die Gesellschafter sollten deshalb eine entsprechende Entscheidung sorgfältig treffen und insbesondere die spezifischen Verhältnisse der Gesellschaft berücksichtigen. Oft wird die ausländische Muttergesellschaft bei der GmbH WFOE wohl einen Ausländer als gesetzlichen Repräsentanten ernennen. In der Praxis wird dies jedoch dazu führen, dass die meisten Verpflichtungen durch eine lokale chinesische Person, welche vom gesetzlichen Repräsentanten die Vollmacht erhalten hat, erfüllt werden. Dabei ist zu bedenken, dass gemäss dem neuen GesG Pflichtverletzungen³²⁶ dieser lokalen Person zu Schadenersatzverpflichtungen für die ausländische Person führen können.³²⁷

³²² Art. 25 WFOEV

³²³ Gu, S. 165

³²⁴ Gu, S. 166

³²⁵ Schipani/Liu, Ziff. E.

³²⁶ Siehe Ausführungen in diesem Kapitel Buchst. F

³²⁷ Anderson/Guo, S. 18

V. Zusammenfassung und Würdigung

Traditionell wurde in vielen chinesischen Gesellschaften wenig Gewicht auf eine gute Corporate Governance Kultur gelegt.³²⁸ Die vorhergehenden Ausführungen zeigen jedoch, dass die VR China in den letzten Jahre bezüglich Corporate Governance eine bedeutende Entwicklung durchgemacht hat. Diese Entwicklung ist auch im GesG deutlich sichtbar. Mit der letzten Revision hat sich das GesG substaniell verändert und wichtige Corporate Governance Prinzipien haben Eingang in dieses Gesetz gefunden. Somit finden die meisten dieser Prinzipien in der Zwischenzeit nicht nur auf börsenkotierte, sondern auch auf nicht börsenkotierte Gesellschaft Anwendung. Sogar für FIE finden nach einer Klarstellung durch das SAIC die Corporate Governance bezüglich der Organstruktur³²⁹ das GesG Anwendung.

Die heutigen Corporate Governance Strukturen im GesG haben aber eine eigene Charakteristik. Zwar basieren die Corporate Governance Strukturen unter anderem auf ausländischen gesetzgeberischen Erfahrungen, aber sie weisen auch spezifische chinesische Eigenheiten auf. Der Schutz der Staatsbetriebe trotz Privatisierung und die Bedeutung der Arbeitnehmenden fanden zum Beispiel Eingang in die Corporate Governance Strukturen. Zudem sind historisch bedingte Eigenheiten, wie der gesetzliche Repräsentant, weiterhin im GesG. Auch die Kompetenzverteilung zwischen Gesellschafterversammlung und Vorstand zu Lasten des Vorstands ist historisch zu erklären. Zudem wurden Rechtskonzepte aus verschiedenen Ländern zusammengefügt, was teilweise zu neuen Konzepten geführt hat, deren Effizienz in der Praxis nicht unbedingt gewährleistet ist. Dies zeigt sich zum Beispiel bei den Geschäfts- und Aufsichtsorganen. Um den Einfluss des Staats und der Arbeitnehmenden sicherzustellen, wurde ein zweistufiges Board-System als besser geeignet erachtet. In der Praxis hat sich jedoch gezeigt, dass dieses System nur beschränkt funktioniert und in der Zwischenzeit ist die Struktur eher als monistisches System ausgestaltet und die Bedeutung des Aufsichtsrats bleibt beschränkt.

³²⁸ Cheung, S. 28

³²⁹ Die einzige Ausnahme ist, dass es für Joint Ventures keine Gesellschafterversammlung braucht

Trotz den Corporate Governance Grundlagen in den Gesetzen muss noch viel gemacht werden, um deren Effektivität und Durchsetzung sicherzustellen³³⁰. Die effektive Durchsetzung der Corporate Governance Grundlagen wird wohl in der kurzfristigen Zukunft nicht realisierbar sein.³³¹ Gerade bei den neu geschaffenen Klagemöglichkeiten der Gesellschafter ist fraglich, wie weit solche Klagen in der Praxis erfolgreich geltend gemacht werden können. Dies wird insbesondere wegen der Unerfahrenheit aller Parteien in zivilrechtlichen Sachen, dem Mangel an richterlicher Erfahrung in Corporate Governance und auch wegen der Dominanz von staatlichen Interventionen im juristischen Prozess eine Herausforderung für die VR China sein³³².

Eine rechtliche Durchsetzung ist jedoch nicht die einzige Möglichkeit gute Corporate Governance zu erreichen, sondern eine effektive Corporate Governance kann in der Praxis auch durch privatrechtliche Vereinbarungen ermöglicht werden.³³³ Gerade bei der GmbH WFOE, wo Gesellschafter und Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane oftmals demselben Personenkreis angehören, können solche privatrechtlichen Vereinbarungen Sinn machen, um allfällige Defizite in der Durchsetzung der Corporate Governance auszugleichen. Dies kann auch bezüglich der Organstruktur geschehen. Wie aufgezeigt wurde, ist teilweise fraglich, inwieweit die Struktur und Kompetenzverteilung von Aufsichtsrat, Vorstand und Gesellschafterversammlung effizient ist. Spezielles Augenmerk sollte auch der Funktion des gesetzlichen Repräsentanten beigemessen werden, dessen Bedeutung vielen ausländischen Investoren nicht klar ist. Der gesetzliche Repräsentant sollte deshalb sorgfältig ausgewählt werden, dessen Funktionen klar definiert und seine Handlungen überwacht werden. Keine übermässige Bedeutung werden wohl die neu geschaffenen Klagemöglichkeiten der Gesellschafter gegen die Exekutivorgane bei der GmbH WFOE haben, da nämlich in den meisten Fällen Gesellschafter und Management demselben Personenkreis angehören.

³³⁰ Tang, S. 619

³³¹ Cai, S. 86

³³² Anderson/Guo, S. 23

³³³ Cai, S. 87



Obwohl mit der heutigen gesetzlichen Grundlage die Corporate Governance in der VR China eine grosse Bedeutung gewonnen hat, muss sich die Corporate Governance in China weiterentwickeln. Bei der zukünftigen Entwicklung sollte das Schwergewicht vor allem auf die Durchsetzung der bereits bestehenden Prinzipien gelegt werden. Auch in der Zukunft werden die ausländischen Gesetzgebungen Einfluss haben. Damit die Prinzipien aber in der VR China akzeptiert werden und durchsetzbar sind, müssen auch die historischen, gesellschaftlichen und kulturellen Gegebenheiten der VR China berücksichtigt werden.

Lebenslauf

Barbara Katrin Kaech Schwab

Geboren am 29. Januar 1971

Zwischen 1990 und 1997 Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Bern, Lausanne und Nijmegen (Erasmus Certificate in European and International Law) mit Abschluss zum lic. iur. (Universität Bern).

1998 Erteilung des Anwaltspatents im Kanton Bern.

2007/2008 Nachdiplomstudium Executive Master of European and International Business Law M.B.L. – HSG an der Universität St. Gallen.

Zwischen 1998 und 2004 für die Beratungs- und Wirtschaftsprüfungsfirma PricewaterhouseCoopers in Zürich, London und Bern als Consultant und Internal Legal Counsel und seit 2005 für die Steuerabteilung von PricewaterhouseCoopers China/Hong Kong, zur Zeit als Senior Manager im internen Risk Management, tätig.



Erklärung

Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit ohne fremde Hilfe und ohne Benützung anderer als der angegebenen Hilfsmittel verfasst habe.

Shanghai/Wuxi, 10. September 2008

Unterschrift: **sig. Barbara Kaech Schwab**