

# ZChinR

## Zeitschrift für Chinesisches Recht

Herausgegeben von der  
Deutsch-Chinesischen  
Juristenvereinigung e.V.

In Verbindung mit dem  
Deutsch-Chinesischen Institut  
für Rechtswissenschaft

*M. Wesiack, The System of Land-use  
rights in Chinese Real Estate Law*

*K. B. Piffler, Die Entwicklung des  
chinesischen Kapitalmarktrechts*

*LI Jing, The Preservation of Evidence in  
China`s International Commercial  
Arbitration*

*P. Sirchich von Kis-Sira, Auslegung des  
Basic Law zur Frage der Amtszeit des  
Regierungschefs*

*ZHU Yifan/XU Xian, Chinese "Green  
Cards" - Green Light only for Qualified  
Foreigners*

*F. Münzel, Das neue Bankaufsichtsgesetz*

# ZChinR

## Zeitschrift für Chinesisches Recht

### *Call for Papers*

Since 1994 the German-Chinese Jurists' Association and the Sino-German Institute for Legal Studies of the Universities of Göttingen and Nanjing are quarterly publishing the "Zeitschrift für Chinesisches Recht (Journal of Chinese Law)", formerly known as the "Newsletter of the German-Chinese Jurists' Association".

The journal is focusing on issues of contemporary Chinese law and modern Chinese legal history with a particular emphasis on legal aspects of Chinese economic development and international relations. It seeks to advance practical as well as theoretical analysis of Chinese law.

The journal invites submissions within its scope as set out above to be published in one of its next issues. To guarantee for intellectually stimulating and innovative contributions all submissions will be subject to a review procedure by the editors. Manuscripts (English or German) to be published in the journal's categories articles, short contributions, documentations and book reviews should be submitted in electronic form and should follow the rules of citation and guidelines for the submission of articles, which can be found at [www.ZChinR.de](http://www.ZChinR.de). Previous issues of ZChinR can also be found at [www.ZChinR.de](http://www.ZChinR.de).

Please address your manuscripts as well as any inquiries concerning subscription and advertising to:

*ZChinR, Sino-German Institute for Legal Studies  
Nanjing University  
22, Hankou Lu, 210093 Nanjing, People's Republic of China*

*e-mail: [dcifw@public1.ptt.js.cn](mailto:dcifw@public1.ptt.js.cn)*

*Tel./Fax: +86 25 8663 7892*

## AUFSÄTZE

- Max Wesiack*, The System of Land-use rights in Chinese Real Estate Law 177
- Knut. B. Pißler*, Die Entwicklung des chinesischen Kapitalmarktrechts im Jahr 2004: Großbaustelle mit Brandherden 196
- Li Jing*, The Preservation of Evidence in China`s International Commercial Arbitration 218

## KURZE BEITRÄGE

- Patricia Sirchich von Kis-Sira*, Die Auslegung des Basic Law von Hongkong zur Frage der Amtszeit des Regierungschefs 233
- ZHU Yifan/XU Xian*, Chinese "Green Cards" - Green Light only for Qualified Foreigners 238
- F. Münzel*, Das neue Bankaufsichtsgesetz der VR China 241

## DOKUMENTATIONEN

- Das Bankaufsichtsgesetz der VR China  
(*F. Münzel*) 245

## BUCHBESPRECHUNGEN

- A. Maier*, Die Todesstrafe in der VR China  
(*Esther Schlecht*) 256

## TAGUNGSBERICHTE

- „Offenlegung von Regierungs- und Verwaltungsinformationen“ -  
Sechstes Symposium im Rahmen des Deutsch-Chinesischen Rechts-  
staatsdialogs in Hamburg  
(*Knut. B. Pißler*) 258

## ADRESSEN

- Kanzleien mit einer Mitgliedschaft in der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung e.V. 265

---

---

Jan de Graaf

# Marktwirtschaftliche Reformen im Umweltrecht der Volksrepublik China

Mitteilungen des Instituts für Asienkunde Hamburg

Band 386

Hamburg 2005

411 Seiten

€ 46.00

ISBN 3-88910-315-4

In der Volksrepublik China werden Umweltressourcen extrem übernutzt – trotz umfangreicher Umweltgesetzgebung und behördlicher Anstrengungen zu deren Durchführung. Diese Ressourcenübernutzung (Stichworte: Wasserknappheit, Stromausfälle, Verkehrskollaps) belastet mittlerweile nicht nur die Gesundheit der Menschen, sondern sie lässt auch Chinas zukünftiges Wirtschaftswachstum ungewiss erscheinen.

Wie steht es demnach um die Effizienz des umweltrechtlichen Systems der VR China? Diese Arbeit zeigt, dass dieses von ordnungsrechtlichen Instrumenten (Gebote, Verbote, Standards) geprägt ist. Zwar wird die Notwendigkeit eines ordnungsrechtlichen Rahmens zur Gefahrenabwehr nicht bestritten, doch sind viele ordnungsrechtliche Instrumente in China mit inhärenten Mängeln behaftet und führen zwangsläufig zu einer Verschlechterung der Umweltsituation.

Es bedarf also einer Reform des umweltrechtlichen Systems. Theoretisch kann diese durch die gezielte Einführung marktwirtschaftlicher Instrumente gelingen, indem sich der Preis von Umweltressourcen am Markt bildet und die Ressourcen entsprechend ihrer Knappheit genutzt werden. Das chinesische Umweltrecht verfügt auch bereits über ein umfangreiches marktwirtschaftliches Instrumentarium, insbesondere über Emissionsgebühren, haftungsrechtliche Bestimmungen und Emissionszertifikate. Allerdings müssen diese Instrumente wirksamer gestaltet werden, um eine effiziente, marktwirtschaftliche Reform des chinesischen Umweltrechtes zu erreichen. Der Band schließt mit einer entsprechenden Handlungsempfehlung an die Politik.

Zu beziehen durch:

**Institut für Asienkunde**

Rothenbaumchaussee 32

D-20148 Hamburg

Telefon: (040) 42 88 74 - 0

Telefax: (040) 410 79 45

E-Mail: [ifa@ifa.duei.de](mailto:ifa@ifa.duei.de)

Homepage: [www.duei.de/ifa](http://www.duei.de/ifa)

(mit Publikationsliste und Bestellmöglichkeit)

---

---

# The System of Land-use rights in Chinese Real Estate Law

Max Wesiack\*

## I. Introduction

The real estate business in China is booming. Especially in Shanghai, new skyscrapers are built everywhere thanks to huge investment.<sup>1</sup> But China is – at least on paper – still a communist country with no private property of land. How does that fit together? Why do private investors invest so much money in real estate if they cannot even own the land they are building on? What seems to be a contradiction is made possible by a system of so-called land-use rights, which have been established in China in the past few decades.

This essay will explain this system of land-use rights in Chinese real estate law. In order to do so it will begin with an overview over the land-use right system (II). It will then explain the various ways to obtain land-use rights in the so-called primary market and the ways these land-use rights can be lost (III). Afterwards the focus will shift to the possibilities to further trade land-use rights in the secondary market (IV). This includes the transfer, lease, mortgage of land-use rights and the pre-development sale of properties. After a brief description of the legal structure of housing units (V), the special rules for foreign investment enterprises with regards to land-use rights will be explained (VI). This essay will finish with concluding remarks and an outlook (VII).

\* The author studied law at the University of Hamburg (Germany). During this time he worked for Prof. Dr. Jan Kropholler at the Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law in Hamburg. This essay was written as part of his Master of International Business and Law degree at the University of Sydney (Australia). He also participated in the Winter School 2005 at the East China University of Politics and Law in Shanghai (China).

<sup>1</sup> See Shanghai's Social & Economic Development in Relation to China's Accession to the WTO (2004) – Chapter 17: The Construction and Real Estate Industry, [www.sccwto.net:7001/wto/english/shanghai2004\\_17.htm](http://www.sccwto.net:7001/wto/english/shanghai2004_17.htm) (visited May 24<sup>th</sup>, 2005).

## II. Overview: The Land-use Right System

Unlike in many western countries there is no private property of land in China. All urban land is owned by the State and rural land is owned by the collectives.<sup>2</sup> Since the collectives are in turn administered by the local and central governments, it can therefore be said that all land is in the end controlled by the State.<sup>3</sup> In order to allow some privatisation and encourage foreign investment<sup>4</sup>, China has introduced a system of land-use rights, which are divisible from land ownership.<sup>5</sup> Due to this system it is possible for individuals (including foreigners) to hold a long-term lease for land use.<sup>6</sup> Individuals are also entitled to own buildings and apartments on land.<sup>7</sup> This system is significantly

<sup>2</sup> Art. 10 “Constitution of the People’s Republic of China” (Zhonghua Renmin Gongheguo xianfa), December 4<sup>th</sup>, 1982, latest amendment March 14<sup>th</sup>, 2004, Chinese-English in: CCH Asia Pacific (Editor): CCH China Laws for Foreign Business – Business Regulation, Volume 1-5, Hong Kong 1985 et seq. (CCH Business Regulation) ¶4-500. Art. 8 “Law of the People’s Republic of China on Land Management” (Land Management Law) (Zhonghua Renmin Gongheguo tudi guanli fa), June 25<sup>th</sup>, 1986, re-promulgated August 24<sup>th</sup>, 2004, Chinese-English in: CCH Business Regulation ¶14-701.

<sup>3</sup> Xiannian Ye, China Real Estate Market – Laws and Regulations Concerning Land and Real Estate, [www.china-window.com/china\\_market/china\\_real\\_estate/china-real-estate-market-7.shtml](http://www.china-window.com/china_market/china_real_estate/china-real-estate-market-7.shtml) (visited May 24<sup>th</sup>, 2005), p. 1.

<sup>4</sup> CHAN Nelson, Land-use Rights in Mainland China: Problems and Recommendations for Improvement, [www.findarticles.com/p/articles/mi\\_qa3815/is\\_199901/ai\\_n8839775/pg\\_1](http://www.findarticles.com/p/articles/mi_qa3815/is_199901/ai_n8839775/pg_1) (visited May 24<sup>th</sup>, 2005); Ye (supra note 3), p. 1.

<sup>5</sup> Art. 2 para. 1 “Provisional Regulations of the People’s Republic of China concerning the Grant and Assignment of the Right to Use State Land in Urban Areas” (Land-use Right Regulations) (Zhonghua Renmin Gongheguo chengzhen guoyou tudi shiyongquan churang he zhuanrang zanzxing tiaoli), May 19<sup>th</sup>, 1990, Chinese-English in: CCH Business Regulation ¶14-716. Ye (supra note 3), p. 1.

<sup>6</sup> Art. 3 Land-use Right Regulations; Ye (supra note 3), p. 1.

<sup>7</sup> Ye (supra note 3), p. 1. Art. 66 “Draft of the Law of Property of the People’s Republic of China” (Draft of Property Law) (Zhonghua Renmin Gongheguo wuquan fa), published for comments in: Legal Daily (Fazhi Ribao), July 11<sup>th</sup>, 2005, p. 3-4; German translation in: Frank Münzel (Editor), Chinas Recht, 10.7.05/1 at <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/inhalt.htm> (visited August 17<sup>th</sup>, 2005).

different to the situation in many western countries, where individuals can own the land itself. There are, however, similar systems in the western world, too: Lots of property in London (England) and the United States of America (especially Hawaii) is developed on long-term ground leases.<sup>8</sup> Hong Kong has a similar leasehold system, as well.<sup>9</sup>

### 1. Granted and Allocated Land-use rights

The two kinds of land-use rights have to be distinguished: Allocated<sup>10</sup> land-use rights are given from the State indefinitely and – traditionally – without payment. These rights can only be allocated for specific purposes and are generally not transferable. Granted<sup>11</sup> land-use rights on the other hand are granted by the State for a limited time against the payment of a fee.<sup>12</sup> These rights can be transferred, leased, mortgaged and even inherited.<sup>13</sup> Nowadays, foreign investment enterprises will most often obtain granted land-use rights.<sup>14</sup> But allocated land-use rights can still be of relevance.

### 2. Urban and Rural Land

This concept of land-use rights only exists for urban land.<sup>15</sup> This is the land owned by all the people within the limits of the cities, county sites, administrative towns and industrial and mining areas.<sup>16</sup> In rural areas the land is generally owned by the collectives for agricultural purposes. To increase production the so-called household-responsibility system (or family contract system) has been introduced.<sup>17</sup> This system is, however, different from the land-use right system in urban areas and of no further relevance for the commercial real estate business.<sup>18</sup>

### 3. History and Goals

Before the founding of communist China in 1949 there was an active property market in China. It was based on the old land tenure system inherited from the Qing dynasty and land tenures that were set up by foreign powers in the occupied areas.<sup>19</sup> After 1949 all property rights were transferred into public ownership. Hence, the property market ceased to exist. Land was administratively allocated to government agencies and State enterprises and became nearly worthless.<sup>20</sup>

The situation changed in 1979, when the Chinese government introduced its open-door policy. In order to improve the economy many incentives were established for foreign investors. Incentives included: tax cuts, free or low duties on imported equipment, as well as plant and free or low-rent business accommodations.<sup>21</sup> As land is one of the most important resources for the economy,<sup>22</sup> the Chinese government realised the land-use system had to be reformed as well.<sup>23</sup> The reform started with the Equity Joint Venture Law (1979).<sup>24</sup> Foreign investors could enjoy the privilege of a land-use right that was contributed to the joint venture (JV) by the Chinese partner. For non-contributed land-use rights the State ensured revenues by raising site use fees.<sup>25</sup> This development of commercialised land was however restricted in the beginning. The JV was not allowed to further trade its land-use rights.<sup>26</sup>

Some years later, the concept of privately owned and transferable land-use rights slowly developed. It was legally recognised with the 1988 Amendment to the “Constitution of the People’s Republic of China” (Constitution).<sup>27</sup> Under this system, which is

<sup>8</sup> Patrick Randolph, Thoughts on Chinese Real Estate Law: Integration Private Property Into a Socialist Governmental Structure, [http://lawweb.usc.edu/faculty/workshops/documents/Randolph\\_000.pdf](http://lawweb.usc.edu/faculty/workshops/documents/Randolph_000.pdf) (visited May 24<sup>th</sup>, 2005), at 2.

<sup>9</sup> CHAN Nelson (supra note 4).

<sup>10</sup> In Chinese: “huabo”.

<sup>11</sup> In Chinese: “churang”.

<sup>12</sup> Ezekiel Kaufman, Effective Land Use Policy and Legislation in China: The Key to the Future of Urban Development of the World’s Most Populous Nation, [www.hklaw.com/content/newsletters/property/property0304.pdf](http://www.hklaw.com/content/newsletters/property/property0304.pdf) (visited May 24<sup>th</sup>, 2005).

<sup>13</sup> See art. 19, 28, 32 and 48 Land-use Right Regulations.

<sup>14</sup> Patrick Randolph/LOU Jianbo, Chinese Real Estate Law, The Hague 2000, p. 110.

<sup>15</sup> Tong Zhen, Das Bodenrecht der VR China, Hamburg 2004, pp. 109 – 110.

<sup>16</sup> Art. 2 para. 2 Land-use Right Regulations.

<sup>17</sup> See Randolph/LOU (supra note 14), p. 116 including footnote 120.

<sup>18</sup> Edward Lehman/Gregory Sy/John Lee, Interpretation of the Applicable Law in Hearing Cases Concerning Contractual Disputes over State-owned Land Use Rights, in: China Law and Practice, Vol. 19 (2005), No. 6, pp. 23 – 24.

<sup>19</sup> CHAN Nelson (supra note 4).

<sup>20</sup> CHAN Nelson (supra note 4).

<sup>21</sup> CHAN Nelson (supra note 4).

<sup>22</sup> Zhen (supra note 15), p. 19.

<sup>23</sup> CHAN Nelson (supra note 4); Martin Thümmel, Bodenordnung und Immobilienrecht in der Volksrepublik China, Hamburg 1995, p. 57.

<sup>24</sup> “Law of the People’s Republic of China on Sino-foreign Equity Joint Ventures” (EJV-Law) (Zhonghua Renmin Gongheguo zhongwai hezi jingying qiye fa), July 1<sup>st</sup>, 1979, latest amendment March 15<sup>th</sup>, 2001, Chinese-English in: CCH Business Regulation ¶6-500.

<sup>25</sup> Thümmel (supra note 23), p. 57.

<sup>26</sup> Art. 53 “Regulations for the Implementation of the Law of the People’s Republic of China on Sino-foreign Equity Joint Ventures” (EJV-Regulations) (Zhonghua Renmin Gongheguo zhongwai hezi jingying qiye fa shishi tiaoli), September 20<sup>th</sup>, 1983, revised December 21<sup>st</sup>, 1987, before the latest revision July 22<sup>nd</sup>, 2001, English in: Institute of Chinese Law (Editor), Statutes and Regulations of the People’s Republic of China, Hong Kong 1987 et seq., 830920; Thümmel (supra note 23), p. 57.

<sup>27</sup> Art. 10 para. 4 “Constitution of the People’s Republic of China” (supra note 2). Thümmel (supra note 23), pp. 57 – 58; Randolph/LOU (supra note 14), p. 19; Patrick Randolph, Ownership with Chinese Characteristics: Private Property Rights and Land Reform in the PRC, [www.cecc.gov/pages/roundtables/020303/randolph.php](http://www.cecc.gov/pages/roundtables/020303/randolph.php) (visited May 24<sup>th</sup>, 2005), at 1.1.

based on the leasehold system in Hong Kong,<sup>28</sup> land-use rights are granted for a limited time against compensation.<sup>29</sup> This allows the establishment of a real estate market with benefits for the whole economy.<sup>30</sup> The existence of land-use fees is an important source of income for the Chinese government.<sup>31</sup> Since the State remains owner of all urban land, the system also ensures the socialist public ownership<sup>32</sup> and enables the government to stay in control of the land to satisfy the social needs of the huge population.<sup>33</sup>

This development has created a dual land-use system, as free land-use rights were allocated to most Chinese organisations in the past.<sup>34</sup> The allocation of land on a free basis has, however, created a number of problems, including the inefficient use of land.<sup>35</sup> In the last decade the Chinese government has therefore tried to increase the share of compensated land use.<sup>36</sup>

#### 4. Legal Framework

The relevant rules for the land-use right system and real estate law are laid down in various pieces of legislation at a State and local level. Art. 10 para. 4 of the Constitution recognises the system of land-use rights by stating they may be transferred according to law. Although the Constitution does not have the same force of law that it does in many western countries, this is still an important sign.<sup>37</sup> While the "Law of the People's Republic of China on Land Management"<sup>38</sup> (Land Management Law - adopted on June 25<sup>th</sup>, 1986, latest revision and re-promulgation on August 24<sup>th</sup>, 2004) contains some general rules, detailed provisions about the land-use rights can be found in the "Law of the People's Republic of China on the Administration of Urban Real Estate"<sup>39</sup> (Urban Real Estate Law - adopted on July 5<sup>th</sup>, 1994) and especially in the "Provisional Regulations of the People's Republic of China concerning the Grant and Assignment of the Right

to Use State Land in Urban Areas"<sup>40</sup> (Land-Use Right Regulations - promulgated by the State Council on May 24<sup>th</sup>, 1990).

In addition to these State regulations there are local laws, which modify and specify these rules to some degree. They are in force only within their local jurisdiction. Altogether, the Chinese law on land is still in its development and contains various gaps.<sup>41</sup> So far, a complete code on the law on land does not exist. In July 2005, however, a new Draft of a Law of Property (Draft of Property Law) was released.<sup>42</sup> Where relevant, this essay will also deal with the provisions of this draft.

### III. Acquisition - The Primary Market

The primary market in the real estate business refers to the acquisition of the land-use rights by an investor to develop and use the land.<sup>43</sup> This market is ultimately controlled by a State monopoly.<sup>44</sup> There are different ways to obtain land-use rights: They may be allocated or granted by the authorities. Foreign investment enterprises can also acquire land-use rights in some other ways (see section VI below).

#### 1. Allocated Land-use rights

The State as owner of the land can allocate land-use rights to individuals or organisations, traditionally without compensation.<sup>45</sup> Nowadays however, there usually are some costs involved. The land user has to pay a land-use tax.<sup>46</sup> Additionally, the new user has to pay compensation and expenses for resettlement for the allocated land, if the land had previously been reclaimed by the State or used by another entity.<sup>47</sup> But these payments do not equal the full market value.<sup>48</sup>

The allocation of the land-use rights is an administrative act by the State.<sup>49</sup> It requires an application by the land user and approval by the relevant authority.<sup>50</sup>

<sup>28</sup> CHAN Nelson (supra note 4).

<sup>29</sup> Xiaoyang Zhang, Real Estate Investment in China - Legal Review and Analysis of Foreign Investors' Participation, [www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v6n2/zhang62\\_text.html](http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v6n2/zhang62_text.html) (visited May 24<sup>th</sup>, 2005), at no. 5.

<sup>30</sup> Zhen (supra note 15), p. 20.

<sup>31</sup> Zhen (supra note 15), pp. 20 and 110. Also see Thümmel (supra note 23), p. 56.

<sup>32</sup> Art. 1 Land Management Law (supra note 2).

<sup>33</sup> CHAN Nelson (supra note 4).

<sup>34</sup> Zhang (supra note 29), at no. 5.

<sup>35</sup> See Thümmel (supra note 23), p. 56; Zhen (supra note 15), p. 20.

<sup>36</sup> Art. 2 para. 5 and art. 54 Land Management Law; Zhen (supra note 2), p. 116. Also see art. 126 Draft of Property Law (supra note 7).

<sup>37</sup> Randolph (supra note 27), at 1.1.

<sup>38</sup> Supra note 2.

<sup>39</sup> Zhonghua Renmin Gongheguo chengshi fangdichan guanli fa, July 5, 1994<sup>th</sup>, Chinese-English in: CCH Business Regulation ¶19-593.

<sup>40</sup> Supra note 5.

<sup>41</sup> Zhen (supra note 15), p. 22.

<sup>42</sup> Supra note 7.

<sup>43</sup> Zhang (supra note 29), at no. 1 and 4.

<sup>44</sup> Zhang (supra note 29), at no. 1.

<sup>45</sup> Art. 22 para. 1 Urban Real Estate Law and art. 43 Land-use Right Regulations.

<sup>46</sup> Art. 43 para. 2 Land-use Right Regulations.

<sup>47</sup> Art. 22 para. 1 Urban Real Estate Law.

<sup>48</sup> Zhen (supra note 15), p. 104.

<sup>49</sup> Zhen (supra note 15), p. 104.

<sup>50</sup> Zhen (supra note 15), p. 105.

### a) Purposes

The land-use purposes for which a land-use right can be allocated have been significantly restricted in the past years.<sup>51</sup> For residential purposes allocated land-use rights are still common.<sup>52</sup> For industrial and commercial purposes though, the current State policy is to use granted land-use rights.<sup>53</sup> Art. 54 Land Management Law states that construction units shall obtain land-use rights through a grant or other means of compensatory use. Exceptions exist for activities of special public significance, such as urban infrastructure projects or public facilities and certain infrastructure projects supported by the State.<sup>54</sup> Exceptions for other uses may be established by administrative acts. This can include housing and special allocations for foreign-investment enterprises.<sup>55</sup> They should however remain exceptions.<sup>56</sup>

### b) Terms

The term of allocated land-use rights is unrestricted.<sup>57</sup> The right can however be withdrawn without compensation, if the land is needed for urban construction and development or the land-use is stopped for reasons such as movement to another site or dissolution.<sup>58</sup> This has rarely happened in the past though.<sup>59</sup>

### c) Transferability

In principle allocated land-use rights may not be transferred, leased or mortgaged.<sup>60</sup> Under certain conditions, however, they can be converted into granted land-use rights for such purposes.<sup>61</sup> Art. 45 Land-use Right Regulations allows such conversation for economic organisations or individuals, if they possess the necessary certificates for the land-use right and possible buildings, a granting contract is signed and the land user pays a granting fee to the government. In addition to these requirements the transaction has to be approved by the Land Administration Department as well as the Housing Administration Department.<sup>62</sup> Obtaining these two

separate approvals can require a lot of effort.<sup>63</sup> A transfer, lease or mortgage without these approvals may be fined.<sup>64</sup>

As an exception<sup>65</sup> allocated land-use rights can also be transferred without prior conversation, if approved by the relevant people's government (art. 39 para. 2 Urban Real Estate Law). This allows the land-user to transfer the land-use right without any commercial risk. He does not have to sign a granting contract or pay a granting fee.<sup>66</sup> He is only obliged to pass on to the government any profits made from the transfer of the land-use right. Profits from the sale of the buildings owned by the land-user, on the other hand, remain with the land user.<sup>67</sup>

Some uncertainties exist as to whether land-use rights transferred according to art. 39 para. 2 Urban Real Estate Law are further transferable and unrestricted in their duration. On the one hand, it could be stressed that they have not been formally converted into granted land-use rights. Since the seller can generally not sell more than he possesses, they could therefore not be further transferred without approval.<sup>68</sup> This reasoning is however not cogent. It could also be argued that in approving the first transfer without prior conversation the relevant authorities have waived the formalities of the conversation.<sup>69</sup> Art. 39 para. 2 Urban Real Estate Law seems to be designed to reduce formalities to the benefit of the land user and not to restrict his legal ability to further transfer the land-use right. Land-use rights transferred according to art. 39 para. 2 Urban Real Estate Law should therefore be further transferable as well.

Overall, these provisions have made the transfer of allocated land-use rights much easier.<sup>70</sup> In fact, most land-use rights sold on the property market are former allocated land-use rights.<sup>71</sup> Converted allocated land-use rights are often used in the real estate market, when building offices or condominiums.<sup>72</sup>

<sup>51</sup> This trend would be acknowledged by art. 142 para. 3 Draft of Property Law.

<sup>52</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 93.

<sup>53</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 93.

<sup>54</sup> Art. 54 Land Management Law and art. 23 Urban Real Estate Law; *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 93.

<sup>55</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 94.

<sup>56</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 94.

<sup>57</sup> Art. 22 para. 2 Urban Real Estate Law.

<sup>58</sup> Art. 47 para. 1 and para. 2 Land-use Right Regulations.

<sup>59</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 105.

<sup>60</sup> Art. 44 Land-use Right Regulations.

<sup>61</sup> Art. 39 Urban Real Estate Law and art. 45 Land-use Right Regulations; *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 98.

<sup>62</sup> Art. 45 Land-use Right Regulations.

<sup>63</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 107.

<sup>64</sup> Art. 46 Land-use Right Regulations.

<sup>65</sup> See *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 100.

<sup>66</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 107.

<sup>67</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 107 including footnote 288.

<sup>68</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 108.

<sup>69</sup> See art. 39 para. 2 Urban Real Estate Law.

<sup>70</sup> *Zhen* (supra note 15), pp. 107 - 108.

<sup>71</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 108.

<sup>72</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 108.

## 2. Granted Land-use rights

The State as owner of the land can also grant the right to use the land for a certain number of years against payment of a corresponding fee.<sup>73</sup>

### a) Civil Act of the State

The State is not only owner of the land, but also controls and supervises the use of land with his authority as a State. It could therefore be argued that the granting process and the granting contract shall be qualified as administrative acts.<sup>74</sup> It has however to be seen that while granting the land the State only acts in his role as landowner.<sup>75</sup> Furthermore, the granting contract is based on the principles of equality, voluntariness and compensation for use,<sup>76</sup> which are typical for acts of civil law.<sup>77</sup> The granting process and the granting contract should therefore be qualified as civil acts of the State.<sup>78</sup>

### b) Ways to obtain Granted Land-use rights

Granted land-use rights can be obtained in three different ways: negotiated agreement, public tender or auction.<sup>79</sup>

#### aa) Negotiated Agreement

The negotiations can be initiated by an application of the potential land user. Alternatively, the relevant department can choose a potential land user taking into account the purpose and function of the land-use as well as land development considerations. If the parties agree about the particular land, purpose, duration and compensation for the land use, the granting contract is signed.<sup>80</sup>

#### bb) Public Tender

In the case of a public tender, the relevant department publishes a bid invitation, which contains the main contents of the contract. Within a determined period of time interested parties can make written offers that contain the necessary documents. The department then chooses between the offers, considering not only the amount of the

compensation offered, but other factors. Finally, the granting contract is signed by the parties.<sup>81</sup>

#### cc) Auction

The relevant department can also publicly announce the auction of a land-use right for a particular piece of land. During the public auction the interested parties can bid and the bidder with the highest bid wins. Afterwards the granting contract is signed.<sup>82</sup>

#### dd) Choice Restrictions

The choice between these three methods is, however, not unrestricted. The method is determined by regulations and the relevant authorities according to the land-use purpose, the quality of the property and the development of the land market.<sup>83</sup>

Legally, the acquisition by negotiated agreement is often limited to certain privileged land-use purposes.<sup>84</sup> But in practice, it has been the most popular method in the past.<sup>85</sup> This method has however shown a number of disadvantages. Although the granting fees cannot be lower than a certain minimum fee,<sup>86</sup> the revenue for the State is relatively small.<sup>87</sup> There is usually no competition between potential land users.<sup>88</sup> Furthermore, many local Chinese entities have competed to attract foreign investment by reducing the price for the land-use rights.<sup>89</sup> There have also been many under-the-table transactions with local entities.<sup>90</sup> Because of this, State coffers have suffered significantly.<sup>91</sup>

The role of auction and public tender has therefore been significantly strengthened in recent years. They have been made obligatory for commercial, tourism, recreation and luxury housing purposes.<sup>92</sup> Only if the conditions do not permit and it is impossible to adopt these methods, the mode of negotiated agreement may be used. This requires determining if the market is already developed to such a degree, that more than one interested party exists and is willing to participate in the auction.<sup>93</sup>

<sup>73</sup> Art. 8 Land-use Right Regulations and art. 7 Urban Real Estate Law.

<sup>74</sup> See *Zhen* (supra note 15), p. 110 with further references.

<sup>75</sup> Art. 8 Land-use Right Regulations.

<sup>76</sup> Art. 11 Land-use Right Regulations.

<sup>77</sup> See art. 3, 4 "General Principles of Civil Law of the People's Republic of China" (*Zhonghua Renmin Gongheguo minfa tongze*), April 12<sup>th</sup>, 1986, Chinese-English in: CCH Business Regulation ¶19-150; *Zhen* (supra note 15), p. 111.

<sup>78</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 111.

<sup>79</sup> Art. 13 Land-use Right Regulations and art. 12 Urban Real Estate Law; *Zhang* (supra note 29), at no. 9.

<sup>80</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 111.

<sup>81</sup> *Zhen* (supra note 15), pp. 111 - 112; *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 149.

<sup>82</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 112.

<sup>83</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 112.

<sup>84</sup> See *Zhen* (supra note 15), pp. 112 - 113 with further references.

<sup>85</sup> *Zhang* (supra note 29), at no. 10; *Zhen* (supra note 15), pp. 113 - 114.

<sup>86</sup> Art. 12 para. 3 Urban Real Estate Law.

<sup>87</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 112.

<sup>88</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 112.

<sup>89</sup> *Zhang* (supra note 29), at no. 11.

<sup>90</sup> *Liu Jie*, New Rules influence Real Estate, [www.chinadaily.com.cn/english/doc/2004-08/25/content\\_368735.htm](http://www.chinadaily.com.cn/english/doc/2004-08/25/content_368735.htm) (visited May 24<sup>th</sup>, 2005).

<sup>91</sup> *Jie* (supra note 90); *Zhang* (supra note 29), at no. 12.

<sup>92</sup> Art. 12 para. 2 Urban Real Estate Law.

<sup>93</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 113 footnote 306.

As the latest development, all land used for real estate development now has to be sold through auction or public tender. Under Document No. 11 of the Ministry of Land and Resources, promulgated on May 9<sup>th</sup>, 2002, the transfer of State-owned land by agreement has been forbidden from July 1<sup>st</sup>, 2002, on.<sup>94</sup> To ensure the effectiveness of this policy and strengthen supervision the ministry has issued Document No. 71, the so-called August 31<sup>st</sup> regulation, in 2004.<sup>95</sup> It obliges all land users, who obtained land by agreement, to get land-use certificates and development licenses by August 31<sup>st</sup>. It also requires development to be started within the first two years after trading. Otherwise, the land will be taken back by the government and put on the market for auction and public tender.<sup>96</sup> This policy allows the government to take a firm grip on land supply and trading. It is also designed to enhance transparency on the land market and prevent repetitive trading of land, a possible cause of real estate market bubbles.<sup>97</sup> As a result, State-owned land-use rights are now most extensively sold by public bidding.<sup>98</sup> This trend would be confirmed by art. 142 para. 2 of the Draft of Property Law. It stipulates that all commercial property has to be sold by auction or public tender.

### c) Purchasing Contract

For all the above methods a granting contract has to be signed at the end of the granting process.<sup>99</sup> The contract is concluded between the investor and the local branch of the Land Administration Department of a municipal or county people's government.<sup>100</sup> It has to include the duration of the

grant, the payable fee as well as the purpose of use for which the right is granted. The contract also has to comply with the State's overall urban development and construction plan.<sup>101</sup> The contract itself is valid when signed by the parties.<sup>102</sup> The assignment of the land-use right, however, also requires the registration of the right with the relevant Land Administration Department.<sup>103</sup>

### aa) Duration of the Grant

The maximum durations for the grant are set out in art. 12 Land-use Right Regulations and depend on the land-use purpose: 70 years for residential purposes, 50 years for industrial purposes, 50 years for the purpose of education, science, technology, culture, public health and physical education, 40 years for commercial, tourist and recreational purposes and 50 years for comprehensive utilisation or other purposes. However, in practice these terms are only used as general guidelines and many local authorities have laid down different rules within their jurisdiction.<sup>104</sup>

### bb) Payment of Fee

The fee for the land-use right has to be paid in full within 60 days of the completion of the contract,<sup>105</sup> unless stipulated otherwise by local regulation.<sup>106</sup> Any delay may lead to a cancellation of the contract.<sup>107</sup> The payment of the fee has to be made up front, which is different from a renting or leasing situation in many western countries.<sup>108</sup> The amount of the fee depends on various factors like location, lines of business, proposed investment volumes and the term of the grant. But so far no clear legal standards have been set up for the calculation of the fee.<sup>109</sup>

<sup>94</sup> See art. 24 "Provision on the Grant of State-Owned Land-use Rights through Tender, Auction and Listing" (Zhaobiao paimai guapai churang guoyou tudi shiyongquan guiding), May 9<sup>th</sup>, 2002, <http://www.cas.ac.cn/html/Dir/2002/05/09/6300.htm> (visited August 19<sup>th</sup>, 2005). *Xiao Tang*, Hungry for Land - Will new Property Transaction Policy push sizzling Property Prices to a new High?, [www.bjreview.com.cn/200439/Business-200439\(A\).htm](http://www.bjreview.com.cn/200439/Business-200439(A).htm) (visited May 24<sup>th</sup>, 2005); *Jie* (supra note 90).

<sup>95</sup> *Jie* (supra note 90); *Tang* (supra note 94) with reference to the "Circular on the Supervisory Work Regarding the Circumstances by Implementing the Continuing Development of the Grant of Land-use Rights for Commercial Purposes through Tender, Auction and Listing" (Guanyu jixu kaizhan jingying xing tudi shiyongquan zhao pai gua churang qingkuang zhifa jiancha gongzuo de tongzhi), dated March 18<sup>th</sup>, 2004, [http://www.bjtd.com/article\\_view.asp?article\\_id=332](http://www.bjtd.com/article_view.asp?article_id=332) (visited August 19<sup>th</sup>, 2005).

<sup>96</sup> *Jie* (supra note 90); *Tang* (supra note 94).

<sup>97</sup> *Jie* (supra note 90).

<sup>98</sup> Lehman, Lee & Xu, Real Property - Frequently Asked Questions, [www.lehmanlaw.com/FAQ/faq/RP.htm#14](http://www.lehmanlaw.com/FAQ/faq/RP.htm#14) (visited May 24<sup>th</sup>, 2005).

<sup>99</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 114. This would be clarified by art. 144 Draft of Property Law.

<sup>100</sup> Art. 8 para. 2 Land-use Right Regulations and art. 14 Urban Real Estate Law; *Zhang* (supra note 29), at no. 13. Contracts concluded by development zone management committees are invalid, but may become valid upon ratification by the Land Administration Department of a municipal or county people's government; see art. 2 "Issues

Concerning the Application of the Law in Trials of State-owned Leasehold Contract Disputes Interpretations" (Guanyu shenli sheji guoyou tudi shiyong quan hetong jiu fen anjian shiyong falü wenti de jieshi), June 18<sup>th</sup>, 2005, Chinese-English in: *China Law and Practice*, Vol. 19 (2005), No. 6, p. 51.

<sup>101</sup> *Zhang* (supra note 29), at no. 13. Also see art. 59 Land Management Law and art. 93 Draft of Property Law.

<sup>102</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 115. Art. 15 Draft of Property Law.

<sup>103</sup> Art. 16 Land-use Right Regulations; *Zhen* (supra note 15), p. 115. Art. 9 para. 1 and art. 14 Draft of Property Law.

<sup>104</sup> *Zhang* (supra note 29), at no. 14.

<sup>105</sup> Art. 14 Land-use Right Regulations.

<sup>106</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 152.

<sup>107</sup> Art. 14 Land-use Right Regulations.

<sup>108</sup> *Randolph* (supra note 8), at 2.

<sup>109</sup> *Zhang* (supra note 29), at no. 16. Also see *Randolph/LOU* (supra note 14), pp. 152 - 153 footnote 118.

### cc) Registration

After the fee is paid the land user shall begin with the registration process.<sup>110</sup> The land-use right has to be registered with the relevant Land Administration Department. The department in turn issues the land-use certificate.<sup>111</sup> Only after this certificate is issued, the land user is entitled to use the land and can further trade his right on the secondary market.<sup>112</sup>

### a) Expiry of the Grant

Land-use rights are only granted for a certain period of time. Upon expiration of the term the land-use right is automatically acquired by the State without compensation (art. 40 Land-use Right Regulations).<sup>113</sup> This raises the question what happens to the above-ground buildings and other attached objects. They are legally separate objects typically owned by the land user. Nevertheless, their ownership is automatically acquired by the State without compensation, as well.<sup>114</sup> It would, however, be legally possible that their ownership remains with the old land user.<sup>115</sup> Although the buildings cannot be separated from the land in reality, they are separate legal entities under Chinese law. This would, however, lead to practical problems. The value of the land would be significantly reduced, since the buildings on the land restrict the State as owner in its freedom to use the land. To prevent this, and a complex legal situation, the State automatically acquires the buildings, too.<sup>116</sup> Thus, the land-use right and the ownership of the buildings stay with the same person – in this case the State.

It is, nevertheless, a significant infringement of property rights,<sup>117</sup> which does not necessarily have to happen without compensation. The protection of the property of citizens and corporations is guaranteed in art. 13 of the Constitution and art. 75, 77 “General Principles of Civil Law of the People’s Republic of China”.<sup>118</sup> Since the land user is the owner of the buildings, it can very well be argued

that he should be entitled to compensation.<sup>119</sup> On the other hand, the property of the buildings can also be seen as only temporary in the first place.<sup>120</sup> By the time the buildings are constructed it is already clear for everyone that the ownership of the buildings will be lost upon expiry of the land-use right. Therefore, the owner cannot have reasonably relied on acquiring unlimited property, if he obtained the land-use right and constructed the buildings after art. 40 Land-use Right Regulations came into force in 1990. It seems unlikely that this situation would change under a new Law of Property, even though art. 68 para. 2 of the draft stipulates that there has to be appropriate compensation if immovable property is demolished or expropriated. First of all, it can be argued that acquiring the building upon expiry of the grant is no case of expropriation, since the property of the buildings was only temporarily from the beginning. Secondly, art. 40 Land-use Right Regulations very clearly excludes compensation. Despite not being a proper law, art. 40 Land-use Right Regulations is therefore likely to stay in force as a more specific provision.

Another question that arises is whether the land user is entitled to take away the building or parts of it just before the grant expires. Since at that time it is still his property and the State acquires the building mainly to prevent a complex legal situation,<sup>121</sup> such a right seems appropriate.

It is also questionable who has to pay for a possible demolition of the building. In case it can still be used it would seem unreasonable should the land user not only lose his property without compensation, but also have to pay for its destruction. However, if the building has to be demolished anyway (because it is hazardous for example), the land user should not be released from his responsibility. In Guangzhou, disputes about the dismantling and moving of buildings which do not conform to universal standards are supposed to be handled through consultation, unless there is a specific provision in the contract.<sup>122</sup>

All these problems are practically reduced to some degree, as land-use rights can be extended

<sup>110</sup> Art. 16 Land-use Right Regulations.

<sup>111</sup> Art. 16 Land-use Right Regulations; *Zhang* (supra note 29), at no. 8. Also see art. 145 Draft of Property Law.

<sup>112</sup> See art. 16 Land-use Right Regulations; *Zhang* (supra note 29), at no. 8 and 16.

<sup>113</sup> Also see art. 154 Draft of Property Law.

<sup>114</sup> Art. 40 Land-use Right Regulations; *Kaufman* (supra note 12); *Zhen* (supra note 15), p. 158.

<sup>115</sup> This is different to the German „Erbbaurecht“, where the building is actually part of the „Erbbaurecht“ and can therefore not be separated, *Zhen* (supra note 15), p. 159.

<sup>116</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 159.

<sup>117</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 159.

<sup>118</sup> Supra note 77; *Zhen* (supra note 15), p. 159. Also see art. 47 and 68 para. 1 Draft of Property Law.

<sup>119</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 159.

<sup>120</sup> See *Zhen* (supra note 15), p. 158.

<sup>121</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 159.

<sup>122</sup> See art. 36 para. 2 “Measures of the Guangzhou Economic and Technological Development Zone on the Compensatory Transfer and Assignment of Land-Use Rights” (Guangzhou jingji jishu kaifaqu tudi shiyongquan youchang churang he zhuanrang banfa), August 25<sup>th</sup>, 1992, Chinese-English in: *CCH Asia Pacific* (Editor): *CCH China Laws for Foreign Business – Special Zones & Cities*, Volume 1-3, Hong Kong 1985 et seq. (CCH Special Zones & Cities) ¶102-130.

upon application.<sup>123</sup> In this case the land user remains the owner of the buildings.

### aa) Renewal

A land user who wishes to continue to use the land (and remain owner of his buildings) must apply for a renewal of the grant at least one year prior to its expiry.<sup>124</sup> Local legislation may allow shorter notice.<sup>125</sup> According to art. 41 Land-use Right Regulations, the grant shall be renewed if “necessary”. Art. 21 Urban Real Estate Law, however, contains a less restrictive rule: The application “shall be approved except” where the land is to be reclaimed “as required by public interests”. Considering that art. 21 is newer and has more authority as a proper law, it should be concluded that the government is in principle obliged to renew the grant. Only if it considers such renewal to be contrary to public interests, the application may be turned down.<sup>126</sup> This rule would be clarified by art. 155 of the Draft of Property Law.

How much protection of the land-use right and the building ownership such a rule will give in reality, can only be answered in the future.<sup>127</sup> Only a few short-term grants are currently expiring.<sup>128</sup> So far, the experiences in negotiating extensions have not been good for the land users. But, since the negotiations are not finished, it is too early to come up with firm conclusions.<sup>129</sup> Most current grants will not expire in the next 25 years<sup>130</sup> and the legislation may very well change before then.<sup>131</sup>

Under the current law, the failed applicant has the right to challenge the decision of the land administration authorities by a court action.<sup>132</sup> It seems likely that the courts will make their own decision about whether the refusal was necessary,

instead of deferring to the administration. The concept of “public interest” is rather vague and does not require a special expertise that lies only with administrations.<sup>133</sup> It can at least be assumed that the government cannot refuse the application and then re-grant the right to a similar party for the same purpose.<sup>134</sup> The power of the courts is not unlimited though. Important and controversial decisions might very well be made not by the courts, but by the government as the last instance.<sup>135</sup>

If the application is not approved or the land user does not apply for an extension in the first place, the land-use right will be reclaimed by the State upon expiry of the grant.<sup>136</sup>

If the extension is approved, the land user is to enter into a new contract with the land administration, pay a new fee for the land-use right and undertake registration.<sup>137</sup> The new fee will be based on the current value of the land-use right.<sup>138</sup> The value of possible buildings should, however, not be taken into consideration, since they are legally separate from the land-use right and still owned by the land user.<sup>139</sup> Economically though, the value of the buildings will at least influence the willingness of the land user to pay a higher fee, since he will be losing the ownership of the buildings without compensation otherwise.

### bb) Terms of Renewal

For what duration the land-use rights can be renewed, is still unclear. One author claims that the renewal of the right is only possible, if “the total terms added together do not exceed the maximum permissible length of time”.<sup>140</sup> This seems to suggest that all land-use rights have to be recovered by the State at the latest at the end of the terms set out in art. 12 Land-use Right Regulations. A land-use right granted for the maximum term in the first place could therefore not be renewed under any circumstances. Such a restriction seems unreasonable and can also not be found in art. 41 Land-use Right Regulations or art. 21 Urban Real Estate Law. Apparently, some other scholars have told informally that according to the intent of the legislation residential rights shall be renewable for another 70

<sup>123</sup> Art. 21 Urban Real Estate Law and art. 41 Land-use Right Regulations; *Zhen* (supra note 15), p. 159.

<sup>124</sup> Art. 41 Land-use Right Regulations and art. 21 Urban Real Estate Law. Art. 155 Draft of Property Law.

<sup>125</sup> A six month’s notice is, for example, sufficient in Shenzhen, *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 128 note 13 with reference to art. 53 “Regulation of Shenzhen Special Economic Zone on the Grant of Land-use Rights” (Shenzhen Jingji Tequ tudi shiyongquan churang tiaoli), adopted June 18<sup>th</sup>, 1994, latest amendment February 13<sup>th</sup>, 1998, Chinese-English in: CCH Special Zones & Cities ¶71-110. Also see art. 35 para. 2 “Measures of the Guangzhou Economic and Technological Development Zone on the Compensatory Transfer and Assignment of Land-Use Rights” (supra note 122).

<sup>126</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 128.

<sup>127</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 128.

<sup>128</sup> *Randolph* (supra note 8), at 2.3.

<sup>129</sup> *Randolph* (supra note 8), at 2.3.

<sup>130</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 128.

<sup>131</sup> *Randolph* (supra note 8), at 2.3.

<sup>132</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 128 with reference to art. 2 and 11 “Law of Administrative Litigation of the People’s Republic of China” (Zhonghua Renmin Gongheguo xingzheng susong fa), April 4<sup>th</sup>, 1989, Chinese-English in: CCH Business Regulation ¶19-558.

<sup>133</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 128.

<sup>134</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 128.

<sup>135</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), pp. 128 – 129.

<sup>136</sup> Art. 21 para. 2 Urban Real Estate Law and art. 58 No. 3 Land Management Law.

<sup>137</sup> Art. 41 Land-use Right Regulations and art. 21 para. 1 Urban Real Estate Law. Also see art. 155 Draft of Property Law.

<sup>138</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 129.

<sup>139</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 129.

<sup>140</sup> *Zhang* (supra note 29), at no. 14.

years, while non-residential rights will not be fully renewable; they shall only be renewed for shorter periods.<sup>141</sup> The statutes, however, do not contain this distinction or any other reference about the duration of renewals.<sup>142</sup> Up to now, this has not lead to much concern, since most people expect the government to find an acceptable solution before most grants start to expire. Some scholars believe that the government shall and probably will make all residential grants permanent before this happens.<sup>143</sup>

The uncertainty about the terms of renewal creates an economical incentive to construct houses that only stay in a good condition for the initial term. If you are likely to lose the property at the end of that term, it does not make economical sense to invest more. This should have a negative effect on the quality of real estate in China.

## e) Withdrawal

### aa) Public Interest

Art. 19 Urban Real Estate Law and art. 42 Land-use Right Regulations guarantee that the State, in principle, shall not withdraw the granted land-use rights before the end of the agreed term. But at the same time these articles set out certain exceptions: Under “special circumstances”, and if required by “public interests”, the State may withdraw the land-use right. These conditions are stronger than in the case of the reclamation of collective land.<sup>144</sup> The requirement of “special circumstances” is designed to limit the withdrawal to only a few cases, only those that could not be foreseen at the time of the grant.<sup>145</sup> The element of “public interests” has only been specified in a Cantonese regulation with reference to city development projects, public facilities and other special building projects.<sup>146</sup> This recovery of the land-use right for the sake of “public interests” is also laid down in art. 58 no. 1 Land Management Law. Additionally, art. 58 no. 2 Land Management Law contains a special case for the withdrawal: The re-building of old city districts in order to implement urban construction plans. This has been of practical importance in recent years and also applies to people that have automatically

acquired a land-use right due to their ownership of a building.<sup>147</sup>

In all these cases, the former land user is entitled to “appropriate” compensation.<sup>148</sup> The compensation is based on the “number of years of utilisation and the actual development of the land by the land user”.<sup>149</sup> The land user’s investment in the land is therefore taken into account.<sup>150</sup> “Appropriate” compensation does not however necessary equal the “fair market value”.<sup>151</sup> If the land user disagrees with the amount of his compensation, he is entitled to take court action.<sup>152</sup>

The decision about the withdrawal is done by the relevant Land Administration Department with approval of the people’s government that originally approved the land-use or the people’s government that has the power of approval.<sup>153</sup> At least in some administrative regions, the Land Administration Department is obliged to inform the land user six months prior to the withdrawal of his land-use right.<sup>154</sup>

### bb) Sanction

Finally, to prevent speculation<sup>155</sup> granted land-use rights can be withdrawn as a sanction, if the land user fails to develop and utilise the land in accordance with the granting contract.<sup>156</sup> If the land is still not developed according to the land-use purpose two years after the agreed starting time, the land-use right can be reclaimed by the State without

<sup>147</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 161. Compare art. 24 para. 1 Land-use Right Regulations.

<sup>148</sup> Art. 19 Urban Real Estate Law and art. 58 Land Management Law. This would also be ensured by art. 128 Draft of Property Law.

<sup>149</sup> Art. 19 Urban Real Estate Law and art. 42 Land-use Right Regulations.

<sup>150</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 129 footnote 22.

<sup>151</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 129.

<sup>152</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 161 footnote 408.

<sup>153</sup> Art. 58 Land Management Law; *Zhen* (supra note 15), p. 161.

<sup>154</sup> See art. 37 para. 2 “Measures of the Guangzhou Economic and Technological Development Zone on the Compensatory Transfer and Assignment of Land-Use Rights” (supra note 122). The same was true for Shanghai; see *Zhen* (supra note 15), p. 161 who refers to art. 42 para. 2 “Shanghai Municipality, Granting and Assigning Leaseholds for Value Procedures” (Shanghai shi tudi shiyongquan youchang zhuanrang banfa), November 29<sup>th</sup>, 1987, Chinese-English in: Patrick, Y.W. Wu (Editor), *The PRC Property Series, Vol. I – Shanghai, Hongkong 1995*, pp. 43-52. This law has however been repealed according to art. 57 “Measures of Shanghai Municipality on Real Estate Transfers” (see infra note 255). Nowadays, a public notice displayed for at least 30 days seems to be sufficient, see art. 39 “Measures of Shanghai Municipality for the Implementation of the Law of the People’s Republic of China on Land Management” (Shanghai shi shishi “Zhonghua Renmin Gongheguo tudi guanli fa” banfa), announced November 17<sup>th</sup>, 2000; Chinese-English in: CCH Special Zones & Cities ¶92-091.

<sup>155</sup> *Randolph* (supra note 8), at 2.

<sup>156</sup> Art. 17 para. 2 Land-use Right Regulations; *Zhen* (supra note 15), p. 161; *Randolph* (supra note 8), at 2.

<sup>141</sup> *Randolph* (supra note 8), at 2.3.

<sup>142</sup> *Randolph* (supra note 8), at 2.3.

<sup>143</sup> *Randolph* (supra note 8), at 2.3.

<sup>144</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 160.

<sup>145</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 160.

<sup>146</sup> Art. 37 “Measures of the Guangzhou Economic and Technological Development Zone on the Compensatory Transfer and Assignment of Land-Use Rights” (supra note 122); *Zhen* (supra note 15), p. 160.

compensation.<sup>157</sup> This also means a loss of the land-use fee, which has been fully paid in advance.<sup>158</sup> After one year without development the State can already impose a fine of up to 20 % of the land-use fee.<sup>159</sup> Not every delay will justify these sanctions though. The failure to start development due to *force majeure* or governmental interference is explicitly excepted.<sup>160</sup>

Local regulations may provide the exact degree to which the land has to be developed to avoid these consequences. In Shenzhen, for instance, all the development and land-use permits must have been obtained and 25 % of the total investment must have been made.<sup>161</sup> Once the land is sufficiently developed, a discontinuation of further use will not lead to an automatic withdrawal of a granted land-use right. Such rules only exist for allocated land-use rights.<sup>162</sup>

#### IV. The Secondary Market

There are two different business activities conducted by foreign investors in the secondary market. First, the investor may further trade the land-use right, by means of transfer, lease or mortgage. He may also pre-sale his incomplete property as a means of financing the development of the land.<sup>163</sup>

##### 1. Transfer

The transfer of granted land-use rights from one investor to another is a civil activity supervised by the government.<sup>164</sup> It allows the investor to gain profits from his investment in the land-use right.<sup>165</sup>

##### a) Conditions

The transfer of the land-use right requires a written contract between the parties.<sup>166</sup> Local regulation may require notarisation.<sup>167</sup> This contract obliges the buyer to pay the agreed price, while the seller has to provide the land to the buyer.<sup>168</sup> To be

valid the transfer has to be registered with the relevant Land Administration Department.<sup>169</sup> This usually is to be done within 15 days after the contract is signed, upon payment of the transfer-fee.<sup>170</sup>

To prevent speculations with land-use rights their transferability is restricted to some degree.<sup>171</sup> According to art. 19 para. 2 Land-use Right Regulations, land-use rights cannot be transferred, "if the land has not been developed and utilised in accordance with the period of time specified in the contract and the conditions therein". This provision is voluntarily vague.<sup>172</sup> It is specified by art. 38 Urban Real Estate Law, which sets out three general conditions: The seller must have fully paid the land acquisition fee and obtained a land-use certificate. He also has to have at least started to develop in accordance with the contract, completing 25 or more percent of the total investment for building projects or installing the planned infrastructure for industrial or other construction projects.<sup>173</sup> The time period and detailed contractual conditions are in practice specified by the relevant Land Administration Department.<sup>174</sup> There are also various local regulations, which may vary slightly within the local jurisdictions.<sup>175</sup>

##### b) Legal Implications

As a result of the transfer the original rights and obligations laid down in the granting contract and the registration documents are transferred to the buyer.<sup>176</sup> Consequently, the land-use right remains subject to its inherent restrictions.<sup>177</sup> Firstly, the term of use is limited to the remainder of the original term agreed upon in the contract.<sup>178</sup> Secondly, a change in the purpose of the land-use is only possible with the consent of the relevant Land Administration Department and the Urban Planning Department, and requires a new granting contract.<sup>179</sup>

<sup>157</sup> Art. 25 Urban Real Estate Law.

<sup>158</sup> *Randolph* (supra note 8), at 2.

<sup>159</sup> Art. 25 Urban Real Estate Law.

<sup>160</sup> Art. 25 Urban Real Estate Law; *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 131.

<sup>161</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 130 with reference to art. 56 "Regulations of Shenzhen Special Economic Zone on the Grant of Land-use Rights" (supra note 125).

<sup>162</sup> Art. 58 no. 4 Land Management Law; also see *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 131.

<sup>163</sup> *Zhang* (supra note 29), at no 2.

<sup>164</sup> *Zhang* (supra note 29), at no. 28.

<sup>165</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 131.

<sup>166</sup> Art. 20 Land-use Right Regulations and art. 40 Urban Real Estate Law. Art. 150 Draft of Property Law.

<sup>167</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 187; *Zhen* (supra note 15), p. 128 footnote 344.

<sup>168</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 128.

<sup>169</sup> Art. 25 para. 1 Land-use Right Regulations; *Zhen* (supra note 15), p. 127. Art. 151 Draft of Property Law.

<sup>170</sup> *Zhang* (supra note 29), at no. 29.

<sup>171</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 125.

<sup>172</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 125.

<sup>173</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 131; *Zhen* (supra note 15), p. 126; *Zhang* (supra note 29), at no. 28.

<sup>174</sup> *Zhen* (supra note 15), pp. 125 – 126.

<sup>175</sup> *Zhang* (supra note 29), at no. 28; *Zhen* (supra note 15), p. 126.

<sup>176</sup> Art. 21 Land-use Right Regulations and art. 41 Urban Real Estate Law; *Zhen* (supra note 15), p. 121.

<sup>177</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 128.

<sup>178</sup> Art. 22 Land-use Right Regulations and art. 42 Urban Real Estate Law. Art. 150 Draft of Property Law.

<sup>179</sup> Art. 27, 18 Land-use Right Regulations and art. 43 Urban Real Estate Law; *Zhang* (supra note 29), at no. 29; *Zhen* (supra note 15), pp. 121 – 122.

The transfer of the land-use right also includes a transfer of the ownership of the above-ground buildings and other attached objects.<sup>180</sup> This is to ensure that the land-use right and ownership of the buildings on this land are not separated, which could cause complications and uncertainties.<sup>181</sup> Consequently, the owner of a building also possesses a land-use right, which is transferred when the ownership of the building is passed on.<sup>182</sup> The transfers of building ownership and land-use rights are therefore closely connected. However, some frictions can arise due to the fact that the land-use right and the ownership of the buildings often have to be registered with different authorities (Land Administration Department and Housing Administration Department).<sup>183</sup> This problem would be solved with the establishment of a uniform national registration system for immovables, which is planned in the new Draft of Property Law.<sup>184</sup>

### c) Governmental Involvement

The government usually does not interfere in the pricing of the transfer,<sup>185</sup> although it may take actions if market prices rise to an “unreasonable extent”.<sup>186</sup> If the transfer price is obviously lower than the market price, the local government enjoys the priority to buy the right.<sup>187</sup>

## 2. Lease

According to art. 28 of the Land-use Right Regulations the investor can lease the granted land-use right together with the above-ground buildings to a third party against a fee.<sup>188</sup>

### a) Conditions

The lease requires a written contract between the parties.<sup>189</sup> The lease of the land and building on it has to be registered with the relevant Land Administration Department.<sup>190</sup> This is to be done

within 30 days after the contract is signed.<sup>191</sup> It is however unclear whether the lease is invalid in the case of the registration requirement being violated.<sup>192</sup>

The land-use right may not be leased, if certain minimal performances stated in the granting contract have not been carried out.<sup>193</sup> They are similar to the transfer restrictions according to art. 19 para. 2 Land-use Right Regulations<sup>194,195</sup>

### b) Legal Implications

The lease gives the lessee the right to use the land. But the leasing transaction does not constitute a transfer of the land-use right in a legal sense.<sup>196</sup> According to art. 30 Land-use Right Regulations the lessor<sup>197</sup> is not relieved from any commitments of the initial grant. He is further obliged to develop the land according to the terms and conditions of the granting contract.<sup>198</sup> In relation to the State the lessor therefore continues to be the contractual partner of the grant. He also remains owner of the land-use right.<sup>199</sup> The lessee, on the other hand, has contractual duties only towards the lessor, not the State.<sup>200</sup>

With regards to the above-ground buildings the situation is similar to the transfer. If land-use rights are leased, the above-ground buildings are included in the lease as well. And the lessee of a building automatically acquires a lease of the land-use right.<sup>201</sup>

### c) Protection of the Lessee

If the land-use right is transferred to another party during the time of the lease, this action does not affect the legal status of the lessee. Art. 229 “Contract Law of the People’s Republic of China”<sup>202</sup> transfers all contractual rights and obligations of the

<sup>180</sup> Art. 23 Land-use Right Regulations. Art. 152 Draft of Property Law.

<sup>181</sup> Zhen (supra note 15), pp. 122 – 123.

<sup>182</sup> Art. 24 para. 1, 2 Land-use Right Regulations. Also see Art. 152 Draft of Property Law.

<sup>183</sup> Art. 60 para. 3 Urban Real Estate Law; Sabine Stricker, VR China Immobilienrecht, Köln/Berlin 1995, p. 17. A uniform certificate is possible under art. 62 Urban Real Estate Law.

<sup>184</sup> Art. 10 para. 2 Draft of Property Law. Also see the temporary provision art. 267, which allows the parties to apply for concurrent registrations before the system is established.

<sup>185</sup> Zhang (supra note 29), at no. 30.

<sup>186</sup> Art. 26 para. 2 Land-use Right Regulations.

<sup>187</sup> Art. 26 para. 1 Land-use Right Regulations.

<sup>188</sup> Also see art. 52 Urban Real Estate Law.

<sup>189</sup> Art. 29 para. 1 Land-use Right Regulations and art. 53 Urban Real Estate Law; Randolph/LOU (supra note 14), p. 203.

<sup>190</sup> Art. 31 Land-use Right Regulations; Randolph/LOU (supra note 14), p. 204.

<sup>191</sup> Cao Pei, Real Estate Law in China, Hong Kong 1998, at 8.17; Randolph/LOU (supra note 14), p. 205.

<sup>192</sup> Zhen (supra note 15), p. 129. While Randolph/LOU (supra note 14), p. 204 claim the registration to be a condition of validity, they state the opposite on p. 171.

<sup>193</sup> Art. 28 para. 2 Land-use Right Regulations.

<sup>194</sup> See supra D I 1.

<sup>195</sup> Randolph/LOU (supra note 14), p. 132.

<sup>196</sup> Zhang (supra note 29), at no. 32.

<sup>197</sup> Some sources of Art. 30 Land-use Right Regulations refer to the duties of the “lessee”. Correctly, however, it must read “lessor”, see Pei (supra note 191), p. 204 and the (accurate) translation of Art. 30 in CCH Business Regulation ¶14-716.

<sup>198</sup> Zhang (supra note 29), at no. 32; Zhen (supra note 15), p. 128.

<sup>199</sup> Zhen (supra note 15), p. 128.

<sup>200</sup> Zhen (supra note 15), p. 128.

<sup>201</sup> Zhen (supra note 15), p. 129 with reference to art. 31 Land-use Right Regulations.

<sup>202</sup> Zhonghua Renmin Gongheguo hetongfa, March 15<sup>th</sup>, 1999, Chinese-English in: CCH Business Regulation ¶5-650.

lessor to the transferee.<sup>203</sup> He is therefore required to guarantee the effectiveness of the lease.<sup>204</sup>

### 3. Mortgage

Granted land-use rights can also be mortgaged by the investor,<sup>205</sup> usually to secure a loan.<sup>206</sup>

#### a) Conditions

The mortgage requires a written mortgage contract between the investor and the lending institution.<sup>207</sup> This mortgage contract is separate from the lending contract.<sup>208</sup> The mortgage has to be registered with the relevant Land Administration Department,<sup>209</sup> which has to be done within 15 days.<sup>210</sup> Without such registration the mortgage contract is not valid.<sup>211</sup>

The mortgage is always dependent on the secured obligation. Without a debt the mortgage is not valid.<sup>212</sup> This even applies, if the obligation ceases after the mortgage has been registered;<sup>213</sup> in this case the registration has to be nullified.<sup>214</sup>

The people involved in the mortgage are the mortgagee and the mortgagor. While the mortgagee has to be the creditor, the mortgagor can be the debtor or any third person that owns the land-use right and possible buildings.<sup>215</sup>

#### b) Legal Implications

The mortgagor remains owner of the land-use right and possible buildings.<sup>216</sup> The mortgagee, on the other hand, obtains the right to dispose of the mortgaged property, if the investor (the mortgagor) fails to repay his debt.<sup>217</sup> This can be done by sale or

auction.<sup>218</sup> The mortgagee has the priority of compensation from the funds obtained from the disposal.<sup>219</sup> This priority is not absolute though. Some local regulations give first priority to the costs of the disposal and taxes.<sup>220</sup> If the lending institution is fully repaid, the mortgage registration will be nullified.<sup>221</sup>

Although art. 34 “Secured Interests Law of the People’s Republic of China”<sup>222</sup> (Secured Interests Law) lists land-use rights and buildings separately as objects of a mortgage,<sup>223</sup> the land-use right and possible above-ground buildings are closely connected in the case of a mortgage. The mortgage of land-use rights automatically includes the mortgage of possible above-ground buildings.<sup>224</sup> And the mortgage of the buildings also results in the mortgage of the respective land-use right.<sup>225</sup> Consequently, neither of them can be mortgaged, if the land-use right and buildings are owned by different persons.<sup>226</sup>

The mortgaged property does not, however, include buildings that have been built after the mortgage came into existence.<sup>227</sup> Although these buildings may be auctioned off together with the other assets, the mortgagee does not have priority in compensation with regards to these buildings.<sup>228</sup> In practice, this is of minor importance in China, since the debt usually cannot exceed the value of the mortgage in the first place.<sup>229</sup>

#### c) Risks for the Mortgagee

The mortgage of a land-use right contains a number of risks for the mortgagee, some of which he cannot control: Firstly, the mortgagee cannot use his right to dispose, if the mortgaged land-use right cannot be legally transferred, because it has not yet been developed according to the conditions of the

<sup>203</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 129.

<sup>204</sup> *Zhang* (supra note 29), at no. 33.

<sup>205</sup> Art. 32 Land-use Right Regulations and art. 47 para. 2 Urban Real Estate Law.

<sup>206</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 136.

<sup>207</sup> Art. 34 para. 1 Land-use Right Regulations, art. 49 Urban Real Estate Law and art. 38 “Secured Interests Law of the People’s Republic of China” (Secured Interests Law) (*Zhonghua Renmin Gongheguo danbaofa*), June 30<sup>th</sup>, 1995, Chinese-English in: CCH Business Regulation ¶5-605. Also see art. 207 Draft of Property Law. Some local regulations require notarisation of the contract, *Zhen* (supra note 15), p. 137.

<sup>208</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 137. This would be clarified by art. 194 Draft of Property Law.

<sup>209</sup> Art. 35 Land-use Right Regulations and art. 41 Secured Interests Law.

<sup>210</sup> *Zhang* (supra note 29), at no. 36; *Zhen* (supra note 15), p. 137.

<sup>211</sup> Art. 41 Secured Interests Law; *Zhen* (supra note 15), p. 137.

<sup>212</sup> Art. 52 Secured Interests Law.

<sup>213</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 137. Also see art. 200 para. 1 Draft of Property Law.

<sup>214</sup> Art. 38 Land-use Right Regulations.

<sup>215</sup> Art. 33 Secured Interests Law; *Zhen* (supra note 15), pp. 138 – 139.

<sup>216</sup> Art. 33 Secured Interests Law; *Zhen* (supra note 15), p. 144.

<sup>217</sup> Art. 36 Land-use Right Regulations and art. 53 Secured Interests Law.

<sup>218</sup> Art. 53 Secured Interests Law and art. 46 Urban Real Estate Law; see *Zhen* (supra note 15), pp. 153 – 154 for further details. This is unchanged in art. 219 Draft of Property Law.

<sup>219</sup> Art. 37 Land-use Right Regulations and art. 33 Secured Interests Law.

<sup>220</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 152.

<sup>221</sup> Art. 38 Land-use Right Regulations; *Zhang* (supra note 29), at no. 36.

<sup>222</sup> Supra note 207.

<sup>223</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 139. This is unchanged in art. 202 para. 1 and 2 Draft of Property Law.

<sup>224</sup> Art. 33 para. 1 Land-use Right Regulations, art. 47 para. 1 Urban Real Estate Law and art. 36 Secured Interests Law. This is unchanged in art. 203 Draft of Property Law.

<sup>225</sup> Art. 33 para. 2 Land-use Right Regulations and art. 36 Secured Interests Law; *Zhen* (supra note 15), p. 139. This is unchanged in art. 203 Draft of Property Law.

<sup>226</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 138.

<sup>227</sup> Art. 51 Urban Real Estate Law and art. 55 Secured Interests Law:

<sup>228</sup> Art. 51 Urban Real Estate Law; *Zhen* (supra note 15), p. 142. This is unchanged in art. 223 Draft of Property Law.

<sup>229</sup> Art. 35 Secured Interests Law; *Zhen* (supra note 15), pp. 142 – 143.

grant.<sup>230</sup> Secondly, the mortgage ceases if the land-use right is withdrawn by the State in the case the land user does not comply with the development and utilisation conditions of the granting contract.<sup>231</sup> Finally, since the land-use right is only granted for a certain term, the mortgage of that right is also limited to this term.<sup>232</sup> Economically, the mortgage is therefore only valuable for the remainder of the term.

#### d) Practical Importance

The use of mortgages as a means of raising real estate finance has not been fully developed in China yet. In fact, it is quite difficult for foreign investors to borrow money from local Chinese banks.<sup>233</sup> This significantly reduces their importance with regards to foreign investment.

#### 4. Pre-development Sale of Properties

In order to finance the construction of buildings, properties in China are often sold in advance before their actual development is completed. One of the reasons for that is that the State-owned banks are restricted in various ways with regards to development loans. They are, for instance, not allowed to lend more than the land, as their security is worth, at the time of the loan.<sup>234</sup> In case of pre-development sales, the buyer usually buys only a bare concrete cubicle with utilities stubbed. The floors, interior walls, plumbing and electrical facilities have to be designed and installed separately by the buyer.<sup>235</sup>

In order to carry out the pre-sale of commercial houses a number of conditions have to be satisfied:<sup>236</sup> The investor must have obtained the land-use certificate and paid all the land-use fees, he must have a permit for the construction project, he has to have completed 25% of the total investment and must have set a schedule for the construction including the date of completion. Finally, he must have registered for pre-sale at the Real Estate Management Department of the People's Government at county level or above and must have obtained the certificate of permission for the pre-sale of commercial houses.<sup>237</sup>

The pre-sale contracts shall be submitted to the Real Estate Management Department and the Land Administration Department for registration and record within 30 days after being signed.<sup>238</sup> The money obtained in the pre-sale is then to be used for the construction project.<sup>239</sup> Some more protection for the buyer would be provided by art. 21 of the Draft of Property Law: If the buyer has paid half of the required payment, he is entitled to advanced registration in order to restrain the seller from transferring the property to a third party.

#### V. Legal Structure of Housing Units

For many urban Chinese the housing situation has changed significantly in the last few years. For decades they could live in apartments provided by their work units at a pittance.<sup>240</sup> Since the housing reform (beginning in 1988)<sup>241</sup> the Chinese are ordered to obtain their housing on a market basis. Many were given, or cheaply bought, the apartment they previously rented from their work unit.<sup>242</sup> As a result, an estimated 80% of urban Chinese now own their home.<sup>243</sup> This also means they now have to pay for the maintenance. This is good news for the working units; many of them were practically broke and could hardly bear the maintenance responsibilities for the aging apartment blocks.<sup>244</sup> Most people that could afford it have moved to new and better housing units which has caused a strong demand for such housing.<sup>245</sup>

This new situation has brought up questions about the legal structure of housing units. Overall, there still is a lot of uncertainty. The legal concept of condominiums has not been properly established in China.<sup>246</sup> This could change when the Draft of Property Law comes into force. The draft contains a separate chapter on condominiums, although it certainly does not solve all the current issues.<sup>247</sup> So far, there are only a few regulations about the rights and obligations of the millions of homeowners in China.<sup>248</sup>

Some rules about the legal structure of housing units exists in the "Provisions Concerning the

<sup>230</sup> Art. 19 para. 2 Land-use Right Regulations; *Zhen* (supra note 15), p. 126.

<sup>231</sup> Art. 17 Land-use Right Regulations; *Zhen* (supra note 15), p. 156.

<sup>232</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 140.

<sup>233</sup> *Zhang* (supra note 29), at no. 37 - 38.

<sup>234</sup> *Randolph* (supra note 8), at 3.3.

<sup>235</sup> *Randolph* (supra note 8), at 3.3.

<sup>236</sup> Art. 44 Urban Real Estate Law.

<sup>237</sup> For the procedures see *Pei* (supra note 191), at 8.49 - 8.51 with reference to the "Administrative Measures on Urban Commercial Housing Pre-sale" (Chengshi shangpinfang yushou guanli banfa) promulgated by the Construction Ministry on 1 January 1995, revised

on August 15<sup>th</sup>, 2001, Chinese at: <http://www.cin.gov.cn/law/depart/2001090702.htm> (visited on August 23<sup>rd</sup>, 2005).

<sup>238</sup> Art. 44 para. 2 Urban Real Estate Law; *Pei* (supra note 191), at 8.52.

<sup>239</sup> Art. 44 para. 3 Urban Real Estate Law.

<sup>240</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), at 3; *Zhen* (supra note 15), p. 123.

<sup>241</sup> *Randolph* (supra note 8), at 21 et seq.

<sup>242</sup> *Randolph* (supra note 8), at 3; *Zhen* (supra note 15), p. 123.

<sup>243</sup> *Randolph* (supra note 8), at 3.

<sup>244</sup> *Randolph* (supra note 8), at 3.

<sup>245</sup> *Randolph* (supra note 8), at 3.

<sup>246</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 49; *Randolph* (supra note 8), at 3.2.

<sup>247</sup> See Chapter 6 of the Draft of Property Law.

<sup>248</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 124.

Administration of Urban Connected Properties”, issued by the Ministry of Construction in 1989, and revised on August 15, 2001.<sup>249</sup> According to its art. 6 and 9 the rights related to a housing unit consist of three different parts: Firstly, a legally separate ownership of the parts of the house that are exclusively owned by the occupant. This applies to the space within their own units including related parts as balconies, for example.<sup>250</sup> Secondly, a co-ownership with regards to the common areas of the building and all other parts and facilities that are necessary for the continuance and maintenance of the house.<sup>251</sup> This includes such things as stairs, gardens, vestibules, water and electricity facilities and the structural elements of the house itself.<sup>252</sup> This is a co-ownership by shares, where each owner has a percentage interest in the common area property.<sup>253</sup> Thus, the rights and obligations are shared and no part can be separated and assigned separately.<sup>254</sup> Thirdly, joint owners of a building obtain a land-use right (art. 24 para. 1 Land-use Right Regulations). How all the unit-owners obtain a land-use right is not laid down in the Land-use Right Regulations, but in other local regulations. In Shanghai for example, each owner obtains a certain percentage of the land-use right.<sup>255</sup> It is important to note that these different ownership parts of a housing unit are inextricably connected.<sup>256</sup> Ownership of the housing unit cannot exist if one of these parts is missing.<sup>257</sup>

In practice, a certificate is usually issued to the unit owners stating that they possess a land-use right in the building’s site together with all the other owners.<sup>258</sup> Furthermore, the owners typically sign a common contract at the outset. It obliges them to pay for maintenance assessments and to obey the rules of the owner association.<sup>259</sup>

<sup>249</sup> “Chengshi yichan pilian fangwu guanli guiding”, available in Chinese through the homepage of the Ministry of Construction at [www.cin.gov.cn/law/depart/2001090701.htm](http://www.cin.gov.cn/law/depart/2001090701.htm) (visited August 25<sup>th</sup>, 2005).

<sup>250</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 124; *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 47. Also see art. 73 Draft of Property Law.

<sup>251</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 124. Art. 73 Draft of Property Law.

<sup>252</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 124. Also see art. 75 and 266 para. 2 Draft of Property Law.

<sup>253</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 124; *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 47. Compare art. 83 Draft of Property Law.

<sup>254</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 124.

<sup>255</sup> Art. 26 para. 2 “Measures of Shanghai Municipality on Real Estate Transfers” (Shanghai shi fangdichan zhuanrang banfa), April 30<sup>th</sup>, 1997, latest revision on June 24<sup>th</sup>, 2004, Chinese-English in: CCH Special Zones & Cities ¶92-100.

<sup>256</sup> Compare art. 75 Draft of Property Law.

<sup>257</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 124.

<sup>258</sup> *Randolph* (supra note 8), at 3.2.

<sup>259</sup> *Randolph* (supra note 8), at 3.2.

## VI. Special Rules for Foreign Investment Enterprises

For foreign investment enterprises there are some special rules concerning the ways to obtain land-use rights.<sup>260</sup> Furthermore, there is a special type<sup>261</sup> of granted land-use right for developing Large Tracts with Foreign Investment.

### 1. Ways to obtain Land-use Rights

Land-use rights can be obtained by foreign investment enterprises only against compensation. In fact, the system of compensated land-use has been especially introduced for foreign investors.<sup>262</sup>

There are different ways to obtain land-use rights for foreign investment enterprises: A “lease” from the State (1), via investment contribution by the Chinese Partner of a Sino-foreign JV (2), by a regular grant (3) or by acquiring a land-use right on the secondary market (4). Since these methods vary to some degree for the different enterprise forms, these forms shall be quickly introduced first.

### Background: Enterprise Forms

Foreigners can invest in China using three different enterprise forms: Sino-Foreign Equity Joint Ventures (Equity JVs), Sino-Foreign Co-operative Joint Ventures (Co-operative JVs) and Wholly Foreign-owned Enterprises (WFOEs).

An Equity JV is a Chinese company with its own legal identity set up by a Chinese and a foreign partner. Profits, risks and losses are shared according to the proportion of their contributions.<sup>263</sup> They are governed by the “Law of the People’s Republic of China on Sino-foreign Equity Joint Ventures” (EJV-Law)<sup>264</sup> and the corresponding “Regulations for the Implementation of the Law of the People’s Republic of China on Sino-foreign Equity Joint Ventures” (EJV-Regulations).<sup>265</sup> According to art. 5 para. 3 EJV-Law land-use rights might be used as an investment contribution by the Chinese partner to the JV. Otherwise the JV is required to pay a land-use fee to the government.

<sup>260</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 197. This is illustrated by art. 85 Land Management Law, which states that “This Law will apply to the use of land by sino-foreign equity joint ventures, sino-foreign cooperative joint ventures and foreign-funded enterprises; where laws stipulate otherwise, those provisions will prevail”.

<sup>261</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 142.

<sup>262</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 198.

<sup>263</sup> Art. 4 and 1 EJV-Law (supra note 24).

<sup>264</sup> Supra note 24.

<sup>265</sup> “Zhonghua Renmin Gongheguo zhongwai hezi jingying qiye fa shishi tiaoli”, September 20<sup>th</sup>, 1983, revised December 21<sup>st</sup>, 1987, latest revision July 22<sup>nd</sup>, 2001, Chinese-English in: CCH Business Regulation ¶6-550.

Co-operative (or Contractual) JVs, on the other hand, are a more flexible form of a JV. They do not necessarily have to have a separate legal identity and the distribution of profits, risks and losses is primarily decided by the contract.<sup>266</sup> They are regulated by the “Law of the People’s Republic of China on Sino-foreign Co-operative Enterprises” (CJV-Law)<sup>267</sup> and the corresponding “Detailed Rules for the Implementation of the Law of the People’s Republic of China on Sino-foreign Cooperative Enterprises” (CJV-Rules).<sup>268</sup> According to art. 8 CJV-Law and art. 18 CJV-Rules the land-use right can be an investment contribution by the Chinese partner or a condition of co-operation.

Wholly Foreign-owned Enterprises are Chinese companies with their own legal identity, fully owned by foreign investors.<sup>269</sup> They are governed by the “Law of the People’s Republic of China Concerning Enterprises with Sole Foreign Investment” (WFOE-Law)<sup>270</sup> and the corresponding “Detailed Rules for the Implementation of the Law of the People’s Republic of China on Wholly Foreign-owned Enterprises” (WFOE-Rules).<sup>271</sup> They can acquire land-use rights after paying a land-use fee to the State.<sup>272</sup>

When being involved in real estate development these companies also have to comply with the requirements for real estate development companies, and especially have to have sufficient registered capital and personnel for their business.<sup>273</sup>

### a) “Lease” from the State

One possibility to obtain a land-use right for foreign investment enterprises is by “lease”<sup>274</sup> from

the State. This requires an application for the land-use with the Land Administration Department. If the application is approved, a yearly fee has to be paid.<sup>275</sup> This method is explicitly possible for Equity JVs and WFOEs.<sup>276</sup> In practice, Co-operative JVs can also use this method, although there is no explicit provision in the CJV-Law or the CJV-Rules.<sup>277</sup>

This method of “leasing” from the State differs in some aspects to allocation or granting. With respect to allocated land-use rights one difference<sup>278</sup> lies in the existence of a contract about the land-use.<sup>279</sup> The contract contains a specific term for the land-use, which is usually the same as the term of the enterprise’s operation.<sup>280</sup> Further differences exist with regards to the fee:<sup>281</sup> Technically, the user of allocated land does not have to pay for the land-use itself. He only has to pay possible development and expropriation costs.<sup>282</sup> In case of a “lease”, however, the fee also includes the commercial interests of the State as landowner.<sup>283</sup> This difference is however minimal, since users of allocated land also have to pay a land-use tax, which is a substitute for the land-use charges.<sup>284</sup>

The main difference to granted land-use rights in the past has been the restricted transferability of “leased” land-use rights.<sup>285</sup> According to art. 53 of the old EJV-Regulations the assignment of land-use rights was forbidden.<sup>286</sup> In July 2001, however, this provision has been repealed, so that land-use rights “leased” by Equity JVs should now be transferable.<sup>287</sup> The same should be true for Co-operative JVs, as there never was an explicit restriction in the first place. A slight difference only remains for land-

<sup>275</sup> *Zhen* (supra note 15), pp. 199 – 200. See art. 49 EJV-Regulations.

<sup>276</sup> Art. 44 EJV-Regulations and art. 34-36 WFOE-Rules; *Zhen* (supra note 15), p. 199, who also refers to art. 6 “Interim Provisions on the Use of Land for Construction by Chinese-Foreign Joint Ventures” (Guanyu zhongwai heying qiye jianshe yongdi de zanxing guiding), July 26<sup>th</sup>, 1980, English in: Institute of Chinese Law (Editor), Statutes and Regulations of the People’s Republic of China, Hong Kong 1987 et seq., 800726.2.

<sup>277</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 200; *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 112.

<sup>278</sup> See *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 112 footnote 107.

<sup>279</sup> Art. 44 EJV-Regulations. Co-operative JVs and WFOEs usually enter into contracts as well, see *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 112 including footnote 109.

<sup>280</sup> Art. 40 WFOE-Rules; *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 114 including footnote 114; *Zhen* (supra note 15), p. 201, who also refers to art. 9 para. 2 “Interim Provisions on the Use of Land for Construction by Chinese-Foreign Joint Ventures” (supra note 276).

<sup>281</sup> Art. 44 EJV-Regulations and art. 36 WFOE-Rules.

<sup>282</sup> See supra C.I.

<sup>283</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 200.

<sup>284</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 115.

<sup>285</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 115 footnote 116.

<sup>286</sup> Art. 53 EJV-Regulations.

<sup>287</sup> Compare *Fengwen Jiang*, Expansion of Trading Rights for FIEs: Further Steps in China’s WTO Accession, in: *China Law and Practice*, Vol. 15 (2001), No. 8, p. 44, who states that the provisions on the acquisition and transfer of land use rights, which have been amended, were outdated or inconsistent with current PRC laws.

<sup>266</sup> Art. 2 CJV-Law (infra note 267). See *Zhang* (supra note 29), at no. 23.

<sup>267</sup> *Zhonghua Renmin Gongheguo zhongwai hezuo jingying qiye fa*, April 13<sup>th</sup>, 1988, latest revision October 31<sup>st</sup>, 2000, Chinese-English in: CCH Business Regulation ¶6-100.

<sup>268</sup> *Zhonghua Renmin Gongheguo zhongwai hezuo jingying qiye fa shishi xize*, September 4<sup>th</sup>, 1995, Chinese-English in: CCH Business Regulation ¶6-105.

<sup>269</sup> Art. 2 and 8 WFOE-Law (infra note 270).

<sup>270</sup> *Zhonghua Renmin Gongheguo waizi qiye fa*, April 12<sup>th</sup>, 1986, revised October 31<sup>st</sup>, 2000, Chinese-English in: CCH Business Regulation ¶13-506.

<sup>271</sup> *Zhonghua Renmin Gongheguo waizi qiye fa shishi xiye*, December 12<sup>th</sup>, 1990, re-promulgated April 12<sup>th</sup>, 2001, Chinese-English in: CCH Business Regulation ¶13-507.

<sup>272</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 198.

<sup>273</sup> Art. 29 Urban Real Estate Law and art. 5 “Administrative Rules on Urban Real Estate Development Operations” (Chengshi fangdichan kaifa jingying guanli tiaoli), July 20<sup>th</sup>, 1988, Chinese-English in: CCH Business Regulation ¶19-595. *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 331; *Pei* (supra note 191), at 12.02.

<sup>274</sup> Some authors classify them as „allocated“ land-use rights, see *Pei* (supra note 191), at 5.02 – 5.03. Also *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 115, who hesitated though because of the differences (p. 112 footnote 107). Due to those differences, the author prefers to use the term “lease”.

use rights “leased” by WFOEs. According to art. 35 WFOE-Rules their land-use rights cannot be assigned without prior approval during their terms of operation. But even for Equity JVs some differences to granted land-use rights remain. While users of granted land pay a lump sum fee, the fee for “leased” land-use rights by Equity JVs is to be paid annually, and can be adjusted during the term of the contract.<sup>288</sup> Furthermore, the term of “leased” land-use rights is more closely connected to the continuation of the enterprise.<sup>289</sup> The same should apply for Co-operative JVs, although there is no explicit rule stating that.

### b) Investment Contribution of the Chinese Partner

In case of an Equity or Co-operative JV the JV can acquire the land-use right of the Chinese Partner as his investment contribution.<sup>290</sup> The foreign investor as part of the JV is then automatically entitled to use the land,<sup>291</sup> without having to pay any land usage fees to the government.<sup>292</sup> But the land-use is not truly free for the foreign investor. While the value of the contributed land-use right has to be equivalent to the usage fee for “leasing” the right to use a similar site in the case of Equity JVs,<sup>293</sup> the parties of a Co-operative JV can determine the value of the land-use right by themselves, and do not have to do so in currency terms.<sup>294</sup> Nevertheless, the contribution has a certain value for which the investor pays with his contribution. Thus, the foreign investor does not pay directly, but usually indirectly for the land-use right.<sup>295</sup>

#### aa) Allocated and Granted Land-use rights

Traditionally, only allocated land-use rights could be contributed, as granted land-use rights did not exist before 1987.<sup>296</sup> But even afterwards it has been argued that only allocated land-use rights could be contributed, because JVs could not assign their land-use rights.<sup>297</sup> This reasoning is not

convincing however, since it turns legal effects into legal conditions. Now that land-use rights of Equity JVs can be transferred, this point of view is certainly outdated. Therefore, the Chinese partner can contribute land-use rights, which have been either allocated or granted to him.<sup>298</sup> This would be confirmed by art. 149 of the new Draft of Property Law, which allows the contribution of land-use rights without differentiating between allocated and granted ones.

When allocated land is contributed to a JV, the Chinese party is obliged to complete supplementary procedures and has to pay a fee.<sup>299</sup> This is because allocated land-use rights, which were traditionally free and without time restriction, are now commercialised.<sup>300</sup> The fee is equivalent to the total amount of the fee the JV would have to pay when “leasing” the right.<sup>301</sup>

Although the contribution of allocated or granted land-use rights can be financially beneficial for the partners, they are not obliged to the contribution. They may alternatively choose to pay the Chinese government for the land use.<sup>302</sup>

#### bb) Transferability and Duration

In the past, JVs could not transfer, mortgage or lease contributed land-use rights.<sup>303</sup> However after art. 53 EJV-Regulations was repealed in 2001, the assignment of these rights is now possible,<sup>304</sup> provided the contributed right itself is transferable.<sup>305</sup> This is certainly the case for granted land-use rights. The JV therefore has the right to transfer, lease or mortgage them.<sup>306</sup>

Allocated land-use rights, on the other hand, can generally not be transferred.<sup>307</sup> They could however have become transferable as a result of the contribution. According to art. 40 “Provisional Measures on Administration of Allocated Land Use Rights”<sup>308</sup>,

<sup>298</sup> *Wan/Pu/Chang/Qu* (supra note 293), at 6~025 – 6~035.

<sup>299</sup> *Wan/Pu/Chang/Qu* (supra note 293), at 6~030 and 6~065 with reference to art. 9 of the “Administrative Measures of the Shanghai Municipality on the Use of Land by Foreign Investment Enterprises”, June 21<sup>st</sup>, 1996, Chinese-English in: CCH Special Zones & Cities ¶92-090.

<sup>300</sup> *Zhang* (supra note 29), at no. 22.

<sup>301</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 203; *Wan/Pu/Chang/Qu* (supra note 293), at 6~030.

<sup>302</sup> Art. 5 para. 3 EJV-Law; see also *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 113.

<sup>303</sup> *Wan/Pu/Chang/Qu* (supra note 293), at 6~030.

<sup>304</sup> Compare *Jiang*, (supra note 287), p. 44, who states that the provisions on the acquisition and transfer of land use rights, which have been amended, were outdated or inconsistent with current PRC laws.

<sup>305</sup> Compare *Zhen* (supra note 15), p. 108, who states that one can usually not acquire more than what can be sold.

<sup>306</sup> *Wan/Pu/Chang/Qu* (supra note 293), at 6~035.

<sup>307</sup> Art. 44 Land-use Right Regulations.

<sup>308</sup> Huabo tudi shiyongquan guanli zhanxing banfa, March 8<sup>th</sup>, 1992, Chinese-English in: CCH Business Regulation ¶14-713.

<sup>288</sup> Art. 49 EJV-Regulations.

<sup>289</sup> Art. 40 WFOE-Rules; *Zhen* (supra note 15), p. 201, who also refers to art. 9 para. 2 “Interim Provisions on the Use of Land for Construction by Chinese-Foreign Joint Ventures” (supra note 276).

<sup>290</sup> Art. 5 para. 3 EJV-Law, art. 8 CJV-Law and art. 18 CJV-Rules; *Guo Guang*, Rechtsfragen der Gründung und des Betriebs von Joint Ventures in der Volksrepublik China, Berlin 1998, p. 68. Art. 149 Draft of Property Law.

<sup>291</sup> *Zhang* (supra note 29), at no. 22.

<sup>292</sup> *Zhang* (supra note 29), at no. 20.

<sup>293</sup> Art. 45 EJV-Regulations.; *Isabelle Wan/Zhang Pu/Jesse Chang/Philip Qu*, A Professional’s Guide to PRC Land Legislation, Hong Kong 2001, at 6~030; *Zhen* (supra note 15), p. 203.

<sup>294</sup> *Zhang* (supra note 29), at no. 23.

<sup>295</sup> *Zhen* (supra note 15), pp. 202 – 203.

<sup>296</sup> *Randolph/LOU* (supra note 14), p. 110 footnote 103.

<sup>297</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 203.

promulgated on March 8<sup>th</sup>, 1992, the contribution of an allocated land-use right to a JV is deemed as a transfer of this right. Although this is not absolutely clear,<sup>309</sup> this provision should also be applicable for the Chinese partner of an Equity or Co-operative JV. It has been argued that allocated land-use rights are therefore converted into granted land-use rights during the process of contribution.<sup>310</sup> After the contribution these land-use rights should therefore be transferable.<sup>311</sup>

It has been argued that, once converted into a granted land-use right, the duration of the right could also no longer be connected to the continuation of the JV.<sup>312</sup> If the grant has not expired at the time the JV ceases to exist, it seems appropriate that the land-use right is not automatically returned to the State, but to the contributing partners.

### c) Granted Land-use rights

According to art. 3 Land-use Right Regulations all enterprises – including those with foreign investment – can also obtain regular granted land-use rights from the State.<sup>313</sup>

### d) Acquisition of Granted Land-use rights on the Secondary Market

Foreign investment enterprises can also acquire granted land-use rights by transfer from another party, including the Chinese Partner of the Equity or Co-operative JV.<sup>314</sup>

### e) Summary and Comparison

The four ways to obtain land-use rights for foreign investment enterprises differ in some aspects. First of all, the content of the obtained rights can be different. Granted land-use rights can be transferred, leased or mortgaged. In the past, the other land-use rights (“leased” or contributed land-use rights) only gave the right to possess and use the land.<sup>315</sup> However, after art. 53 EJV-Regulations has been repealed, the possibilities to transfer, lease and mortgage land-use rights, which have been “leased” from the State or contributed to the JV, have significantly increased.

Secondly, the duration of the land-use rights may vary. The terms of granted land-use rights are governed by the granting contract and are limited by art. 12 Land-use Right Regulations. “Leased” land-use rights are connected to the existence and continuation of the enterprise. In case of a JV-contribution, granted and converted land-use rights should be returned to the contributing partners rather than the State when the JV ceases to exist.

Finally, the costs of the land-use rights are different. The fees for the “lease” from the State and the investment contribution are regulated by law and usually fairly low.<sup>316</sup> The fee for granted land-use rights, on the other hand, is to be paid up front and determined by the market. Thus, it is usually considerably higher.<sup>317</sup>

In recent years land-use rights are acquired more and more as granted rights from the State or by transfer. Only in provinces with few investments the other methods (“lease” and contribution) are still frequently used.<sup>318</sup> As the land reforms are not finished yet, it can be assumed that the different ways of obtaining land-use rights will continue to co-exist in the coming years.<sup>319</sup>

## 2. Land-use rights for developing Large Tracts of Land with Foreign Investment

In order to develop infrastructure facilities the Chinese government has adopted a policy to attract foreign investors to develop large tracts of land. This is because neither the central nor the local governments have sufficient funds to quickly improve infrastructure facilities (like water supply, electricity, roads and communications facilities) necessary for foreign investment.<sup>320</sup> To solve this problem, long-term land-use rights for large tracts of land can be granted to foreign enterprises under the “Provisional Administrative Measures governing Commercial Land Development and Management by Foreign Investors” (Land Development Measures).<sup>321</sup> The application of these measures are limited to the open coastal cities and specified economic zones<sup>322</sup> and complemented by many municipal regulations.<sup>323</sup>

<sup>309</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 203.

<sup>310</sup> See *Zhen* (supra note 15), pp. 203 and 205. Also see *Stricker* (supra note 183), p. 14.

<sup>311</sup> Compare *Zhen* (supra note 15), p. 204.

<sup>312</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 203.

<sup>313</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 204.

<sup>314</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 204; *Wan/Pu/Chang/Qu* (supra note 293), at 6–40.

<sup>315</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 205.

<sup>316</sup> *Zhen* (supra note 15), pp. 205 – 206.

<sup>317</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 206.

<sup>318</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 204.

<sup>319</sup> *Zhen* (supra note 15), p. 206.

<sup>320</sup> *Pei* (supra note 191), at 5.09.

<sup>321</sup> *Waishang touzi kaifa jingying chengpian tudi zanzing guanli banfa*, May 19<sup>th</sup>, 1990, Chinese-English in: CCH Business Regulation ¶14-723.

<sup>322</sup> Art. 18 Land Development Measures.

<sup>323</sup> *Pei* (supra note 191), at 5.09.

## a) Rights and Obligations

After obtaining the land-use right, the investor is obliged to provide the land with the basic infrastructure needed for further industrial or other construction purposes.<sup>324</sup> Once these basic facilities are developed, the investor has the right to either transfer his land-use right to others or to proceed with further development, such as constructing industrial buildings and supporting facilities for production and residence.<sup>325</sup> He should then engage in the business of transferring or leasing these buildings.<sup>326</sup> In order to carry out such development, the foreign investor is required to form an Equity or Co-operative JV or WFOE.<sup>327</sup> These development enterprises enjoy autonomy over their business operations and their relationship to other enterprises is of commercial nature.<sup>328</sup>

## b) Grant

The grant of the land-use right to the development enterprise requires a written contract that specifies the bounds of the tract of land, the term and purpose of the use as well as the granting fee. It also needs to be approved by the relevant authorities according to the amount of land and the approval power of each administrative level.<sup>329</sup> Each development and construction project is controlled by a comprehensive planning system. All projects have to have clearly specified development objectives at the outset as well as definite construction projects after the primary development.<sup>330</sup>

## c) Transferability

The land-use right can only be transferred after the development enterprise has carried out the development according to the plan, and has satisfied all conditions of the contract.<sup>331</sup> Regional legislation determines in more detail, when the development according to the plan is completed. In Beijing, for example, the total amount of the land fees and 25 % of the total investment have to be paid, the land-use certificate and building permit have to be obtained and the construction plan must

be approved, including the speed of construction and a fixed final date of completion.<sup>332</sup> The transfer, mortgage and termination of the land-use right is handled in accordance with the laws and regulations on the administration of land.<sup>333</sup>

## VI. Conclusion

In China the State owns all urban land, but individuals and organisations can obtain land-use rights. In the last decades these land-use rights have been more and more commercialised. This has resulted in a growing importance of granted land-use rights, especially for foreign investors. Generally, they can obtain land-use rights only for a certain period and against payment of a fee. As the latest development, government-controlled land can only be obtained by auction or public tender. At the end of the term granted land-use rights are automatically reacquired by the State without compensation. This also applies to the buildings previously owned by the land user, which creates an economic incentive not to construct long-lasting buildings. There is no sign that this will change, should the new Draft of Property Law come into force.

The possibilities to transfer land-use rights have increased in recent years. After art. 53 EJV-Regulations has been repealed in 2001, Equity JVs can now transfer land-use rights, which have been "leased" from the State or contributed to the JV by the partners. This will further increase the importance of the secondary market. In this market the transfer, lease and mortgage of land-use rights and above-ground buildings is closely connected.

The land-use right system is a good means for the government to stay in control of land resources. The limited term of granted land-use rights allows the recycling of land-use at intervals to satisfy the community needs of about 1.3 billion people in China.<sup>334</sup> The compensation ensures constant revenue for the State, which enables it to shape the countries' future.

There are however still a number of problems in the real estate market. Besides corruption and a lack

<sup>324</sup> Art. 2 para. 1 Land Development Measures; *Zhang* (supra note 29), at no. 17.

<sup>325</sup> *Pei* (supra note 191), at 5.10; *Guang* (supra note 290), pp. 62 – 63.

<sup>326</sup> Art. 2 para. 1 Land Development Measures; *Pei* (supra note 191), at 5.10.

<sup>327</sup> Art. 4 para. 1 Land Development Measures.

<sup>328</sup> Art. 4 para. 3 Land Development Measures; *Pei* (supra note 191), at 5.14.

<sup>329</sup> Art. 5 Land Development Measures; *Pei* (supra note 191), at 5.17. Also see art. 3 para. 2, 3 Land Development Measures.

<sup>330</sup> Art. 2 para. 2 and art. 7 Land Development Measures; *Pei* (supra note 191), at 5.15.

<sup>331</sup> Art. 9 para. 1 Land Development Measures.

<sup>332</sup> *Pei* (supra note 191), at 5.19 with reference to art. 9 of the "Beijing Municipal People's Government, Real Property Development Business Using Foreign Investment Several Provisions" (Beijing Shi Renmin Zhengfu guanyu waishang touzi kaifa jingying fangdichan de ruogan guiding), enacted 20 November 1992, Chinese-English in: Patrick, Y.W. Wu (Editor), *The PRC Property Series*, Vol. III – Beijing & Northern China, Hongkong 1995, pp. 39-43.

<sup>333</sup> Art. 9 para. 2 Land Development Measures. Amongst others, this should refer to the Land-use Right Regulations.

<sup>334</sup> *CHAN Nelson* (supra note 4).

of transparency,<sup>335</sup> there is a significant amount of legal uncertainty. It is, for example, unclear under which conditions granted land-use rights can be extended and for what period of time. Furthermore there is no clear legal concept of condominiums yet. The new Draft of Property Law would clarify a few, but certainly not all of these issues.

Despite these disadvantages, a lot of investments are made in the real estate business. One important reason for this is the booming economy and currently high returns on investment.<sup>336</sup> Investments are usually fully returned long before the grants expire and legal uncertainties become relevant. Another reason for continuing legal uncertainties lies within the Chinese State-run banking system. If the lenders would be seriously profit oriented in the Chinese financial market, they would be demanding a lot more certainty.<sup>337</sup> This would be especially true for shorter-term land-use rights,<sup>338</sup> as they bear higher risks.

It will therefore be interesting to see, what happens should the Chinese economy significantly slow down. With decreasing returns on investment, the demand for certainty and efficiency is likely to increase. This might very well change some of the legislation in place today.

---

<sup>335</sup> *Randolph* (supra note 27), at 2.3.

<sup>336</sup> See Shanghai's Social & Economic Development in Relation to China's Accession to the WTO (2004) - Chapter 17: The Construction and Real Estate Industry (supra note 1).

<sup>337</sup> *Randolph* (supra note 8), at 2.3.

<sup>338</sup> *Randolph* (supra note 8), at 2.3.

# Die Entwicklung des chinesischen Kapitalmarktrechts im Jahr 2004: Großbaustelle mit Brandherden

Knut B. Pißler\*

Die chinesische Presse spricht rückblickend von 2004 als Jahr der „meisten Ausbrüche von Widersprüchen“ und „kraftvollsten Reformen“ in der Geschichte des chinesischen Kapitalmarktes.<sup>1</sup>

Mit Widersprüchen sind vor allem die Probleme gemeint, die im Finanzsektor allmählich auch der chinesischen Öffentlichkeit nicht mehr verborgen bleiben können. Symptomatisch hierfür ist der Zusammenbruch des chinesischen Mischkonzerns D'Long International Strategic Investments<sup>2</sup>, dessen Auswirkungen sogar in Europa zu spüren waren.<sup>3</sup> In China trieb der Kollaps von D'Long eine Treuhand- und Investmentgesellschaft und drei Wertpapierhäuser an den Rande der Insolvenz.<sup>4</sup> Nachdem Anfang 2004 die Nanfang Wertpapier AG<sup>5</sup> (China Southern Securities) unter staatliche Zwangsverwaltung gestellt worden war<sup>6</sup>, mussten im Laufe des Jahres insgesamt sechs Wertpapiergesellschaften unter die Verwaltung der staatlichen Vermögensverwaltungsgesellschaften gestellt werden. Neben drei von D'Long beherrschten

Wertpapierhäusern<sup>7</sup>, ordnete die chinesische Wertpapieraufsichtskommission auch bei der Minfa Wertpapier GmbH<sup>8</sup>, bei der Liaoning Wertpapier GmbH<sup>9</sup> und beim erklärten Kandidaten für eine Joint Venture-Wertpapiergesellschaft der Deutschen Bank, der Hantang Wertpapier GmbH<sup>10</sup>, eine treuhänderische Verwaltung der Geschäfte durch drei der vier Vermögensverwaltungsgesellschaft (Cinda, Huarong und Orient) an.<sup>11</sup> Wegen für das Jahr 2004 erwarteten Verlusten in der Wertpapierbranche in Höhe von bis zu RMB 220 Mrd. Yuan, erwägte die chinesische Wertpapieraufsichtskommission bis zu 60 der 130 bestehenden Wertpapiergesellschaften zu schließen.<sup>12</sup>

Die Probleme der Wertpapierhändler sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass systematisch Kundengelder für Eigengeschäfte und Immobilieninvestitionen veruntreut wurden<sup>13</sup>, wobei die Unternehmen auch auf Grund des stetigen Kursverfalls der Aktien an den Börsen von Shanghai und Shenzhen<sup>14</sup> große Verluste einfuhren. Zugleich mussten sie Einnahmefälle wegen des Zurückgehens der Kommissionsgeschäfte hinnehmen.

Die Reformen des Jahres 2004 verfolgten dementsprechend vorrangig das Ziel, die Aktienkurse wieder zu stabilisieren und das Vertrauen der

\* Dr. iur., wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg (E-Mail: pissler@mpipriv-hh.mpg.de).

<sup>1</sup> China Securities Journal (中国证券报, im Folgenden ZGZQB) v. 7.3.2005, S. A1/A2.

<sup>2</sup> 德隆国际战略投资有限公司. Siehe hierzu ausführlich Caijing (财经) v. 20.6.2004, S. 26 ff.

<sup>3</sup> So musste Fairchild Dornier, eine Tochtergesellschaft der D'Long Europe, selbst wiederum ein Ableger der D'Long International Strategic Investments, Insolvenzantrag stellen, da die Muttergesellschaft die Vorbereitungen für den Erstflug eines neuen Flugzeugtyps nicht mehr finanziell unterstützte. Siehe „Fairchild Dornier stellt Insolvenzantrag“ in: Süddeutsche Zeitung v. 22.6.2004, S. 22.

<sup>4</sup> Im Zusammenhang mit einem privat aufgelegten Fonds der betroffenen Kinghing (Jinxin) Treuhand- und Investment AG (金信信托投资股份有限公司) kam es im Juli 2004 nach dem Kollaps von D'Long zu Protesten von Anlegern vor einer Niederlassung der Bank of Communications in Shanghai, die Fondsanteile im Wert von RMB 86 Mio. Yuan beworben und vertrieben hatte. In der ausländischen Presse erhielt der Vorfall dadurch eine besondere Note, dass sich die Bank of Communications zu der Zeit in Gesprächen über eine Beteiligung der Britischen Bank HSBC befand. Siehe „Manager suspended, bank says HSBC deal still on“, in: South China Morning Post v. 12.7.2004.

<sup>5</sup> 南方证券股份有限公司.

<sup>6</sup> Knut B. Pißler, China Southern Securities unter staatliche Zwangsverwaltung gestellt, in: ZChinR, Heft 1/2004, S. 46 f.

<sup>7</sup> D'Hong Securities (德恒证券有限责任公司), Hengxin Securities (恒信证券有限责任公司) und China Fortune Securities (中富证券有限责任公司).

<sup>8</sup> 闽发证券有限责任公司.

<sup>9</sup> 辽宁证券有限责任公司.

<sup>10</sup> Siehe Knut B. Pißler, Ranking der chinesischen Wertpapierhändler im Jahr 2002, China Analysis No. 28, S. 4.

<sup>11</sup> Einen Überblick über die staatlichen Maßnahmen, die seit 1999 gegenüber chinesischen Wertpapierhändlern ergriffen wurden, gibt Caijing (财经) v. 1.11.2004, S. 58 ff. Ausführlich zum Fall Hantang Wertpapier GmbH (汉唐证券有限责任公司) siehe Caijing (财经) v. 20.9.2004, S. 70 ff.

<sup>12</sup> „Watchdog orders takeover of troubled Minfa Securities“, in: South China Morning Post v. 20.10.2004.

<sup>13</sup> Siehe hierzu unten unter VI 2.

<sup>14</sup> Der Shanghai Composite Index sank am 5.1.2005 mit 1.243 Punkten auf ein neues Fünfjahrestief. Der durchschnittliche Aktienkurs aller notierten Aktien betrug Anfang 2005 nur noch RMB 5,31 Yuan nach RMB 7,70 Yuan im Jahr 2003, ZGZQB v. 21.1.2005, S. 1.

chinesischen Anleger zurückzugewinnen. Als Mittel zum Erreichen dieses Ziels wurde auf eine vorsichtige Deregulierung im chinesischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, eine Stärkung der Aktionärsrechte bei der Abstimmung auf Hauptversammlungen und die Genehmigung des Zuflusses von neuem Kapital auf die Märkte zurückgegriffen. Zugleich wurde Wertpapiergesellschaften die Aufnahme von Fremdkapital erleichtert und das neue Geschäftsfeld der „zusammengefassten Portfolioverwaltung“ eröffnet.

Eingeleitet wurden die Reformen politisch durch den „Beschluss zur Vervollständigung der Ordnung der sozialistischen Marktwirtschaft“<sup>15</sup> des Zentralkomitees der Kommunistischen Partei Chinas (im Folgenden ZK-Beschluss) von Ende 2003 und rechtlich durch „Einige Ansichten zur Förderung der Reform und Öffnung und zur stabilen Entwicklung des Kapitalmarktes“<sup>16</sup> (im Folgenden Kapitalmarktreformansichten) des Staatsrates von Anfang 2004. Im Frühjahr wurden dann sechs Arbeitsgruppen eingerichtet, in denen verschiedene Abteilungen des Staatsrates Maßnahmen zur Umsetzung der Kapitalmarktreformansichten erarbeiten sollen.<sup>17</sup>

Im Folgenden wird die Entwicklung des chinesischen Kapitalmarktrechts im Jahr 2004 nachgezeichnet, nämlich die Revision des Gesellschafts- und Wertpapiergesetzes (I), die Stärkung des Schutzes von Publikumsaktionären (II), der Erlass zahlreicher Ausführungsbestimmungen zum Wertpapierinvestmentfondsgesetzes, das im Juni 2004 in Kraft getreten ist (III), die Neuerungen im Börsenrecht, die unter anderem in einer Revision der Zulassungsvorschriften der Börsen zum Ausdruck kommen und zur Eröffnung eines neuen „Marktes für kleine und mittlere Unternehmen“ in Shenzhen führten (IV), den Zufluss frischen Kapitals aus Versicherungen und betrieblichen Rentenfonds in den Aktienmarkt

(V) und schließlich die Rechtsentwicklung bei den Wertpapiergesellschaften (VI).

## I. Änderung des Gesellschaftsgesetzes und des Wertpapiergesetzes

Die Reformen des Jahres 2004 treten mit den bereits seit langem angekündigten Revisionen des „Gesellschaftsgesetzes der Volksrepublik China“ (im Folgenden GesG) vom 29.12.1993<sup>18</sup> und des „Wertpapiergesetzes der Volksrepublik China“ (im Folgenden WpG) vom 29.12.1998<sup>19</sup> am deutlichsten hervor. Dabei bleiben die Gesetzesänderungen, die der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses am 28.8.2004 beschlossen hat<sup>20</sup>, jedoch weit hinter den Erwartungen zurück, die durch die Diskussion zum Änderungsbedarf bei diesen Gesetzen genährt wurde.<sup>21</sup> Die Änderungen waren der Fachpresse dann auch nur wenige Zeilen wert.<sup>22</sup>

Im Gesellschaftsgesetz wurde § 131 Abs. 2 GesG aufgehoben. Im Wertpapiergesetz wurden die §§ 28, 50 WpG geändert. Die Änderungen bringen mit sich, dass zwei Genehmigungserfordernisse wegfallen. Erstens bedarf die Börsenzulassung von Gesellschaftsschuldverschreibungen nicht mehr der Genehmigung durch die chinesische Wertpapieraufsichtskommission (China Securities Regulatory Commission, im Folgenden CSRC). Zweitens wurde mit den Änderungen im Gesellschaftsgesetz und Wertpapiergesetz das Genehmigungserfordernis für den Emissionspreis bei Aktienemissionen durch die CSRC fallen gelassen.

### 1. Änderung des § 50 WpG

Zuständig für die Börsenzulassung von Gesellschaftsschuldverschreibungen sind nach der Änderung des § 50 WpG nunmehr ausschließlich die Bör-

<sup>15</sup> 中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定 v. 14.10.2003, ZGZQB v. 22.10.2003, S. 3. Zu dem Beschluss siehe auch: CHINA aktuell 2003, Nr. 10, S. 1209 f.

<sup>16</sup> 国务院关于推进资本市场改革开放和稳定发展的若干意见 v. 31.1.2004, ZGZQB v. 02.02.2004, S. 2 = Legal Daily (法制日报, FZRB) v. 02.02.2004, S. 2; chinesisch-englisch in: China Law & Practice, Vol. 18 (2004), Nr. 7, S. 75 ff.

<sup>17</sup> ZGZQB v. 30.4.2004, S. 1/2. Diese Arbeitsgruppen hatten sechs unterschiedliche Themenkomplexe abzuarbeiten, nämlich (1) Ausweitung der Finanzierungswege für Wertpapiergesellschaften, (2) Besteuerung von Transaktionen auf dem Kapitalmarkt, (3) Lösung des Problems der nicht-handelbaren Aktien börsenzugelassener Gesellschaften (hier bezeichnet als Problem der „getrennten Allokation von Anteilsrechten“ [股权分置]), (4) Förderung des Zuflusses von legalen Vermögen in den Kapitalmarkt, (5) aktive und sichere Entwicklung des Anleihenmarktes und (6) Vervollständigung der Versuche mit den so genannten „Qualified Foreign Institutional Investors“ (QFII). Zur konkreten Zusammensetzung der sechs Arbeitsgruppen und ihren jeweiligen vom Staatsrat genehmigten Aufgabenbereich siehe: ZGZQB v. 20.9.2004, S. 1.

<sup>18</sup> 中华人民共和国公司法, zuletzt geändert am 25.12.1999; deutsch in der Fassung vom 28.8.2004 in: Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht, 25.12.93/1; chinesisch-englisch in eben dieser Fassung in: CCH Asia Pacific (Hrsg.): CCH China Laws for Foreign Business, Business Regulation, Volume 1-5, Hongkong 1985 ff. (im Folgenden: CCH Business Regulation [Referenznummer]), ¶13-518.

<sup>19</sup> 中华人民共和国证券法, deutsch in der Fassung vom 29.12.1998 in: Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht, 29.12.93/1; chinesisch-englisch in der Fassung vom 28.8.2004 in: CCH Business Regulation ¶8-699.

<sup>20</sup> Das Gesellschaftsgesetz wurde durch den „Beschluss des Ständigen Ausschusses zur Revision des ‚Gesellschaftsgesetzes der Volksrepublik China‘“ (全国人民代表大会常务委员会关于修改《中华人民共和国公司法》的决定) vom 28.8.2004 geändert, abgedruckt in: 中华人民共和国国务院公报 (Amtsblatt des Staatsrats der VR China) 2004, Nr. 32, S. 4 ff. Das Wertpapiergesetz wurde durch den „Beschluss des Ständigen Ausschusses zur Revision des ‚Wertpapiergesetzes der Volksrepublik China‘“ (全国人民代表大会常务委员会关于修改《中华人民共和国证券法》的决定), vom 28.8.2004 geändert, abgedruckt in: 中华人民共和国国务院公报 (Amtsblatt des Staatsrats der VR China) 2004, Nr. 34, S. 5 ff.

<sup>21</sup> Siehe hierzu zuletzt Knut B. Pißler, Presseberichte zu aktuellen Gesetzgebungsvorhaben, in: ZChinR, Heft 3/2003, S. 154 ff.

<sup>22</sup> ZGZQB v. 30.8.2004, S. 1.

sen selbst.<sup>23</sup> Zu beachten ist allerdings, dass die Ausgabe von Gesellschaftsschuldverschreibungen nach den §§ 159 ff. GesG strengen Beschränkungen unterworfen ist.<sup>24</sup> Beispielsweise ist die Ausgabe von Schuldverschreibungen durch private Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht vorgesehen.<sup>25</sup> Dem Staatsrat obliegt es außerdem, eine Emissionsquote für die Ausgabe von Schuldverschreibungen festzulegen, in deren Rahmen die CSRC Emissionen bei Vorliegen von bestimmten Voraussetzungen genehmigen kann.<sup>26</sup>

## 2. Aufhebung des § 131 Abs. 2 GesG, Änderung des § 28 WpG

Mit der Aufhebung des § 131 Abs. 2 GesG und Änderungen des § 28 WpG<sup>27</sup> Wertpapiergesetz ist außerdem das Genehmigungserfordernis für den Emissionspreis bei Aktienemissionen durch die CSRC fallen gelassen worden. Dies war freilich angesichts der neuen Verfahren, die seit Mitte 1999 auch ein so genanntes Bookbuilding zur Ermittlung eines Emissionspreises zuließen, längst überfällig. Die aufgrund des Genehmigungserfordernisses geübte Praxis, nach der der Emissionspreis bereits Monate vor der eigentlichen Emission festgelegt werden musste, machte es unmöglich, den Emissionspreis kurzfristig an die Marktverhältnisse anzupassen. Die CSRC war daher in der Vergangenheit dazu übergegangen, nicht einen konkreten Emissionspreis, sondern nur eine Preisspanne zu genehmigen, innerhalb derer dann der endgültige Emissionspreis im Bookbuilding-Verfahren festgelegt werden konnte.<sup>28</sup>

Das Fallenlassen dieses Genehmigungserfordernisses kann als ein weiterer Schritt in dem

allmählichen Verfahren gewertet werden, in dem sich China bei der Aktienemission von einem Konzessionssystem auf ein Registrierungssystem zu bewegt.<sup>29</sup> Denn die Genehmigung des Emissionspreises bedeutet eine materielle Prüfung desselben bei der Ausgabe von Aktien und geht daher über die formelle Prüfung der Vollständigkeit der Antragsdokumente im Rahmen eines Registrierungssystems hinaus.

Im Zusammenhang mit der Aufhebung des Genehmigungserfordernisses für den Emissionspreis bei Aktienemissionen veröffentlichte die CSRC bereits am Tag nach dem Beschluss des Ständigen Ausschusses zur Revision der einschlägigen Vorschriften im Gesellschaftsgesetz und Wertpapiergesetz ein Konsultationspapier.<sup>30</sup> Sie kündigte zugleich an, dass bis zum Erlass entsprechender Vorschriften keine Erstemission mehr stattfinden werde.<sup>31</sup>

Am 7.12.2004 erließ die Wertpapierkommission die „Mitteilung zu einigen Fragen des vorläufig durchgeführten Systems zur Preiserkundung bei einer ersten öffentlichen Ausgabe von Aktien“<sup>32</sup> (im Folgenden Mitteilung) und das „Memorandum Nr. 18 zum Prüfungsstandard bei der Aktienaussgabe – Anforderungen an die Beaufsichtigung der Voraussetzungen und der Handlungen von Objekten der Preiserkundung bei einer ersten öffentlichen Ausgabe von Aktien“<sup>33</sup> (im Folgenden Memorandum Nr. 18).

Die Mitteilung setzt vier Verwaltungsregeln der chinesischen Wertpapierkommission aus den Jahren 1999 und 2000 außer Kraft<sup>34</sup>, die eine Zuteilung eines bestimmten Ausgabevolumens an juristische Personen und strategische Anleger und damit die

<sup>23</sup> § 50 WpG lautet in der revidierten Fassung: Der Antrag von Gesellschaften, die von ihnen emittierten Gesellschaftsschuldverschreibungen zum Börsenhandel zuzulassen, wird von den Wertpapierbörsen gemäß den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen und dem gesetzlich bestimmten Verfahren geprüft und gebilligt.

<sup>24</sup> Siehe hierzu: Matthias Steinmann/Martin Thümmel/ZHANG Xuan, Kapitalgesellschaften in China, 1995, S. 73 ff.

<sup>25</sup> Vgl. 黄亦东/高圣平 [HUANG Chidong/GAO Shengping] (Hrsg.): 公司法及配套规定新释新解 [Das Gesellschaftsgesetz und ergänzende Bestimmungen mit neuen Erläuterungen], neugefaßte Auflage, Beijing 2000, Band 2, S. 1958. HUANG und GAO führen aus, dass andere als in § 159 GesG angeführte Gesellschaften mit beschränkter Haftung (nämlich „mit Investitionen von mehreren staatseigenen Unternehmen und anderen staatseigenen Investitionssubjekten errichtete Gesellschaften mit beschränkter Haftung“) keine Schuldverschreibungen ausgeben können.

<sup>26</sup> § 164 GesG.

<sup>27</sup> § 28 WpG in der revidierten Fassung lautet: Wenn Aktien zu einem Preis über dem Nennwert ausgegeben werden, wird der Ausgabepreis vom Emittenten mit der Wertpapiergesellschaft ausgehandelt und festgesetzt.

<sup>28</sup> Siehe dazu ausführlich Knut B. Pißler, Chinesisches Kapitalmarktrecht – Börsenrecht und Recht der Wertpapiergeschäfte mit Aktien in der Volksrepublik China, Tübingen 2004, S. 380 ff.

<sup>29</sup> Siehe zuletzt Knut B. Pißler, Reform des Genehmigungssystems bei der Aktienemission, ZChinR, Heft 2/2004, S. 159 ff.

<sup>30</sup> „Mitteilung zu einigen Fragen des vorläufig durchgeführten Systems zur Preiserkundung bei einer ersten öffentlichen Ausgabe von Aktien (Konsultationspapier)“ (关于首次公开发行股票试行询价制度若干问题的通知 [征求意见稿]), ZGZQB v. 31.8.2004, S. 12.

<sup>31</sup> ZGZQB v. 31.8.2004, S. 1.

<sup>32</sup> 关于首次公开发行股票试行询价制度若干问题的通知, ZGZQB v. 11.12.2004, S. 9.

<sup>33</sup> 股票发行审核标准备忘录第 18 号对首次公开发行股票询价对象条件和行为的监管要求, ZGZQB v. 11.12.2004, S. 9.

<sup>34</sup> Nämlich die „Anleitung für den Bericht zur Analyse des festen Ausgabepreises für Aktien (versuchsweise durchgeführt)“ (股票发行定价分析报告指引 [试行]) v. 12.2.1999, die „Mitteilung für die weitere Vervollständigung der Ausgabemethoden von Aktien“ (关于进一步完善股票发行方式的通知) v. 28.7.1999, die „Mitteilung zur die Revision entsprechender Bestimmungen der ‚Mitteilung über die weitere Vervollständigung der Ausgabemethoden von Aktien‘“ (关于修改 ‚关于进一步完善股票发行方式的通知‘ 有关规定的通知) v. 4.4.2000 und die „Anleitung für die Ausgabemethode des zuteilten Verkaufs an juristische Personen“ (法人配售发行方式指引) v. 21.8.2000. Siehe hierzu Knut B. Pißler, a.a.O. (Fn. 28), S. 381 ff.

Verbindung einer öffentlichen Ausgabe von Aktien mit einer Privatmission bei bestimmten Anlegern erlaubten. In Kraft bleiben hingegen Vorschriften, die eine Beteiligung von Anlegern des Sekundärmarktes an einer Erstmission vorsehen<sup>35</sup>, sowie Vorschriften, die Zweitmissionen bereits börsenzugelassener Gesellschaften betreffen<sup>36</sup>.

Die Mitteilung schränkt nun den Kreis derer ein, die sich als institutionelle Anleger an der Ermittlung des Emissionspreises beteiligen können.<sup>37</sup> Die konkreten Voraussetzungen wurden im Memorandum Nr. 18 festgelegt.<sup>38</sup> Das Memorandum Nr. 18 sieht auch vor, dass der Chinesische Verband der Wertpapierbranche die selbstregulatorische Beaufsichtigung der institutionellen Anleger übernimmt.<sup>39</sup> Wie nach der bisherigen Rechtslage, sieht die Mitteilung ein zweistufiges Verfahren für die Preisermittlung vor, nämlich eine Pre-Marketing-Phase und eine Order-Phase.<sup>40</sup> Für die Pre-Marketing-Phase, die der Ermittlung einer Preisspanne dient, schreibt die Mitteilung erstmals die Beteiligung einer Mindestanzahl institutioneller Anleger vor.<sup>41</sup> In der anschließenden Order-Phase können Aktien durch institutionelle Anleger innerhalb der ermittelten Preisspanne gezeichnet werden. Das institutionellen Anlegern zugeteilte Emissionsvolumen darf hierbei grundsätzlich nicht 50% des gesamten Ausgabevolumens übersteigen und ist bei kleineren Emissionen (unter 400 Mio. Aktien) sogar auf 20% begrenzt.<sup>42</sup> Nachdem in der Order-Phase der endgültige Emissionspreis festgelegt worden ist, muss dieser der CSRC zu den Akten gemeldet und bekannt gemacht werden.<sup>43</sup> Anschließend findet die Emission beim Publikum zum so ermittelten Emissionspreis statt.<sup>44</sup> Institutionelle Anleger müssen die ihnen zugeteilten Aktien mindestens drei Monate halten.<sup>45</sup>

## II. Schutz der Publikumsaktionäre

Der Staatsrat hatte in den Kapitalmarktreformansichten von Anfang 2004 die Lösung des Problems der strengen Unterscheidung zwischen nicht-handelbaren und handelbaren Aktien

börsenzugelassener Gesellschaften an die Bedingung des Schutzes der Rechte von Publikumsaktionären, d.h. Kleinaktionären, geknüpft. Unter Bezugnahme auf das „von der Geschichte hinterlassene Problem“ der nicht-handelbaren Aktien, dessen Lösung man bereits in den Jahren 1999 und 2001 vergeblich versucht hatte, wurden seit April 2004 Vorschriften zur Stärkung der Rechte von Publikumsaktionären diskutiert.<sup>46</sup> Am 26.9.2004 veröffentlichte die CSRC ein entsprechendes Konsultationspapier, dem das Aufsichtorgan auch eine Erläuterung beifügte.<sup>47</sup> Am 7.12.2004 erließ die CSRC schließlich „Einige Bestimmungen zur Verstärkung des Schutzes der Rechte und Interessen von Publikumsaktionären“<sup>48</sup> (im Folgenden Bestimmungen).

Die Bestimmungen, die für alle an den Börsen in Shanghai und Shenzhen notierten Aktiengesellschaften verbindlich sind<sup>49</sup>, betreffen fünf Regelungsbereiche: das Stimmrecht der Aktionäre in der Hauptversammlung, die unabhängigen Vorstandsmitglieder im Vorstand börsenzugelassener Gesellschaften, die „Investor relations“, Dividendenausschüttungen und die Aufsicht über beherrschende Aktionäre und das Management. Viele der Vorschriften beschränken sich allerdings auf die Wiedergabe der bestehenden Rechtslage. Beispielsweise bringen die Bestimmungen zu den unabhängigen Vorstandsmitgliedern kaum Neuerungen im Vergleich mit den Regelungen im chinesischen Corporate Governance-Kodex<sup>50</sup> und der „Anleitung zur Errichtung eines Systems von unabhängigen Vorstandsmitgliedern in börsenzugelassenen Gesellschaften“<sup>51</sup>.<sup>52</sup> Interessanter sind

<sup>46</sup> Im April kündigte der Vizevorsitzender der CSRC, FAN Fuchun (范富春), die Veröffentlichung eines Konsultationsentwurfs für eine „Anleitungsansicht zur Einberufung der Hauptversammlung bei wichtigen Angelegenheiten zur Beteiligung von Publikumsaktionären“ (上市公司就有社会公众股股东重大事项召开股东大会的指导意见) an, siehe ZGZQB v. 5.4.2004, S. 1.

<sup>47</sup> „Einige Bestimmungen zur Verstärkung des Schutzes der legalen Rechte und Interessen von Publikumsaktionären (Konsultationspapier)“ (关于加强社会公众股股东权益保护的若干规定 [征求意见稿]), ZGZQB v. 27.9.2004, S. 1/3.

<sup>48</sup> 关于加强社会公众股股东权益保护的若干规定, ZGZQB v. 8.12.2004, S. 5; chinesisches-englisch in: China Law & Practice, Vol. 18 (2004), Nr. 5, S. 64 ff.

<sup>49</sup> 6. Abschnitt der Bestimmungen.

<sup>50</sup> „Standard der Corporate Governance börsenzugelassener Gesellschaften“ (上市公司治理准则) v. 7.1.2002, chinesisches-deutsch in: ZChinR, Heft 3 und 4/2001, S. 166 ff.

<sup>51</sup> 关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见 v. 16.8.2001, chinesisches-englisch in: China Law & Practice, Vol. 15 (2001), Nr. 8, S. 63 ff.

<sup>52</sup> Augenfällig ist insofern allein, dass unabhängige Vorstandsmitglieder nunmehr externe Wirtschaftsprüfer und Berater auf Kosten der Gesellschaft beauftragen können, ohne dass diese Beauftragung wie bislang nur für bestimmte Fälle vorgesehen war. Vgl. 2. Abschnitt, Ziffer 3 der Bestimmungen v. 7.12.2004 und 5. Abschnitt, Ziffer 1, Nr. 1, 2. Abs. der Anleitung v. 16.8.2001 (Fn. 51).

<sup>35</sup> Hierzu Knut B. Piffler, a.a.O. (Fn. 28), S. 389 ff.

<sup>36</sup> Hierzu Knut B. Piffler, a.a.O. (Fn. 28), S. 405 ff.

<sup>37</sup> 1. Abschnitt der Mitteilung.

<sup>38</sup> 1. und 2. Abschnitt Memorandum Nr. 18.

<sup>39</sup> 4. Abschnitt Memorandum Nr. 18.

<sup>40</sup> 3. Abschnitt der Mitteilung.

<sup>41</sup> Nämlich bei einem Emissionsvolumen von über 400 Mio. Aktien mindestens 50 institutionelle Anleger. Ansonsten müssen sich mindestens 20 institutionelle Anleger beteiligen. Siehe 4. Abschnitt der Mitteilung.

<sup>42</sup> 6. Abschnitt der Mitteilung.

<sup>43</sup> 5. Abschnitt der Mitteilung.

<sup>44</sup> 9. Abschnitt der Mitteilung.

<sup>45</sup> 11. Abschnitt der Mitteilung.

dagegen die Vorschriften zum Stimmrecht der Aktionäre in der Hauptversammlung, auf die hier etwas näher eingegangen werden soll.

Die Bestimmungen weiten die Kompetenzen der Hauptversammlung börsenzugelassener Gesellschaften im Vergleich zum Gesellschaftsgesetz aus<sup>53</sup>, indem sie eine Liste von „erheblichen Angelegenheiten“ enthalten, über welche die Aktionäre im Rahmen einer Hauptversammlung abzustimmen haben.<sup>54</sup> Für die Annahme des Beschlusses ist eine einfache Mehrheit ausreichend. Die Liste enthält einen Auffangtatbestand, wonach auch solche Angelegenheiten der Abstimmung auf einer Hauptversammlung bedürfen, die „bei der Entwicklung der börsenzugelassenen Gesellschaft einen erheblichen Einfluss auf die Interessen von Publikumsaktionären haben“.

Außerdem sehen die Bestimmungen vor, dass Abstimmungen über das Internet gefördert werden, die neben der Abstimmung auf der eigentlichen Hauptversammlung abgehalten werden sollen.<sup>55</sup> Bei der Abstimmung über die in den Bestimmungen aufgelisteten „erheblichen Angelegenheiten“ ist eine zusätzliche Abstimmung über das Internet zwingend vorgeschrieben.<sup>56</sup> Zur Durchführung der Internetabstimmungen erließen die CSRC, die China Wertpapierregistrierungs- und Clearinggesellschaft mbH und die Börsen in Shanghai und Shenzhen in der Folgezeit mehrere Ausführungsbestimmungen.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Siehe zu den Kompetenzen der Hauptversammlung, die sich aus § 103 GesG und verschiedenen Mustersatzungen ergeben, die für börsenzugelassene Gesellschaften zwingend sind, *Philip Comberg*, Die Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft in China, Hamburg 2000, S. 88 ff.

<sup>54</sup> 1. Abschnitt, Ziffer 1 der Bestimmungen.

<sup>55</sup> 1. Abschnitt, Ziffer 2 der Bestimmungen.

<sup>56</sup> 1. Abschnitt, Ziffer 2, Satz 3 der Bestimmungen. Damit hat sich endgültig die Auffassung durchgesetzt, die für die Ausübung des Stimmrechts im Rahmen des § 106 Abs. 1 GesG keine körperliche Anwesenheit der Aktionäre auf der Hauptversammlung forderte, sondern eine nicht körperliche Teilnahme mit Hilfe von modernen Kommunikationsmitteln ausreichen ließ. Siehe hierzu *Philip Comberg*, a.a.O. (Fn. 53), S. 115.

<sup>57</sup> Siehe „Anleitung zur Arbeit der Abstimmung auf Hauptversammlungen börsenzugelassener Gesellschaften im Internet (versuchsweise durchgeführt)“ (上市公司股东大会网络投票工作指引[试行]) der CSRC v. 29.11.2004; „Ausführungsbestimmungen der Chinesischen Wertpapierregistrierungs- und Clearinggesellschaft mbH zu den Geschäften der Abstimmung auf Hauptversammlungen börsenzugelassener Gesellschaften im Internet“ (中国证券登记结算有限责任公司上市公司股东大会网络投票业务实施细则) v. 8.12.2004 und „Ausführungsbestimmungen der Chinesischen Wertpapierregistrierungs- und Clearinggesellschaft mbH zu Geschäften der Verifizierung der Identität von Anlegern bei Internetdienstleistungen“ (中国证券登记结算有限责任公司网络服务投资者身份验证业务实施细则) v. 8.12.2004, alle in: ZGZQB v. 12.9.2004, S. 13; „Ausführungsbestimmungen der Wertpapierbörse in Shanghai zur Abstimmung auf Hauptversammlungen börsenzugelassener Gesellschaften im Internet“ (上海证券交易所上市公司股东大会网络投票实施细则) v. 28.12.2004; „Ausführungsbestimmungen der Wertpapierbörse in Shenzhen zur Ab-

stimmung auf Hauptversammlungen börsenzugelassener Gesellschaften im Internet“ (深圳证券交易所上市公司股东大会网络投票实施细则) v. 28.12.2004; „Ausführungsbestimmungen der Wertpapierbörse in Shenzhen zu Geschäften der Verifizierung der Identität von Anlegern bei Internetdienstleistungen“ (深圳证券交易所投资者网络服务身份认证业务实施细则) v. 28.12.2004; alle in: ZGZQB v. 29.12.2004, S. 18.

<sup>58</sup> Die Sammlung von Stimmrechtsvollmachten (征集投票权) muss in Übereinstimmung mit Ausführungsbestimmungen durchgeführt werden, die allerdings – soweit ersichtlich – bislang nicht erlassen wurden.

<sup>59</sup> 累积投票.

<sup>60</sup> ZGZQB v. 31.3.2005, S. 1.

<sup>61</sup> 中华人民共和国证券投资基金法, chinesisch-deutsch in: ZChinR, Heft 2/2004, S. 164 ff.

<sup>62</sup> Siehe *Knut B. Piffler*, Das neue Wertpapierinvestmentfondsgesetz der VR China – Eine Einführung, in: ZChinR, Heft 2/2004, S. 132 ff.

### III. Investmentfondsgesetz

Am 1.6.2004 trat das „Wertpapierinvestmentfondsgesetz der Volksrepublik China“<sup>61</sup> (im Folgenden WpInvestmentfondsG) in Kraft.<sup>62</sup> Kurz nach dem Inkrafttreten erließ die CSRC eine Reihe von Vorschriften, mit denen die neuen Vorgaben des Wertpapierinvestmentfondsgesetzes in den Bereichen Publizitätspflichten, Vertrieb von Fondsanteilen und Geschäftstätigkeit von Investmentfonds umgesetzt wurden. Außerdem wurden die Vorschriften über eine ausländische Beteiligung an chinesischen Kapitalanlagegesellschaften (Fondsverwaltern) überarbeitet und Qualifikationsvoraussetzungen für Geschäftsbanken als Fondsverwalter festgelegt.

stimmung auf Hauptversammlungen börsenzugelassener Gesellschaften im Internet“ (深圳证券交易所上市公司股东大会网络投票实施细则) v. 28.12.2004; „Ausführungsbestimmungen der Wertpapierbörse in Shenzhen zu Geschäften der Verifizierung der Identität von Anlegern bei Internetdienstleistungen“ (深圳证券交易所投资者网络服务身份认证业务实施细则) v. 28.12.2004; alle in: ZGZQB v. 29.12.2004, S. 18.

<sup>58</sup> Die Sammlung von Stimmrechtsvollmachten (征集投票权) muss in Übereinstimmung mit Ausführungsbestimmungen durchgeführt werden, die allerdings – soweit ersichtlich – bislang nicht erlassen wurden.

<sup>59</sup> 累积投票.

<sup>60</sup> ZGZQB v. 31.3.2005, S. 1.

<sup>61</sup> 中华人民共和国证券投资基金法, chinesisch-deutsch in: ZChinR, Heft 2/2004, S. 164 ff.

<sup>62</sup> Siehe *Knut B. Piffler*, Das neue Wertpapierinvestmentfondsgesetz der VR China – Eine Einführung, in: ZChinR, Heft 2/2004, S. 132 ff.

## 1. Publizitätspflichten

Am 8.6.2004 erließ die CSRC die „Methode zur Verwaltung der Publizität von Wertpapierinvestmentfonds“<sup>63</sup>, mit der eine entsprechende Vorschrift aus 1999<sup>64</sup> aufgehoben wurde. Die Methode enthält Vorschriften über die einzelnen Publizitätspflichten von Investmentfonds, die von der CSRC durch Erlass so genannter Standards<sup>65</sup> und Regeln<sup>66</sup> näher ausgestaltet wurden. Größtenteils verlieren die vor Inkrafttreten des Wertpapierinvestmentfondsgesetzes erlassenen Standards und Regeln zu Publizitätspflichten ebenfalls ihre Geltung.<sup>67</sup> Weiterhin gültig bleiben allerdings zwei Vorschriften, welche die CSRC erst im September 2003 zur konkreten Berechnung verschiedener Finanzindizes und des Nettowertes von Fonds erlassen hatte.<sup>68</sup>

## 2. Vertrieb von Fonds

Für den Vertrieb von Fondsanteilen legte die CSRC am 25.6.2004 die „Methode zur Verwaltung des Absatzes von Wertpapierinvestmentfonds“<sup>69</sup>

(im Folgenden Fondsabsatzmethode) fest.<sup>70</sup> Die Fondsabsatzmethode konkretisiert die Vorschrift in § 41 WpInvestmentfondsG, nach der Fondsverwalter Fondsanteile entweder selbst oder durch andere Institute vertreiben können.

Als Institute, die Fondsanteile vertreiben dürfen, nennt die Fondsabsatzmethode Geschäftsbanken, Wertpapiergesellschaften, Anlageberatungsinstitute und spezialisierte Fondsabsatzinstitute.<sup>71</sup> Für diese Institute legt die Fondsabsatzmethode jeweils unterschiedliche Voraussetzungen für den Erhalt einer „Fondsabsatzqualifikation“ fest.<sup>72</sup> Die CSRC kann außerdem andere Institute benennen, die dann eine entsprechende Qualifikation beantragen dürfen.<sup>73</sup>

Die Fondsabsatzmethode enthält außerdem Vorschriften über die Verbreitung von Werbematerial. Erfasst werden alle Formen von Publikationen, Prospekte, Poster sowie „Materialien“ für Fernsehen, Film, Radio und Internet, die der Bewerbung des Fonds dienen.<sup>74</sup> Die Werbematerialien müssen bei der CSRC zur Prüfung eingereicht werden. Die CSRC entscheidet innerhalb von zwanzig Arbeitstagen schriftlich, ob sie Einwände gegen die eingereichten Materialien hat.<sup>75</sup> Darüber hinaus enthält die Fondsabsatzmethode weitere Vorgaben an Werbematerialien in Bezug auf die verwendete Wortwahl (wie beispielsweise des Verbot von Übertreibungen oder Gewinngarantien), die Angaben zur Wertentwicklung des Fonds in der Vergangenheit sowie den Hinweis auf allgemeine Investitionsrisiken.<sup>76</sup> Nimmt das Werbematerial darauf Bezug, dass der Fonds die Genehmigung der CSRC erhalten hat, muss auch der Hinweis enthalten sein, dass diese Genehmigung keine Garantie für Gewinnaussichten des Fonds ist.<sup>77</sup>

Weiterhin legt die Fondsabsatzmethode die maximale Höhe für die Gebühren für die Ausgabe und den Rückkauf von Fondsanteilen fest.<sup>78</sup> Untergrenzen der Gebühren sollen vom Chinesischen Verband der Fondsbranche selbstregulatorisch erarbeitet werden.<sup>79</sup>

<sup>63</sup> 证券投资基金信息披露管理办法, ZGZQB v. 11.6.2004, S. 3.

<sup>64</sup> „Anleitung für die Publizität von Wertpapierinvestmentfonds“ (证券投资基金信息披露指引) v. 10.3.1999.

<sup>65</sup> „Standard Nr. 1 für den Inhalt und die Form der Publizität von Wertpapierinvestmentfonds - Inhalt und Form des Börsenzulassungssprospektes“ (证券投资基金信息披露内容与格式准则第 1 号《上市交易公告书的内容与格式》); „Standard Nr. 2 für den Inhalt und die Form der Publizität von Wertpapierinvestmentfonds - Inhalt und Form des Jahresberichts“ (证券投资基金信息披露内容与格式准则第 2 号《年度报告的内容与格式》); „Standard Nr. 3 für den Inhalt und die Form der Publizität von Wertpapierinvestmentfonds - Inhalt und Form des Halbjahresberichts“ (证券投资基金信息披露内容与格式准则第 3 号《半年度报告的内容与格式》); „Standard Nr. 4 für den Inhalt und die Form der Publizität von Wertpapierinvestmentfonds - Inhalt und Form des Quartalsberichts“ (证券投资基金信息披露内容与格式准则第 4 号《季度报告的内容与格式》), alle in: ZGZQB v. 14.6.2004, S. 22 f.; „Standard Nr. 5 für den Inhalt und die Form der Publizität von Wertpapierinvestmentfonds - Inhalt und Form des Verkaufsprospektes“ (证券投资基金信息披露内容与格式准则第 4 号《招募说明书的内容与格式》), ZGZQB v. 11.8.2004, S. 16

<sup>66</sup> „Regel Nr. 3 für die Ausarbeitung und den Bericht von Publizität von Wertpapierinvestmentfonds - Ausarbeitung und Publizität der Anlagen zu den Bilanzen“ (证券投资基金信息披露编报规则第 3 号《会计报表附注的编制及披露》), „Regel Nr. 4 für die Ausarbeitung und den Bericht von Publizität von Wertpapierinvestmentfonds - Ausarbeitung und Publizität des zusammenfassenden Berichts über Investitionen des Fonds“ (证券投资基金信息披露编报规则第 4 号《基金投资组合报告的编制及披露》), beide in: ZGZQB v. 15.6.2004, S. 3.

<sup>67</sup> Siehe zur alten Rechtslage Knut B. Piffler, a.a.O. (Fn. 62), S. 147 f.

<sup>68</sup> Nämlich die „Regel Nr. 1 zur Ausarbeitung der Mitteilungen von Daten von Wertpapierinvestmentfonds - Berechnung und Mitteilung wichtiger Finanzindizes“ (证券投资基金信息披露编报规则第 1 号《主要财务指标的计算与披露》) und die „Regel Nr. 2 zur Ausarbeitung der Mitteilungen von Daten von Wertpapierinvestmentfonds - Ausarbeitung und Mitteilung von Aufstellungen zum Nettowert des Fonds“ (证券投资基金信息披露编报规则第 2 号《基金净值表现的编制与披露》) v. 1.9.2003, 中国证券监督管理委员会公告 (CSRC-Amtsblatt) 2003, Nr. 9, S. 2 ff.

<sup>69</sup> 证券投资基金销售管理办法, ZGZQB v. 1.7.2004, S. 4; chinesisch-englisch in: China Law & Practice Vol. 18 (2004) Nr. 9, S. 49 ff.

<sup>70</sup> Für bereits errichtete Fonds erließ die CSRC am 15.7.2004 die „Mitteilung zu Fragen der Durchführung der ‚Methode zur Verwaltung der Methode zur Verwaltung des Absatzes von Wertpapierinvestmentfonds‘“ (关于实施《证券投资基金销售管理办法》有关问题的通知), ZGZQB v. 20.7.2004, S. 14

<sup>71</sup> § 8 Fondsabsatzmethode.

<sup>72</sup> §§ 9 ff. Fondsabsatzmethode. Die Anforderungen an den Antrag zum Erhalt der Qualifikation sind im Anhang zur Mitteilung vom 15.7.2004 (Fn. 70) spezifiziert worden.

<sup>73</sup> § 8 Fondsabsatzmethode.

<sup>74</sup> § 17 Fondsabsatzmethode.

<sup>75</sup> § 18 Fondsabsatzmethode.

<sup>76</sup> §§ 19 ff. Fondsabsatzmethode.

<sup>77</sup> § 26 Fondsabsatzmethode.

<sup>78</sup> §§ 27 ff. Fondsabsatzmethode.

<sup>79</sup> § 34 Fondsabsatzmethode.

Schließlich enthält die Fondsabsatzmethode verschiedene Vorschriften über das Absatzgeschäft<sup>80</sup>, die jedoch wenig Überraschendes enthalten, indem beispielsweise vorgeschrieben wird, dass zwischen Fondsverwalter und dem Institut, welches die Fondsanteile absetzt, eine schriftliche Vereinbarung geschlossen werden muss.<sup>81</sup>

### 3. Betreuung von Fonds

Am 29.6.2004 erließ die CSRC die „Methode zur Verwaltung der Betreuung von Wertpapierinvestmentfonds“<sup>82</sup> (im Folgenden Fondsbetreibungsmethode), die Regelungen über das Auflegen von Fonds, den Ankauf und Rückkauf von Fondsanteilen offener Fonds, die Investitionstätigkeit von Fonds und die Gewinnausschüttung sowie die Versammlung der Inhaber von Fondsanteilen enthält.<sup>83</sup>

#### a) Auflage von Fonds

Zur Auflage von Fonds legt die Fondsbetreibungsmethode Voraussetzungen fest, die der Fondsverwalter, der Fondsverwahrer und der Fonds, dessen Auflage geplant ist, erfüllen müssen.<sup>84</sup> Das Wertpapierinvestmentfondsgesetz selbst enthält keine entsprechenden Voraussetzungen; vielmehr schreibt es in § 36 nur vor, welche Schriftstücke bei der Beantragung einzureichen sind. Der Antrag ist bei der CSRC einzureichen, die nach den Vorgaben in § 39 WpInvestmentfondsG über den Antrag entscheidet.<sup>85</sup> Für die Frist zur Einwerbung von Fondsanteilen nach § 43 Abs. 2 WpInvestmentfondsG bestimmt die Fondsbetreibungsmethode eine Höchstdauer von drei Monaten.<sup>86</sup> Die Fondsbetreibungsmethode konkretisiert außerdem die in § 44 WpInvestmentfondsG festgelegten Mindestbeträge, die bei der Einwerbung von Fondsanteilen erreicht werden müssen. Ein Investmentfonds in China muss demnach mindestens RMB 200 Mio. Yuan bei nicht weniger als 200 Anlegern einwerben. Werden diese Mindestvoraussetzungen nicht erreicht, wird der Fondsvertrag nicht wirksam und der Fonds muss nach § 46 Abs. 2 WpInvestmentfondsG abgewickelt werden.

<sup>80</sup> §§ 35 ff. Fondsabsatzmethode.

<sup>81</sup> § 40 Fondsabsatzmethode.

<sup>82</sup> 证券投资基金运作管理办法, ZGZQB v. 1.7.2004, S. 4; chinesisch-englisch in: China Law & Practice, Vol. 18 (2004) Nr. 9, S. 63 ff.

<sup>83</sup> Für bereits errichtete Fonds erließ die CSRC am 15.7.2004 die „Mitteilung zu Fragen der Durchführung der ‚Methode zur Verwaltung der Betreuung von Wertpapierinvestmentfonds‘“ (关于实施《证券投资基金运作管理办法》有关问题的通知), ZGZQB v. 20.7.2004, S. 14.

<sup>84</sup> §§ 6, 7 Fondsbetreibungsmethode. Die Anforderungen an den Antrag zur Auflegung von Fonds sind im Anhang zur Mitteilung vom 15.7.2004 (Fn.83) spezifiziert worden.

<sup>85</sup> § 9 Fondsbetreibungsmethode.

<sup>86</sup> § 11 Fondsbetreibungsmethode.

#### b) Ankauf und Rückkauf von Fondsanteilen offener Fonds

Die Regelungen über den Ankauf und Rückkauf von Fondsanteilen offener Fonds in der Fondsbetreibungsmethode ergänzen die §§ 51 bis 56 WpInvestmentfondsG. Im Gegensatz zu geschlossenen Fonds, für die ein Handel der Fondsanteile über Wertpapierhandelsplätze vorgeschrieben ist<sup>87</sup>, finden der Ankauf und Rückkauf von Anteilen offener Fonds außerhalb der Börsen statt. Die Börse in Shenzhen hat allerdings im August 2004 mit Einverständnis des Staatsrates und auf Grund einer „schriftlichen Antwort“ der CSRC<sup>88</sup> Regelungen für die Börsenzulassung von offenen Fonds erlassen und damit ein neues Handelsprodukt, die so genannten „Listed Open-ended Funds“ (LOFs) eingeführt.<sup>89</sup> LOFs werden seit Dezember 2004 an der Börse in Shenzhen notiert.<sup>90</sup>

Bei den Vorschriften zum Ankauf und Rückkauf von Fondsanteilen offener Fonds erscheint insbesondere erwähnenswert, dass sie dem Fondsverwalter bei einem „massiven Rückkauf von Fondsanteilen“ erlauben, den Rückkauf der Anteile bis zu einem Zeitraum von 20 Werktagen vorläufig auszusetzen.<sup>91</sup> Im Entwurfsverfahren zum Wertpapierinvestmentfondsgesetz war noch umstritten, ob Verwalter offener Fonds zur Vermeidung finanzieller Engpässe in einer solchen Situation kurzfristige Darlehen bei Geschäftsbanken aufnehmen dürfen.<sup>92</sup> Solche finanziellen Engpässe sollen nunmehr durch die Einführung des Tatbestandes der „massiven Rückkäufe“ vermieden werden. „Massive Rückkäufe“ liegen nach der Fondsbetreibungsmethode vor, wenn Inhaber von Fondsanteilen an einem Handelstag gegenüber dem Fondsverwalter den Rückkauf ihrer Anteile verlangen, die insgesamt mehr als 10% der gesamten Fondsanteile des

<sup>87</sup> Siehe die Definition von „geschlossenen Fonds“ in § 5 Abs. 2 WpInvestmentfondG. Auf den Handel mit Fondsanteilen geschlossener Fonds sind die §§ 47 bis 50 WpInvestmentfondsG anwendbar. Für die Zulassung zum Börsenhandel hat die Börse in Shanghai am 6.12.2004 die „Regeln für die Börsenzulassung von Wertpapierinvestmentfonds“ (上海证券交易所证券投资基金上市规则) erlassen, ZGZQB v. 6.12.2004, S. 14. In Shenzhen gelten noch entsprechende Vorschriften aus dem Jahre 1998; siehe „Regeln der Wertpapierbörse von Shenzhen für die Börsenzulassung von Investmentfonds“ (深圳证券交易所证券投资基金上市规则) v. 16.3.1998, 中华人民共和国证券期货法规汇编 (CSRC-Vorschriftensammlung) 1998, S. 114 ff.

<sup>88</sup> ZGZQB v. 18.8.2004, S. 1.

<sup>89</sup> „Geschäftsregeln der Börse in Shenzhen zur Börsenzulassung von offenen Fonds“ (深圳证券交易所开放基金业务规则) v. 17.8.2004, ZGZQB v. 18.8.2004, S. 2. Siehe hierzu auch die „Anleitung der Wertpapierbörse in Shenzhen zu den Geschäften des Haupthändlers für börsenzugelassene offene Fonds“ (深圳证券交易所上市开放式基金主交易业务指引) v. 5.12.2004, ZGZQB v. 6.12.2004, S. 14.

<sup>90</sup> ZGZQB v. 20.12.2004, S. 1/3.

<sup>91</sup> §§ 23, 26 Fondsbetreibungsmethode.

<sup>92</sup> Siehe Knut B. Piffler, a.a.O. (Fn. 62), S. 141.

betreffenden Fonds ausmachen.<sup>93</sup> Die Fondsbetriebsmethode erlaubt es außerdem dem Fondsverwalter, im Fondsvertrag den Rückkauf von Fondsanteilen eines einzelnen Inhabers an einem Handelstag mengenmäßig zu beschränken.<sup>94</sup>

### c) Investitionstätigkeit von Fonds

In den Regelungen über die Investitionstätigkeit von Fonds werden zunächst je nach Investmentportefeuille vier Fonds unterschieden: (1) Aktienfonds, die mehr als 80% des Fondsvermögens in Aktien anlegen, (2) Anleihenfonds, die mehr als 80% des Fondsvermögens in Anleihen investieren, (3) Geldmarktfonds, die ausschließlich in Geldmarktprodukte investieren<sup>95</sup> und schließlich (4) Mischfonds, die keinem der drei Fondstypen zuzuordnen sind.<sup>96</sup>

Die Fondsbetriebsmethode legt außerdem neue Anlagegrenzen fest.<sup>97</sup> Bislang war umstritten, ob die Anlagegrenzen weiterhin Geltung haben sollten, welche in einer Vorgängervorschrift zum Wertpapierinvestmentfondsgesetz aus dem Jahre 1997 festgelegt worden waren.<sup>98</sup> Mit Genehmigung des Staatsrates hob die CSRC die Vorgängervorschrift im September 2004 auf<sup>99</sup>, so dass nunmehr allein die Anlagegrenzen in der Fondsbetriebsmethode gelten. Insbesondere von der Aufhebung der Beschränkung, dass Fonds 20% ihres Nettowertes in Staatsanleihen anlegen müssen, wurden positive Auswirkungen auf den Aktienmarkt erwartet. Medienberichten zufolge könnten als Folge der Aufhebung RMB 40 und 50 Mrd. Yuan, die Fonds bislang in Staatsanleihen anlegen mussten, in den Aktienmarkt fließen.<sup>100</sup>

Möglich werden nun auch erstmals Fonds, bei denen die Zusammensetzung eines Aktienindex im Fondsvermögen abgebildet wird. Diese Indexfonds,

die in China als „Exchange Traded Funds“ (ETF) bezeichnet werden, sind zum Teil von den Anlagegrenzen befreit, die in der Fondsbetriebsmethode festgelegt sind.<sup>101</sup> Entsprechende Ausführungsbestimmungen für Indexfonds wurden im November 2004 von der Börse in Shanghai und der China Wertpapierregistrierungs- und Clearinggesellschaft mbH erlassen.<sup>102</sup>

Die Fondsbetriebsmethode schreibt weiterhin bestimmte Gewinnausschüttungsgebote vor. Geschlossene Fonds müssen einmal im Jahr 90% ihrer im betreffenden Jahr erwirtschafteten Erträge ausschütten.<sup>103</sup> Offene Fonds müssen die Anzahl der jährlichen Ausschüttungen und den Prozentsatz der ausgeschütteten Erträge im Fondsvertrag festlegen.<sup>104</sup> Sollen Erträge in den Kauf weiterer Anteile offener Fonds wiederangelegt werden, bedarf es hierzu der Ausübung einer entsprechenden Option durch den Inhaber der Fondsanteile. Grundsätzlich sind Erträge jedoch in Bar auszuzahlen.<sup>105</sup>

### d) Versammlung der Inhaber der Fondsanteile

Schließlich enthält die Fondsbetriebsmethode Vorschriften zur Versammlung der Inhaber der Fondsanteile, die in den §§ 70 bis 75 WpInvestmentfondsG geregelt ist. Insbesondere konkretisiert die Fondsbetriebsmethode das Verfahren der Einberufung der Versammlung durch die Inhaber der Fondsanteile nach § 72 WpInvestmentfondsG für den Fall, dass sich Fondsverwalter und Fondsverwahrer weigern, eine Versammlung einzuberufen.<sup>106</sup>

## 4. Kapitalanlagegesellschaften (Fondsverwalter)

Am 16.9.2004 erließ die CSRC die „Methode zur Verwaltung von Wertpapierinvestmentfondsverwaltungsgesellschaften“<sup>107</sup> (im Folgenden Fondsverwaltermethode) und kurz darauf Durchführungsbestimmungen<sup>108</sup> hierzu. Zugleich traten spezielle

<sup>93</sup> § 23 Fondsbetriebsmethode.

<sup>94</sup> § 27 Fondsbetriebsmethode.

<sup>95</sup> Zu Geldmarktfonds und den Produkten, in die diese Fonds investieren dürfen, hat die CSRC gemeinsam mit der Chinesischen Volksbank (People's Bank of China) am 16.8.2004 die „Vorläufigen Bestimmungen zur Verwaltung von Geldmarktfonds“ (货币市场基金管理暂行规定) erlassen, ZGZQB v. 1.9.2004, S. 2, chinesisch-englisch in: China Law & Practice, Vol. 18 (2004), Nr. 8, S. 71 ff. Siehe jüngst auch die „Mitteilung zu Fragen im Zusammenhang mit Investitionen durch Geldmarktfonds“ (关于货币市场基金等相关问题的通知) v. 25.3.2005, und den „Standard Nr. 5 für den Inhalt und die Form der Publizität von Wertpapierinvestmentfonds – Besondere Bestimmungen zur Publizität von Geldmarktfonds“ (证券投资基金信息披露编报规则第 5 号《货币市场基金信息披露特别规定》) v. 25.3.2005, beide in: ZGZQB v. 28.3.2005, S. A4

<sup>96</sup> § 29 Fondsbetriebsmethode.

<sup>97</sup> § 31 Fondsbetriebsmethode.

<sup>98</sup> Siehe Knut B. Pißler, a.a.O. (Fn. 62), S. 149.

<sup>99</sup> Siehe den Erlass Nr. 22 der CSRC v. 16.9.2004 in: ZGZQB v. 27.9.2004, S. 15.

<sup>100</sup> ZGZQB v. 5.11.2004, S. 1/14.

<sup>101</sup> § 31 Abs. 2 Fondsbetriebsmethode.

<sup>102</sup> „Ausführungsbestimmungen der Wertpapierbörse in Shanghai für Geschäfte mit handelbaren offenen Indexfonds“ (上海证券交易所交易型开放式指数基金业务实施细则) v. 24.11.2004; „Ausführungsbestimmungen der Chinesischen Wertpapierregistrierungs- und Clearing GmbH für Registrierungs- und Clearinggeschäfte bei handelbaren offenen Indexfonds“ (中国证券登记结算有限责任公司交易型开放式指数基金登记结算业务实施细则) v. 23.11.2004, beide in: ZGZQB v. 24.11.2004, S. 22/23.

<sup>103</sup> § 35 Abs. 1 Fondsbetriebsmethode.

<sup>104</sup> § 35 Abs. 2 Fondsbetriebsmethode.

<sup>105</sup> § 36 Fondsbetriebsmethode.

<sup>106</sup> §§ 39 bis 41 Fondsbetriebsmethode.

<sup>107</sup> 证券投资基金管理公司管理办法, ZGZQB v. 27.9.2004, S. 15/16.

<sup>108</sup> „Mitteilung zu einigen Fragen der Durchführung der ‚Methode zur Verwaltung von Wertpapierinvestmentfondsverwaltungsgesell-

Regelungen über die ausländische Beteiligung an chinesischen Fondsverwaltungsgesellschaften außer Kraft, welche die CSRC erst 2002 erlassen hatte.<sup>109</sup>

Eine ausländische Beteiligung an chinesischen Fondsverwaltungsgesellschaften bleibt auch unter der neuen Fondsverwaltermethode in Form der Errichtung einer neuen Fondsverwaltungsgesellschaft oder in Form des Erwerbs einer Beteiligung an bestehenden Fondsverwaltungsgesellschaften möglich.<sup>110</sup> Die neue Fondsverwaltungsmethode enthält im Vergleich zur Vorgängervorschrift<sup>111</sup> keine Beschränkung mehr hinsichtlich der Rechtsform, die eine Fondsverwaltungsgesellschaft mit ausländischer Beteiligung haben muss. Eine Beteiligung ist daher nun auch an Fondsverwaltungsaktiengesellschaften möglich. Für Fondsverwaltungsgesellschaften mit ausländischer Beteiligung enthält die Fondsverwaltermethode einige besondere Vorschriften<sup>112</sup>, sie ist im Übrigen uneingeschränkt auch auf diese anwendbar.

Die Fondsverwaltermethode enthält Bestimmungen über die Errichtung, die Änderung und Auflösung, die Unternehmensführung (Governance) und die Geschäfte sowie die Beaufsichtigung von Fondsverwaltungsgesellschaften. An dieser Stelle soll nur ein Blick auf die Errichtungsvoraussetzungen von Fondsverwaltungsgesellschaften nach der Fondsverwaltermethode geworfen werden, die entsprechende Vorgaben in § 13 WpInvestmentfondsG konkretisiert.<sup>113</sup>

Interessant ist hierbei insbesondere die Ausweitung des Kreises derer, die als Gründer von Fondsverwaltungsgesellschaften in Betracht kom-

men. Nach Verabschiedung des Wertpapierinvestmentfondsgesetzes war nämlich darauf verwiesen worden, dass eine bis dahin bestehende Beschränkung dieses Personenkreises auf Wertpapiergesellschaften und Treuhand- und Investmentgesellschaften fallengelassen worden sei.<sup>114</sup> Für „hauptsächliche Gesellschafter“ verlangt die Fondsverwaltermethode in Übereinstimmung mit § 13 Nr. 3 WpInvestmentfondsG, dass sie in den Bereichen Wertpapiergeschäfte, Wertpapierinvestmentberatung, treuhänderische Vermögensverwaltung oder allgemeine Finanz- und Vermögensverwaltung tätig sind, und stellt zugleich hohe Anforderungen an die Kapitalausstattung, die Solvenz und Zuverlässigkeit<sup>115</sup>, welche durch die Durchführungsbestimmungen<sup>116</sup> weiter konkretisiert werden. § 7 Fondsverwaltermethode definiert nun den Begriff der „hauptsächlichen Gesellschafter“ dahingehend, dass darunter die Person mit der größten Beteiligung zu verstehen ist, wobei diese Beteiligung nicht weniger als 25% des registrierten Kapitals ausmachen muss. Als „hauptsächliche Gesellschafter“ kommen nach neuer Rechtslage damit auch Geschäftsbanken in Betracht, was in einem gewissen Widerspruch zu § 43 des Geschäftsbankengesetzes<sup>117</sup> steht, der Geschäftsbanken verbietet, Wertpapiergeschäfte zu betreiben. Die CSRC hat jedoch im Februar 2005 gemeinsam mit der Bankenaufsichtskommission (China Banking Regulatory Commission, CBRC) und der Chinesischen Volksbank entsprechende Bestimmungen für Versuche bei der Errichtung von Fondsverwaltungsgesellschaften durch Geschäftsbanken bekannt gemacht.<sup>118</sup>

Neu ist außerdem, dass § 8 Fondsverwaltermethode auch für andere Gesellschafter Voraussetzungen bestimmt, wobei die Anforderungen an die Kapitalausstattung geringer sind und nicht verlangt wird, dass sie in den Geschäftsfeldern tätig sind, die für „hauptsächliche Gesellschafter“ genannt werden.

Eine ausländische Beteiligung regelt § 9 Fondsverwaltermethode. Sie nimmt zunächst im Hinblick auf chinesische Teilhaber am Gemein-

schaften“ (关于实施《证券投资基金管理公司管理办法》若干问题的通知) v. 21.9.2004, ZGZQB v. 28.9.2004, S. 16.

<sup>109</sup> „Regeln für die Errichtung von Wertpapiergesellschaften mit Beteiligung ausländischen Kapitals“ (外资参股基金管理公司设立规则) v. 1.6.2002, chinesisch-englisch in: China Law & Practice, Vol. 16 (2002), Nr. 6, S. 41 ff.

<sup>110</sup> § 67 Fondsverwaltermethode.

<sup>111</sup> Siehe hierzu Knut B. Pißler (Fn. 62), S. 146.

<sup>112</sup> §§ 6 Nr. 3, 9, 10, 16 Abs. 2, 24 Abs. 2, 59, 67 und 68 Fondsverwaltermethode.

<sup>113</sup> Nur am Rande kann hier erwähnt werden, dass § 6 Nr. 4 Fondsverwaltermethode die Errichtungsvoraussetzung in § 13 Nr. 4 WpInvestmentfondsG dahingehend konkretisiert, dass in einer Fondsverwaltungsgesellschaft 15 Personen im hochrangigen Management vorhanden sein müssen, welche eine besondere Qualifikation zur Fondstätigkeit erhalten haben. Zu dieser Qualifikation hat die CSRC zwei Vorschriften erlassen, nämlich die „Methode zur Verwaltung von Ämtern hochrangiger Manager in der Wertpapierinvestmentfondsbranche“ (证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法) v. 22.9.2004, ZGZQB v. 27.9.2004, S. 15/16, und die „Mitteilung zu einigen Fragen der Durchführung der ‚Methode zur Verwaltung von Ämtern hochrangiger Manager in der Wertpapierinvestmentfondsbranche‘“ (关于实施《证券投资基金行业高级管理人员任职管理办法》有关问题的通知) v. 23.9.2004, ZGZQB v. 28.8.2004, S. 17.

<sup>114</sup> Diese Beschränkung galt freilich auch bisher nur für die „hauptsächlichen Gründer“, wobei dieser Begriff nicht definiert war Knut B. Pißler, a.a.O. (Fn. 62), S. 146 (dort Fn. 184).

<sup>115</sup> § 7 Fondsverwaltermethode.

<sup>116</sup> 1. Abschnitt, Ziffer 2 bis 5 der Mitteilung v. 21.9.2004 (Fn. 108).

<sup>117</sup> 中华人民共和国商业银行法 v. 10.5.1995, revidiert am 27.12.2003; deutsch in der Fassung v. 27.12.2003: Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht, 27.12.2003/2.

<sup>118</sup> „Methode zur Verwaltung der Versuchspunkte bei der Errichtung von Fondsverwaltungsgesellschaften durch Geschäftsbanken“ (商业银行设立基金管理公司试点管理办法) v. 20.2.2005, ZGZQB v. 21.2.2005, S. 2

schaftsunternehmen Bezug auf die Voraussetzungen für den „hauptsächlichen Gesellschafter“ und für die anderen Gesellschafter in den §§ 7, 8 Fondsverwaltermethode.<sup>119</sup> Beim ausländischen Partner muss es sich wie nach der bisherigen Rechtslage um ein Finanzinstitut handeln, das über ein tatsächlich eingezahltes Kapital im Gegenwert von RMB 300 Mio. Yuan verfügt. Für die Höchstgrenze der ausländischen Beteiligung verweist § 10 Abs. 2 Fondsverwaltermethode auf die Vereinbarungen im Rahmen des chinesischen WTO-Beitritts.

### 5. Depotbanken (Fondsverwahrer)

Zur Konkretisierung der in § 26 WpInvestmentfondsG niedergelegten Voraussetzungen für Geschäftsbanken, sich als Fondsverwahrer zu qualifizieren, hat die CSRC gemeinsam mit der CBRC am 29.11.2004 die „Methode zur Verwaltung der Qualifikation zum Wertpapierinvestmentfondsverwahrer“<sup>120</sup> erlassen.

### 6. Entwicklung der Fonds im Jahre 2004

Im Jahr 2004 wurden 55 Fonds neu aufgelegt, die mehr als RMB 186 Mrd. Yuan einwarben.<sup>121</sup> Bis Ende 2004 gab es insgesamt 153 Fonds, die durch 37 Fondsverwaltungsgesellschaften verwaltet wurden. Bei diesen Fonds handelte es sich um 54 geschlossene und 99 offene Fonds. Nach RMB 163,2 Mrd. Yuan im Jahr 2003 verfügten die Fonds 2004 insgesamt über ein Fondsvermögen von RMB 331 Mrd. Yuan.<sup>122</sup> 32 Fonds mit einem Fondsvermögen von RMB 67,1 Mrd. Yuan wurden Ende 2004 durch Fondsverwaltungsgesellschaften verwaltet, an denen auch ausländische Finanzinstitute beteiligt sind.<sup>123</sup>

Im April 2005 wurde zum zweiten Mal der „Goldene Bulle“ für die besten zehn Fondsverwaltungsgesellschaften verliehen.<sup>124</sup> Als beste Fondsverwaltungsgesellschaft des Jahres 2004 wurde die China Southern Fondsverwaltungsgesellschaft<sup>125</sup> ausgezeichnet. Unter den Fondsverwaltern

mit ausländischer Beteiligung siegte die sino-belgische Fortis Haitong Fondsverwaltungsgesellschaft<sup>126</sup>. Auch die sino-amerikanische Invesco Great Wall Fondsverwaltungsgesellschaft<sup>127</sup> und die sino-niederländische ABN Amro Xiangcai Fondsverwaltungsgesellschaft<sup>128</sup> wurden mit einem „Goldenen Bulle“ ausgezeichnet. Die sino-deutsche GTJA-Allianz Fondsverwaltungsgesellschaft<sup>129</sup> ging hingegen leer aus.

## IV. Neuerungen im Börsenrecht

Einer der Kernpunkte der Kapitalmarktreformansichten des Staatsrates von Anfang 2004 war der Aufbau eines „mehrstufigen Kapitalmarktes“, indem neben den bestehenden Handelsplätzen an den Börsen, neue Märkte eingerichtet werden.<sup>130</sup> Nachdem bereits Ende 2003 neue Märkte für den Handel mit „Vermögensrechten“ an nicht börsenzugelassenen Gesellschaften eingerichtet worden waren<sup>131</sup>, wurde Mitte 2004 der lange erwartete neue Markt an der Börse in Shenzhen eröffnet.<sup>132</sup> Neue Regelungen wurden außerdem aus Anlass aktueller Probleme zum Handel mit Aktien von Gesellschaften erlassen, deren Börsenzulassung widerrufen wurde. Ende 2004 wurden schließlich auch die Zulassungsregeln der Börsen in Shanghai und Shenzhen revidiert.

### 1. Eröffnung des neuen Marktes an der Börse von Shenzhen

Mit der Eröffnung des „Marktes für kleine und mittlere Unternehmen“ ging für die Börse in Shenzhen eine Phase der Ungewissheit über die Zukunft dieses Börsenstandortes zu Ende. Seit Oktober 2000 waren in Shenzhen keine Aktien mehr neu zugelassen worden. Diskutiert wurde eine Übernahme des „main board“ in Shenzhen durch die Börse in Shanghai. In Shenzhen sollte stattdessen nach Vorbild des Hongkonger „Growth Enterprise Markets“

<sup>126</sup> 海富通基金管理有限公司.

<sup>127</sup> 景顺长城基金有限公司.

<sup>128</sup> 湘财荷银基金有限公司.

<sup>129</sup> 国联安基金有限公司.

<sup>130</sup> Siehe hierzu Knut B. Piffler, Errichtung eines „mehrstufigen Kapitalmarktes“, in: ZChinR, Heft 3/2004, S. 240 ff.

<sup>131</sup> Knut B. Piffler, a.a.O. (Fn. 130), S. 243. Siehe hierzu auch die von der Shanghaier Stadtregierung erlassene „Methode zur Verwaltung der Handelsmärkte für Vermögensrechte der Stadt Shanghai“ (上海市产权交易市场管理办法), ZGZQB v. 25.11.2004, S. 2, und die wöchentlich unter der Überschrift „Equity (产权)“ im China Securities Journal veröffentlichten Informationen über zum Verkauf stehende Gesellschaften, die über die Vermögensrechtmärkte in Shanghai, Tianjin und Beijing angeboten werden, ZGZQB v. 31.5.2004, S. 9, v. 7.6.2004, S. 8.

<sup>132</sup> Der neue Markt in Shenzhen wurde am 27.5.2004 feierlich errichtet, ZGZQB v. 27.5.2004, S. 1. Der Handel wurde am 25.6.2004 mit der Notierung der Aktien von acht Gesellschaften aufgenommen, ZGZQB v. 26.6.2004, S. 1.

<sup>119</sup> In einer Fondsverwaltungsgesellschaft mit ausländischer Beteiligung muss nach § 9 Fondsverwaltermethode ein chinesischer „hauptsächlicher Gesellschafter“ beteiligt sein, der die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Fondsverwaltermethode erfüllt. Die anderen chinesischen Gesellschafter müssen die Voraussetzungen in § 8 Fondsverwaltermethode erfüllen.

<sup>120</sup> 证券投资基金托管资格管理办法, ZGZQB v. 6.12.2004, S. 14.

<sup>121</sup> ZGZQB v. 10.1.2005, S. A 1/A 2.

<sup>122</sup> ZGZQB v. 31.3.2005, S. A 1/B 6/B 7.

<sup>123</sup> ZGZQB v. 16.2.2005, S. A 11. Dort auch zu den Beteiligungsverhältnissen in neun Joint Venture-Fondsverwaltungsgesellschaften.

<sup>124</sup> ZGZQB v. 12.4.2005, S. A 1/A 5.

<sup>125</sup> 南方基金管理有限公司.

(GEM) ein Markt für Wachstumsunternehmen eingerichtet werden.<sup>133</sup>

Grundlage für die Errichtung des neuen Marktes an der Börse in Shenzhen ist das Einverständnis der CSRC mit einem entsprechenden Plan der Börse.<sup>134</sup> Die Börse erließ daraufhin zwei „besondere Bestimmungen“<sup>135</sup> für den neuen Markt, in denen Regelungen zum Handel und zu den Publizitätspflichten festgelegt wurden, die von den Vorschriften abweichen, die für die übrigen in Shenzhen notierten Gesellschaften anwendbar sind. Darüber hinaus hat die Börse eine „Zulassungsvereinbarung“ bekannt gemacht, die zwischen der Börse und dem Unternehmen, welches zum Handel am neuen Markt zugelassen werden will, abgeschlossen werden muss.<sup>136</sup>

Die Voraussetzungen für eine Notierung am neuen Markt in Shenzhen richten sich allerdings nach den allgemeinen Vorgaben für eine Börsenzulassung im Gesellschaftsgesetz und im Wertpapiergesetz. Es gilt also auch hier die hohe Anforderung an das Aktienkapital (RMB 50 Mio. Yuan) und das so genannte Sponsorsystem, nach dem eine Investmentbank die Gesellschaft in einem einjährigen Verfahren auf den Börsengang vorbereitet. Dass dieser Markt für ein Desinvestment bei typischen Venture Capital Unternehmungen ungeeignet ist, zeigt die Voraussetzung, dass ein Unternehmen für eine Notierung in den letzten drei Jahren Gewinne ausweisen muss.<sup>137</sup> Die Eröffnung des neuen Marktes als „Markt für kleine und mittlere Unternehmen“ wird vor diesem Hintergrund auch als Rückschlag für die ursprünglichen Pläne gewertet, in Shenzhen einen Markt für Wachstumsunternehmen zu errichten.<sup>138</sup>

In der Tat erscheint fraglich, welche Vorteile die Notierung am neuen Markt für diese Unternehmen gegenüber einer Zulassung zu den bestehenden Märkten an den Börsen in Shanghai und Shenzhen haben soll. Als Unterscheidungsmerkmal für die am neuen Markt in Shenzhen notierten Unternehmen

im Vergleich zum „main board“ wird zwar darauf verwiesen, dass die dort notierten Gesellschaften durch eine natürliche Person als Aktionär beherrscht werden.<sup>139</sup> Die Gesellschaften werden daher auch als „von Bürgern betriebene Unternehmen“<sup>140</sup> – also als Privatunternehmen – bezeichnet. Angesichts der Zulassungsbeschränkungen wird man den neuen Markt in Shenzhen aber schwerlich als einen alternativen Finanzierungskanal für Privatunternehmen sehen können, die bei der Aufnahme von Fremdkapital von den chinesischen Banken im Vergleich zu Staatsunternehmen traditionell benachteiligt wurden.<sup>141</sup> Zwar wird eine Erleichterung der Zulassungsvoraussetzungen für die Zukunft in Aussicht gestellt.<sup>142</sup> Diese dürfte jedoch nur durch eine Änderung der einschlägigen Paragraphen im Gesellschaftsgesetz und Wertpapiergesetz möglich sein.

## 2. Neue Regelungen für ein Zwangslisting am „third board“

Ein Markt für Aktien von Gesellschaften, deren Börsenzulassung widerrufen wurde, wurde Mitte 2001 auch im Zusammenhang mit der Einstellung des Handels an den elektronischen Handelssystemen STAQ und NET im Jahr 1999 aufgebaut. Der Handel an diesem als „third board“<sup>143</sup> bezeichneten Markt wird vom Chinesischen Verband der Wertpapierbranche reguliert und findet über bestimmte Wertpapiergesellschaften ohne Zwischenschaltung der Börsen als Handelsplattform statt.<sup>144</sup>

Bis Ende des Jahres 2003 wurde bereits bei vierzehn börsennotierten Gesellschaften die Börsenzulassung gemäß § 158 Abs. 1 GesG widerrufen.<sup>145</sup> Anfang 2004 wurde erwartet, dass die Zahl innerhalb des Jahres auf 20 bis 30 Gesellschaften steigen könnte.<sup>146</sup> Zusätzlich stellte sich das Problem, dass das Management einiger der Gesellschaften, deren Börsenzulassung widerrufen worden wa-

<sup>133</sup> Siehe Knut B. Piffler (Fn. 28), S. 394 (dort Fn. 379).

<sup>134</sup> „Plan der Wertpapierbörse in Shenzhen zur Errichtung eines Markt für kleine und mittlere Unternehmen“ (深圳证券交易所设立中小企业板块实施方案), siehe ZGZQB v. 20.5.2004, S. 3.

<sup>135</sup> „Besondere Bestimmungen für den Handel am Markt für kleine und mittlere Unternehmen“ (中小企业板块交易特别规定) und „Besondere Bestimmungen für am Markt für kleine und mittlere Unternehmen zugelassene Unternehmen (中小企业板块上市公司特别规定), beide abgedruckt in: ZGZQB v. 20.5.2004, S. 3.

<sup>136</sup> „Vereinbarung über die Zulassung von Wertpapieren am Markt für kleine und mittlere Unternehmen“ (中小企业板块证券上市协议), ZGZQB v. 20.5.2004, S. 3.

<sup>137</sup> § 152 Nr. 3 GesG.

<sup>138</sup> Caijing (财经) v. 5.6.2004, S. 66 f.

<sup>139</sup> Die Beteiligungen des größten Aktionärs reichen von 49,57% an der Jiangsu Qionghua AG (江苏琼花高科技股份有限公司, Wertpapierkennnummer [WKN]: 002002) bis hinab zu 13,17% an der Zhejiang Weixing AG (浙江伟星实业发展股份有限公司, WKN 002003), siehe ZGZQB v. 26.6.2004, S. 1.

<sup>140</sup> 民营企业.

<sup>141</sup> So aber „Prices surge as Shenzhen's SME board debuts“ in: South China Morning Post v. 26.6.2004.

<sup>142</sup> Ebenda.

<sup>143</sup> 三板.

<sup>144</sup> Siehe Knut B. Piffler, a.a.O. (Fn. 28), S. 114 ff. Das Portal zum „third board“ ist zu finden unter [www.gfzr.com.cn](http://www.gfzr.com.cn) (dort auch mit einer kurzen englischen Einführung).

<sup>145</sup> ZGZQB v. 25.2.2004, S. 2. Siehe zu den Problemen der Rechtsgrundlagen für den Widerruf der Börsenzulassung wegen Verlusten in drei aufeinanderfolgenden Jahren Knut B. Piffler, a.a.O. (Fn. 28), S. 155 ff.

<sup>146</sup> ZGZQB v. 24.2.2004, S. 1.

ren, nicht die erforderlichen Formalitäten erledigten, um ihre Aktien zur „stellvertretenden Übertragung“ bei Wertpapiergesellschaften anzumelden. Das Gesellschaftsgesetz räumt jedoch den Aktionären die Möglichkeit ein, ihre Anteile „nach dem Recht“ zu übertragen, wobei als Ort für diese Übertragung „nach dem Recht errichtete Wertpapierhandelsplätze“ bestimmt werden.<sup>147</sup> Indem sich einige Gesellschaften weigerten, nach dem Widerruf der Börsenzulassung, die Übertragung der Aktien durch Wertpapiergesellschaften zu beantragen, wurde es den Aktionären unmöglich, die Aktien in Übereinstimmung mit dem Gesellschaftsgesetz zu übertragen.

Vor diesem Hintergrund hat die CSRC im Februar 2004 eine Anleitungsansicht<sup>148</sup> erlassen, nach der die Börsen „vorläufig“ eine Wertpapiergesellschaft für die Übertragung der Aktien bestimmen können, wenn die Gesellschaft selbst die entsprechenden Formalitäten nicht erledigt. Will die Gesellschaft, dass die Übertragung mit den Aktien eingestellt wird, muss dies nach der zitierten Anleitungsansicht durch einen entsprechenden Beschluss gemäß dem Gesellschaftsgesetz und der Satzung der betreffenden Gesellschaft festgestellt werden. Welches Gesellschaftsorgan für den entsprechenden Beschluss zuständig und ob gegebenenfalls eine qualifizierte Mehrheit für die Beschlussfassung erforderlich ist, lässt die Anleitungsansicht offen.<sup>149</sup>

Zur Durchsetzung der zwangsweisen Notierung am „third board“ haben die Börsen in Shanghai und Shenzhen gemeinsam mit der China Registrierungs- und Clearinggesellschaft mbH die börsenzugelassenen Gesellschaften in einer Mitteilung aufgefordert, bis zum 31.3.2004 „ergänzende Vereinbarungen“ zur jeweiligen „Börsenzulassungsvereinbarung“ und „Vereinbarung für zur Registrierung von Wertpapieren und für Dienstleistungen“ zu unterschreiben, in der Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem „System der stellvertretenden Übertragung“ festgelegt werden.<sup>150</sup> Hierin erklären sich die Gesellschaften vorab damit einverstanden, dass ihre Aktien nach einem Widerruf in diesem System übertragen werden.

<sup>147</sup> §§ 143, 144 GesG.

<sup>148</sup> „Anleitungsansicht zur Verrichtung der Arbeit nach Widerruf der Börsenzulassung von Aktiengesellschaften“ (关于做好股份有限公司终止上市后工作的指导意见), siehe ZGZQB v. 25.2.2004, S. 1.

<sup>149</sup> Nicht weiterführend insofern auch das Interview mit einem Verantwortlichen der zuständigen Abteilung der CSRC in: ZGZQB v. 25.2.2004, S. 2, auch abgedruckt in: 中国证券监督管理委员会公告 (CSRC-Amtsblatt) 2004, Nr. 2, S. 12 ff.

<sup>150</sup> Siehe ZGZQB v. 5.3.2004, S. 1. Die Bezeichnung der betreffenden Mitteilung wird ebenso wenig spezifiziert wie das Datum ihres Erlasses.

Bereits Mitte März 2004 konnte der Chinesische Verband der Wertpapierbranche vermelden, dass man in diesem Monat mit der „Zwangstranslation“<sup>151</sup> von Gesellschaften, deren Börsenzulassung widerrufen wurde, zum System der stellvertretenden Übertragung beginnen werde.<sup>152</sup> Kurz darauf wurden die Aktien zweier Gesellschaften am „third board“ neu notiert.<sup>153</sup> Bei einer der Gesellschaften waren seit dem Widerruf der Börsenzulassung 18 Monate vergangen, währenddessen Aktionäre keine (legale) Möglichkeit hatten, sich von ihren Aktien zu trennen.

### 3. Revision der Börsenzulassungsvorschriften

Ende 2004 wurden die „Vorschriften der Börse in Shanghai für die Börsenzulassung von Aktien“ und die „Vorschriften der Börse in Shenzhen für die Börsenzulassung von Aktien“<sup>154</sup> (im folgenden Zulassungsvorschriften) nach Genehmigung durch die CSRC in entsprechenden Mitteilungen der Börsen revidiert. In diesen Mitteilungen werden zugleich Übergangsbestimmungen für Gesellschaften festgelegt, die bereits zum Börsenhandel zugelassen sind. Hervorzuheben ist, dass die einzelnen Kapitel der Zulassungsvorschriften in einer Artikelserie des China Securities Journal durch die für die Zulassung zuständigen Stellen in den Börsen in Shanghai und Shenzhen kommentiert werden.<sup>155</sup>

In begleitenden Presseberichten wurde darauf hingewiesen, dass der Umfang der Zulassungsvorschriften im Vergleich zur alten Fassung aus dem Jahre 2002 um 30% zugenommen habe.<sup>156</sup> Viele Regelungen hätten an die geänderte Rechtslage angepasst werden müssen, die durch den Erlass neuer Rechtsnormen hervorgerufen wor-

<sup>151</sup> 强制平移. Der hier aus nicht ersichtlichen Gründen verwendete Begriff der Translation entstammt der Physik: Ein Körper vollzieht dann eine reine Translationsbewegung, wenn sich alle Punkte des Körpers auf parallelen Geraden bewegen, d. h. er nicht zusätzlich um eine seiner eigenen Achsen rotiert. Eine solche Bewegung wird auch fortschreitende Bewegung genannt.

<sup>152</sup> ZGZQB v. 17.3.2004, S. 1.

<sup>153</sup> ZGZQB v. 18.3.2004, S. 1/3/14: Bei den zwei Gesellschaften handelte es sich um die Shanghai CITIC-Jiading Industrial Co., Ltd. (上海国嘉实业股份有限公司, WKN: 400017) und die Fujian Jiuzhou Group Co., Ltd. (福建九州集团股份有限公司, WKN 400019).

<sup>154</sup> 证券交易所股票上市规则 v. 29.11.2004 (jeweils für die Börse in Shanghai und für die Börse in Shenzhen), ZGZQB v. 29.11.2004, S. 21 ff. (Shanghai), S. 25 ff. (Shenzhen).

<sup>155</sup> ZGZQB v. 3.12.2004, S. 4 (1. Teil), v. 6.12.2004, S. 2 (2. Teil), v. 8.12.2004, S. 2 (3. Teil), v. 10.12.2004, S. 4 (4. Teil), v. 13.12.2004, S. 2 (5. Teil), v. 16.12.2004, S. 14 (6. Teil), v. 17.12.2004, S. 5 (7. Teil), v. 20.12.2004, S. 3 (8. Teil), v. 22.12.2004, S. 9 (9. Teil), v. 24.12.2004, S. 4 (10. Teil), v. 27.12.2004, S. 5 (11. Teil).

<sup>156</sup> Die alte Fassung umfasste 223 Vorschriften in 14 Kapiteln im Vergleich zu 295 Vorschriften in 18 Kapiteln in der revidierten Fassung. Die Vorschriften werden nicht in Paragraphen gezählt, sondern nach Ziffern gegliedert.

den sei. Dies betreffe insbesondere Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem Ende 2002 geänderten Übernahmerecht<sup>157</sup>, mit der Einführung des so genannten Sponsorsystems Ende 2003<sup>158</sup> und mit dem oben bereits angesprochenen Widerruf der Börsenzulassung.<sup>159</sup> Zu ergänzen ist, dass in die revidierten Zulassungsvorschriften außerdem die Börsenzulassungsvorschriften für Wandelanleihen<sup>160</sup> aus dem Jahr 1998 integriert wurden, die ihrerseits aufgehoben wurden.<sup>161</sup>

Inhaltlich erscheint zunächst wesentlich, dass der in den Zulassungsvorschriften äußerst häufig verwendete Begriff „unverzüglich“ nach der Revision erstmals definiert wird.<sup>162</sup> Festzustellen ist außerdem, dass die Vorschriften über das Genehmigungsverfahren der Börsenzulassung gestrafft wurden, indem die Börsenzulassung vorübergehend nicht-handelbarer Aktien<sup>163</sup> in einem Abschnitt zusammengefasst wurden.<sup>164</sup> Ferner wurden einzelne Tatbestände, die zu einer routinemäßigen Aussetzung der Börsennotierung führten, konkretisiert; andere Tatbestände wurden gestrichen.<sup>165</sup>

Änderungen sind bei den Regelungen zum „Special Treatment“ bestimmter Aktien und zum Widerruf der Börsenzulassung festzustellen.<sup>166</sup> Ein „Special Treatment“ von Aktien führt dazu, dass Aktien strengeren Kursschwankungsgrenzen unterliegen, und sich Gesellschaften vor das Firmenkürzel bei der Kursnotierung ein „ST“ setzen müssen. Die revidierten Vorschriften unterscheiden

zwischen einem „Special Treatment“ wegen der Gefahr des Widerrufs der Börsenzulassung und einem „Special Treatment“ bei anderen Umständen<sup>167</sup>, wobei die Unterscheidung bereits in Mitteilungen der Börsen vom 2.4.2003 eingeführt worden war und nunmehr in die Zulassungsvorschriften übernommen wurde.<sup>168</sup> Droht der Widerruf der Börsenzulassung, was in den Zulassungsvorschriften bei Vorliegen bestimmter Tatsachen angenommen wird<sup>169</sup>, müssen sich Gesellschaften als besondere Warnung an Anleger vor das Firmenkürzel ein „\*ST“ setzen<sup>170</sup>. Die bisherigen Tatbestände, die zu einem „Special Treatment“ wegen einer „ungewöhnlichen Finanzsituation“ oder wegen anderer „ungewöhnlicher Situationen“ führten, wurden teilweise in den Vorschriften zum „Special Treatment“ bei anderen Umständen zusammengefasst.<sup>171</sup> Die Regelungen zur Einstellung der Börsennotierung, das auf das „Special Treatment“ folgt, und zum Widerruf der Börsenzulassung, die den letzten Schritt eines „Delisting“ bildet, wurden konkretisiert und stärker aufeinander abgestimmt.<sup>172</sup> Eine Untersuchung, ob mit der Revision alle bisherigen Probleme im Verfahren des Widerrufs der Börsenzulassung gelöst wurden, würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen. Die grundsätzlichen Bedenken, welche die Rechtmäßigkeit des Widerrufsverfahrens betreffen, wenn beispielsweise nach der Einstellung der Notierung nach § 157 Nr. 4 GesG (fortgesetzte Verluste in den letzten drei Jahren) der Widerruf wegen Verletzung von Publizitätspflichten (etwa die Nichtveröffentlichung von Jahresberichten) erfolgt, bleiben bestehen.<sup>173</sup> Sie dürften sich nach der Revision der Zulassungsvorschriften eher noch verstärkt haben, da die Tatbestände, die zu einem Widerruf führen, stark erweitert wurden.<sup>174</sup> Um die Rechtmäßigkeit solcher Widerrufsentscheidungen zu gewährleisten, bedürfte es aber einer Änderung der §§ 157, 158 Gesellschaftsgesetz.

Überdies ist zu erwähnen, dass die detaillierten Regelungen zur Ad-hoc-Publizität in den Zulassungsvorschriften systematisiert wurden; eine

<sup>157</sup> Siehe zum neuen Übernahmerecht *Mario Feuerstein*, Übernahme börsennotierter Gesellschaften nach neuem Recht, in: CHINA aktuell, Februar 2003, S. 175 ff.

<sup>158</sup> Siehe zur Einführung des Sponsorsystems *Knut B. Piffler*, a.a.O. (Fn. 29), S. 161 ff.

<sup>159</sup> ZGZQB v. 29.11.2004, S. 1; ausführlicher zu den Änderungen siehe auch ZGZQB v. 3.12.2004, S. 4.

<sup>160</sup> „Vorschriften für die Börsenzulassung und den Handel von Wandelanleihen von Gesellschaften“ (《证券交易所转换公司债券上市交易规则》) v. 2.7.1998 (jeweils für die Börse in Shanghai und für die Börse in Shenzhen), 中华人民共和国证券期货法规汇编 (CSRC-Vorschriftensammlung) 1998, S. 127 ff.

<sup>161</sup> Ziffer 18.3. Zulassungsvorschriften.

<sup>162</sup> „Unverzüglich“ bedeutet demnach innerhalb von zwei Börsenhandelstagen. Siehe Ziffer 17.1 Zulassungsvorschriften.

<sup>163</sup> Nämlich Belegschaftsaktien und Aktien, die von bestimmten institutionellen Anlegern während einer Haltefrist nicht gehandelt werden dürfen.

<sup>164</sup> Siehe zur bisherigen Rechtslage *Knut B. Piffler*, a.a.O. (Fn. 28), S. 131 ff. Gestrichen wurden besondere Bestimmungen über ein Genehmigungsverfahren zur Zulassung von Aktien, die von Vorstand, Aufsichtsrat oder hochrangigen Managern gehalten werden. Dies erscheint vor dem Hintergrund konsequent, dass die CSRC diese Aktien – soweit es sich um nicht-handelbare Aktien handelt – als Belegschaftsaktien qualifiziert; siehe *Knut B. Piffler*, a.a.O. (Fn. 28), S. 67.

<sup>165</sup> Siehe zur bisherigen Rechtslage *Knut B. Piffler*, a.a.O. (Fn. 28), S. 141 ff. Das Recht der Aussetzung der Börsennotierung (停牌) ist nunmehr im 12. Kapitel der Zulassungsvorschriften geregelt. Zusammenfassend zu den Änderungen siehe ZGZQB v. 3.12.2004, S. 4.

<sup>166</sup> Siehe zur bisherigen Rechtslage *Knut B. Piffler*, a.a.O. (Fn. 28), S. 148 ff.

<sup>167</sup> Ziffer 13.1.2 Zulassungsvorschriften.

<sup>168</sup> Siehe „Mitteilung zu einigen Fragen im Zusammenhang mit der Verstärkung von Risikohinweisen durch Gesellschaften, bei denen das Risiko besteht, dass die Zulassung endgültig widerrufen wird“ (关于对存在股票终止上市风险的公司加强风险警示等有关问题的通知) v. 2.4.2003 (der Börse in Shanghai) bzw. v. 3.4.2003 (der Börse in Shenzhen), beide in: ZGZQB v. 4.4.2003, S. 2.

<sup>169</sup> Ziffer 13.2.1 Zulassungsvorschriften.

<sup>170</sup> Ziffer 13.1.3 Zulassungsvorschriften.

<sup>171</sup> Ziffer 13.3.1 Zulassungsvorschriften.

<sup>172</sup> Siehe zur Einstellung und zur Wiederaufnahme der Börsennotierung sowie zum Widerruf der Börsenzulassung das 14. Kapitel der Zulassungsvorschriften.

<sup>173</sup> Siehe *Knut B. Piffler*, a.a.O. (Fn. 28), S. 163.

<sup>174</sup> Ziffer 14.3.1 Zulassungsvorschriften.

Bezugnahme auf die in § 62 WpG festgelegten Ad-hoc-Publizitätspflichten hätte die Übersichtlichkeit allerdings noch gefördert.<sup>175</sup> Den einzelnen in den Kapiteln 8 bis 11 aufgeführten Ad-hoc-Publizitätspflichten wurde das 7. Kapitel mit allgemeinen Vorschriften zur Ad-hoc-Publizität vorangestellt. In den Kapiteln 8 bis 11 werden dann die Tatbestände angeführt, die eine Ad-hoc-Publizitätspflicht auslösen, nämlich bestimmte Beschlüsse von Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung, Geschäfte der Gesellschaft ab einem bestimmten Geschäftsvolumen, Geschäfte mit verbundenen Unternehmen und natürlichen Personen und andere erhebliche Ereignisse, worunter unter anderem die Gesellschaft betreffende anhängige Prozesse, Veränderungen im Hinblick auf die mit dem durch die Aktienemission finanzierten Investitionen, Änderungen der Gewinnprognosen, Dividendenausschüttungen, ungewöhnliche Kursschwankungen und Medienberichte fallen.

Festzustellen ist schließlich, dass der Tatbestand, bei dessen Erfüllung Gesellschaften die Befreiung von Publizitätspflichten beantragen können, im Vergleich zur bisherigen Rechtslage eingengt wurde.<sup>176</sup> Weggefallen ist insbesondere die Befugnis der Börsen, unter nicht näher spezifizierten „anderen Umständen“ von Publizitätspflichten zu befreien. Die Börsen können nach neuem Recht die Befreiung außer zum Schutz von Staats- und Geschäftsgeheimnissen nur dann erteilen, wenn die Bekanntmachung zum Verstoß gegen zentralstaatliche Gesetze oder Rechtsnormen oder zu einer Schädigung der Interessen der Gesellschaft führen würde.<sup>177</sup>

## V. Zufluss frischen Kapitals in den Aktienmarkt

Als eine der Maßnahmen, um die Abwärtsbewegung der Aktienkurse an den Börsen in Shanghai und Shenzhen zu stoppen, hatte der Staatsrat in seinen Kapitalmarktreformansichten angekündigt, dass Versicherungen erlaubt werde, direkt Investitionen auf dem Kapitalmarkt vorzunehmen. Außerdem sollten neben dem bereits realisierten Zugang des „Nationalen Fonds für die soziale Sicherheit“ zum Emissionsmarkt auch Investitionen von betrieblichen Rentenfonds auf dem Kapitalmarkt ermöglicht werden.<sup>178</sup>

## 1. Direkter Zugang zum Kapitalmarkt durch Versicherungen

Das chinesische Versicherungsgesetz<sup>179</sup> beschränkt die erlaubten Anlageformen von Versicherungsunternehmen grundsätzlich auf Bankeinlagen und öffentliche Anleihen (Regierungs- und Finanzanleihen). Der Staatsrat wird jedoch im Versicherungsgesetz ermächtigt, weitere Formen der Vermögensanlage zuzulassen. Auf Grund dieser Ermächtigung hat der Staatsrat Versicherungsunternehmen seit 1999 auch die Investition in Wertpapierinvestmentfonds und seit 2000 die Anlage in Anleihen „zentraler Unternehmen“ für Großprojekte wie Eisenbahnen, das Drei-Schluchten-Projekt und Kraftwerke erlaubt.<sup>180</sup> Das Versicherungsgesetz verbietet Versicherungsunternehmen außerdem Investitionen in Unternehmen, die keine Versicherungsgeschäfte betreiben, insbesondere die Beteiligung an Wertpapierhäusern.<sup>181</sup>

Diese Verbote wurden 2004 auf der einen Seite (weiter) gelockert. Auf der anderen Seite wurden aber auch Vorschriften erlassen, welche die Beaufsichtigung von Versicherungsunternehmen bei Investitionen auf dem Kapitalmarkt verstärken sollen. Zu letzteren zählen eine Anleitung zum Risikomanagement bei Investitionen<sup>182</sup> vom Mai 2004 und die Revision von Verwaltungsvorschriften für Versicherungsgesellschaften<sup>183</sup>, mit der die Eigentümerstruktur in Versicherungsgesellschaften im Hinblick auf Kapitalmarktinvestitionen einer stärkeren Kontrolle unterworfen wurde.<sup>184</sup>

Die Verbote im Versicherungsgesetz wurden zunächst im April durch Erlass einer Bestimmung gelockert, welche die Errichtung von Vermögensverwaltungsgesellschaften durch Versicherungen erlaubt.<sup>185</sup> Im Juli folgte eine Mittei-

<sup>179</sup> 中华人民共和国保险法 v. 30.6.1995, revidiert am 28.10.2002, deutsch in der Fassung v. 28.10.2002 in: Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht, 30.6.1995/1.

<sup>180</sup> Ausführlicher hierzu Holger Hanisch, Auswirkungen des chinesischen WTO-Beitritts auf das Versicherungsaufsichtsrecht der VR China, 2003, S. 256 ff.

<sup>181</sup> § 105 Abs. 2 und Abs. 3 Versicherungsgesetz (Fn. 179).

<sup>182</sup> „Anleitung für das Risikomanagement bei der Verwendung von Versicherungsvermögen (versuchsweise durchgeführt)“ (保险资产运用风险控制指引[试行]), erlassen von der CIRC am 28.4.2004, ZGZQB v. 10.5.2004, S. 18, chinesisch-englisch in: China Law & Practice, Vol. 18 (2004), Nr. 7, S. 57 ff.

<sup>183</sup> „Bestimmungen zur Verwaltung von Versicherungsgesellschaften“ (保险公司管理规定) v. 13.5.2004, gleichnamige Bestimmungen v. 3.1.2000, die zuletzt am 15.3.2002 revidiert worden waren, traten gleichzeitig außer Kraft.

<sup>184</sup> ZGZQB v. 19.5.2004, S. 1. Siehe zu den Anforderungen an „qualifizierte Investoren“ in Versicherungsgesellschaften nach der alten Rechtslage bei Holger Hanisch, a.a.O. (Fn. 180), S. 219 ff.

<sup>185</sup> „Vorläufige Bestimmungen zur Verwaltung von Versicherungsvermögenverwaltungsgesellschaften“ (保险资产管理公司管理暂行规定), verabschiedet von der CIRC bereits am 8.12.2003, jedoch erst am

<sup>175</sup> Siehe zur bisherigen Rechtslage Knut B. Piffler, a.a.O. (Fn. 28), S. 179 ff.

<sup>176</sup> Siehe zur bisherigen Rechtslage Knut B. Piffler, a.a.O. (Fn. 28), S. 193 f.

<sup>177</sup> Ziffer 2.15 Zulassungsvorschriften. Klarstellend auch die Kommentierung hierzu in: ZGZQB v. 3.12.2004, S. 4.

<sup>178</sup> 3. Abschnitt, 4. Absatz Kapitalmarktreformansichten.

lung der Versicherungsaufsichtskommission (China Insurance Regulatory Commission, CIRC), die Investitionen von Versicherungen in Wandelanleihen regelt.<sup>186</sup> Im August haben die CIRC und die Chinesische Volksbank mit Genehmigung des Staatsrates außerdem eine Verwaltungsvorschrift erlassen, die es chinesischen Versicherungsunternehmen, Tochtergesellschaften ausländischer Versicherungen, Versicherungsunternehmen mit ausländischer Beteiligung und Zweigstellen ausländischer Versicherungen in China erlaubt, Devisen in Kapitalmarktprodukte außerhalb Chinas anzulegen.<sup>187</sup> Im Oktober erließen die CIRC und die CSRC mit Genehmigung des Staatsrates schließlich die für den innerchinesischen Kapitalmarkt wichtige „Vorläufige Methode zur Verwaltung von Aktieninvestitionen durch institutionelle Versicherungsanleger“<sup>188</sup> (im Folgenden Versicherungsanlegermethode), auf die hier etwas näher eingegangen werden soll.

Die Versicherungsanlegermethode erlaubt Versicherungsgesellschaften und deren Vermögensverwaltungsgesellschaften unter bestimmten Voraussetzungen eine direkte Investition in Kapitalmarktprodukte.<sup>189</sup> Versicherungsgesellschaften bedürfen hierzu zusätzlich der Genehmigung durch die CIRC.<sup>190</sup> Diese zusammengefasst als „institutionelle Versicherungsanleger“<sup>191</sup> bezeichneten Gesellschaften dürfen sich im Primär- und Sekundärmarkt an den verschiedenen Formen der Zeichnung und am Handel von A-Aktien und Wandelanleihen beteiligen.<sup>192</sup> Sie unterliegen hierbei Anlagegrenzen, die zum Teil noch von der CIRC spezifiziert werden müssen, und Beschränkungen hinsichtlich der Anlagewerte, nach denen anhand einer Reihe von

Risikoindikatoren besonders riskante Aktieninvestitionen verboten werden.<sup>193</sup>

Der Erlass der Versicherungsanlegermethode im Oktober 2004 weckte viele Hoffnungen auf ein möglichst schnelles Eindringen frischen Kapitals in den chinesischen Aktienmarkt, die jedoch von nicht näher benannten „Autoritäten, die am Entwurf der Versicherungsanlegermethode beteiligt waren,“ mit dem Hinweis zerstreut wurden, dass zunächst Ausführungsbestimmungen erlassen werden müssten.<sup>194</sup> Erst als im Dezember 2004 und Februar 2005 entsprechende Ausführungsbestimmungen bekannt gemacht wurden<sup>195</sup>, schienen die Hindernisse beseitigt, denn im März 2005 konnten schließlich drei Versicherungsgesellschaften die ersten Investitionen auf dem chinesischen Aktienmarkt tätigen.<sup>196</sup>

## 2. Zugang von betrieblichen Rentenfonds

Die betriebliche Altersversorgung bildet – wie in Deutschland – neben einer gesetzlichen Grundrentenversicherung und der Privatvorsorge eine der drei Säulen des Rentenversicherungssystems in China.<sup>197</sup> Nach einigen Absichtserklärungen in verschiedenen Rechtsakten seit 1991, eine betriebliche Altersversorgung zu etablieren, wurde das Thema in einer Verwaltungsvorschrift des Arbeitsministeriums aus 1995 näher behandelt. Anfang 2004 wurden diese Verwaltungsvorschriften durch eine neue Rechtsgrundlage ersetzt.<sup>198</sup> Wie nach der bisherigen Rechtslage<sup>199</sup>, bleibt es bei einer rein freiwilligen Basis für Unternehmen, eine betriebliche Altersversorgung einzuführen.<sup>200</sup>

21.4.2004 bekanntgemacht, ZGZQB v. 26.4.2004, S. 16, chinesisch-englisch in: China Law & Practice, Vol. 18 (2004), Nr. 7, S. 45 ff.

<sup>186</sup> 关于保险公司投资可转换公司债券有关事项的通知, erlassen von der CIRC am 23.7.2004, chinesisch-englisch in: China Law & Practice, Vol. 18 (2004), Nr. 7, S. 85 ff.

<sup>187</sup> „Vorläufige Methode zur Verwaltung der Betreuung von Versicherungsdevisengeldmitteln außerhalb des Gebietes“ (保险外汇资金境外运用管理暂行办法) v. 9.8.2004, ZGZQB v. 19.8.2004, S. 1/3.

<sup>188</sup> 保险机构投资者股票投资管理暂行办法 v. 24.10.2004, ZGZQB v. 25.10.2004, S. 4; chinesisch-englisch in: China Law & Practice, Vol. 18 (2004) Nr. 10, S. 39 ff. und CCH Business Regulation ¶9-692.

<sup>189</sup> Siehe zusammenfassend zur Versicherungsanlegermethode Xu, Guojian/Lü, Guoming/Tee, Pek-Siang, Stock Market Access Paves the Way for New Utilization of Insurance Funds, in: China Law & Practice, Vol. 18 (2004), Nr. 10, S. 54 ff.

<sup>190</sup> §§ 5 bis 10 Versicherungsanlegermethode. Versicherungsgesellschaften können auch nach § 6 der Versicherungsanlegermethode Versicherungsvermögensverwaltungsgesellschaften mit solchen Investitionen beauftragen, was jedoch ebenfalls an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist und der Genehmigung durch die CIRC bedarf.

<sup>191</sup> 保险机构投资者.

<sup>192</sup> §§ 11, 12 Versicherungsanlegermethode.

<sup>193</sup> §§ 13 bis 16 Versicherungsanlegermethode.

<sup>194</sup> ZGZQB v. 3.11.2004, S. 1. Genannt wurden als Bestimmungen, die einer näheren Konkretisierung bedürften, die §§ 13, 35, 37 und 54 der Versicherungsanlegermethode.

<sup>195</sup> „Ausführungsbestimmungen zu Geschäften der Eröffnung von Wertpapierkonten für besondere juristische Personen und Institute“ (特殊法人机构证券账户开立业务实施细则) der Chinesischen Wertpapierregistrierungs- und Clearinggesellschaft mbH, siehe ZGZQB v. 2.12.2004, S. 1; „Mitteilung zu Fragen im Zusammenhang mit der Investition in und dem Handel von Aktien durch institutionelle Versicherungsanleger“ (关于保险机构投资者股票投资交易有关问题的通知) und „Kompass zu den Geschäften der Registrierung und des Clearings bei Aktieninvestitionen durch institutionelle Versicherungsanleger“ (保险机构投资者股票投资登记结算业务指南) der CIRC und CSRC, beide in: ZGZQB v. 16.2.2004, S. 10. „Anleitung zur Verwahrung des Aktienvermögens von Versicherungsgesellschaften“ (保险公司股票资产托管指引[试行]) der CIRC und CBRC, siehe ZGZQB v. 18.2.2005, S. 1.

<sup>196</sup> ZGZQB v. 8.3.2005, S. 1.

<sup>197</sup> Siehe hierzu ausführlicher Barbara Darimont, Zur Neuregelung der Altersversorgung in der VR China, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht 2000, S. 81 ff. (89 ff.).

<sup>198</sup> „Vorläufig durchgeführte Methode für die Betriebsrente“ (企业年金试行办法), erlassen vom Ministerium für Arbeit und soziale Sicherheit am 6.1.2004; siehe ZGZQB v. 24.4.2004, S. 1.

<sup>199</sup> Siehe Barbara Darimont, a.a.O. (Fn. 197), S. 110.

<sup>200</sup> Siehe zur neuen Rechtslage Ying White, The Promise of a Better Tomorrow: China's Pension System, in: China Law & Practice, Vol. 18 (2004), Nr. 7, S. 15 ff.

Trotz dieser Freiwilligkeit ist der Umfang der betrieblichen Rentenfonds seit 2001 rapide gewachsen: Während die Fonds zwischen 1991 und 2001 nur über Mittel von insgesamt RMB 2,6 Mrd. Yuan verfügten, wuchs das Volumen bis März 2004 auf RMB 47,4 Mrd. Yuan an.<sup>201</sup> Obwohl – soweit ersichtlich – bislang zumindest keine rechtlichen Beschränkungen im Hinblick auf Anlagewerte für die betrieblichen Rentenfonds bestanden, machten die Investitionen in Wertpapierinvestmentfonds und Aktien zusammengenommen nur etwas mehr als 1% aus, während 50% der Fonds in Bankeneinlagen ruhten.<sup>202</sup>

Im Februar 2004 machte das inzwischen aus dem Arbeitsministerium hervorgegangene Ministerium für Arbeit und soziale Sicherheit (Ministry of Labor and Social Security, MoLSS) gemeinsam mit der CBRC, der CSRC und der CIRC die „Versuchsweise durchgeführte Methode zur Verwaltung der betrieblichen Rentenfonds“<sup>203</sup> (im Folgenden Rentenfondsmethode) bekannt. Die Rentenfondsmethode erlaubt nun ausdrücklich Investitionen in „solide fungible Finanzprodukte“ und nennt als Beispiele bestimmte Investmentfonds und Aktien.<sup>204</sup> Allerdings legt die Methode auch Anlagegrenzen hinsichtlich verschiedener Anlagewerte fest, so dass beispielsweise Aktieninvestitionen nicht 20% des Fondsvermögens überschreiten dürfen.<sup>205</sup>

Wie im Versicherungssektor bedurfte es noch des Erlasses einer Reihe von Ausführungsbestimmungen, die im November und Dezember 2004 erlassen wurden.<sup>206</sup> Im Februar 2005 konnte schließlich die Einleitung der operativen Phase für Kapitalmarktinvestitionen der betrieblichen Rentenfonds angekündigt werden.<sup>207</sup>

## VI. Rechtsentwicklung bei den Wertpapiergesellschaften

Im Hinblick auf die chinesischen Wertpapiergesellschaften sind für das Jahr 2004 drei Entwicklungen festzustellen: Erstens ging die CSRC wiederholt gegen die systematische Veruntreuung von Kundengeldern für Eigengeschäfte der Wertpapierhändler vor. Angesichts der schwierigen wirtschaftlichen Lage eines Teils der Branche wurden zweitens die Finanzierungsmöglichkeiten der Wertpapierhändler ausgeweitet. Drittens wurden die Geschäftsfelder für bestimmte Wertpapiergesellschaften ausgeweitet. Bevor auf diese Entwicklungen eingegangen wird, werden einleitend einige Daten aus dem Mitte 2004 veröffentlichten Ranking der chinesischen Wertpapierhändler im Jahr 2003 wiedergegeben. Hieraus ergibt sich nämlich, dass sich kein einheitliches Bild einer schweren Finanzkrise in der Wertpapierbranche abzeichnet, da die erfolgreichsten Wertpapierhändler ihren Handelsumsatz (RMB 398 Mrd. Yuan) und ihre Gewinne (RMB 414 Mio. Yuan) im Vergleich zum Vorjahr (RMB 388 Mrd. Yuan bzw. RMB 205 Mio. Yuan) weiter ausbauen konnten, nur im Hinblick auf das Plazierungsvolumen ist ein Rückgang (von RMB 36 Mrd. Yuan auf RMB 12 Mrd. Yuan) festzustellen.

### 1. Ranking der Wertpapierhändler im Jahr 2003

Das China Securities Journal veröffentlichte im Juni 2004 das Ranking der chinesischen Wertpapiergesellschaften für das Jahr 2003.<sup>208</sup> Es ist das zweite Mal, dass der Verband der Chinesischen Wertpapierbranche nach verschiedenen Kategorien wie Gewinne, Handelsumsatz, Plazierungsvolumen und Nettovermögen eingeteilte Listen der jeweils zwanzig besten Wertpapierhändler erstellt.<sup>209</sup>

Die China International Capital Corporation (CICC)<sup>210</sup>, ein Joint Venture-Wertpapierhaus, das seit 1995 besteht, und an dem als ausländischer Partner die Morgan Stanley & Company beteiligt ist, konnte nicht an ihren Erfolg im Vorjahr anknüpfen, in dem sie noch die Tabellen in den Bereichen größtes Plazierungsvolumen und höchster Gewinn anführte. Hier steht nun zweimal – mit einem Plazierungsvolumen von RMB 12 Mrd. Yuan und Gewinnen in Höhe von rund RMB 414 Mio. Yuan – die CITIC Wertpapiergesellschaft<sup>211</sup>, eine Tochter der China International Trust- and Investment Corpora-

<sup>201</sup> ZGZQB v. 13.9.2004, S. 1.

<sup>202</sup> ZGZQB v. 13.9.2004, S. 1.

<sup>203</sup> 企业年金基金管理试行办法 v. 23.2.2004, ZGZQB v. 24.4.2004, S. A 10.

<sup>204</sup> § 46 Rentenfondsmethode.

<sup>205</sup> § 47 Rentenfondsmethode.

<sup>206</sup> „Mitteilung zu Fragen im Zusammenhang mit Wertpapierinvestitionen durch betriebliche Rentenfonds“ (关于企业年金基金证券投资有关问题的通知), ZGZQB v. 11.11.2004, S. 2; „Kompass für die Registrierungs- und Clearinggeschäfte bei Wertpapierinvestitionen durch die Jahresfonds von Unternehmen“ (企业年金基金证券投资登记结算业务指南), siehe ZGZQB v. 10.11.2004, S. 1; „Methode für die Bestätigung der Qualifikation als Institut für die Verwaltung der Jahresfonds von Unternehmen“ (企业年金基金管理机构资格认定暂行办法), ZGZQB v. 5.2.2005, S. A 9/A 10 (siehe dort auch zu weiteren Rechtsakten des MoLSS).

<sup>207</sup> ZGZQB v. 5.2.2005, S. 1; siehe auch ZGZQB v. 2.3.2005, S. 1.

<sup>208</sup> ZGZQB v. 4.6.2004, S. 1/2.

<sup>209</sup> Siehe zum Ranking im Vorjahr *Knut B. Piffler*, Ranking der chinesischen Wertpapierhändler im Jahr 2002, *China Analysis* Nr. 28.

<sup>210</sup> 中国国际金融有限公司.

<sup>211</sup> 中信证券股份有限公司.

tion (CITIC). Zweiter und Dritter beim Platzierungsvolumen wurden die China Galaxie Wertpapier GmbH<sup>212</sup> (RMB 5,6 Mrd. Yuan) und die Guotai Jun'an Wertpapier AG<sup>213</sup> (5,5 Mrd. Yuan). Die CICC brachte es im Hinblick auf ihre Gewinne (RMB 210 Mio. Yuan) nach der Guoxin Wertpapier GmbH<sup>214</sup> (RMB 243 Mio. Yuan) auf einen dritten Platz. Beim Platzierungsvolumen reichte es für CICC nur für Platz 10 (RMB 2,6 Mrd. Yuan). Die CICC siegte nur in einer in diesem Jahr erstmalig eingeführten Kategorie „Gewinn pro Person“. Hier erwirtschafteten die Angestellten des Wertpapierhauses pro Person rund RMB 700.000 Yuan und waren damit fast doppelt so effizient wie der zweite in dieser Kategorie, die Guolian Wertpapier GmbH<sup>215</sup> (RMB 390.000 Yuan Gewinn pro Person).

Den größten Umsatz im Wertpapierhandel machte wie im Vorjahr China Galaxie (rund RMB 400 Mrd. Yuan), gefolgt wiederum wie im Vorjahr von Guotai Jun'an (RMB 375 Mrd. Yuan) und der Shenyin Wanguo Wertpapier AG<sup>216</sup> (RMB 282 Mrd. Yuan). Was die Gewinne dieser drei umsatzstärksten Wertpapiergesellschaften betrifft, zeigen sich bei China Galaxie Probleme, da sich das Unternehmen – obwohl es auch im Hinblick auf das Platzierungsvolumen einen zweiten Platz eingenommen hat – nicht unter den 20 profitabelsten Wertpapierhäusern platzieren konnte. Im Vorjahr hatte es noch auf Rang 2 gegläntzt. Shenyin Wanguo hat es auf den vierten Platz, Guotai Jun'an auf Platz 15 der ertragreichsten Wertpapierhändler gebracht (RMB 201 Mio. bzw. 51 Mio. Yuan). Die Probleme von China Galaxie könnten damit zusammenhängen, dass die Gesellschaft Mitte 2000 durch die Fusion und Reorganisation von fünf Treuhand- und Investmentgesellschaften entstanden war, die ihrerseits Tochtergesellschaften der vier großen staatlichen Banken und der Chinesischen Lebensversicherungsgesellschaft waren.<sup>217</sup> Dies lässt auf verkrustete Strukturen schließen, die China Galaxie eine Anpassung an den gewachsenen Wettbewerb in der chinesischen Wertpapierbranche schwierig machen.

## 2. Maßnahmen gegen die Veruntreuung von Kundengeldern

Die Trennung zwischen Eigenmitteln und Kundengeldern bei Wertpapiergesellschaften ist ein fortwährendes Problem. Die CSRC hat in der Vergangenheit mehrere Kampagnen durchgeführt, um Wertpapierhäuser zur Einhaltung der Regelung in § 132 Abs. 2 Satz 2 WpG zu bewegen, nach der Kundengelder auf speziellen Konten bei Geschäftsbanken einzuzahlen sind und nicht veruntreut werden dürfen. Die Verhängung massiver Verwaltungsanktionen gegen drei Dutzend Wertpapierhändler im Jahr 2000 scheint indes ebenso wenig gefruchtet zu haben wie der Erlass mehrerer Verwaltungsvorschriften zur Ausführung der Regelung in § 132 Abs. 2 Satz 2 WpG im Mai 2001.<sup>218</sup>

Bei China Southern Securities hatte sich erst allmählich herausgestellt, dass Kundengelder in Höhe von mehr als RMB 8 Mrd. Yuan veruntreut worden waren.<sup>219</sup> Bei Minfa Securities und sechs weiteren Wertpapierhändlern, darunter auch beim Investmentarm der börsennotierten Minsheng Bank, berichtete das *Caijing*-Magazin im August 2004 von der Veruntreuung von Kundengeldern zwischen RMB 51 Mio. Yuan und RMB 1,2 Mrd. Yuan.<sup>220</sup> Hongkonger Zeitungen schätzen das gesamte Volumen der veruntreuten Kundengelder auf RMB 200 Mrd. Yuan.<sup>221</sup>

Vor diesem Hintergrund erließ die CSRC am 12.10.2004 die „Mitteilung zur weiteren Verstärkung der Aufsicht über Clearinggelder für den Kundenhandel bei Wertpapiergesellschaften“<sup>222</sup>, die jedoch erst im Dezember des Jahres veröffentlicht wurde.<sup>223</sup> In der Mitteilung forderte die CSRC die Wertpapierhäuser auf, bis Mitte November des Jahres die vorschriftsmäßige Verbuchung von Kundengeldern intern zu prüfen und hierüber einen Bericht einzureichen. Für den Bericht musste sich der gesetzliche Repräsentant der betreffenden Gesellschaft durch seine Unterschrift verantwortlich zeigen. Außerdem wurde den Wertpapierhändlern die Umsetzung von fünf Maßnahmen aufgetragen,

<sup>218</sup> Hierzu ausführlich *Knut B. Piffler*, a.a.O. (Fn. 28), S. 322 ff. (dort noch optimistisch).

<sup>219</sup> Zunächst war man von einer Veruntreuung von RMB 1,9 Mrd. Yuan ausgegangen, siehe *Knut B. Piffler*, a.a.O. (Fn. 6), S. 47. Das Volumen von mehr als RMB 8 Mrd. Yuan nennt *Caijing* (财经) v. 1.11.2004, S. 60 unter Berufung auf einen Bericht der Zwangsverwaltungsführungsgruppe, die im Januar 2004 eingerichtet worden war.

<sup>220</sup> *Caijing* (财经) v. 20.8.2004, S. 67.

<sup>221</sup> „Investors want government to put money where its mouth is“, in: *South China Morning Post* v. 25.10.2004.

<sup>222</sup> 关于进一步加强证券公司客户交易结算基金监管的通知, ZGQZB v. 4.12.2004, S. 14.

<sup>223</sup> Siehe auch „Watchdog orders safeguards for clients“, in: *South China Morning Post* v. 7.12.2004.

<sup>212</sup> 中国银河证券有限公司.

<sup>213</sup> 国泰君安证券股份有限公司.

<sup>214</sup> 国信证券有限公司.

<sup>215</sup> 国联证券有限公司.

<sup>216</sup> 申银万国证券股份有限公司.

<sup>217</sup> Siehe *Knut B. Piffler*, a.a.O. (Fn. 28), S. 321.

die der Trennung von Eigenmitteln und Kundengeldern dienen. Hierfür wurde ihnen eine Frist bis Ende 2005 gesetzt. Bei Nichterfüllung der Verpflichtungen unter Einhaltung der Fristen drohte die CSRC mit einer Entlassung und der strafrechtlichen Verfolgung des Managements durch die entsprechenden Justizorgane.

### 3. Ausweitung des Geschäftsfelder

Wertpapiergesellschaften betreiben seit Anfang 2000 Geschäfte der Vermögensverwaltung, obwohl deren Zulässigkeit im Hinblick auf das Wertpapiergesetz, das solche Geschäfte zu verbieten scheint, insgesamt fragwürdig ist.<sup>224</sup> Die CSRC schaffte jedoch durch Erlass entsprechender Rechtsakte eine untergesetzliche Grundlage für die Vermögensverwaltung durch Wertpapiergesellschaften.<sup>225</sup> Zum Teil wurden dabei aber Geschäfte, die in Deutschland als Unterfall der Finanzportfolioverwaltung gesehen werden<sup>226</sup>, in China verboten. So untersagte die CSRC im April 2003 Wertpapiergesellschaften im Rahmen der Anlageverwaltung Vermögen verschiedener Kunden in einem Portfolio zusammenzufassen.<sup>227</sup> Die CSRC begründete dies damit, dass bei dieser Geschäftsform die Rechtsbeziehungen angesichts der Vielzahl der beteiligten Parteien zu komplex seien. Sie stellte aber in Aussicht, dass diese Geschäfte wieder aufgenommen werden könnten, sobald sie entsprechende Vorschriften erlassen habe.<sup>228</sup>

Im Dezember 2003 erließ die CSRC den angekündigten Rechtsakt und stellte die Vermögensverwaltung zugleich auf eine neue – freilich weiterhin untergesetzliche – Rechtsgrundlage.<sup>229</sup> Die Wertpapierhäuser wurden unter anderem dazu verpflichtet, bei der zusammengefassten

Portfolioverwaltung von Vermögen verschiedener Kunden bei einer designierten Depotbank ein besonderes Konto einzurichten. Ausführungsbestimmungen für die zusammengefasste Portfolioverwaltung wurden allerdings erst im Oktober 2004 erlassen.<sup>230</sup> Die CSRC bestimmte hierin, dass während einer „Versuchsphase“ nur „innovativen Versuchspunkt-Wertpapierhändlern“ erlaubt werde, solche Geschäfte zu betreiben.

Die Auswahl bestimmter Wertpapiergesellschaften als „innovative Versuchspunkt-Wertpapierhändler“ ist das Überbleibsel eines Planes der CSRC vom März 2004, die chinesischen Wertpapiergesellschaften anhand von Finanzindizes in vier Klassen (A bis D) einzuteilen.<sup>231</sup> Als die CSRC im August des Jahres in einer Mitteilung „Versuche mit innovativen Tätigkeiten durch Wertpapiergesellschaften“ ausrief<sup>232</sup>, hatte man von dieser Klassifizierung Abstand genommen. Die Mitteilung sieht nur eine Einteilung in Wertpapiergesellschaften, die an den Versuchen teilnehmen, und solchen vor, die nicht teilnehmen. Die konkreten Finanzindizes, nach denen sich die Klassifizierung ursprünglich richten sollte, waren zu allgemeinen Vorgaben wie „relativ gute Kapitalausstattung“ und „relativ normierte Geschäftsführung“ zusammengeschrumpft. Allerdings wurde mit der Evaluierung der Wertpapiergesellschaften der Chinesische Verband der Wertpapierbranche beauftragt.<sup>233</sup> Der Verband stellte daraufhin in einer Evaluierungsmethode seinerseits bestimmte Finanzindizes für die Bewertung der Leistungsfähigkeit der Wertpapierhäuser auf, die bei den Voraussetzungen für eine Teilnahme an den Versuchen in Übereinstimmung mit dem Wertpapiergesetz zwischen Universalwertpapiergesellschaften und Kommissionswertpapiergesellschaften unterscheiden.<sup>234</sup> Im Oktober kürte der Verband die ersten drei „innovativen Versuchspunkt-Wertpapierhänd-

<sup>224</sup> Siehe Knut B. Pißler, a.a.O. (Fn. 28), S. 479 f.

<sup>225</sup> Insbesondere zu nennen ist die „Mitteilung zur Normierung der Verwaltungsgeschäfte beauftragter Anlagen durch Wertpapiergesellschaften“ (关于规范证券公司受托投资管理业务的通知) v. 28.11.2004, 中华人民共和国证券期货法规汇编 (CSRC-Vorschriftensammlung) 2001, S. 230 ff. Hierzu ausführlich Knut B. Pißler, a.a.O. (Fn. 28), S. 479 ff.

<sup>226</sup> Siehe zu § 1 Abs. 1a, Nr. 3 KWG (Finanzportfolioverwaltung) nur Karl-Heinz Boos/Reinfrid Fischer/ Hermann Schulte-Mattler(-Fülber), Kommentar zum Kreditwesengesetz und Ausführungsbestimmungen, 2. Aufl., 2004, KWG § Rn. 125 ff.

<sup>227</sup> „Mitteilung zu Fragen im Zusammenhang mit Geschäften der zusammengefassten beauftragten Anlageverwaltung, die durch Wertpapiergesellschaften getätigt wird“ (关于证券公司从事集合性受托投资管理业务有关问题的通知) v. 29.4.2003, chinesisch-englisch in: China Law & Practice, Vol. 17 (2003), Nr. 5, S. 51 ff.

<sup>228</sup> Siehe Ziffer 1 der Mitteilung v. 29.4.2003 (Fn. 227).

<sup>229</sup> „Versuchsweise durchgeführte Methode zu Vermögensverwaltungsgeschäften für Kunden der Wertpapiergesellschaften“ (证券公司客户资产管理业务试行办法) v. 18.12.2003, ZGZQB v. 19.12.2003, S. 18. Die Methode setzte die Mitteilungen der CSRC v. 28.11.2004 (Fn. 225) und v. 29.4.2003 (Fn. 227) außer Kraft.

<sup>230</sup> „Mitteilung zu Fragen im Zusammenhang mit dem Aufbau von Geschäften der gesammelten Vermögensverwaltung durch Wertpapiergesellschaften“ (关于证券公司开展集合资产管理业务有关问题的通知) v. 21.10.2004, ZGZQB v. 22.10.2004, S. 15.

<sup>231</sup> Im März 2004 hatte die CSRC ein Konsultationspapier veröffentlicht, welches eine vierstufige Klassifizierung von Wertpapierhändlern (A bis D) vorsah, die sich an verschiedenen Finanzindizes orientieren sollte. Siehe „Plan zur Durchführung der Beaufsichtigung und Förderung einer innovativen Entwicklung von Wertpapiergesellschaften in getrennten Kategorien (Konsultationspapier)“ (关于实施分类监管推进证券公司创新发展的实施方案[征求意见稿]), siehe ZGZQB v. 5.3.2004, S. 1.

<sup>232</sup> „Mitteilung zu Fragen im Zusammenhang mit der Förderung innovativen Tätigkeiten in der Wertpapierbranche“ (关于推进证券业创新活动有关问题的通知) v. 12.8.2004, siehe ZGZQB v. 13.8.2004, S. 1.

<sup>233</sup> 3. Abschnitt der Mitteilung v. 12.8.2004 (Fn. 232).

<sup>234</sup> „Vorläufige Methode zur Evaluierung im Zusammenhang mit innovativen Tätigkeiten von Wertpapiergesellschaften“ (关于从事相关创新活动证券公司评审暂行办法), siehe ZGZQB v. 13.8.2004, S. 2.

ler“, nämlich die CITIC-Wertpapiergesellschaft, die Everbright Wertpapiergesellschaft<sup>235</sup> und die CICC.<sup>236</sup>

Die ersten Produkte der „zusammengefassten Portfolioverwaltung von Vermögen verschiedener Kunden“ wurden erst im April 2005 von den Wertpapiergesellschaften CITIC, Merchants und Orient<sup>237</sup> herausgebracht. Die Merchants Securities, der Investmentarm der börsennotierten China Merchants Bank, nennt das Produkt „Fund of Funds (FoF)“<sup>238</sup> und bringt damit zum Ausdruck, was sich hinter der „zusammengefassten Portfolioverwaltung“ verbirgt: von Wertpapiergesellschaften aufgelegte Fonds, die nicht den Regelungen des Investmentfondsgesetzes unterliegen.

#### 4. Ausweitung der Finanzierungsmöglichkeiten

Im Oktober 2004 revidierte die CSRC die „Vorläufige Methode zur Verwaltung der Anleihen von Wertpapiergesellschaften“<sup>239</sup> aus dem Jahr 2003. Die Voraussetzung, dass nur profitable Wertpapierhäuser Anleihen emittieren dürfen, wurde fallen gelassen.<sup>240</sup> Wertpapiergesellschaften wurde mit der Revision außerdem erlaubt, unter bestimmten Voraussetzungen Anleihen ohne das sonst zwingende Zurverfügungstellen von Sicherheiten in Höhe des Betrages der emittierten Anleihen im Rahmen einer Privatemission auszugeben.<sup>241</sup> Auch die Befristung der maximalen Laufzeit von Anleihen auf fünf Jahre wurde aufgehoben.<sup>242</sup> Schließlich wurde auch der Mindestumfang der emittierten Anleihen von RMB 200 Mio. Yuan auf RMB 50 Mio. Yuan herabgesetzt.<sup>243</sup>

In einer anderen Verwaltungsvorschrift eröffnete die Chinesische Volksbank den Wertpapiergesellschaften gleichzeitig einen weiteren Finanzierungskanal, indem sie ihnen die Ausgabe kurzfristiger Finanzanleihen im Interbankenmarkt erlaubte.<sup>244</sup>

Schließlich wurde im November 2004 auch die „Methode für die Verpfändung von Aktien für Darlehen durch Wertpapiergesellschaften“ (im Folgenden Aktiendarlehenmethode) aus dem Jahr 2000 revidiert.<sup>245</sup> Wie bei der Revision der Bestimmungen zur Ausgabe von Anleihen, wurden auch bei der Abänderung dieser Vorschriften die Bedingungen, unter denen Wertpapiergesellschaften durch Verpfändung von Aktien Darlehen aufnehmen können, erleichtert.<sup>246</sup> So wurde die Voraussetzung gestrichen, dass nur Gesellschaften, die keine operativen Verluste machen, Aktien verpfänden dürfen.<sup>247</sup> Die Laufzeit für Darlehen wurde von sechs Monaten auf ein Jahr verlängert.<sup>248</sup> Außerdem wurde darauf verzichtet, Ober- und Untergrenzen für Zinsen festzusetzen.<sup>249</sup> Unverändert geblieben sind allerdings die Anforderungen an die zu verpfändenden Aktien im Hinblick auf ihre Volatilität und die Finanzlage des Emittenten.<sup>250</sup> Es bleibt auch dabei, dass Darlehen nur im Wert von maximal 60% des Marktwertes der verpfändeten Aktien gewährt werden dürfen.<sup>251</sup> Erweitert wurde hingegen der Kreis möglicher Darlehensgeber: Bislang war es nur staatseigenen Geschäftsbanken erlaubt, solche Darlehen zu gewähren. Nunmehr wurde der Kreis auf alle Geschäftsbanken erweitert, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen und einen entsprechenden Antrag gestellt haben.<sup>252</sup> Die Verpfändung von Aktien wird durch die China Wertpapierregistrierungs- und Clearinggesellschaft mbH registriert.<sup>253</sup>

#### VII. Fazit

Die Entwicklung des chinesischen Kapitalmarktrechts im Jahre 2004 bietet das Bild einer gesetzgeberischen Großbaustelle, auf der bisweilen ein Brand ausbricht, wobei dieses Bild selbstredend

<sup>235</sup> 光大证券有限责任公司.

<sup>236</sup> ZGZQB v. 13.10.2004, S. 1.

<sup>237</sup> 招商证券公司 bzw. 东方证券公司.

<sup>238</sup> 基金宝.

<sup>239</sup> Siehe den „Beschluss zur Revision der ‚Vorläufigen Methode zur Verwaltung der Anleihen von Wertpapiergesellschaften‘“ (关于修改《证券公司债券管理暂行办法》的决定), v. 18.10.2004, mit dem die Methode zugleich in der revidierten Fassung verkündet wird, ZGZQB v. 19.10.2004, S. 5; chinesisch-englisch in der neuen Fassung in: CCH Business Regulation ¶8-858.

<sup>240</sup> § 7 der Methode v. 18.10.2004 (Fn. 239).

<sup>241</sup> § 12 Abs. 2 der Methode v. 18.10.2004 (Fn. 239).

<sup>242</sup> § 23 der Methode v. 18.10.2004 (Fn. 239).

<sup>243</sup> § 26 Nr. 2 der Methode v. 18.10.2004 (Fn. 239).

<sup>244</sup> Siehe „Methode zur Verwaltung von kurzfristigen Finanzanleihen von Wertpapiergesellschaften“ (证券公司短期融资券管理办法), welche die Chinesische Volksbank nach Beratungen mit der CSRC und der CBRC am 18.10.2004 erlassen hat, ZGZQB v. 19.10.2004, S. 2; chinesisch-

englisch in: CCH Business Regulation ¶8-862. Siehe zu den Antragsmaterialien, die von einer Wertpapiergesellschaft eingereicht werden müssen, wenn sie kurzfristige Finanzanleihen auf dem Interbankenmarkt emittieren wollen, die „Mitteilung zu Fragen im Zusammenhang mit der Ausgabe von kurzfristigen Finanzierungspapieren durch Wertpapiergesellschaften“ (关于证券公司发行短期融资券相关问题的通知) v. 11.1.2005, ZGZQB v. 12.1.2005, S. 2

<sup>245</sup> 证券公司股票质押贷款管理办法, neu verkündet auf Grund einer Mitteilung der Chinesischen Volksbank, der CSRC und der CBRC, ZGZQB v. 5.11.2005, S. 3; chinesisch-englisch in der revidierten Fassung in: CCH Business Regulation) ¶8-860.

<sup>246</sup> Siehe zur alten Rechtslage Knut B. Piffler, a.a.O. (Fn. 28), S. 347 f.

<sup>247</sup> Zu den neuen Voraussetzungen siehe § 9 Aktiendarlehenmethode.

<sup>248</sup> § 10 Aktiendarlehenmethode.

<sup>249</sup> Diese richten sich nun nach nicht spezifizierten Bestimmungen der Chinesischen Volksbank, siehe § 11 Aktiendarlehenmethode.

<sup>250</sup> § 12 Aktiendarlehenmethode.

<sup>251</sup> § 13 Aktiendarlehenmethode.

<sup>252</sup> § 8 Aktiendarlehenmethode.

<sup>253</sup> § 18 Aktiendarlehenmethode. Die China Wertpapierregistrierungs- und Clearinggesellschaft mbH wird nach § 40 Aktiendarlehenmethode ermächtigt, entsprechende Ausführungsbestimmungen zu erlassen.

gegenwärtig in China auch auf andere Rechtsgebiete übertragbar wäre.

Der Bauabschnitt Gesellschaftsgesetz und Wertpapiergesetz ist dadurch geprägt, dass der chinesische Normgeber der Praxis hinterherläuft.<sup>254</sup> Die beschlossenen Änderungen werden sich daher kaum auswirken. Die Abschaffung des Genehmigungsvorbehaltes bei der Börsenzulassung von Gesellschaftsanleihen durch die CSRC ist vor dem Hintergrund, dass die Emission der Anleihen einem Quoten- und Genehmigungssystem unterliegt, nicht von Gewicht. Dass die Festsetzung des Emissionspreises bei Aktien nicht der Genehmigung durch die CSRC bedarf, war für die Einführung eines marktgerechten Preisfindungsmechanismus überfällig; das Genehmigungserfordernis war von der CSRC in der Vergangenheit bereits flexibel gehandhabt worden, so dass die Änderung insofern nur die geübte Praxis legalisiert. Die Diskussion über eine weitere umfassende Revision des chinesischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts ist weiter in vollem Gange<sup>255</sup>, so dass hierzu zukünftig mehr zu berichten sein wird.

Im Bereich der Umwandlung nichthandelbarer Aktien in handelbare Aktien bastelte man 2004 zunächst noch an der Verbesserung des Schutzes von Publikumsaktionären. Die neuen Vorschriften müssen aber erst noch erweisen, ob sie geeignet sind, das Niveau der Corporate Governance chinesischer Aktiengesellschaften zu heben.<sup>256</sup> Undeutlich ist bislang, ob Aktionäre bei einer zukünftigen Umwandlung der nichthandelbaren Aktien wirksam vor einem damit zu erwartenden Kursverfall geschützt werden können. Die CSRC hat erst im April 2005 einen konkreten Plan für die Umwandlung nichthandelbarer Aktien in handelbare Aktien bei einigen Unternehmen auf Versuchsbasis bekannt gemacht.<sup>257</sup> Dieser Plan sieht vor, dass Aktionäre der Umwandlung auf einer außerordentlichen Hauptversammlung mit doppelt-qualifizierter Mehrheit zustimmen müssen: Der Beschluss bedarf der qualifizierten Mehrheit aller an der Beschlussfassung teilnehmenden Aktionäre und zusätzlich der qualifizierten Mehrheit der an der Be-

schlussfassung teilnehmenden Inhaber handelbarer Aktien, wobei eine internetgestützte Abstimmung und Stimmrechtssammlungen durch unabhängige Vorstandsmitglieder zwingend vorgeschrieben sind.<sup>258</sup> Es bleibt abzuwarten, ob der Plan der CSRC geeignet ist, zu einem Interessenausgleich zwischen Inhabern nichthandelbarer Aktien und Inhabern handelbarer Aktien zu führen, den man sich wohl in Form einer wie auch immer ausgestalteten Ausgleichszahlung für den zu erwartenden Kursverlust an die Inhaber handelbarer Aktien vorzustellen hat.<sup>259</sup>

Das Gebäude der Vorschriften zu Investmentfonds wurde 2004 fertig gestellt. Die Ausführungsbestimmungen zum Wertpapierinvestmentfondsgesetz beantworten einige der Fragen, die nach Verabschiedung des Gesetzes offen geblieben waren. Die Bereiche Vertrieb von Fondsanteilen, Auflage von Fonds und Handel mit Fondsanteilen haben schärfere Konturen erhalten.<sup>260</sup> Die Einführung neuer Fondsprodukte macht deutlich, dass die Konkurrenz zwischen den Börsen in Shanghai (Exchange Traded Funds) und in Shenzhen (Listed Open-ended Funds) innovative Wirkung entfaltet. Positiv ist zu vermerken, dass die CSRC durch die Aufhebung der Vorgängervorschrift aus dem Jahre 1997 Klarheit im Hinblick auf die Geltung von Anlagegrenzen für Investmentfonds geschaffen hat. Die einheitliche Regelung der Kapitalanlagegesellschaften auch für den Fall einer ausländischen Beteiligung ist ein Schritt weg vom Rechtsdualismus, der für weite Teile des chinesischen Gesellschaftsrechts noch immer zwischen Binnenwirtschaftsrecht und Außenwirtschaftsrecht unterscheidet.<sup>261</sup> Dass chinesischen Geschäftsbanken die Gründung von Fondsverwaltungsgesellschaften erlaubt wird, ist außerdem als weiteres Indiz für die allmähliche Rückkehr zum Universalbankensystem zu verstehen; es handelt sich dabei im übrigen um eine Entwicklung, die in China immer mehr Befürworter auf höchster Ebene findet.<sup>262</sup>

<sup>258</sup> Siehe 3. Abschnitt der Mitteilung v. 29.4.2005 (Fn. 257).

<sup>259</sup> Siehe *Michael G. DeSombre/CHEN Weiheng*, Unloading State-owned Shares: Another Trial Under New Rules, in: *China Law & Practice*, Vol. 19 (2005), Nr. 5, S. 17 ff.

<sup>260</sup> Siehe oben unter III 2 und 3.

<sup>261</sup> Siehe oben unter III 4.

<sup>262</sup> Zu den Befürwortern zählen *ZHOU Zhengqing* (周正庆), Vizeleiter des Finanz- und Wirtschaftsausschusses des Nationalen Volkskongresses, *ZGZQB* v. 30.12.2003, S. 1/2, und die Vizepräsidentin der Chinesischen Volksbank, *WU Xiaoling* (吴晓灵), *ZGZQB* v. 7.4.2005, S. 1. Aus der Wissenschaft macht sich *WANG Guogang* (王国刚) des Finanzinstituts der Chinesischen Akademie für Sozialwissenschaften mit Hinweis auf die veränderte Rechtslage in den USA für die Rückkehr zum Universalbankensystem in China stark, siehe *ZGZQB* v. 3.2.2004, S. 18.

<sup>254</sup> Siehe oben unter I.

<sup>255</sup> Eine erneute Revision des Gesellschaftsgesetzes wurde im Februar 2005 vom Ständigen Ausschuss beraten, siehe: *ZGZQB* v. 19.2.2005, S. 1. Zur geplanten Revision des Wertpapiergesetzes siehe zuletzt den großen Bericht in: *Nanfeng Zhoumo* (南方周末) v. 14.4.2005, S. 17/20.

<sup>256</sup> Siehe oben unter II.

<sup>257</sup> „Mitteilung zu Fragen im Zusammenhang mit Versuchen zur Reform der getrennte Allokation von Anteilsrechten in börsenzugelassenen Gesellschaften“ (关于上市公司股权分置改革试点有关问题的通知) v. 29.4.2005, chinesisch-englisch in: *China Law & Practice*, Vol. 19 (2005), Nr. 5, S. 35 ff.

Im Börsenrecht wurden neue Baustellen eröffnet. Mit Blick auf die Errichtung des „Marktes für kleine und mittlere Unternehmen“ ist die eingeschlagene Richtung aner kennenswert, einen Markt für private Unternehmen zu errichten, um durch die Öffnung eines Kanals für Eigenkapital die Benachteiligung dieser Unternehmen bei der Fremdmittelaufnahme bei den staatseigenen Banken auszugleichen.<sup>263</sup> Die hohen gesellschaftsrechtlichen Anforderungen an die öffentliche Ausgabe von Aktien und deren Börsenzulassung, die auch für diesen neuen Markt an der Börse in Shenzhen gelten, trüben die Bilanz jedoch vor dem Hintergrund, dass ursprünglich ein „Growth Enterprise Market“ nach Hongkonger Vorbild geplant war. Man wird mit Spannung abwarten dürfen, ob nach Eröffnung des neuen Marktes in Shenzhen der zweite Teil des ursprünglichen Planes verwirklicht wird, nämlich ob das dortige „main board“ zur Börse in Shanghai gezogen wird. Die starke Rivalität zwischen den Börsenstandorten lässt dies jedoch zumindest mittelfristig als unwahrscheinlich erscheinen.

Ein kleiner Brand ist im Börsenrecht durch die Weigerung von Gesellschaften ausgebrochen, ihre Aktien nach dem Widerruf der Börsenzulassung im „third board“ handelbar zu halten.<sup>264</sup> Die hiergegen ergriffene Ad hoc-Maßnahme der CSRC steht beispielhaft für die Mängel eines staatlich gelenkten Marktes. Es besteht ein Interessenkonflikt zwischen den Gesellschaften, denen mit dem Widerruf der Börsenzulassung der wirtschaftliche Anreiz fehlt, an einem Markt gehandelt zu werden, der den Ruf eines „Clubs der Verlierer“ hat, und den staatlichen Vorgaben im Gesellschaftsgesetz, nach denen Aktien nur über „nach dem Recht errichtete“, d.h. staatlich kontrollierte Märkte übertragen werden dürfen. Eine Lösung könnte darin zu sehen sein, dass man das „third board“ für Neuemissionen auch durch Gesellschaften öffnet, die nicht den Widerruf der Börsenzulassung hinter sich haben. Wie sich dieser Markt dann aber neben dem gerade errichteten „Markt für kleine und mittlere Unternehmen“ behaupten soll, und wie man sich das Verhältnis zu den „Vermögensrechtmärkten“ vorzustellen hat, über die ebenfalls Beteiligungen an Unternehmen nicht börsenzugelassener Gesellschaften gehandelt werden, bleibt unklar.

Die Revision der Börsenzulassungsvorschriften war vor allem zur Anpassung an die veränderte Rechtslage erforderlich geworden und sind insofern Schönheitsreparaturen.<sup>265</sup> Die Einarbeitung

verschiedener Rechtsakte der Börse in die Zulassungsvorschriften bringt außerdem eine größere Übersichtlichkeit mit sich. Lobenswert sind auch die Bemühungen um eine Definition einzelner Begriffe und die Konkretisierung einzelner Tatbestände. Die bestehenden Probleme im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit bestimmter Entscheidungen zum Widerruf der Börsenzulassung können hingegen nur durch eine Revision des Gesellschaftsgesetzes gelöst werden.

Der Zufluss frischen Kapitals in die Aktienmärkte aus Versicherungsvermögen und betrieblichen Rentenfonds hat die Aktienkurse bislang aus der Baugrube holen können.<sup>266</sup> Aus Sicht der Versicherungen und Fondsverwalter ist es immerhin positiv zu bewerten, dass ein erweitertes Spektrum von Anlagemöglichkeiten zur Verfügung steht. Letztlich stellt sich jedoch auch für diese Anleger die Frage, wann der richtige Zeitpunkt für einen Einstieg in den chinesischen Aktienmarkt, d.h. die Talsohle erreicht ist. Ausländische institutionelle Anleger mit Zugang zum chinesischen Aktienmarkt (die so genannten Qualified Foreign Institutional Investors<sup>267</sup>) kamen Anfang 2005 zu dem Ergebnis, dass sich die Kurse chinesischer Aktien nach einer Überbewertung in der Vergangenheit inzwischen durch den allgemeinen Kursverfall dem internationalen Niveau angepasst hätten.<sup>268</sup>

Wann die Wertpapierbranche ihre Krise überwunden haben wird, die immer mehr die Gestalt eines Großbrandes annimmt, ist noch nicht abzusehen. Die erneuten Löschmaßnahmen der CSRC gegen die Veruntreuung von Kundengeldern der Wertpapiergesellschaften zeigen, dass es der Aufsichtsbehörde nicht gelingt, die Branche zum Einhalten von Gesetzen zu bewegen.<sup>269</sup> Ein hartes Durchgreifen gegen Verstöße mit Hilfe der im Wertpapiergesetz vorgesehenen Verwaltungs-sanktionen in Form von hohen Bußgeldern hat in der Vergangenheit nicht gefruchtet und würde heute die Wertpapierhäuser, die ohnehin in einer Finanzkrise stecken, noch näher an eine Insolvenz bringen. Auch ohne die Verhängung von Bußgeldern haben die neuen Maßnahmen zu neuen Opfern bei den Wertpapierhändlern geführt: Bei der Dapeng Wertpapiergesellschaft wurden im Januar 2005 veruntreute Kundengelder in Höhe von RMB 1,7 Mrd. Yuan festgestellt, deren Rückführung die

<sup>266</sup> Siehe oben unter V 1 und 2.

<sup>267</sup> Siehe hierzu *Knut B. Piffler*, Neue Chancen und Risiken für ausländische Investoren auf dem chinesischen Kapitalmarkt, in: CHINA aktuell, Februar 2003, S. 193 ff. (198 ff.).

<sup>268</sup> „Foreign interest grows as A shares fall into line“, in: South China Morning Post v. 6.4.2005.

<sup>269</sup> Siehe oben unter VI 2.

<sup>263</sup> Siehe oben unter IV 1.

<sup>264</sup> Siehe oben unter IV 2.

<sup>265</sup> Siehe oben unter IV 3.

Gesellschaft in die Insolvenz zu treiben droht.<sup>270</sup> Für Hantang Securities, die noch Anfang 2004 als Partner der Deutschen Bank für ein Gemeinschaftsunternehmen im Gespräch war<sup>271</sup>, sind die Aussichten auf eine Sanierung geschwunden, nachdem auch dort veruntreute Kundengelder in einem Volumen von RMB 2,5 Mrd. Yuan entdeckt wurde.<sup>272</sup>

Fraglich bleibt, ob sich die Wertpapiergesellschaften mit Hilfe der Ausweitung der Finanzierungsmöglichkeiten aus eigener Kraft aus der finanziellen Notlage befreien können werden.<sup>273</sup> Es ist damit zu rechnen, dass weitere staatliche Zuwendungen wie im Fall der China Southern Securities<sup>274</sup> erforderlich sind, um soziale Unruhen zu verhindern, wenn Anleger bei Insolvenzen um ihre Gelddepots bei den Wertpapierhäusern fürchten müssen. Besonders problematisch ist, dass bis vor kurzem kein Garantiefonds zum Schutz von Anlegern vor der Zahlungsunfähigkeit der Wertpapierhändler existierte. In einer gesetzgebungstechnisch verunglückten Ad hoc-Maßnahme<sup>275</sup> sagten die Chinesische Volksbank, das Finanzministerium, die CBRC und die CSRC Anlegern Ende 2004 zu, für bis zu RMB 100.000 Yuan als Schuldner in Verbindlichkeiten gegenüber bestimmten Finanzinstituten, die sich in einer Reorganisation oder unter treuhänderischer Verwaltung befinden

oder geschlossen wurden, einzutreten. Über den Betrag von RMB 100.000 Yuan hinaus haftet der chinesische Zentralstaat gegenüber Anlegern zu 90%, während die Lokalregierungen für den Rest aufkommen sollen. Der Anwendungsbereich und die konkrete Durchführung dieser Maßnahme, bleiben aber undeutlich. Im Februar 2005 bestimmten die CSRC und das Finanzministerium in einer Mitteilung<sup>276</sup>, dass ein Anlegerschutzfonds aus Zinsen für Geldmittel, die während der Zeichnungsfrist bei der Emission neuer Aktien auf Bankkonten ruhen, finanziert wird. Ob dieser Anlegerschutzfonds bei einer Zahlungsunfähigkeit von Wertpapierhändlern zur Verfügung steht, ist allerdings nicht klar.

Vor diesem Hintergrund ist zu verstehen, dass die CSRC „chinaspezifische“ Maßnahmen ergreift: Die Verknüpfung der Zulassung zum neuen Geschäftsfeld der gesammelten Finanzportfolioverwaltung mit der Auszeichnung als „innovative Versuchspunkt-Wertpapierhändler“<sup>277</sup> mag ausländischen Beobachtern fremdartig erscheinen. Für den chinesischen Kapitalmarkt sind solche Maßnahmen als Mittel einer staatlich gesteuerten Marktberichtigung nicht neu. Beispielsweise wurde 2001 die Errichtung von Fondsverwaltungsgesellschaften an ein System „die Guten heben die Hand“<sup>278</sup> geknüpft, nach dem sich Anteilseigner solcher Gesellschaften bei der CSRC registrieren lassen und gegenüber den Börsen ein „Versprechen der Selbstverwaltung“ abgeben sollten.<sup>279</sup> Dass das gesamte Geschäftsfeld der Vermögensverwaltung von Wertpapiergesellschaften auf einer wackeligen Rechtsgrundlage steht, wird nicht gesehen.<sup>280</sup>

<sup>270</sup> Caijing (财经) v. 24.1.2005, S. 35.

<sup>271</sup> „Deutsche Bank seeks lead role in brokerage“, in: South China Morning Post v. 19.2.2004.

<sup>272</sup> Caijing (财经) v. 21.3.2005, S. 48 f. Der Leiter der Presseabteilung der Deutschen Bank für Asien in Hongkong, Michael West, lehnte gegenüber dem Verfasser eine Stellungnahme zu Konsequenzen, welche die Bank aus den Problemen des anvisierten Partners ziehen will, am 17.8.2005 mit der Begründung ab, dass „[...] we never respond to rumours and speculation particularly from China.“

<sup>273</sup> Siehe oben VI 4.

<sup>274</sup> Hongkonger Medienberichten zufolge hat China Southern Securities zur Verhinderung einer Zahlungsunfähigkeit Anfang 2004 staatliche Zuwendungen in Höhe von RMB 8 Mrd. Yuan erhalten. Siehe „Scandal-hit brokerage to test reform“, in: South China Morning Post v. 7.4.2005.

<sup>275</sup> Zunächst wurde die Maßnahme als Xinhua-Agenturmeldung in Form einer „Interpretation der Bekanntmachung betreffender Abteilungen zum Ankauf von Einzelpersonen-Forderungen und Kundengeldern für das Clearing im Wertpapierhandel“ (有关部门就收购个人债权及客户证券交易结算基金公告作出解释) ohne Nennung des erlassenden Organs veröffentlicht, ZGZQB v. 18.10.2004, S. 2. Anfang November wurden dann die „Ansichten zum Ankauf von Einzelpersonen-Forderungen und Kundengeldern für das Clearing im Wertpapierhandel“ (个人债权及客户证券交易结算基金收购意见) von der Chinesischen Volksbank, dem Finanzministerium, der CSRC und der CBRC wiederum durch eine Xinhua-Agenturmeldung veröffentlicht, ZGZQB v. 5.11.2004, S. 1/2. Die Ansichten nehmen auf die frühere Bekanntmachung Bezug, bei der es sich allem Anschein nach um eine interne Anweisung an die Wertpapierhändler gehandelt hat, die versehentlich über die Internetseiten einiger Wertpapierhäuser veröffentlicht worden war, siehe ZGZQB v. 18.10.2004, S. 1. Anleger hatte die Bekanntmachung, deren Inhalt letztlich unbekannt bleibt, offensichtlich so beunruhigt, dass ein weiterer Abzug von Kapital aus den Aktienmärkten zu befürchten war, und sich die Aufsichtsorgane gezwungen sahen, die „Interpretation der Bekanntmachung“ zu veröffentlichen.

<sup>276</sup> „Mitteilung zu Fragen der Behandlung der Zinsen für die eingefrorenen Geldmittel bei der Zeichnung von Wertpapieren wie Aktien und Wandelanleihen“ (关于在股票可转债等证券发行中申购冻结基金利息处理问题的通知) v. 17.1.2005, ZGZQB v. 21.2.2005, S. 2.

<sup>277</sup> Siehe oben unter VI 3.

<sup>278</sup> 好人举手.

<sup>279</sup> Siehe ZGZQB v. 27.8.2001, S. 1/4.

<sup>280</sup> Dabei kann man durchaus die Frage stellen, wie die Aufsichtsbehörden von den durch sie beaufsichtigten Unternehmen verlangen wollen, Gesetze einzuhalten, wenn sie selbst offensichtlich keinen Wert auf deren strikte Einhaltung legen.

# The Preservation of Evidence in China's International Commercial Arbitration

LI Jing\*

## I. Introduction

It has been more than ten years since the promulgation of the Arbitration Law of the People's Republic of China in 1994.<sup>1</sup> During this past decade, the Arbitration Law has been playing a substantial role in promoting arbitration, especially international commercial arbitration of China. However, from the perspective of general international standards, and particularly in the light of China's accession to the World Trade Organization (WTO), the Arbitration Law is still rigid and old-fashioned in many places. Among other things, its provisions concerning the preservation of evidence leave much to be desired compared to those of developed arbitration statutes.

Measures ordered to preserve evidence are generally recognized as one form of interim relief of protection in arbitration.<sup>2</sup> Considering the importance of preserving the evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute, one may always be surprised to find the

scarcity and ambiguity of relevant legal texts in this regard, especially as the issue of interim measures of protection has kept on generating piles of discussions and commentaries in recent years.<sup>3</sup> This article endeavours to address the particular issue of evidence preservation in China's international commercial arbitration. The article begins with a description of the Chinese legal system, followed by a short account of how evidence is preserved in litigation procedures in order to give the necessary background information. By probing into the problems in practice caused by the inadequacy of relevant legal texts, an in-depth analysis is made and some possible legislative resolutions are suggested.

## II. Background Information

### 1. Institutional Framework

The Chinese arbitration system primarily consists of the China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), the China Maritime Arbitration Commission (CMAC) and more than 160 local arbitration commissions set up in large and medium-sized cities throughout China. These domestic arbitration commissions were called upon to handle international arbitration cases by the Circular of the General Bureau of the State Council on Several Issues Concerning the Implementation of Arbitration Law (State Council Circular).<sup>4</sup> Although the presumed intention of such State Council Circular was to offer a wider variety of choices for parties to tailor the arbitral proceedings better to their different needs, the competence in handling

---

\* LL. B., University of International Business and Economics, Beijing; LL. M., Stockholm University; Legal Assistant at Trust Law Firm, Beijing Office. The Author wants to dedicate this article to Dr. Patricia Shaughnessy and Prof. Lars Heuman at the Stockholm University.

<sup>1</sup> Arbitration Law of the People's Republic of China (《中华人民共和国仲裁法》), August 31<sup>st</sup>, 1994, (最新中华人民共和国常用法律法规全书), Beijing 2003, pp. 1426-1430; English translation available at <http://english.sohu.com/2004/07/04/78/article220847885.shtml> (visited April 25<sup>th</sup>, 2005).

<sup>2</sup> Alan Rerfern/Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London 1999, section 7-20: "[t]he first category of interim measures, directed to the taking of preservation of evidence"; W. Laurence Craig/William Park/Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York 2000, pp. 460: "[i]nterim measures are said to cover... those that have to do with the discovery, preservation and production of evidence concerning the dispute"; Emmanuel Gaillard/John Savage, Fouchard, Gaillard and Goldman on *International Commercial Arbitration*, the Hague 1999, Part 4, Chapter III: "a protective or conservatory ruling preserves a party's right, the *status quo* or evidence" and Report of the Working Group on Arbitration on the work of its thirty-sixth session (New York, 4-8 March 2002), A/CN.9/508, pp. 19: "With a view to facilitating the issuance of interim measures aimed at preventing destruction of evidence, it was suggested that among the illustrative list contained in paragraph (4), mention should be made of 'a measure intended to provide a preliminary means of preserving evidence'. That suggestion was accepted by the Working Group."

<sup>3</sup> This is largely due to the effort made by the UNCITRAL Working Group II to design uniform provisions on interim measures of protection and its enforcement since the year of 2000. Jason Fry, *Interim Measures of Protection: Recent Developments and the Way Ahead*, in: *International Arbitration Law Review*, Vol. 6 (2003), No. 5, pp. 158-159.

<sup>4</sup> 3<sup>rd</sup> Section of the Circular of the General Bureau of the State Council on Several Issues Concerning the Implementation of Arbitration Law (《国务院办公厅关于贯彻实施《中华人民共和国仲裁法》需要明确的几个问题的通知》), June 8<sup>th</sup>, 1996, available at [http://www.law-lib.com/law/law\\_view.asp?id=12496](http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=12496) (visited April 27<sup>th</sup>, 2005).

foreign-related cases of many domestic arbitration commissions is still far from satisfactory. It is noted that the problems of lack of expertise and political interference from local administrative authorities still exist in such domestic arbitration commissions, and a number of them tend to run short of caseload on a regular basis.<sup>5</sup>

CIETAC has been, and still by far is, the most important and popular forum for foreign investors. In the beginning of 2005, it promulgated its latest version of CIETAC Arbitration Rules (CIETAC Rules), which will be in effect from May 1<sup>st</sup> of this year.<sup>6</sup>

## 2. Statutory Framework

Chinese law basically takes the following five forms:

- Laws adopted by National People's Congress or its Standing Committee;
- Regulations formulated by the State Council and various ministries or equivalents under it;
- Provisions issued by provincial municipalities;
- Interpretations made by the Supreme People's Court (SPC) ("judicial interpretations");
- Others.

Therefore, when parties choose to arbitrate their disputes in China, they shall bear in mind their *lex arbitri* – the law governing the arbitral proceedings, usually the law of the place of arbitration – by no means only refers to the Arbitration Law. Relevant provisions in the Civil Procedure Law of the People's Republic of China (Civil Procedure Law),<sup>7</sup> the State Council Circular, and 21 Judicial Interpretations are all legally binding authorities directly or indirectly dealing with arbitration.<sup>8</sup> In addition, China as a member of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of

Foreign Arbitral Awards (New York Convention) is subject to the reciprocity reservation, hence it is under the obligation to recognize and enforce foreign arbitral awards made in the territory of other contracting states of the Convention.<sup>9</sup>

China is not a common law country. It has only recently adopted a solid practice of reporting cases when the SPC started reporting its cases in the Gazette of the Supreme People's Court of the People's Republic of China. Nowadays, more and more people's courts as well as arbitration institutes begin to publish cases, but they are not very systematic. It must be borne in mind that these cases are more influential in academic studies than in legal practice, where they only have persuasive or suggesting value rather than binding force as precedents.<sup>10</sup>

As this article focuses on evidential issues, importance shall be attached to another source of law, the Several Rules of Evidence Concerning Civil Litigation of the Supreme People's Court (Civil Evidence Rules), which came into force on April 1<sup>st</sup>, 2002.<sup>11</sup> The Civil Evidence Rules are essentially Judicial Interpretations for a better implementation of the Civil Procedure Law,<sup>12</sup> they apply equally to both domestic cases and cases involving foreign elements.<sup>13</sup> Since China has no unified evidence code *per se*, the Civil Evidence Rules are widely considered to be the most important attempt of the SPC in helping to further improve judicial justice in China and to be the most developed legal text on evidential issues besides the relevant provisions in the Civil Procedure Law.<sup>14</sup>

## 3. Evidence Preservation in Judicial Procedure

It is common practise for courts to order interim relief for evidence preservation. Art. 74 Civil Procedure Law confers upon the parties in litigation the right to apply directly to the people's court for preservation of evidence:

<sup>5</sup> The Resolution of China Disputes Through Arbitration (Freshfields Bruckhaus Deringer, Hong Kong), May 2004, pp. 8-9, available at <http://www.freshfields.com/practice/disputeresolution/publications/pdfs/8287.pdf>.

<sup>6</sup> 中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则, January 11<sup>th</sup>, 2005, available at <http://www.cietac.org.cn/>; English translation available at <http://www.cietac.org.cn/english/rules/rules.htm> (both visited April 25<sup>th</sup>, 2005.) Read more about CIETAC and China's arbitral system at [http://www.cietac.org.cn/english/introduction/intro\\_1.htm](http://www.cietac.org.cn/english/introduction/intro_1.htm) (visited April 25<sup>th</sup>, 2005).

<sup>7</sup> Civil Procedure Law of the People's Republic of China (中华人民共和国民事诉讼法), April 9<sup>th</sup>, 1991, (最新中华人民共和国常用法律法规全书), Beijing 2003, pp. 1389-1409, English translation available at [http://www.novexcn.com/civil\\_procedure\\_law.html](http://www.novexcn.com/civil_procedure_law.html) (visited April 26<sup>th</sup>, 2005). Arbitration-related provisions are Art. 257-261, Art. 266 (2) and Art. 269 Civil Procedure Law.

<sup>8</sup> Jerome A. Cohen/Neil Kaplan/Peter Malanczuk, Arbitration in China, A practical Guide, Hong Kong 2004, pp. 457-508.

<sup>9</sup> The New York Convention was ratified by China on January 22<sup>nd</sup>, 1987 and effective from on July 22<sup>nd</sup>, 1987.

<sup>10</sup> For a collection of reported cases in the PRC see <http://www.qis.net/chinalaw/prclaw8.htm> (visited April 20<sup>th</sup>, 2005).

<sup>11</sup> Several Rules of Evidence Concerning Civil Litigation of the Supreme People's Court (最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定), December 21<sup>st</sup>, 2001, available at [http://www.law-lib.com/law/law\\_view.asp?id=16829](http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=16829) (visited April 25<sup>th</sup>, 2005).

<sup>12</sup> Under Art. 33 of the Organizational Law of the People's Court of China (中华人民共和国人民法院组织法, September 2<sup>nd</sup>, 1983, (最新中华人民共和国常用法律法规全书), Beijing 2003, pp. 65-68, the SPC shall have the power to interpret laws and regulations as to how they are going to be applied in the course of judicial practice.

<sup>13</sup> Mo Zhang/Paul J. Zwier, Burden of Proof: Developments in Modern Chinese Evidence Rules, in Tulsa Journal of Comparative and International Law (2003), pp. 463.

<sup>14</sup> Art. 63-74 Civil Procedure Law.

“Should the evidence be destroyed or lost, or should it be difficult to obtain afterwards, the parties in litigation may request the people's court for the preservation of such evidence; the people's court may also take security measures on its own initiative.”

The apparent vagueness and ambiguity of this provision is substantially reduced by the Civil Evidence Rules. Art. 23 Civil Evidence Rules requires that if the parties apply to the people's court for preservation of evidence under Art. 24 of the Civil Procedure Law, the application shall be made no later than seven days before expiration of the period for evidence production. It is also provided that when a party applies for preservation of evidence, the people's court may ask such party to provide a corresponding security. It is further set out that if applicable laws or judicial interpretations contain provisions on pre-litigation preservation of evidence, such provisions shall apply.

Art. 24 Civil Evidence Rules follows by listing a variety of different methods that may be employed to carry out the evidence preservation, once such request is granted by the people's court. Such methods include, without limitation, sealing-up, detaining, taking of photographs, audio recording, video recording, copying, verifying, inspecting or preparation of records. With regard to whether the relevant party or his representative should be present when making preservation of evidence by the people's court, Art. 24 Civil Evidence Rules only provides that the people's court *may* ask for the presence of the party or his representative.<sup>15</sup>

### III. Evidence Preservation in Arbitral Proceedings

#### 1. No Power for Arbitral Tribunals to Order Interim Relief to Preserve Evidence

Unlike many developed legal systems,<sup>16</sup> Chinese law does not grant arbitrators the power to order measures for evidence preservation, rather the relevant power still lies with the people's courts, as provided in Art. 46 Arbitration Law:

<sup>15</sup> Note that this is different from the issue of *ex parte* preservation of evidence. The word “making” here refers to the carrying out of a particular method of evidence preservation, not the decision-making process of the people's court on whether to grant evidence preservation.

<sup>16</sup> In general, most developed arbitration statutes have moved towards a willingness to permit arbitrators to grant provisional relief. This trend reflects the increasing acceptance of arbitration as a satisfactory mechanism for resolving complex international commercial disputes and an increasing recognition by national courts that interlocutory judicial interference in the arbitral process is often counterproductive. Gary B. Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, New York 2001, Part III, Chapter 14.

“If the evidence is perishable or if the evidence may be hard to obtain in the future, parties may request that the evidence shall be preserved. Where a party requests preservation of the evidence, the arbitration commission shall submit the request to the Basic Level People's Courts (BPC)<sup>17</sup> of the location where the evidence is obtained.” And further in Art.68 Arbitration Law: “When a party requests preservation of evidence in an arbitration which involves foreign elements,<sup>18</sup> the arbitration commission shall submit the party's request to the Intermediate People's Court (IPC) in the place where the evidence is located.” Art. 23 para. 2 CIETAC Rules echoes the above two provisions: “When a party applies for taking interim measures of preservation of evidence, the Arbitration Commission shall submit the party's application to the people's court in the place where the evidence is located for a ruling.” Since the people's court still is the only competent venue to grant preservation of evidence in China, Art. 23 and 24 Civil Evidence Rules shall be also applicable in the practice of courts in ordering preservation of evidence in aid of arbitration.<sup>19</sup>

#### 2. Reasons for Giving the Court Exclusive Competence

##### a) Historical and Cultural Reasons

Although this allocation of power between the arbitral tribunal and the people's courts in terms of granting interim measures may be contrary to the general international practice, it is consistent with the Chinese cultural perception that embodies its legal system. During China's two-thousand-year history of feudalism, the law has always been equated with the concept of punishment. This tumultuous history of ‘rule of man’ rooted in a traditional agrarian economy and Confucian culture make Chinese people regard the law as a source of trouble; unless they are driven from pillar to post,

<sup>17</sup> There are three levels of local people's courts: Basic Level People's Court (BPC), Intermediate People's Court (IPC), and High People's Court (HPC), with the Supreme People's Court (SPC) as the highest judicial organ of the State. It supervises the adjudication of the local people's courts at various levels and special people's courts. Article 2 Organizational Law of the People's Court of China.

<sup>18</sup> A case with foreign elements would refer to an action where: (a) at least one party is a foreigner, stateless person, or a foreign company or organization; (b) the legal facts creating, changing, or terminating the legal relations between the parties take place in a foreign country; or (c) the subject matter of the dispute is located in a foreign country. *Mo Zhang; Paul J. Zwiwer*, supra note 13, p. 463.

<sup>19</sup> Note that not all the three paragraphs of Art.23 Civil Evidence Rules are applicable. Art. 23 para. 1 Civil Evidence Rules may only be applied to the preservation of evidence in litigation and para. 3 deals with pre-litigation preservation of evidence, whose counterpart is not yet available in arbitration.

they would not go for the 'last resort' to which the citizens turn to resolve their disputes with each other or with the government.<sup>20</sup> Therefore it is natural that courts and judges are expected to play the role of ultimate protectors of the citizens. In fact, after thousands of years, they have already been considered the one and only competent forum to measure justice,<sup>21</sup> and this belief makes it unimaginable to confer the duty of determining evidence to a private institution, i. e., the arbitral organization, even if such institution is not as "private" as it is intended to be.

### b) Realistic Reasons

The reason for the Arbitration Law to vest the people's court with the exclusive power in ordering interim relief has more to do with the reality of arbitration commissions in China. It is worth noting that the arbitrators' power to issue interim measures is *not* altogether absent in the history of international arbitration in China.<sup>22</sup> Under Art. 15 and 16 Provisional Arbitration Rules of CMAC (1959),<sup>23</sup> the president of the Arbitration Commission may order interim measures of protection, which may be enforced upon application by one of the parties.<sup>24</sup>

Unfortunately, starting from the establishment of the Foreign Trade Arbitration Commission in 1954, the development of arbitration commissions during the past 40 years in general is not satisfactory.<sup>25</sup> Lots of arbitration commissions in China, especially local ones, were politically subservient to the Communist Party, institutionally dependent on local governments for funding, and there is no adequate personnel and expertise to deal with international commercial arbitration cases.<sup>26</sup>

Moreover, given the multitudinous regulations and other measures undertaken by various governmental ministries as well as those taken by provincial and other local authorities, and taking into account that the details on how the more general laws, regulations and other measures of the central government would be implemented often differed among various jurisdictions. Therefore, it is not surprising that some arbitration commissions might use the governmental influences or administrative powers to promote local arbitrations - which appeared to be a good source of revenue - by forcing the parties to add an arbitration clause designating the local arbitration commission where the Chinese party domiciled or had business as the venue for their dispute. Considering the aforesaid, the Arbitration Law ended up with the denial of the power of arbitration commissions to order interim measures.<sup>27</sup>

### 3. Possibility of Circumventing the Regime

Since the Arbitration Law prevents arbitrators from ordering evidence preservation, it is natural for parties of an international arbitration to consider the possibilities of circumventing these provisions by vesting power in the arbitrators by means of the arbitration agreement.

The first choice is to opt-in other arbitration laws that allow arbitrators to exercise the power of granting interim relief. Intentionally or negligently, the Arbitration Law does not set forth its scope of application, i. e., whether the law is to be applicable to arbitral proceedings that designate China as the place of arbitration.<sup>28</sup> Such absence may be understood in a way to infer the possibility for parties to opt-in other laws by agreement. However, as already affirmed by the great majority of national laws, the place of arbitration is always employed as the exclusive criterion in deciding the *lex arbitri*,<sup>29</sup> and "[i]t is hardly acceptable for two arbitration laws to be applied as this can lead to almost

<sup>20</sup> WANG Zhenmin, The Developing Rule of Law in China, in: Harvard Asia Quarterly, Volume IV, No.4, 2000, available at <http://www.fas.harvard.edu/~asiacr/haq/200004/0004a007.htm> (visited April 25<sup>th</sup>, 2005).

<sup>21</sup> This perception has changed somehow in those opened-up regions in recent years. But generally speaking, the Chinese people still cherish awe-stricken worship towards people's courts.

<sup>22</sup> GAO Fei (高菲), Entry into the WTO - Where Shall the International Commercial Arbitration of China Go? (入世: 中国国际商事仲裁向何处去?), in: Arbitration in China (中国仲裁) 2002, No. 8, pp. 10 et seq.

<sup>23</sup> The Provisional Rules were annulled on January 1<sup>st</sup>, 1989. The current CMAC Arbitration Rules (中国海事仲裁委员会仲裁规则, CMAC Rules) will come into effect on May 1<sup>st</sup>, 2005, available at [www.cmac.org.cn](http://www.cmac.org.cn) (visited April 25<sup>th</sup>, 2005).

<sup>24</sup> Now the CMAC Rules generally provide that the Arbitration Commission shall submit the party's application for interim measures of protection to the competent maritime court. See Art. 23 para. 2 CMAC Rules.

<sup>25</sup> The Foreign Trade Arbitration Commission was first established within the China Council for the Promotion of International Trade on May 6<sup>th</sup>, 1954 at the 215th Session of the Government Administration Council and the Arbitration Law was promulgated in 1994.

<sup>26</sup> Randall Peerenboom, The Evolving Regulatory Framework for Enforcement of Arbitral awards in the People's Republic of China, in: Asian-Pacific Law & Policy Journal, 12, pp. 4.

<sup>27</sup> To further detach administrative power from the arbitration commissions, the Arbitration Law stipulates explicitly in art. 14 that arbitration commissions shall be independent from administrative organs.

<sup>28</sup> The only provisions on applicability of the Arbitration Law are about arbitrability. See art. 2 and 3 Arbitration Law.

<sup>29</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, para. 13, available at <http://www.uncitral.org/en-index.htm> (visited April 27<sup>th</sup>, 2005). Examples include s.46 of Swedish Arbitration Act, s.2 (1) of 1996 English Arbitration Act (English Arbitration Act), art.176 (1) of Swiss Private International Law and art.1 (2) of UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (MAL). This scope of application is generally referred to as the "strict territorial criterion".

irresolvable conflicts of law.”<sup>30</sup> To say the least, there will be hardly any interest for China if arbitral proceedings taking place there are to be governed by a procedural law other than that of China. Therefore, although the Arbitration Law is silent on the scope of application, it is still quite doubtful that this choice will be practically operative.

The second choice is to accept the application of the Arbitration Law while trying to override only Art. 68 Arbitration Law. This is permitted as long as the provision to be overridden is not mandatory.<sup>31</sup> Thus the threshold question here is whether Art. 68 Arbitration Law is mandatory and only if the answer to this threshold question is “no”, the parties can exclude its effect, either by explicitly spelling out arbitrators’ power in their arbitration agreement or by incorporating positive provisions coming from foreign laws or institutional arbitration rules.<sup>32</sup>

Mandatory rules are usually defined as from the viewpoint of an individual state being so essential that their application may never be set aside by foreign laws.<sup>33</sup> This was affirmed in the renowned Interim ICC Award of July 16<sup>th</sup>, 1986, in which the Court ruled that mandatory provisions of the law of the arbitral *situs* should apply even where the parties had agreed on a foreign curial law.<sup>34</sup> With respect to arbitration laws, there are certain procedural rules that “express the demands made by the state on the arbitrators’ administration of justice.”<sup>35</sup> Semantically speaking, such demands by the state may include not only those requiring arbitrators’ action – e. g. to consent to the taking of evidence – but also those requiring their inaction. As already discussed above, several reasons count for the denial in Chinese legislation of arbitral power ordering preservation of evidence in arbitration. In other words, such inaction of arbitrators results from the state’s opinion that only the people’s courts acting alone, would be able to guarantee justice of evidence preservation in arbitration. In addition, the use of “shall” in the wording of Art. 68 Arbitration Law further suggests that this provision is mandatory. As a result, the arbitrators and parties of international arbitrations shall comply with this article and may not agree on the exclusion of its application, neither by means of an express clause in

their arbitration agreement nor by incorporating other institutional rules. The only way for the parties then is to arbitrate outside of China, which is possible according to some legal authorities.<sup>36</sup>

#### 4. Operation of the Current Regime and Some Practical Problems

The following note will demonstrate – in a sequential order – how the current regime on preservation of evidence runs in China. The first question to be examined is the question of power allocation and the problems it imposes on the judges.

##### a) Dilemma for the Judges

In China litigation bears the characteristics of an inquisitorial system in which the judges or the people’s courts play an active role in court proceedings and have control over the whole process. As a matter of fact, this role is extended virtually to the process of ascertaining facts. Judges of the people’s courts are required to investigate and collect the evidence that is supposed to determine the duties of the litigant participants.<sup>37</sup> They shall, in accordance with the legal procedure, examine and verify the evidence fully and objectively.<sup>38</sup> This is referred to as the “actuality doctrine” and was elaborated by the Civil Evidence Rules. Under the authority of Art. 63 Civil Evidence Rules, the judge shall make an independent determination on provability of the evidence after a full and objective examination of the evidence under prescribed procedures. When making such determination, the judge may use logical reasoning and daily living experiences in addition to adherence to law and judicial ethics. Another requirement is that the judges shall examine and evaluate all evidence of the case under such aspects as the degree of relevance between each element of evidence and the facts of the case, as well as the relationship among various elements of evidence.<sup>39</sup>

Since the arbitral tribunal cannot decide in any respect on the issue of ordering evidence preservation, all the relevant decisions have to be left with

<sup>30</sup> Lars Heuman, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure*, New York 2003, pp. 670.

<sup>31</sup> *Id.*

<sup>32</sup> Note that China does not recognize the *ad hoc* arbitration under the virtue of Art. 16 Arbitration Law: “An arbitration agreement shall have the following contents: ... (3) the chosen arbitration commission.”

<sup>33</sup> Kaj Hobér, *Extinctive Prescription and Applicable Law in Interstate Arbitration*, Uppsala 2001, pp. 111.

<sup>34</sup> Gary B. Born, *supra* note 16.

<sup>35</sup> Lars Heuman, *supra* note 31, p. 256.

<sup>36</sup> Art. 126 Contract Law of People’s Republic of China (中华人民共和国合同法), March 15<sup>th</sup>, 1999, (最新中华人民共和国常用法律法规全书), Beijing 2003, pp. 135-158; Art. 58, 70 and 71 Arbitration Law; and Art. 257 Civil Procedure Law. Foreign invested enterprises such as joint ventures are PR China legal persons. While the Contract Law does not expressly prohibit two PR China parties from arbitrating abroad, it is generally understood that the parties are limited to the arbitration within the territory of China. See *Randall Peerenboom*, *supra* note 26, p. 7.

<sup>37</sup> Mo Zhang/Paul J. Zwierny, *supra* note 13, p. 429.

<sup>38</sup> Art. 64 para. 3 Civil Procedure Law.

<sup>39</sup> Art. 64 Civil Evidence Rules.

the judge. This means the judge has to follow the above requirements – obviously he cannot rule out of nothing – and has to know at least whether the requested evidence is relevant and provable to the case. In the meantime, unfortunately, beside his logical reasoning, daily living experiences and judicial ethics, the judge almost has no direct knowledge about “the facts of the case”, which surely plays a very important role in making such decision under the actuality doctrine. It is submitted that local courts are generally not willing to exercise their powers to order interim measures in aid of arbitration in the fear that their decision may turn out to be premature before the facts and law developed by the arbitral tribunal.<sup>40</sup> This situation has deteriorated as the result of this dilemma of judges. As they are required to second guess on the merits of a dispute which has to be decided by the arbitrators, they have to remain very cautious; hence they are reluctant to grant evidence preservation. This is obviously contrary to the original intention of the court assistance to arbitration. Comparatively, when the arbitrators have to make a decision on whether to grant the application for evidence preservation, they may have more information available about the merits of the case than a court. Moreover, they will not be hindered by the actuality doctrine contained in the above-mentioned provisions of Civil Procedure Law and Civil Evidence Rules, which only have binding effects on the people’s courts in civil litigation proceedings.

Recently, some delighting moves have been made in the practice of some local people’s courts. In these cases, although it is still the judges who make the final decisions on granting evidence preservation, the comments of the arbitral tribunal are taken into consideration to a larger extent. This indirectly suggests an instructive attempt to delegate the power of ordering interim measures to the arbitral tribunal – the private and confidential forum that parties originally agreed to submit their dispute to. The position adopted by Nantong IPC in the *Yingrui Kaiman Co Ltd v. Rugao Glass Fiber Factory (2001)* is such an example.<sup>41</sup>

Yingrui Kaiman Co Ltd (the Claimant) and Rugao Glass Fiber Factory (the Respondent) entered

into a joint venture agreement to establish Nantong Times Garment Co. Ltd. (the Joint Venture). Pursuant to the agreement, the Claimant made its capital contributions, steadily increased its shares in the Joint Venture and finally became the majority shareholder of the Joint Venture. Alleging false capital contribution of the Respondent, the Claimant filed for arbitration to CIETAC, which accepted the case and declared its jurisdiction over the dispute.<sup>42</sup> Responding to the request for arbitration, the Respondent applied to CIETAC on August 30<sup>th</sup>, 2001 for interim measures of evidence preservation to be taken on all the account books and financial reports of the Joint Venture. The Respondent pointed out that since the dispute concerned the capital contribution of the joint venture, the account books and vouchers, recording all the relevant acts of both parties, should be of great importance for the questions at issue. The Respondent argued that it was necessary to preserve them in case they would be destroyed or altered by the claimant, who *de facto* controlled the joint venture. Pursuant to Art. 68 Arbitration Law, CIETAC submitted a copy of the Respondent’s application to the IPC of Nantong – where the requested evidence located – for adjudication.

The collegiate bench constituted for the case in Nantong IPC first noted that although the requested evidence was controlled by a third party (the Joint Venture was an independent legal entity other than the Claimant and the Respondent),<sup>43</sup> it should still have jurisdiction over the case. Nothing in the Civil Procedure Law and the Arbitration Law required the requested evidence to belong to the parties of litigation or arbitration, and to say the least, it was the two arbitrating parties who had established this Joint Venture. Considering the arguments of the Respondent, the collegiate bench basically agreed upon the necessity for granting evidence preservation, but it did not base its ruling on this. Instead, the collegiate bench further analyzed that evidence preservation might exist in both judicial procedure and arbitral procedure and while the former undoubtedly fell within the power domain of the people’s courts, the case for the latter was not a simple bright line test. The collegiate bench found that since the application was raised during arbitration, the arbitrators should have better access to the case than the judges. Therefore it would be better for the arbitrators to state their opinion as to

<sup>40</sup> Grégoire Marchac, Interim Measures in International Commercial Arbitration under the ICC, AAA, LCIA and UNCITRAL Rules, in: American Review of International Arbitration Vol. 10, pp. 133.

<sup>41</sup> DU Kailin (杜开林), A Review on a Case Concerning Evidence Preservation in Arbitration – Inadequacy of Legislation in This Regard (对一起仲裁证据保全案的评析——兼论现行仲裁证据保全法律规定的不足), in: Arbitration in China (中国仲裁) 2003, No. 1, available at [http://www.js court.gov.cn/aljx/..%5Caljx%5Cms%5Cmsan\\_xa.htm](http://www.js court.gov.cn/aljx/..%5Caljx%5Cms%5Cmsan_xa.htm). The author was one of the judges in this case.

<sup>42</sup> The No. of this case at CIETAC is V20010246.

<sup>43</sup> Unless otherwise provided, judges shall work as a collegiate bench to adjudicate cases. Art. 10 Organizational Law of the People’s Court of China.

the relevance and provability of the requested evidence, which could serve as reference for the judges in making their final decision. It was also agreed that after preservation, such evidence should still be made use of by the arbitrators in their ruling on the merits of the case; and the people's court might copy, keep record of or return the evidence to the holder of such evidence, as the case may be.

Having asked for instructions from the HPC of Jiangsu Province, Nantong IPC made a verdict granting the requested evidence preservation on February 6<sup>th</sup>, 2002. Given the big amount of account books and vouchers, the IPC sealed them up on the spot and informed the CIETAC, who then sent for experts to examine and appraise the account books together with staff from the IPC.

### **b) Arbitral Commission or the Party**

Under the Arbitration Law the roles with respect to the application for interim measures of protection are assigned to arbitration organizations rather than to arbitral tribunals.<sup>44</sup> An application for evidence preservation shall be submitted to the competent people's court by the arbitration commission under the virtue of Art. 46 and 68 Arbitration Law.<sup>45</sup> Although it is obvious that having to apply through an arbitration commission for evidence preservation rather than doing this directly could cause greater delays, it is still not altogether clear under existing laws whether the parties to arbitration may apply directly to the court or whether the arbitration commission must apply on their behalf.<sup>46</sup> It has been submitted that Chinese law does not expressly exclude a direct application by a party;<sup>47</sup> however, experience indicates that the people's courts tend to attach preference to those applications made by arbitration commissions under their letterhead.<sup>48</sup> If the only use of the arbitration commission is no more than a "postman" between the party and the people's court, what makes it too special to be eliminated?

Assumptions of the original intention of the Chinese legislators may help to answer the question.

---

<sup>44</sup> Peter Coles, Ground Handling in China - Investors Beware, in: Mondaq Business Briefing, December 9<sup>th</sup>, 2003. Arbitration commissions are also designated to determine the validity of an arbitration agreement (Art. 20 Arbitration Law) and to appoint arbitrators (Art. 31 and 32 Arbitration Law).

<sup>45</sup> Same for the application of property preservation. Art. 28 Arbitration Law.

<sup>46</sup> Randall Peerenboom, supra note 26, p. 46.

<sup>47</sup> Wang Shengchang, Resolving Disputes in the People's Republic of China, Hong Kong 1996, pp. 107.

<sup>48</sup> James Kwan, Interim Measures in PRC Arbitrations, in: Jerome A. Cohen/Neil Kaplan/Peter Malanczuk, Arbitration in China, A practical Guide, Hong Kong 2004, p. 201.

As the final vote goes to the arbitration commission, the possible considerations might have been:

- Concerns that the requesting party may obstruct arbitration proceedings if they are allowed to apply whenever they want.

- Being the administering body of arbitration and taking administration fees from the parties, it is the responsibility of an arbitration commission to take care of such matters for the parties.

If the consideration was the first, it is reasonable to expect the arbitration commission to be responsible for a *prima facie* determination whether the party's request is reasonable. Only if an arbitration commission satisfies that there is no attempt to obstruct shall it submit the application to the competent people's court. In this case, the role of arbitration commissions is necessary and cannot be eliminated. However, nothing in the wording of Art. 46 and 68 Arbitration Law suggests the duty of arbitration commissions to do so. They are only asked to "submit" the application to a competent people's court. To say the least, it is really doubtful that having the arbitration commission actively involved in the preservation of evidence will not cast a shadow on its independency and impartiality. Therefore, the first assumption is groundless.<sup>49</sup>

The second consideration fits into the wording of Art. 46 and 68 Arbitration Law, i.e., the requirement for arbitration commissions is simply to transmit the requesting party's application to the competent people's court. Arbitration Law imposes no time limits on the arbitration commission to submit a party's application to the relevant people's court.<sup>50</sup> However, the real value of such intervention of arbitration commission has to remain doubtful. It is a common understanding that a state does not have to worry about whether the parties are in the best economical position. This is the question that should be resolved by the rules of the arbitration commission or taken care of by the parties themselves when such rules are silent or parties want to agree otherwise.<sup>51</sup> Instead, what does matter for the success of an application for evidence preservation is its timeliness. The party should be allowed to apply directly if doing so is consistent with their best interest.

Above said, the value of such requirement is, in fact, nothing but a formality without any practical sense. Arbitrators are the soul of arbitration. Their

---

<sup>49</sup> Id.

<sup>50</sup> James Kwan, supra note 49, p. 199.

<sup>51</sup> Lars Heuman, supra note 30, p. 6.

direction in fixing rules of arbitral proceedings is especially important in order to conduct international arbitration more efficiently and effectively.<sup>52</sup> As far as evidence preservation is concerned, the Arbitration Law just creates an unnecessary formality whose function is nothing but making the parties shuttle between arbitration commissions and people's courts, wasting time, which is, in many cases, the one and only determining factor for the success of evidence preservation.

### c) Two Levels of People's Courts Involved

As mentioned, the BPC at the location of the evidence has jurisdiction to order measures of preservation in domestic arbitration cases, whereas where a party requests evidence preservation in arbitration cases involving foreign elements, such requests shall be decided by the IPC where the evidence is located. At first sight, this scheme is similar with a type of arrangement adopted in some countries, in which there is one particular authority in charge of enforcement, with the purpose of relieving the applying party from complicated national civil jurisdiction rules and facilitating the enforcement of foreign arbitral awards. One such example is the Svea Court of Appeal in Sweden,<sup>53</sup> which normally is the second instance under the civil jurisdiction rule but acts as the first instance when a foreign award is to be enforced in Sweden. In terms of granting interim measures of protection assisting arbitration, however, it does make no difference whether the arbitration is foreign-related or not.<sup>54</sup> A Swedish district court is competent to order provisional attachment if the respondent is domiciled in Sweden; it is also competent to do so if the respondent only has assets in Sweden or is domiciled in an EU Member State.<sup>55</sup>

Given the complexity of cases involving foreign elements and the imbalanced development of different regions of China, the legal expertise of different BPCs varies to a great extent. For some small provincial people's courts, it is quite possible that they do not possess necessary knowledge to deal with foreign-related cases, because these are rarely encountered in their routine work. For this reason the IPCs, which generally excel their first instance counterparts in terms of both legal expertise and facilities, came to be the proper venue.

However, as a fundamental principle of the WTO multilateral agreements, national treatment requires giving citizens of other states the same treatment as one's own nationals.<sup>56</sup> A distinction of competent venues in ordering interim measure between domestic and foreign-related cases apparently is contrary to this principle and create nursery for local protectionism, especially in domestic cases.<sup>57</sup> So despite of the good intention of such double designation, it shall only serve as a temporary resolution. The national treatment needs to be respected finally in the Arbitration Law as a permanent cure for the current situation, which shall to a large extent depend on the overall improvement of professionalism of the judges.

### d) Pre-arbitration Evidence Preservation

If evidence is in the risk of being destroyed or altered before the commencement of arbitral proceedings, it is natural for the aggrieved party to turn to local courts. As it can take months to set up an arbitral tribunal, it is also necessary for the competent local courts to have jurisdiction to order interim measures to preserve such evidence.<sup>58</sup> In French law, for example, applications before the courts can be made on the basis of two different provisions, the first of which allows a party to arbitration to apply directly to the courts for evidence preservation.<sup>59</sup> This provision will no longer be applicable once the case has been submitted to the tribunal, which then becomes the proper venue to decide on the "legitimate reason to preserve".<sup>60</sup>

Although the Arbitration Law remains silent as to the pre-arbitration evidence preservation, some courts have already permitted pre-arbitration preservation by analogy.<sup>61</sup> Moreover, some lately promulgated or amended statutes of different legal fields also coincide in allowing for pre-litigation and pre-arbitration evidence preservation, showing a general trend towards recognition of this issue in the Chinese legislature. For example, the Special Maritime Procedure Law of People's Republic of China (Special Maritime Procedure Law) allows parties to apply for preservation of maritime

<sup>52</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration, para 31.

<sup>53</sup> s. 56 of the Swedish Arbitration Act.

<sup>54</sup> In fact, the IPCs are particularly designated as the proper venue as long as there are foreign elements related.

<sup>55</sup> *Lars Heuman*, supra note 30, p. 699.

<sup>56</sup> For the concept of national treatment, please visit [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/fact2\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm) (visited April 28<sup>th</sup>, 2005)

<sup>57</sup> *GAO Fei*, supra note 22.

<sup>58</sup> *Alan Redfern/Martin Hunter*, supra note 1, section 7-12.

<sup>59</sup> Art.145 of the New Code of Civil Procedure, available at: [http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes\\_traduits/ncpcatext.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/ncpcatext.htm) (visited April 28<sup>th</sup>, 2005)

<sup>60</sup> *Emmanuel Gaillard/John Savage*, supra note 1, Part 4, Chapter III, Section II, B.

<sup>61</sup> *WANG Shengchang*, supra note 47, p. 105.

evidence before commencing litigation.<sup>62</sup> The CMAC Rules<sup>63</sup> also provide that if a party applies for preservation of maritime evidence before the commencement of arbitration proceedings, the party shall submit its application directly to the maritime court at the place where the evidence to be preserved is located. In terms of substantive law, some recent flurries of amendments made to intellectual property laws after China's entry into the WTO also clearly set out practicable procedures for pre-litigation evidence preservation.<sup>64</sup> These procedures are respected by the courts under the authority of the Civil Evidence Rules.<sup>65</sup> So provided, there should not be anything significant that actually prevents a similar mode to be adopted in commercial arbitration during the upcoming amendment of the Arbitration Law.<sup>66</sup>

### e) Liability and Damages

If the ordered measure for evidence preservation turns out to be unjustified to the detriment of the party against whom it is directed, the question of liability comes into play. Under the current legal regime of China, as will be discussed below, it is not clear who will be liable for the caused damages – arbitral power, judicial power or the requesting party.

#### aa) Liability of Arbitral Tribunal/Arbitration Commission

An arbitrator is generally regarded as enjoying immunity from liability for negligence in the carrying out of his or her functions.<sup>67</sup> It is the parties who have agreed to submit their dispute to a *quasi-judicial* tribunal consisting of arbitrator(s) for a decision; therefore they should be prepared to bear the consequence. A party cannot sue arbitrators for damages just because they have wrongly held the case. Otherwise, there will be little security for the finality of arbitration and nobody would like to accept the mandate to become an arbitrator for the

fear of being brought to suit by one party.<sup>68</sup> But since the arbitrators in China do not have the power to order interim measures to preserve evidence, there is in fact no such question about their liability.

Generally, the arbitration institution is not liable to any party for any act or omission in connection with the arbitration either,<sup>69</sup> while exceptions for "wilful misconduct or gross negligence" of the institution are made in some arbitration rules.<sup>70</sup> Although the CIETAC Rules do not expressly contain a liability exclusion clause, the same principle shall still apply. And as the only function of an arbitration commission in respect of evidence preservation is to submit application documents for the requesting party to a competent people's court, the only scenario it can be held liable for is the failure to fulfil this duty. Imaginably, such situation is rare in practice.

#### bb) Liability of the Requesting Party

There is barely any direct authority in legal texts concerning the liability of the party requesting evidence preservation in arbitration in China. Art. 28 para. 3 Arbitration Law only provides for the requesting party's liability to compensate for wrongful property preservation.<sup>71</sup> Civil Procedure Law vests the people's court in the discretion to call for a deposit of a security before granting interim measures for preservation of property,<sup>72</sup> while remaining silent on security for evidence preservation. This ignorance to the preservation of evidence is cured in the Civil Evidence Rules,<sup>73</sup> where if the decision to evidence preservation by a people's court during litigation finally turns out to have been wrongfully made and causes damages to the other party, the judges will be able to order compensation based on the security deposited beforehand accordingly.<sup>74</sup>

<sup>62</sup> Special Maritime Procedure Law of People's Republic of China (中华人民共和国海事诉讼特别程序法), December 25<sup>th</sup>, 1999, (最新中华人民共和国常用法律法规全书), Beijing 2003, pp. 1417-1426. Art. 63 and 64 Special Maritime Procedure Law.

<sup>63</sup> Art.23 para. 1 CMAC Rules.

<sup>64</sup> For example, Art. 50 Copyright Law of the People's Republic of China (中华人民共和国著作权法), October 27<sup>th</sup>, 2001, (最新中华人民共和国常用法律法规全书), Beijing 2003, pp. 172-178 and Art. 58 Trademark Law of the People's Republic of China (中华人民共和国商标法), October 27<sup>th</sup>, 2001, (最新中华人民共和国常用法律法规全书), Beijing 2003, pp. 181-186 both touch upon this concern.

<sup>65</sup> Art.23 para. 3 Civil Evidence Rules: The competent people's court will handle pre-litigation evidence preservation as sets out by relevant laws or judicial interpretations.

<sup>66</sup> GAO Fei, supra note 22.

<sup>67</sup> Alan Redfern and Martin Hunter, supra note 1, section 1-66.

<sup>68</sup> Susan D. Franck, The Liability Of International Arbitrators: A Comparative Analysis And Proposal For Qualified Immunity, New York Law School J of International and Comparative Law, No. 20, pp. 28.

<sup>69</sup> Art.34 of Arbitration Rules of International Chamber of Commerce (ICC Rules).

<sup>70</sup> Art.42 of Arbitration Rules of Stockholm Chamber of Commerce (SCC Rules) and art.31 (1) of Arbitration Rules of London Court of International Arbitration (LCIA Rules).

<sup>71</sup> The text reads: "When the application is faulty, the applicant shall compensate the aggrieved party for the losses incurred from the protection of property."

<sup>72</sup> In deciding to take measures for property preservation, the people's court may order the applicant to provide security; where he refuses to do so, his application shall be rejected. Art.92 (2) of Civil Procedure Law.

<sup>73</sup> Art. 22 para. 2 Civil Evidence Rules.

<sup>74</sup> For a format of order to post security for preservation of evidence, please visit <http://www.dffy.com/law/ys17.htm> (visited April 28<sup>th</sup>, 2005).

It is true that the Civil Evidence Rules are applicable for people's courts when ordering preservation of evidence in aid of arbitration. However, their applicability needs to be backed up by an explicit consent in the Arbitration Law to the liability in damages of the requesting party to the party suffering from wrongful preservation. Otherwise, if the competent people's court has exercised its discretion in not requiring the requesting party to deposit a security, the only relief for the party who aggrieved from wrongful preservation shall be seeking state compensation from the ordering people's court.

### cc) Liability of Competent People's Court

In China, as the judicial organ representing the public power of the state, the people's courts shall be liable for compensation in some cases unless the damages are brought about by wrongful application of the requesting party.<sup>75</sup> Art. 31 of the Law of State Compensation of the People's Republic of China (Law of State Compensation) provides:<sup>76</sup> "Where a people's court, in the course of a civil or administrative procedure, illegally undertakes compulsory measures against impairment of action, preservative measures or wrongfully executes the judgment or award or other legal effective documents and where this causes damage, the provisions of this Law concerning the procedures of criminal compensation shall apply to the claim of compensation brought forward."

The Law of State Compensation only applies when a state organ or a member of its personnel, when exercising functions and powers in violation of the law, infringes upon the lawful rights and interests of a citizen, legal person or other organization and causes damages. At first sight ordering evidence preservation in the help of arbitral proceedings seems to fall within the scope of "exercising functions and powers". However, it is a common understanding that this Law primarily aims at the people's courts' illegality in litigation only.

Even if the Law does apply, it is not easy to find out under what circumstances a people's court shall

be liable.<sup>77</sup> As the arbitral tribunal is the proper venue for solving the disputes between the parties, the people's court should not be held liable simply for ordering evidence preservation wrongfully or illegally.<sup>78</sup> After all, the people's court is not as familiar with the merits of the case as the arbitral tribunal and it is very hard to determine to what extent it has committed the alleged wrong negligently or in good faith. The only likely scenario for the people's court to be liable results from an application of the improper methods of preservation which leads to the evidence being damaged or losing its probative value.<sup>79</sup>

It is a far-fetched point to discuss liability of people's courts in the question of evidence preservation in arbitration, but as there is no direct authority on the requesting party's liability, the Law on State Compensation becomes the only source where the aggrieved party may seek for relief if the requesting party has not deposited any security. As seen above, nothing seems clear enough to count as a resolution. This reinforces the need for an explicit provision for party's liability in the Arbitration Law, which will be the primary form of liability in regard to evidence preservation, thus rendering any possible recourse to the people's court's liability unnecessary. Without such authority, the liability regime for evidence preservation of China is hardly complete and effective.

### f) Enforcement of Evidence Preservation Measures

There is no integrated enforcement regime for interim measures of protection in China. Dealing with arbitration and judicial assistance respectively Chapter XXVIII and XXIX of the Civil Procedure Law contain most of the enforcement-related provisions, which have to be read together with some supplementary ones in the Arbitration Law.<sup>80</sup> In the following the issue of enforceability of interim measures for evidence preservation will be examined from both directions: first, how does China enforce the measures made abroad; secondly how are the measures made in China enforced abroad.

<sup>75</sup> Art. 7 para. 1 Judicial Interpretations of Supreme People's Court on State Compensation in Civil and Administrative Procedures (最高人民法院于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释), September 16<sup>th</sup>, 2000, available at [http://www.law-lib.com/law/law\\_view.asp?id=155](http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=155) (visited April 25<sup>th</sup>, 2005).

<sup>76</sup> Law of State Compensation of the People's Republic of China (中华人民共和国国家赔偿法), May 12<sup>th</sup>, 1994, 最新中华人民共和国常用法律法规全书, Beijing 2003, pp. 109-112; English translation available at <http://law.hotoa.com.cn/lawv2/1/3-1/4C37CFCC-9BB4-49BC-8F0A-6B9DE3675741.html> (visited April 25<sup>th</sup>, 2005).

<sup>77</sup> Art. 3 Judicial Interpretations on State Compensation. This article explains the circumstances where a people's court illegally undertakes preservative measures.

<sup>78</sup> Id., Art. 3 para. 1: where a people's court illegally orders or cancels a preservative measure; Art. 3 para. 3: where the preservative measures obviously exceed the number or scope of what the party requests.

<sup>79</sup> Art. 3 para. 4 Judicial Interpretations on State Compensation: where a people's court is responsible for keeping a good shape of what has been sealed or confiscated and causes damage; and Art. 3 para. 6: other circumstances.

<sup>80</sup> Art.71 and 72.

### aa) Enforcement of Measures Made Abroad in China

When seeking enforcement, the requesting party shall direct its application to a competent IPC, usually the one where the Chinese party is domiciled or has assets. Only “a legally effective judgment or ruling made by a foreign court” and “an award rendered by a foreign arbitration organization” will be recognized and enforced.<sup>81</sup> Theoretically speaking, it is suggested from such wording that two possibilities exist for enforcing an interim measure to preserve evidence: it has to be a verdict issued by a foreign court or it has to take the form of an award.

Practically speaking, however, a sceptic attitude has to be taken towards the first possibility of the enforcement of such verdicts or orders. As noted, “an applicant wishing to obtain an interim measure has cause to approach the court in a country where the opposing party has assets”.<sup>82</sup> If the party needing to preserve a piece of evidence located in China is reluctant to go to the competent people’s court due to the concerns that his application might be rejected, merely obtaining a positive verdict from a foreign court is not likely to help him because the question of whether interim measures for evidence preservation maybe ordered is subject to Chinese law.<sup>83</sup> A foreign court has no power to order its Chinese counterpart, and the people’s court shall have discretion on whether to recognize and enforce such verdicts or orders.

Neither is it likely that China will recognize and enforce an interim arbitral award to preserve evidence. As a contracting state of the New York Convention, China has the obligation to recognize and enforce upon the application of a party those awards coming under its definition. So the precondition here is that interim measures taking the form of arbitral awards can be considered as New Convention awards. However, this is very doubtful because such awards are essentially interlocutory and “modifiable by the arbitral tribunal in accordance with changes of circumstances”,<sup>84</sup> while New York Convention awards should dispose of one or more issues in dispute between the parties and be final.<sup>85</sup> To say the least, even if a competent people’s court could enforce such an award and preserve the evidence as requested regardless of its finality, it is unfair for it

to reject another similar interim measure just because it takes the form of a procedural order. A similar kind of argument was sustained by the UNCITRAL Working Group II (Working Group) in designing the legal framework for recognition and enforcement of interim measures of protection.<sup>86</sup>

### bb) Enforcement of Measures Made in China Abroad

If the evidence that needs to be preserved is located outside of China, it is suggested that the applicant shall, directly or through the arbitration commission, request a competent foreign court to order and execute evidence preservation,<sup>87</sup> drawing analogy from Art. 266 Civil Procedure Law. The applicant does not have to obtain a verdict for preservation from a competent people’s court and try to enforce it abroad, following the rationale mentioned above. As Chinese law does not empower the arbitral tribunal to order preservation of evidence, there is no question about enforcing such orders abroad at all.

## 5. Disadvantages of China’s Current Regime

Summarizing the discussions above, it has to be concluded, although quite reluctantly, that China’s current regime of evidence preservation in arbitration is far from satisfactory. The most eminent disadvantages are as follows:

### a) Lack of Efficiency

One outstanding advantage of arbitration compared to litigation is that the former resolves disputes in a more efficient way, especially in the fast-changing international commercial arbitration.<sup>88</sup> Since in China not only the arbitral tribunal is precluded from ordering evidence preservation, but also the application to the court shall only be made through the arbitration commission, which, as analyzed above, hardly makes any sense and harms the timeliness of arbitration.

### b) Waste of Judicial Resources

In China, only the people’s court has the power to issue interim measures in order to preserve evidence in aid of arbitration. Since the proper venue for the dispute is the arbitral tribunal, the people’s court has relatively limited knowledge

<sup>81</sup> Art. 267 and 269 Civil Procedure Law.

<sup>82</sup> *Lars Heuman*, supra note 30, p. 698-699.

<sup>83</sup> *Id.*

<sup>84</sup> *W. Laurence Craig, William Park and Jan Paulsson*, supra note 1, p. 465.

<sup>85</sup> *Alan Redfern and Martin Hunter*, supra note 1, section 8-32.

<sup>86</sup> Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the Work of its Forty-second Session (New York, 10-14 January 2005) A/CN.9/573, pp. 9.

<sup>87</sup> *James Kwan*, supra note 49, pp. 191.

<sup>88</sup> *Lars Heuman*, supra note 30, p.10-11.

regarding the merits of the case. Therefore, it is quite possible that the people's court may order to preserve evidence inappropriately. Normally, when this happens and damage to the responding party is caused, it is reasonable to expect the liability of the requesting party. However, as analyzed above, because of the silence of the Arbitration Law on such issue, the people's court might become the only one who could be liable for the wrongful preservation. This would be unfair since the competent people's court is only called upon to act in response to the requesting party's application and would result in judicial resources being wasted.

### c) Undermining the Intention of Parties

It is already admitted that, in agreeing to arbitration, parties can be reasonably assumed to expect implicitly that the arbitration may not be fruitless, and that the arbitrator's authority to make meaningful relief through interim orders would be proper.<sup>89</sup> As matters presently stand, the question of whether arbitral interim measures are a matter of fact or just a fiction of the parties depends, to a large extent, on the governing law of the arbitration.<sup>90</sup> As indicated above, because of the mandatory character of Art. 68 Arbitration Law, the ability of an arbitral tribunal to order preservation of evidence is largely a fiction, even when the parties have incorporated rules that expressly authorize the arbitrators to do so. Put plainly, Chinese law trumps the arbitration agreement and the parties' intention is therefore undermined.

## 6. Legislative Improvement

### a) Introduction

On December 11<sup>th</sup>, 2001, China became the 143<sup>rd</sup> member of the World Trade Organization. This entry into the WTO marked the beginning of a new phase of China's Opening-up Policy. During the past three years, China has stuck to its WTO commitments and been able to embrace more opportunities to accelerate its economic developments in international cooperation. The increase in the international trade volume and foreign investments in China in turn calls for specialized services to resolve the disputes that arise in China, among which arbitration plays a very important part. According to some relevant resources,<sup>91</sup> China does

not impose restrictions on market access in terms of both cross-border supply and consumption abroad. As to the commercial presence, there are only restrictions on legal services provided by foreign law firms,<sup>92</sup> whereas there are no provisions on the services of foreign arbitral institutions. Therefore, if these institutions provide arbitral services, there will hardly be any explicit restriction on their market access. In other words, this is a commitment of China to open up its arbitration market.

This fact is itself a significant improvement. Parties, who arbitrate in China, should be able to have reasonable expectations about the proceedings they are going through, irrespective whether resorting to a Chinese or foreign arbitration institution, no matter whether embarking on institutional or *ad hoc* arbitration. Yet the current situation is still not so developed as to fulfil these expectations. Although China did not make a specific promise to amend the Arbitration Law, for the sake of creating an efficient and fair environment for dispute resolution, such amendments shall be given a high priority and put into a whole scenario of a reform aimed at creating a well functioning arbitration environment in China.

### b) Inadequacy of MAL

It is submitted that the power of arbitral tribunals shall be affirmed and recognized, and the concurrent jurisdiction of both the arbitral tribunal and court recognized by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (MAL) becomes a popular preposition.<sup>93</sup> The reasons that the Arbitration Law has been drafted basing on the MAL and since the MAL has already engendered a rich case law, a lot of useful experience could be drawn from.

<sup>92</sup> Business scope of foreign representative offices is only as follows: (a) to provide clients with consultancy on the legislation of the country/region where the lawyers of the law firm are permitted to engage in lawyer's professional work, and on international conventions and practices; (b) to handle, when entrusted by clients or Chinese law firms, legal affairs of the country/region where the lawyers of the law firm are permitted to engage in lawyer's professional work; (c) to entrust, on behalf of foreign clients, Chinese law firms to deal with the Chinese legal affairs; (d) to enter into contracts to maintain long-term entrustment relations with Chinese law firms for legal affairs; and (e) to provide information on the impact of the Chinese legal environment. Entrustment allows the foreign representative office to directly instruct lawyers in the entrusted Chinese law firm, as agreed between both parties. WT/ACC/CHN/49/Add.2, II A (a), column "Limitation on market access".

<sup>93</sup> GAO Fei, *supra* note 22 and WANG Feihong (王斐弘), Another Look into the Reform of the Arbitration Law of China after the Entry into WTO - discussing with Mr. Xiao Yongping and Mr. Hu Yongqing (也谈加入 WTO 与我国仲裁法律制度改革——兼与肖永平 胡永庆先生商榷), in: *Arbitration in China (中国仲裁)* 2001, No. 6, available at <http://translaw.whu.edu.cn/cn/salonacademic/20040722/114020.php> (visited April 26<sup>th</sup>, 2005).

<sup>89</sup> *Charles Construction Company v. Derderian* 586 N.E.2d 992 (Mass.1992). See Gary B. Born, *supra* note 16.

<sup>90</sup> Raymond J. Werbicki, *Arbitral Interim Measures: Fact or Fiction?*, in: *Dispute Resolution Journal*, No. 57, pp. 64.

<sup>91</sup> Schedule of Specific Commitments on Services of Addendum 9 of Report of the Working Party on the Accession of China.

Although the MAL concedes the concurrent power of both national courts and arbitral tribunals to order interim measures of protection, its language is quite general. It does not deal with the enforcement of interim relief.<sup>94</sup> And unlike some relevant national laws,<sup>95</sup> it does not resolve the question as to whether an application shall firstly be made to the court or to the tribunal,<sup>96</sup> which closely relates to the issue of concurrent jurisdiction. Therefore, in order to design a comprehensive regime for the preservation of evidence, the simple proposal that the concurrent jurisdiction of MAL shall be adopted is not enough. Prospective amendments to the Arbitration Law need to be made in a more detailed way.

The suggestions below will generally follow the sequence adopted above in discussing the operational and practical problems of the evidence preservation in China's arbitration – starting with the allocation and interplay of different powers and ending with enforcement. Moreover, *ex parte* preservation of evidence will also be touched upon considering the attention it have enjoyed in the effort of the Working Group for a revised draft of Article 17 of the MAL.

### c) Concurrent Jurisdiction of Arbitral Tribunal and the Competent People's Court

The very first step to be taken when amending the Arbitration Law is to recognize that the arbitral tribunal shall have power to order interim measures to preserve evidence, as long as the parties do not exercise their autonomy to exclude such power by their agreement. Such jurisdiction of the arbitral tribunal may not extend to non-parties of arbitra-

tion, nor may their orders have binding force,<sup>97</sup> but the arbitral tribunal may draw adverse inference from the party's non-compliance.<sup>98</sup> As to the role of the arbitration commission, it would be possible to use the word "may" to replace the word "shall" in Art. 68 Arbitration Law, thus rendering the intervention of arbitration commission discretionary. This is in consistency with the nature of the arbitration commission, which is the administering body of arbitration and may be engaged in assisting parties with some practical matters, including submitting documents to the people's courts, as the case may be.

The jurisdiction of the people's courts to order evidence preservation will exist concurrently with that of the arbitral tribunal. Only the people's court where the evidence is located should be the competent venue for evidence preservation, regardless of whether the case is domestic or foreign-related.<sup>99</sup> Since arbitrators are the decision-makers on the merits of the case, the requesting party shall first submit their application to the tribunal. Only when there is urgency showing that the arbitral tribunal lacks the power or cannot ensure an effective result shall the competent people's court act upon the direct application from the requesting party, drawing inspiration from the 1996 English Arbitration Act,<sup>100</sup> whose approach is considered to be "sufficiently clear to be workable in practice".<sup>101</sup>

When a people's court is to make a decision for preservation of evidence, no matter for what reason as listed above, it should always attach importance to the opinions of the arbitral tribunal – just as what the Nantong IPC had done in the Yingrui case – if such opinions are already available.<sup>102</sup> After all,

<sup>94</sup> Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration, para 26.

<sup>95</sup> Given the trend of national arbitration legislation towards permitting arbitrators to grant provisional relief, the extent to which the availability of provisional relief is left to the parties' arbitration agreement and the existence of any presumptions where the parties' agreement is not clear differs among national arbitration laws. See *Gary B. Born*, supra note 16. The Swedish Arbitration Act, for example, follows the wording of MAL closely in terms of interim measures (s. 25), yet under the authority of the Chap. 15 of the Swedish Code of Judicial Procedure, the court is not empowered to order measures to secure evidence and only in case of extreme urgency is it possible that a District Court would offer assistance. See *Lars Heuman*, supra note 30, p. 332. The Swiss Private International Law only allows court intervention when the party concerned does not comply voluntarily, upon the application of arbitral tribunal (Art.183). The English 1996 Act not only acknowledges the preservation of evidence as one of the "general powers exercisable by the tribunal" (s.38) but also, quite rarely allows agreements excluding court powers exercisable in support of arbitral proceedings, including the preservation of evidence. In general, the Act sets forth that in any case, the court will only act if or to the extent that the arbitral tribunal has no power or is unable for the time being to act effectively (s.44 (5)).

<sup>96</sup> *Alan Redfern and Martin Hunter*, supra note 1, section 7-14.

<sup>97</sup> These are basically the ideas contained in the MAL as to the power of arbitral tribunal to order interim measures. See Art. 17.

<sup>98</sup> *W. Laurence Craig/William Park/Jan Paulsson*, supra note 1, p. 460 and *Lars Heuman*, supra note 30, p. 333.

<sup>99</sup> It is hard to decide which instance shall be the more appropriate forum – BPC or IPC. Normally, the BPC should be the proper venue, since the national treatment requires foreigners to be treated in the same way as nationals, and to direct all cases to IPCs will considerably increase the caseload of them. However, as already stated, the legal expertise in BPCs varies to a great extent and this is basically the reason for designate the IPCs as the competent venue. Perhaps a practicable resolution can be using some regions as experimental units. Such regions shall be relatively more open to the outside, and the BPCs there generally have satisfactory expertise and experiences in dealing with foreign cases. Examples could include Beijing, Shanghai, Guangzhou and Shenzhen, as well as some coastal cities. Such experimental units can be designated through a judicial interpretation. The scope of them can be expanded step by step, and finally the only venue shall be the BPC where the evidence is located.

<sup>100</sup> s.44 (5) of 1996 English Arbitration Act.

<sup>101</sup> *Raymond J. Werbicki*, *Arbitral Interim Measures: Fact Or Fiction?*, in: *Dispute Resolution Journal*, 57, pp. 69.

<sup>102</sup> This needs not to be expressly written in the amended Arbitration Law. It is just a suggestion for the people's courts to respect. If China

being the proper venue for the arbitration dispute, the arbitral tribunal knows the overall situation of the case better than the people's court.

It shall further be clarified in the Arbitration Law that the jurisdiction of the people's court does not rule out the possibility of arbitrators to decide on the evidence preservation measures in the last resort. Where a conflict between provisional measures ordered by the arbitral tribunal and the local court arises, the decision of the arbitral tribunal shall prevail.<sup>103</sup> Suppose the arbitral tribunal of the Yingrui Case, after fully reviewing the case, found that instead of keeping the evidence from being destroyed or hidden, the real intention of the Respondent in requesting the evidence preservation was to access the business secrets contained in the account books of the Joint Venture.<sup>104</sup> Therefore, the temporary restraining order to seal up the account books and vouchers of the Joint Venture granted by the IPC based on affidavits and other summary materials was improper. The arbitrators then should be allowed by the Arbitration Law to cure the decision of the IPC. Of course, the arbitral tribunal may not directly order a people's court to perform a particular act,<sup>105</sup> as its power is conferred by the arbitration agreement and thus is effective between the parties only. Instead, the arbitral tribunal may suggest the people's court reverse its decision, and such suggestion shall be respected by the court.

#### d) *Ex Parte* Preservation of Evidence

Once the jurisdiction of the arbitral tribunal to issue evidence preservation is recognized, the proposal that the Arbitration Law shall also allow for doing so on an *ex parte* basis, i.e., the arbitrators may act without a hearing or other proceedings in which all parties are permitted to be heard to grant such a measure, may sound reasonable and appealing. However, it is obvious that when arbitrators act *ex parte*, they tend to raise due process issues. It is also likely that they may undermine parties' reasonable expectations and common intentions in the arbitral process and make arbitration a less attractive means of resolving disputes. Even where the arbitrators are allowed to act on an *ex parte* basis, it is noted that in international

will have systematic case-law soon, this is better to be tested in real cases.

<sup>103</sup> Emmanuel Gaillard and John Savage, *supra* note 1, section II, §1, A.

<sup>104</sup> In fact, the Claimant raised similar points in its response to the evidence preservation application that the Respondent, being its same-business competitor, wanted to illegally acquire the business secrets of the Joint Venture. However, as the Claimant failed to further develop this contention with persuasive evidence, the Nantong IPC did not give much credit to it.

<sup>105</sup> Lars Heuman, *supra* note 30, p. 702.

arbitration it might be difficult to obtain judicial recognition and enforcement of an *ex parte* award under the New York Convention.<sup>106</sup> So although in some cases, especially in extremely urgent ones,<sup>107</sup> *ex parte* evidence preservation may indeed better protect the interests of the requesting party; given the supremacy of equal treatment of parties to grant arbitrators the power to order evidence preservation in such a manner is still too bold to be acceptable as an amendment to the Arbitration Law. Moreover, in order to stress the importance of equal treatment of parties at a statutory level, it would be far better to add a provision like Art.18 of the MAL to the Arbitration Law in its Chapter 1 (General Provisions).<sup>108</sup>

#### e) Liability of the Requesting Party

The provision in the Civil Evidence Rules is not sufficiently authoritative to grant arbitrators the power to ask for a deposit of a security by the requesting party. Such power shall be explicitly set forth in the Arbitration Law, together with the discretion of arbitral tribunal to dismiss the application if the requesting party refuses to do so. Following this amendment, the primary liability for the damage of the requesting party "caused by" evidence preservation shall also be established,<sup>109</sup> which as a principle is widely recognized by different national legislations as well as the texts of some international organizations in the world.<sup>110</sup>

#### f) Other Problems

As to the enforcement of interim measures for evidence preservation, the application of relevant

<sup>106</sup> Richard Allan Horning, *Interim Measures of Protection; Security for Claims and Costs*; and Commentary on the WIPO Emergency Relief Rules (In Toto), in: *American Review of International Arbitration*, No. 9, pp.174. Under art.V (1)(b) of the Convention, a court may refuse to enforce an award, at the request of the party against whom it is invoked, if "[t]he party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case."

<sup>107</sup> According to the latest achievement made by the Working Group on interim measures of protection, the circumstance where the arbitral tribunal may rule *ex parte* is "if it considers that there is a reasonable basis for concern that the purpose of the requested interim measure will be frustrated before all parties can be heard." See Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the Work of its Forty-second Session (New York, 10-14 January 2005) A/CN.9/573, pp. 9.

<sup>108</sup> Art.18 of the MAL reads: "The parties shall be treated with equality and each party shall be given full opportunity of presenting his case."

<sup>109</sup> Damage be "caused by" the measure already limited their scope. It was also suggested that the requirement that made liability dependent on the final disposition of the claims on the merits might be inappropriate. See Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the Work of its thirty-ninth Session (New York, 14 June-2 July 2004), A/CN.9/545, pp. 20.

<sup>110</sup> Settlement of commercial disputes - Interim measures of protection - Liability regime - Note by the Secretariat (New York, 23-27 February 2004), A/CN.9/WG.II/WP.127.

provisions in Civil Procedure Law by analogy currently suffices. In the future, however, it will be better for the issue of enforcement to be integrated into the regime of interim measures of protection in arbitration, which provide a set of rules for the allocation of judicial and arbitral power, the circumstances where they come into play, the types of different interim measures and finally the recognition and enforcement of such measures shall all be its components. Since China's image as the most important destination for international investment all over the world is getting more and more eminent, it can be foreseen with certainty that the establishment of such a regime will become a must in the Arbitration Law amendment.<sup>111</sup> Above all, as Prof. William Park has advanced when reporting on the reform of the Federal Arbitration Act, any amendment "must take account of home-grown arbitration concerns and precedents".<sup>112</sup> This is definitely an instructive track for China to follow.

#### g) Short-term Resolution

The amendments suggested above shall be implemented step by step, and a short-term transition might serve as a good start. This is to facilitate the power allocation between arbitral institutions and the courts through a judicial interpretation of the SPC. Under such interpretation, parties shall file their applications for evidence preservation to the arbitral tribunal (not the arbitration commission), which shall in turn conduct an initial examination and provide its comment before the arbitration commission submits this application to the competent people's court. Within its comment, the arbitral tribunal shall determine the "admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence",<sup>113</sup> and the people's court, with both the application of the requesting party and the comment from the arbitral tribunal, shall conduct further examinations and make the final decision on whether evidence preservation shall be granted. The whole amendments may be completed in five to eight years and by the year 2010, when a

comprehensive legal framework with Chinese characteristics will be instituted.<sup>114</sup>

#### IV. Conclusion

At present, all applications for preservation of evidence in arbitration are directed to the competent people's court by the arbitration commission in China. This has led to several problems in practice. Judges are faced with a dilemma when ordering preservation of evidence and the duty of the arbitration commission to refer the party's application to the people's court does not have practical value. Moreover, under the present liability regime it is not clear who will be responsible for wrongful preservation. Taken into consideration all these problems, the current provisions for preservation of evidence in arbitration in the Arbitration Law are not satisfactory, among which the most serious disadvantages are the lack of efficiency, the waste of judicial resources and the frustration of the parties' intention for arbitration.

In order to fulfil the parties' expectations of arbitrating in China, the Arbitration Law should be improved. The concurrent jurisdiction of both the people's courts and the arbitral tribunal should be recognized. Parties should be entitled to get interim measures of evidence protection from the arbitral tribunal in order to ensure the smoothness of the arbitral proceedings. As the authority of arbitrators is nevertheless limited by virtue of the private nature of arbitration in solving disputes, the choice of arbitration does not totally exclude any recourse to the people's courts, which are entitled to grant effective measures when the arbitral tribunal is not sufficient.

The practices of many arbitration commissions in China lack professionalism and depart from international standards. This has been the primary reason for the legislative denial of granting arbitral power to order preservation of evidence. However, this is no reason not to amend the law. Great effort must be put into reinforcing the regulation on these arbitration commissions and improve their competence for dispute resolution. Only this can guarantee for a successful reform. It can be predicted that, in the future, a greater harmonization of rules applicable to interim measures would allow for a greater extent of certainty and security in the resolution of international commercial disputes in China.

<sup>111</sup> China does not have such a regime at present. The only two forms of interim measures of protection set forth in the Arbitration Law are preservation of property and preservation of evidence. Obviously, interim relief of protection shall by no means only consist of these two measures and the current provisions in Arbitration Law are too limited in scope. Therefore, the author advances that an integrated regime generally dealing with interim measures of protection has to be established.

<sup>112</sup> William W. Park, Amending The Federal Arbitration Act, *William W. Park, Amending The Federal Arbitration Act*, in *American Review of International Arbitration*, 13, pp. 77.

<sup>113</sup> Art.25 (6) of the UNCITRAL Arbitration Rules.

<sup>114</sup> This was advanced in 1997 at the 15th National Congress of the CPC, where the rule of law was explicitly incorporated as a basic guiding principle in the Party's official document, and elaborated as a separate subject in the plan for the reform of the political system.

# Die Auslegung des Basic Law von Hongkong zur Frage der Amtszeit des Regierungschefs

Patricia Sirchich von Kis-Sira\*

## I. Einleitung

Mit dem Rücktritt von *TUNG Chee-hwa* vom Amt des Regierungschefs des Sonderverwaltungsgebietes Hongkong am 12.03.2005<sup>1</sup> verbunden ist die Frage nach der Dauer der Amtszeit des Nachfolgers, d. h. ob der neue Regierungschef eine reguläre fünfjährige Amtszeit haben oder nur die restlichen zwei Jahre der Amtszeit des Vorgängers ausfüllen wird. Am 06.04.2005 ersuchte<sup>2</sup> die Regierung Hongkongs in diesem Zusammenhang beim Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses der VR China um Auslegung des hier einschlägigen Art. 53 Abs. 2 Basic Law.<sup>3</sup>

Am 27.04.2005 wurde auf der 15. Sitzung des Ständigen Ausschusses eine Auslegung von Art. 53 Abs. 2 Basic Law<sup>4</sup> verabschiedet, deren Entwurf einschließlich Begründung bereits am 24.04.2005 publiziert wurde.<sup>5</sup> Inhaltlich wird festgelegt, dass

\* Praktikantin am Institut.

<sup>1</sup> Zu den politischen Hintergründen ausführlich *Katrin Willmann*, Der Rücktritt des Hongkonger Regierungschefs - Auslöser einer neuen Verfassungskrise, in: *China aktuell* 2005, S. 11 ff.

<sup>2</sup> Report to State Council, <http://www.info.gov.hk/gia/general/200504/06/04060198.htm>, besucht am 01.06. 2005.

<sup>3</sup> Art. 53 Basic Law „If the Chief Executive of the Hong Kong Special Administrative Region is not able to discharge his or her duties for a short period, such duties shall temporarily be assumed by the Administrative Secretary, Financial Secretary or Secretary of Justice in this order of precedence

In the event that the office of Chief Executive becomes vacant, a new Chief Executive shall be selected within six months in accordance with the provisions of Article 45 of this Law. During the period of vacancy, his or her duties shall be assumed according to the provisions of the preceding paragraph.“

<sup>4</sup> 全国人民代表大会常务委员关于《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第五十三条第二款的解释 [Auslegung des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses von Art. 53 Abs. 2 des Basic Law des Sonderverwaltungsgebietes Hongkong] v. 27.04. 2005, <http://npc.people.com.cn/GB/14840/3354421.html>, besucht am 01.06. 2005.

<sup>5</sup> 全国人大关于香港基本法第53条第2款的解释说明 [Erläuterung des Entwurfs der Auslegung des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses von Art. 53 Abs. 2 des Basic Law des Sonderverwaltungsgebietes Hongkong] v. 24.04. 2005,

nach dem Rücktritt *Tungs* als Regierungschef von Hongkong dessen Nachfolger nur bis zum Ablauf der verbleibenden zwei Jahre der regulären Amtszeit *Tungs* regieren wird.

## II. Vorschriften über den Regierungschef im Basic Law

Das auf der Grundlage des zwischen dem Vereinigten Königreich und der VR China im Zuge der Rückgabe der ehemaligen britischen Kolonie Hongkong geschlossenen völkerrechtlichen Vertrages (Joint Declaration) erlassene Basic Law bildet die Verfassung des Sonderverwaltungsgebietes unter chinesischer Souveränität und konstituiert den rechtlichen Rahmen für das Autonomiekonzept unter den Leitprinzipien „hoher Grad an Autonomie“ und „ein Staat - zwei Systeme“. So soll nach Art. 5 Basic Law das sozialistische System für fünfzig Jahre nicht angewandt werden, gleichzeitig wird aber auch der Einfluss des Zentralstaates gerade im Bereich der Exekutive gesichert, wie ein Blick auf die Art. 43 ff. zeigt, die sich mit dem Amt des Chief Executive beschäftigen. Gemäß Art. 43 Abs. 1 Basic Law fungiert dieser als Regierungschef und Repräsentant des Sonderverwaltungsgebietes. Die recht weitreichenden Kompetenzen des Chief Executive ergeben sich aus Art. 48 ff. Basic Law, demgegenüber steht jedoch die Abhängigkeit des Regierungschefs im Verhältnis zur Zentralregierung, so sieht das Basic Law im Unterschied zur Joint Declaration explizit in Art. 43 Abs. 2 eine direkte Verantwortlichkeit des Chief Executive gegenüber der Zentralregierung vor.

<http://npc.people.com.cn/GB/14840/3354608.html>, besucht am 01.06. 2005.

Eine englische Übersetzung des Entwurfs ist im Internet zugänglich unter [http://english.people.com.cn/200504/28/print20050428\\_182980.html](http://english.people.com.cn/200504/28/print20050428_182980.html), besucht am 01.06. 2005.

Nach Art. 45 i. V. m. Annex I Basic Law wird der Chief Executive mittels vor Ort abgehaltener Wahlen oder Konsultationen durch ein 800 Personen umfassendes Wahlgremium nominiert, welches aus Vertretern der Wirtschaft, verschiedener Branchen, sozialer Gruppen und der Politik zusammengesetzt ist.<sup>6</sup> Erst für die Zeit nach 2007 ist eine Änderungsmöglichkeit zu direkten Wahlen vorgesehen (Annex I Ziffer 7 Basic Law), eine Änderung des Procedere wurde allerdings durch einen Beschluss des Ständigen Ausschusses vom 26.04.2004 abgelehnt.<sup>7</sup>

Nach Art. 45 Basic Law i. V. m. Annex I Ziffer 1 Basic Law muss der Regierungschef von der Zentralregierung ernannt werden. Unklar und nicht näher spezifiziert ist die Bedeutung dieser Ernennung. Nach einer Ansicht wird darunter die „direkte“ Ernennung verstanden,<sup>8</sup> d. h. die alleinige Entscheidungsbefugnis über die Ernennung des Regierungschefs läge bei der Zentralregierung, was eine ganz erhebliche Unterminierung der Autonomie bedeuten würde. Mit Blick auf den Wortlaut der einschlägigen Vorschriften des Basic Law scheint diese Interpretation aber zu weitgehend und unterstellt ein zu hohes Maß an Kontrolle. Eine vermittelnde Ansicht deutet das Erfordernis der Ernennung als Vetorecht seitens der Zentralregierung.<sup>9</sup> Dagegen spricht allerdings, dass es keine Regelungen gibt, wie im Falle der Ausübung dieses Vetorechts zu verfahren ist, somit erscheint die Gegenansicht vorzugswürdig, die den Ernennungsakt als rein formales Erfordernis zur Betonung der chinesischen Souveränität deutet.<sup>10</sup> Auch eine Ansicht der chinesischen Seite ist wohl in diesem Sinne zu verstehen, die Ernennung erfolgt demnach auf der Basis des Wahlergebnisses, jedoch steht das letzte Wort formal dem Souverän China zu.<sup>11</sup> Weiterhin sprechen politische Erwägungen für diese Ansicht; ein eventuelles Vetorecht könnte zu offenen Konflikten führen, die im Interesse der

politischen Stabilität nicht wünschenswert sind. Falls China zu intervenieren wünscht, bestehen entsprechende Einflussmöglichkeiten wohl bereits auf den früheren Stufen des Verfahrens (Zusammensetzung des Wahlgremiums o.ä.).<sup>12</sup> Die Amtszeit des Chief Executive beträgt nach Art. 46 Basic Law i. V. m. § 3 Chief Executive Election Ordinance fünf Jahre. Die Möglichkeit zum Rücktritt wird dem Regierungschef in Art. 52 Basic Law gewährt, u. a. kann nach Art. 52 Abs. 1 Basic Law ein Rücktritt aus gesundheitlichen Gründen erfolgen.<sup>13</sup>

Für den Fall einer solchen Vakanz sieht Art. 53 Abs. 2 Basic Law vor, dass innerhalb von sechs Monaten Neuwahlen nach Art. 45 Basic Law stattfinden müssen. Jedoch ist nicht ausdrücklich geregelt, ob auch einem nachgewählten Regierungschef die fünfjährige Amtszeit nach Art. 46 Basic Law oder nur die verbleibende Amtszeit des Vorgängers zusteht.

### III. Auslegungersuchen der Regierung Hongkongs

Im Hinblick auf die am 10.07.2005 angesetzte Neuwahl des Regierungschefs übersandte die Regierung Hongkongs am 06.04.2005 ein Auslegungersuchen in Bezug auf Art. 53 Abs. 2 Basic Law an den Ständigen Ausschuss.<sup>14</sup> Nach dem Wunsch der Regierung solle der neue Regierungschef im Falle einer Vakanz nur für den Rest der Amtszeit seines Vorgängers amtieren. Dazu sei eine Änderung der Chief Executive Election Ordinance notwendig, die diesen Punkt ausdrücklich klarstellen solle.<sup>15</sup> Gegen die Gesetzesvorlage sei es allerdings zu Widerstand auch innerhalb der Legislative gekommen, von den Befürwortern einer fünfjährigen Amtszeit werde ein Normenkontrollverfahren angestrebt. Ein solches juristisches Verfahren könne aufgrund der Zeit, die es beansprucht, die Durchführung der Wahl zum festgesetzten Termin verhindern. Des Weiteren wird argumentiert, dass nur eine Wahl zu diesem Termin angesichts der am 13.07.2005 ablaufenden Amtsperiode des Wahlkomitees die ordnungsgemäße Erfüllung der gesetzlichen Vorschriften des Basic Law und der Chief Executive Election Ordinance

<sup>6</sup> Thomas Jesch, Die Wirtschaftsverfassung der Sonderverwaltungsregion Hongkong, Frankfurt 2001, S. 97.

<sup>7</sup> Zur in diesem Zusammenhang erfolgten legislativen Auslegung des Basic Law durch den Ständigen Ausschuss der VR China vom 06.04.2004 s. Björn Ahl, Vertagte Demokratisierung, Die Grenzen der Autonomie des Sonderverwaltungsgebietes Hongkong, in: China aktuell 2004, 762.

<sup>8</sup> Dazu Martin Scheuer, Die Rechtslage von Hongkong und Macao nach den Gemeinsamen Erklärungen, Frankfurt a. M. 1993, S. 69 m. w. N.

<sup>9</sup> Roda Mushkat, The Transition from British to Chinese Rule in Hong Kong: A Discussion of Salient International Legal Issues, in: Denver Journal of International Law 1986, 171 (183).

<sup>10</sup> Yash Ghai, Hong Kong's New Constitutional Order, Hongkong 1999, S. 258.

<sup>11</sup> WU Jianfan, Several Issues Concerning the Relationship Between the Central Government of the People's Republic of China and the Hong Kong Special Administrative Region, in: Journal of Chinese Law 1988, 65 (67).

<sup>12</sup> Yash Ghai, (Fn. 10), S. 258.

<sup>13</sup> Auf diesen Grund berief sich Tung im Rahmen einer Pressekonferenz am 10.03. 2005, <http://www.news.gov.hk/en/category/administration/050310/html/050310en01001.htm>, besucht am 01.06.2005.

<sup>14</sup> Vgl. Fn. 2.

<sup>15</sup> Der Text der Gesetzesvorlage ist im Internet einsehbar unter <http://www.legco.gov.hk/yr04-05/english/bills/b0503241.pdf>, besucht am 16.06. 2005.

bezüglich der Neuwahl sicherstellen könne.<sup>16</sup> Falls die Wahl nicht stattfindet, befürchte man eine Verfassungskrise infolge der Behinderung des reibungslosen Ablaufs politischer Prozesse und ernsthaften Schaden für die politische und wirtschaftliche Reputation Hongkongs, woraus eine Gefährdung für die Prosperität und Stabilität des Sonderverwaltungsgebietes erwachsen könne. Daher werde eine Auslegung durch den Ständigen Ausschuss auf der Grundlage der Art. 43, 48 Abs. 2 Basic Law als unumgänglich erachtet, um eine solide Basis für die Gesetzesänderung zu schaffen.

#### IV. Legislative Auslegung

In ihrem Tenor stellt die Auslegung des Ständigen Ausschusses<sup>17</sup> fest, dass von der Vorschrift des Art. 53 Abs. 2 Basic Law sowohl die Wahl eines neuen Regierungschefs gemäß der in Art. 45 Basic Law festgesetzten Wahlmethode, als auch die Festsetzung der Amtszeit des neuen Regierungschefs umfasst ist.

Vor 2007 soll im Falle der Vakanz des Amtes des Regierungschefs vor Ablauf der regulären fünfjährigen Amtszeit nach Art. 46 Basic Law die Amtszeit des neuen Regierungschefs die restliche Amtszeit des Vorgängers betragen.

Nach 2007 soll unter der Prämisse, die oben erwähnte Methode für die Wahl des Regierungschefs würde geändert, im Falle einer Situation der Vakanz zu gegebener Zeit die Amtszeit des neuen Regierungschefs gemäß der geänderten konkreten Wahlmethode festgelegt werden.

#### V. Argumentation des Ständigen Ausschusses

In der Erläuterung des Auslegungsentwurfs vom 24.04.2005<sup>18</sup> wird als erstes Argument dafür, dass dem gemäß Art. 53 Abs. 2 Basic Law nachgewählten Regierungschef nur die verbleibende Amtszeit des Vorgängers zusteht, die fünfjährige Amtszeit des Wahlkomitees herangezogen, die indiziere, dass das Mandat des Komitees die Wahl eines Regierungschefs für fünf Jahre sei, nicht aber das Überschreiten dieser Amtszeit. Zweitens sei nach dem Basic Law vorgesehen, dass Hongkong im Zeitraum zwischen 1997 und 2007 zwei Regierungschefs mit jeweils einer fünfjährigen Amtsdauer haben solle, die Amtszeiten sollen zusammen genommen nicht über 2007 hinausgehen.

Drittens solle nach der Entscheidung des Ständigen Ausschusses vom April 2004 der dritte Regierungschef des Sonderverwaltungsgebietes im Jahre 2007 gewählt werden, der zweite Regierungschef solle demnach nur die vakante Stelle seines Vorgängers ausfüllen und keine volle Amtszeit haben.

#### VI. Rechtsgrundlage

Die Rechtsgrundlage für die legislative Auslegung stellt Art. 158 Basic Law<sup>19</sup> dar, wonach die Zuständigkeit zur Auslegung des Basic Law dem Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses, also einem Organ der Legislative, zukommt, während die Kompetenz des Sonderverwaltungsgebietes auf Normen innerhalb der Autonomie beschränkt ist.<sup>20</sup> Art. 158 Abs. 3 Basic Law sieht unter bestimmten Umständen eine Vorlagepflicht an den Ständigen Ausschuss vor.<sup>21</sup>

Problematisch ist das Verhältnis zwischen der Auslegungskompetenz des Ständigen Ausschusses und der Befugnis der letztinstanzlichen Entscheidung, die beim Court of Final Appeal liegt; beides lässt sich wohl nur vereinbaren, wenn man von der Prämisse ausgeht, dass der Ständige Ausschuss eine Interpretation nur auf Ersuchen des Court of Final Appeal vornehmen sollte, da sonst die Befugnis der letztinstanzlichen Entscheidung übergangen würde.<sup>22</sup> Die Auslegung erfolgte hier jedoch auf das Ersuchen der Regierung Hongkongs hin; eine direkte Rechtsgrundlage dafür findet sich im Basic Law genauso wenig wie ein direktes Verbot.<sup>23</sup> Die

<sup>19</sup> Art. 158 Basic Law: „The power of interpretation of this law shall be vested in the Standing Committee of the National People’s Congress.

The Standing Committee of the National People’s Congress shall authorize the courts of the Hongkong Special Administrative Region to interpret on their own, in adjudicating cases, the provisions of this law which are within the autonomy of the region.

The courts of the Hongkong Special Administrative Region may also interpret other provisions of this law in adjudicating cases. However, if the courts of the region, in adjudicating cases, need to interpret the provisions of this law, concerning affairs which are the responsibility of the Central People’s Government, or concerning the relationship between the Central Authorities and the Region, and if such interpretation will affect the judgements on the cases, the courts of the region shall, before making their final judgements which are not appealable, seek an interpretation of the relevant provisions from the Standing Committee of the National People’s Congress through the Court of Final Appeal of the Region. When the Standing Committee makes an interpretation of the provisions concerned, the courts of the Region, in applying those provisions, shall follow the interpretation of the Standing Committee. However, judgements previously rendered shall not be affected.

The Standing Committee of the National People’s Congress shall consult its Committee for the Basic Law of the Hongkong Special Administrative Region before giving an interpretation of this law.“

<sup>20</sup> Yash Ghai, (Fn. 10), S. 198.

<sup>21</sup> dazu ausführlich Björn Ahl (Fn. 7), S. 766 ff.

<sup>22</sup> LIN Feng, The Constitutional Crisis in Hong Kong- is it over?, in: Pacific Rim Law Policy Journal 9 (2000), 281 (305).

<sup>23</sup> Peter Wesley-Smith, Hong Kong’s First Post-1997 Constitutional Crisis, in: Journal of the Law Association for Asia and Pacific, 1999, 24 (48).

<sup>16</sup> Vgl. dazu auch das Informationsblatt der Verwaltung unter <http://www.legco.gov.hk/yr04-05/english/hc/papers/shc0315cb2-1077-1e.pdf>, besucht am 16.06.2005.

<sup>17</sup> Vgl. Fn. 4.

<sup>18</sup> Vgl. Fn. 5.

Regierung Hongkongs leitet eine Kompetenz aus Art. 43, 48 Basic Law ab.<sup>24</sup> Ein solcher Rekurs auf die Verantwortlichkeit des Chief Executive gegenüber der Zentralregierung sowie seiner Verantwortung für die Erfüllung des Basic Law kann zwar grundsätzlich als mindestens vertretbar erachtet werden, jedoch ist es fraglich, ob dadurch nicht die Entscheidungsbefugnis der Judikative Hongkongs untergraben wird.

## VII. Stellungnahme

Die Frage der Amtszeit des neuen Regierungschefs im Falle eines Rücktritts war bereits im Zuge des Entwurfs des Basic Law diskutiert worden. Es gab Stimmen, die sich dafür aussprachen, eine eindeutige Regelung bezüglich dieser Frage in Art. 53 Abs. 2 Basic Law aufzunehmen.<sup>25</sup> Ein weiterer Vorschlag zielte darauf ab, den Posten eines Stellvertretenden Regierungschefs zu konstruieren, der im Falle eines Rücktritts die Amtsgeschäfte übernehmen sollte, was jedoch auf keine große Mehrheit stieß und daher nicht weiterverfolgt wurde.<sup>26</sup>

Als Argument dafür, dass ein in der laufenden Amtszeit nachgewählter Regierungschef nur die verbleibende Amtszeit des Vorgängers ausfüllen soll, wird die Entwicklung des Wortlautes von Art. 53 Abs. 2 Basic Law herangezogen. Die ursprüngliche Formulierung „the new Chief Executive“ war zunächst zu „Chief Executive of the new term“ geändert worden, letztendlich war die Änderung aber wieder rückgängig gemacht worden. Dies resultiere aus dem Verständnis des Amtes des Regierungschefs: der Regierungschef sei ein Staatsorgan mit einer in der Verfassung bestimmten fünfjährigen Amtszeit, unabhängig davon, wie viele unterschiedliche Einzelpersonen in einer laufenden Amtszeit nacheinander den Posten besetzen. Auch im Zusammenhang mit Annex I Basic Law, der eine fünfjährige Amtszeit des Wahlkomitees festschreibt, sei davon auszugehen, dass ein nachgewählter Regierungschef in der laufenden Amtszeit nur die verbleibende Amtszeit des Vorgängers ausfüllen solle.<sup>27</sup>

Nach dem klaren Wortlaut des Art. 46 Basic Law beträgt die Amtszeit des Regierungschefs jedoch

fünf Jahre. Eine einschränkende Lesart dahingehend, dass dies nur für einen regulär nach Ablauf der Amtszeit seines Vorgängers neu gewählten Regierungschef gelte,<sup>28</sup> kann mit dem Wortlaut der Vorschrift nicht in Einklang gebracht werden, der solches nicht vorsieht, sondern einem jeden Regierungschef des Sonderverwaltungsgebietes Hongkong eine fünfjährige Amtszeit gibt. Die Frage, in welchem Zusammenhang der Vorgänger aus dem Amt geschieden ist, bleibt im Normtext unberücksichtigt. Auch erscheint eine Abkopplung der Amtszeit des Staatsorgans von der des einzelnen Amtsinhabers nicht praxisnah, faktisch ist beides miteinander verbunden, da das Amt nicht von dem ausübenden Individuum getrennt werden kann.

Die Gründe, die für eine nur zweijährige Amtszeit sprechen, sind wohl in erster Linie politischer Natur. Durch die dahingehende Auslegung des Basic Law ist ein weiteres Einfalltor für die Einflussnahme seitens der Zentralregierung eröffnet. So kann diese zunächst die Arbeit des Nachfolgers *Tungs* in einem überschaubaren Zeitrahmen beobachten, bevor es zu Neuwahlen für fünf Jahre kommt, ebenso wird die Kontrolle des Demokratisierungsprozesses in Hongkong seitens der Zentralregierung aufrechterhalten, dadurch dass nach Ablehnung von Direktwahlen für das Amt des Regierungschefs für das Jahr 2007 die nächste Möglichkeit zur Einführung derselben nicht schon im Jahr 2010 besteht, wie es der Fall wäre, wenn im Jahr 2005 für fünf Jahre gewählt würde.<sup>29</sup>

Das Institut der legislativen Auslegung durch den Ständigen Ausschuss im Basic Law von Hongkong wurzelt im chinesischen Verständnis der Autonomie, demzufolge unter dem Gedanken des Einheitsstaates die Autonomie des Sonderverwaltungsgebietes vom Zentralstaat verliehen wird und alle Kompetenzen von diesem abgeleitet werden.<sup>30</sup> Die legislative Auslegung stellt damit jedoch ein dem dem Basic Law zugrundeliegenden System des Common Law fremdes Institut zur Kontrolle der Autonomie des Sonderverwaltungsgebietes seitens der Organe des souveränen Zentralstaates dar; sie sollte daher aus der Perspektive der Joint Declaration und des Basic Law betrachtet eigentlich vorsichtig und restriktiv gehandhabt, d. h. streng nach den Vorschriften des Basic Law angewandt werden und am Ende des gerichtlichen Instanzenzuges stehen, um nicht als Werkzeug für die Aushöhlung der rule of law bzw. der Rechtsstaat-

<sup>24</sup> Vgl. Fn. 2.

<sup>25</sup> „The Draft Basic Law of the Hongkong Special Administrative Region of the People's Republic of China (for Solicitation of Opinions): Consultation Report Vol. 1“, 1989, 107.

<sup>26</sup> Brief von LIAN Xisheng, Professor an der China University of Politics and Law, an die Hongkonger Justizministerin Elsie Leung vom 08.03.2005.

<sup>27</sup> Brief von XU Chongde, Professor an der Renmin University of China, an die Hongkonger Justizministerin Elsie Leung vom 07.03.2005.

<sup>28</sup> Vgl. Katrin Willmann, (Fn. 1), S. 12.

<sup>29</sup> Katrin Willmann (Fn. 1), S. 13.

<sup>30</sup> Björn Ahl (Fn. 7), S. 768.

lichkeit aus politischen Motiven und Opportunitäts-  
erwägungen heraus missbraucht werden zu  
können.

Nach den beiden in den Jahren 1999 und 2004  
ergangenen Auslegungen handelt es sich beim  
vorliegenden Fall bereits um die dritte legislative  
Auslegung. Erschienen nach der ersten Auslegung  
weitere Interpretationen durch den Ständigen  
Ausschuss noch unwahrscheinlich, scheint sich  
inzwischen die Tendenz abzuzeichnen, dem Institut  
der legislativen Auslegung immer öfter den  
Vorrang vor der Interpretation durch die nach Art. 2  
Basic Law unabhängige Judikative einzuräumen.  
Wie der aktuelle Fall zeigt, scheint das Gleichge-  
wicht zwischen den antithetischen Formeln „ein  
Staat“ und „zwei Systeme“ somit sukzessive  
zugunsten des Teils „ein Staat“ verschoben zu  
werden. Welche Auswirkungen sich aus diesem  
Entwicklungsprozess, dem auch die derzeitige  
Politik der Regierung Hongkongs Vorschub leistet,  
längerfristig auf das Autonomiekonzept ergeben  
werden, ist noch nicht in vollem Umfang absehbar.

# Chinese "Green Cards" – Green Light only for Qualified Foreigners

ZHU Yifan/XU Xian\*

## I. Introduction

The Ministry of Public Security and the Ministry of Foreign Affairs jointly endorsed Decree No. 74 and issued the "Green Card Regulations"<sup>1</sup> on 15 August 2004. The regulations set forth the conditions upon which foreigners can obtain permanent residence in China. The issuance of these regulations indicates the official implementation of the "Green Card" system in China. This new "Green Card" policy is a significant move by the Chinese Government to adapt to economic globalization and normalize the regulation of examination and approval of permanent residence of foreigners in China.

Nowadays more and more foreigners opt to live and work in China, and long-staying foreigners number more than 200,000. Large cities like Beijing, Shanghai and Guangzhou have become increasingly international, and the foreign population of all three already exceeded 100,000 at the end of 2004.<sup>2</sup> Permanent residence status in China will help to accommodate China's urgent need for high-level overseas talent keen to invest, do business and conduct scientific, technological and cultural undertakings in the country. Green card implementation is a crucial and necessary measure on the part of the Chinese government as it will offset the problems China faces in relation to its own "brain drain". Encouraging foreign talent to enter and reside in China reflects the desire for international

exchange, and is also an indicator of economic strength.<sup>3</sup>

## II. History and Legal Background

The words "Green Card" are borrowed from English and translated into Chinese as "lvka", which refers to a long-term residence permit for foreigners. For different countries, green cards are highly flexible in terms of time limit. They are permanent in some traditional immigration countries such as America, Canada, Australia and New Zealand. Green Cards of this kind are mainly granted to three groups: skilled workers, investors and those seeking reunion with their families. However, in traditional countries like Switzerland, Sweden and Denmark that bring in talented people, a long-term residence system with time limit is instituted for immigrant workers and professionals.

In China, before the carrying out of the "Green Card" policy, the residence permits were granted according to the Law on the Entry and Exit of Foreigners,<sup>4</sup> adopted by the Standing Committee of the People's Congress in November 1985, and the Enforcement Regulations on the Entry and Exit of Foreigners,<sup>5</sup> adopted by the State Council in December 1986 and revised in July 1994. According to these two legal documents, foreigners residing in China for six months to one year are given a "temporary residence permit" by the public security department. Those living over one year are given a "foreigner residence permit" with a time limit of one year, which can be extended after their certificates are checked and accepted by the designated public

---

\* ZHU Yifan: Mag. iur. (Göttingen), PhD Candidate with Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll at the Institute of European and International Law, University of Göttingen. zhuyifan2000@hotmail.com; XU Xian: Master of Arts in International Economics, Center for Globalization and Europeanization of the Economy, University of Göttingen. xuxian7909@hotmail.com.

<sup>1</sup> Regulations on Examination and Approval of Permanent Residence of Foreigners in China (外国人在中国永久居留审批管理办法), August 15<sup>th</sup>, 2004, [http://news.xinhuanet.com/zhengfu/2004-08/20/content\\_1835486.htm](http://news.xinhuanet.com/zhengfu/2004-08/20/content_1835486.htm) (visited September 13, 2005).

<sup>2</sup> ZHANG Hua, Chinese Green Cards Go Ahead, <http://www.chinatoday.com.cn/> (visited January 28<sup>th</sup>, 2005).

<sup>3</sup> ZHANG Hua, Chinese Green Cards Go Ahead, <http://www.chinatoday.com.cn/> (visited January 28<sup>th</sup>, 2005).

<sup>4</sup> Law of the People's Republic of China on the Administration of the Entry and Exit of Foreigners (中华人民共和国外国人入境出境管理法), November 22<sup>nd</sup>, 1985, <http://www.fmprc.gov.cn/chn/lsw/lswl/xgfg/t9777.htm> (visited September 13, 2005).

<sup>5</sup> Enforcement Regulations on Law of the People's Republic of China on the Administration of the Entry and Exit of Foreigners (中华人民共和国外国人入境出境管理法实施细则), December 3<sup>rd</sup>, 1986, <http://www.fmprc.gov.cn/chn/lsw/lswl/xgfg/t9778.htm> (visited September 13, 2005).

security institutions.<sup>6</sup> In addition, foreigners who need long-term residence in China because they invest in the country, or conduct economic, scientific-technological, and cultural cooperation with Chinese enterprises or institutions, or engage in other activities, can be granted long-term (the validity period ranges from one to five years) or permanent qualifications with approval from competent government departments.<sup>7</sup> Therefore, permanent residence permits for foreigners already existed before the "Green Card" regulations were enacted. But they were rarely granted in practice and had the function of honorary awards. For instance, in 1986, a permanent resident permit was granted for the first time to a German national. This case was looked upon as China's first granting of a "Green Card". Then, in 1991, four foreigners got the certificate from the Tianjin Public Security Bureau for their outstanding contribution to Tianjin's economic development.<sup>8</sup> By the end of 2004, statistics show that no more than fifty such permanent residence permits were granted to foreigners nationwide who had made a significant contribution to China's development.<sup>9</sup>

### III. Qualifications for Applicants

The "Green Card" regulations in China have 29 articles, which include explicit provisions on the prerequisites for foreigners to apply for permanent residence permits in China, required supporting documents, steps to be followed, limits of authority, and cancellation of eligibility, etc. Foreigners can obtain permanent residence in China if they abide by Chinese laws, are in good health, have no record of breaking the law and fall into one of the following seven categories:

(1) Those who have had a stable direct investment in China successively for three years and have a good taxation record;

(2) Those who hold posts in businesses which promote China's economic, scientific and technological development or social progress, like positions or professional titles at or above the level of deputy general manager, deputy factory director, assistant professor, associate research fellow or their equivalent for a minimum of four years on the condition that their stay in China within the four

years is accumulatively no less than three years and they have a good taxation record;

(3) Those who have made outstanding contributions to China or have talents that are specially needed by China;

(4) Those who are spouses or unmarried children under the age of 18 of any of the persons from the above three categories;

(5) Those who are foreign spouses of Chinese citizens, or spouses of foreigners with permanent residence status in China, on the condition that their marriage is no less than five years and they have stayed in China successively for five years during which they have spent at least 9 months each year in China and they have a stable source of livelihood and housing;

(6) Those who are unmarried children under the age of 18 and are still dependent on their parents; and

(7) Those above the age of 60 who do not have direct blood relatives abroad and come to join their direct blood relatives in China on condition that they have lived in China successively for five years during which they have spent at least 9 months each year in China and have a stable source of livelihood and housing.<sup>10</sup>

In order to qualify under the investment category (see category one above), the minimum investment requirements, which the investor must satisfy, are investment of: US\$ 500,000 in the encouraged category of industries; US\$ 500,000 in China western region or in poor counties that the state has singled out for development; US\$ 1 million in China central region; or US\$ 2 million in China.<sup>11</sup>

### IV. Application Procedures and Documents

To apply for permanent residence in China, the applicant or the parents or guardians of unmarried children shall submit an application to the public security organ of the People's Government at the city level or the branch office or county office of the public security bureau of a municipality directly under the central government, which is in charge of the community of the applicant's major investment or long-term residence, and at the same time, provide the specified application documents.<sup>12</sup> After the public security organ receives the application, it shall investigate and verify the conditions of the

<sup>6</sup> Art. 16 Enforcement Regulations on the Entry and Exit of Foreigners.

<sup>7</sup> Art. 14 Law on the Entry and Exit of Foreigners; Art. 18 Enforcement Regulations on the Entry and Exit of Foreigners.

<sup>8</sup> How to apply for a Chinese Green Card, <http://www.womenofchina.com.cn/> (visited July 10<sup>th</sup>, 2005).

<sup>9</sup> China pondering its own "green card" system, <http://houston.china-consulate.org/> (visited July 10<sup>th</sup>, 2005).

<sup>10</sup> Art. 6 para. 1 no. 1-7 "Green Card" regulations.

<sup>11</sup> Art. 7 "Green Card" regulations.

<sup>12</sup> Art. 17 para. 1 "Green Card" regulations.

applicant according to the specified prerequisites, and submit the application to the Ministry of Public Security for examination and approval. The public security organ shall decide whether to approve or reject the application for the permanent residence permit within 6 months of receiving the application.<sup>13</sup>

Upon the approval of the Ministry of Public Security, the applicant shall be granted a Foreigner Permanent Residence Permit by the Ministry of Public Security; To applicants outside China, a Foreigner Permanent Resident Status Confirmation Letter shall be issued by the Ministry of Public Security, with which they may apply for D Visas from a Chinese embassy or consulate abroad, and receive the Foreigner Permanent Residence Permits from the public security organ which handles their applications within 30 days of entering China.<sup>14</sup> For holders of the previous resettlement or permanent residence certificates, they can go to the Entry-Exit Administration of the Public Security Bureau and change over to the new green card.<sup>15</sup> The application documents include: valid passport or equivalent; health certificate issued at state level; credentials proving no criminal record by Chinese embassies or consulates; two passport photos and other relevant credentials if required.<sup>16</sup>

## V. Validity

According to relevant provisions, there is no limitation on the period of stay of foreigners with permanent resident status in China, and they need not obtain visas and can enter and leave the country with their valid passport and Foreigner Permanent Residence Permits. For foreigners with the "Green Card" of China, the "Green Card" is their legal identity document during their stay in China and can be used alone. The Permanent Residence Permits for Foreigners are valid for five or ten years.<sup>17</sup> Certificates with five-year validity are granted to minors, while certificates with ten-year validity are granted to adults.<sup>18</sup> In case of expiration, loss, damage or content change of the certificates, the holders may apply for recertification. The public security organ may reissue certificates to them after confirmation that they have not lost permanent resident status, without going through the examination and approval procedures again.<sup>19</sup>

In order to safeguard national security and interests, and maintain the solemnity and authority of permanent resident status, the "Green Card" regulations stipulate that foreigners with permanent resident status in China will be deprived of such status in any of the following four circumstances: endangering national security and interests, being sentenced to expulsion from China by the People's Court, those who have gained permanent resident status in China by means of fraud, and those whose periods of residence in China do not reach the specified number of years<sup>20</sup>. In any of the above-mentioned circumstances the Ministry of Public Security will confiscate the "Green Card" or declare it invalid.<sup>21</sup>

## VI. Green Light for Qualified Foreigners

The application threshold is quite high. In Beijing alone, more than 2,000 foreigners have applied for the green cards, but after extensive enquiries only a few of them can meet the rigorous criteria.<sup>22</sup> But it seems reasonable to set up such a high threshold for the foreign applicants, because China is traditionally a non-immigration country. Similar to the situation of other non-immigration countries, the issuance of the "Green Card" only to a small number of eligible talented foreign nationals is in conformity with the common international practice, and the practical situation of China.

Though foreigners, during their stay in China, are entitled to basic rights such as the right of the person, right of property and rights of employment and education, some political rights are reserved exclusively for Chinese citizens, such as voting and being voted for are not entitled to foreigners. Foreigners also cannot hold public office. But it is believed that the legal reform in China will continue the trend of China gradually relaxing its policies toward foreigners, so they can enjoy more freedom in employment, travel, accommodation, purchasing property, medical care and social welfare, etc. The new green card system will also be aimed at attracting back to China overseas Chinese with citizenship or permanent residence permits in other countries. The system will facilitate their return and allow them to keep their foreign citizenship while living and working permanently in China.

<sup>20</sup> According to Art. 20 "Green Card" regulations, foreigners who have obtained Permanent Resident Permits must spend at least three months each year in China. Those whose periods of stay can not reach three months each year must get approval from the responsible public security organ at the local level. But their total periods of residence in China should not be less than one year in successive 5 years.

<sup>21</sup> Art. 24 "Green Card" regulations.

<sup>22</sup> ZHANG Hua, Chinese Green Cards Go Ahead, <http://www.chinaday.com.cn/> (visited January 28<sup>th</sup>, 2005).

<sup>13</sup> Art. 18 "Green Card" regulations.

<sup>14</sup> Art. 19 "Green Card" regulations.

<sup>15</sup> Art. 25 "Green Card" regulations.

<sup>16</sup> Art. 9 "Green Card" regulations.

<sup>17</sup> Art. 21 para. 1 "Green Card" regulations.

<sup>18</sup> Art. 21 para. 2 "Green Card" regulations.

<sup>19</sup> Art. 22 "Green Card" regulations.

# Das neue Bankaufsichtsgesetz der VR China

Frank Münzel

Nach den WTO-Vereinbarungen haben ausländische Banken ab 2006 freien Zutritt zum Markt der VR China. Jetzt bereits werden die Beschränkungen für ausländische Banken allmählich beseitigt. Spätestens 2006 also sollten die chinesischen Banken international wettbewerbsfähig sein.

Hauptnachteil der inländischen Banken im internationalen Vergleich ist, daß ein guter Teil ihres Vermögens aus uneinbringlichen Darlehen besteht. Das wird in China gern als Erbe der Planwirtschaft bezeichnet. Es ist eher eine Folge allzu langsamer Reformen. Seit deren Beginn hat man die direkte staatliche Finanzierung staatseigener und kollektiver Unternehmen allmählich beseitigt. Die Unternehmen sollten „autonom Gewinne und Verluste selbst tragen“; meist unterkapitalisiert, mußten sie sich bei den staatlichen Banken finanzieren. Löbliche Regeln befahlen den Banken zwar, auf die Rückzahlung der Kredite zu achten, ja sogar, Kredite gleich nach wirtschaftlichen Erwägungen zu vergeben.<sup>1</sup> Jedoch veranlaßte politischer Druck die staatlichen Banken (als „zweiten Staatshaushalt“), Unternehmen oft auch dann Darlehen zu gewähren, wenn auf Rückzahlung kaum zu hoffen war. Das ist stets gern den lokalen Behörden vorgeworfen worden. Die territorialen Zweigstellen der Chinesischen Volksbank (d.h. der Zentralbank) sollen immer wieder gezwungen worden sein, den örtlichen Banken Verluste aus solchen Darlehen zu refinanzieren; Diskussionen der Leitung der Volksbank mit den Verantwortlichen ihrer Zweigstellen in den Provinzen, Autonomen Gebieten und der Zentralregierung direkt unterstellten Städten über die Einhaltung, vielmehr Nichteinhaltung des zentralen Kreditplans sollen oft sehr heftig gewesen sein. Jedoch griffen die zentralen Behörden genauso gern in die Bankkassen.<sup>2</sup> Vor allem seit die Zentralregierung in der zweiten Hälfte der 1990er Jahre ernstlich begonnen hat, „Regierung und

Unternehmen zu trennen“, sich von den Staatsunternehmen zu lösen, sie möglichst zu privatisieren und sie deshalb zunächst entweder zu liquidieren oder zu sanieren, und insbesondere, nachdem der Ministerpräsident 1999 ein Frist von drei Jahren für diese Sanierung gesetzt hatte, griff man auch auf die Hilfe der Banken zurück, nutzte insbesondere deren - gesetzlich vorgeschriebene - Rücklagen für uneinbringliche Darlehen zu Rettungsversuchen bei den Unternehmen. Am Gesamtvermögen der vier großen staatlichen Geschäftsbanken<sup>3</sup>, die 60% des Vermögens aller chinesischen Banken besitzen, soll der Anteil des „nicht guten Vermögens“<sup>4</sup> von 21.4% Ende 1995 auf 29.2% Ende 2000 gestiegen sein und Ende 2001 immer noch 25.4% betragen haben. Der Betrag habe 18.4% des chinesischen Bruttoinlandsprodukts entsprochen.<sup>5</sup>

Die dreijährige Sanierungsfrist ist abgelaufen, der Ministerpräsident, der sie gesetzt hat, in Pension gegangen, Staatsunternehmen sind entweder liquidiert, abgestoßen oder doch einigermaßen saniert worden; nun kann man sich den Banken widmen. Die Vorschriften für Maßnahmen bei faulen Darlehen wurden und werden verschärft: Bisher wurde als „uneinbringlich“ bzw. „schlecht“ klassifiziert, was eine bestimmte Zeit überfällig war, wenn nachgewiesen wurde, daß keine Hoffnung auf Rückzahlung bestand, insbesondere der Schuldner nicht mehr existierte.<sup>6</sup> Ende der 1990er Jahre aber verfügte die Zentralbank nach westlichen Vorbildern neue „Leitprinzipien“ für die Klassifizierung der Darlehen nach Risiken. Diese Leitprinzipien<sup>7</sup> klassifizieren nach einer ganzen Reihe von Faktoren, nicht mehr nur nach der Dauer der Überfälligkeit (die bisher trotz Verbots öfters durch simple Verlängerung der ursprünglichen Frist umgangen wurde). Sie unterscheiden ordnungsgemäße, zu

<sup>1</sup> Vgl. z.B. die §§ 7,9 Darlehensregeln (借款合同条例) v. 28.2.1985, deutsch in: Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht, 28.2.85/1; und § 10 [Bank]darlehensregeln (中国人民银行贷款通则), deutsch in: Frank Münzel (Hrsg.), a.a.O., 28.6.96/1; und selbst heute noch nach § 35 des Geschäftsbankgesetzes (中华人民共和国商业银行法) vom 27.12.2003, deutsch in: Frank Münzel (Hrsg.), a.a.O., 27.12.03/2.

<sup>2</sup> Vgl. die Beispiele in der Anmerkung 1 zur Übersetzung der „Regeln für Vermögensverwaltungs-Kreditgesellschaften“ (金融资产管理公司条例) vom 20.10.2000, in: Frank Münzel (Hrsg.), a.a.O., 10.11.00/1 Anm.1.

<sup>3</sup> Industrie- und Handelsbank, Landwirtschaftsbank, Bank of China, Baubank.

<sup>4</sup> Bu liang zichan, das sind insbesondere uneinbringliche Darlehen und die „schlechten Forderungen“ auf überfällige Zinsen.

<sup>5</sup> „把银行不良资产降下来“, siehe unter: [www.beijingreview.com.cn/2002-35/fm35-1.htm](http://www.beijingreview.com.cn/2002-35/fm35-1.htm).

<sup>6</sup> Näher vgl. die Anmerkung 19 zur Übersetzung der „[Bank]darlehensregeln“ (Fn. 1).

<sup>7</sup> „Versuchsweise“ Fassung vom 20.4.1998 (贷款分类指导原则[试行]), siehe unter: [www.chinaacc.com/fagui/2003\\_12/3122211291667.htm](http://www.chinaacc.com/fagui/2003_12/3122211291667.htm), endgültige Fassung vom 19.12.2001 (贷款风险分类指导原则), siehe unter: [www.chinaacc.com/fagui/jrfq/20624145350.htm](http://www.chinaacc.com/fagui/jrfq/20624145350.htm).

beobachtende, nachrangige, zweifelhafte und Verlustdarlehen. Die drei letzten Klassen gelten als „uneinbringliche Konten“<sup>8</sup>. Damit soll ein größerer Teil der Darlehen als uneinbringlich klassifiziert werden als nach der alten Klassifizierung.<sup>9</sup>

Um den Druck auf die Banken, Unternehmen Darlehen zu gewähren, zu verringern, soll der Staat in den fünf Jahren bis 2003 RMB 1800 Mrd. Yuan als direkte Zuschüsse für die dringende Modernisierung der Staatsunternehmen aufgewandt haben.<sup>10</sup>

Der Anteil „uneinbringlicher Konten“ am Bankvermögen läßt sich zunächst dadurch senken, daß man das Bankvermögen erhöht. Dazu kann der Eigentümer Kapital nachschießen, es können auch neue Investoren gesucht werden.

Der Staat hat seinen Banken mehrfach hohe Zuschüsse gegeben, so in den fünf Jahren bis 2003 RMB 50 Mrd. Yuan, um Zinsen der Bankdarlehen an Staatsunternehmen zu subventionieren<sup>11</sup>, 1998 den vier großen Staatsbanken RMB 270 Mrd. Yuan, gezahlt in Staatsanleihen; 1999 RMB 450 Mrd. Yuan<sup>12</sup>, um Bankdarlehen an Staatsunternehmen, teils wieder in Staatsanleihen, zurückzuzahlen (und in Anteile an den Schuldner umzuwandeln, die den Vermögensverwaltungs-Kreditgesellschaften<sup>13</sup> zufielen), Ende 2003 je US\$ 22,5 Mrd. (ca. RMB 186 Mrd. Yuan) an die Bank of China und die Baubank<sup>14</sup>.

Um neue Investoren zu finden, erlaubt die Mitteilung vom 10.12.2003<sup>15</sup> jetzt allen Banken, mit Genehmigung der Bankaufsichtskommission „zweitrangige Obligationen“ mit mindestens fünf Jahren Laufzeit in Höhe von bis zu 50% ihres Kernkapitals auszugeben und den Erlös zunächst zu 100% (jährlich sind 20% abzuschreiben) in ihr Ergänzungskapital einzustellen; Verluste aus dem Tagesgeschäft dürfen damit nicht aufgefüllt werden.

Die Obligationen dürfen erst nach allen anderen Schulden der Bank befriedigt werden. Solche junk bonds müssen, um Käufer zu finden, hoch verzinst werden. Investoren über die Börse zu finden, wäre günstiger. Aber um an die Börse zu gehen, müßten die Bilanzen der Banken besser aussehen, eben die Anteile „uneinbringlicher Konten“ viel geringer sein.

Im September 2003, vor den jüngsten Subventionen, soll nach der Bankaufsichtskommission der Anteil der uneinbringlichen Konten bei den vier großen Staatsbanken noch durchschnittlich 21.4%, bei den drei „politischen Banken“<sup>16</sup> 18.1%, bei den elf als Aktiengesellschaften geführten Banken 8.4%, bei den aus städtischen Kreditgenossenschaften hervorgegangenen 112 „städtischen Geschäftsbanken“ 15%, bei den 731 Kreditgenossenschaften der Städte 23.8%, bei den 35.544 Kreditgenossenschaften der Dörfer 30.3%, bei den Treuhand- und Investitionsgesellschaften 42.4% und bei den Banken ausländischen (auch Hongkonger) Kapitals in China um 3% ihrer Darlehenssumme betragen haben.<sup>17</sup> Dieselbe Quelle behauptet allerdings auch, von 1999 bis Ende 2002 sei der Anteil (nach damaliger Klassifikation) „nicht guter Darlehen“ um 13 Prozentpunkte, jährlich durchschnittlich um 4 Prozentpunkte, gesenkt worden. Das ist mit der oben zitierten Statistik kaum zu vereinbaren; chinesische Bankstatistiken sind mit Vorsicht zu genießen, auch weil die Maßstäbe wechseln (alte Definition uneinbringlicher Konten, neue fünf Klassen) und zwischen Staatsunternehmen, Staatsbanken, anderen „Kreditorganen“ wie den Vermögensverwaltungs-Kreditgesellschaften und dem Staatshaushalt zweifelhaftes Vermögen oft nur aus einer staatlichen Tasche in eine andere gesteckt wird, bis der Beobachter gar nichts mehr versteht.

<sup>16</sup> Gemäß dem „Beschuß des Staatsrates zur Reform des Kreditwesens“ vom 25.12.1993 wurden im Frühjahr 1994 drei „politische Banken“ gegründet, welche die „politischen Kredite“ von den Geschäftsbanken übernehmen sollen - Darlehen, die für die Bank keinen Gewinn, oft nicht einmal Rückzahlung versprechen, aber, hofft man, die Wirtschaft fördern: für bisherige Kredite der Baubank für „Schwerpunktbauten“ die Staatliche Entwicklungsbank; für bisherige Kredite der Landwirtschaftsbank die Chinesische landwirtschaftliche Entwicklungsbank; für Kredite beim Import und Export großer Elektroanlagen - gedacht ist wohl an Kraftwerke - die Chinesische Import- und Exportkreditbank. Die Mittel dieser politischen Banken sollen teils aus dem Staatshaushalt zugewiesen, teils aus Einlagen (bei der Entwicklungsbank aus Einlagen bei der Baubank, bei der Landw. Entwicklungsbank aus Einlagen ihrer Darlehensnehmer bei ihr), teils aus der Ausgabe von Schuldverschreibungen kommen. Der Druck auf die normalen Geschäftsbanken wurde damit nur wenig gemildert; die Darlehenssumme der Kreditunternehmen nahm 1994 um 22% zu; zweckgebundene Darlehen werden weiter vielfach zweckentfremdet (bei den landw. Darlehen zu 20%), im September 2003 war der Anteil uneinbringlicher Darlehen bei den vier großen staatseigenen Geschäftsbanken sogar etwas höher als bei den politischen Banken.

<sup>17</sup> „银监会副主席唐双宁：银行业改革开放战略选择“, siehe unter: [finance.sina.com.cn/g/20031218/1807567654.shtml](http://finance.sina.com.cn/g/20031218/1807567654.shtml).

<sup>8</sup> Daizhang.

<sup>9</sup> Selbst bei den vier großen Staatsbanken werden die fünf Klassen allerdings erst seit 2002 verwandt, endgültig für alle „Kreditorgane“ sollten sie erst 2004 eingeführt werden. Bei den Nichtbanken stößt das noch auf Widerstand, auch ist hier die Klassifizierung bereits nach Entwürfen für Sonderregeln gemildert worden, damit die ohnehin bereits mehrfach „bereinigten“ Treuhand- und Investitionsgesellschaften nun nicht endgültig aufgeben müssen.

<sup>10</sup> Artikel „现场报道(四):经济体制改革研究会乌杰专题演讲“ vom 26.8.2003, siehe unter: [business.sohu.com/26/08/article207430826.shtml](http://business.sohu.com/26/08/article207430826.shtml).

<sup>11</sup> Artikel v. 26.8.2003 a.a.O. (Fn. 10).

<sup>12</sup> Nach dem zitierten Artikel v. 26.8.2003 a.a.O. (Fn. 10); nach LING Huawei/LI Yong: Lai zi Biaopu zhi jingshi [Standard & Poor warnen], *Caijing* (财经) vom 5.12.2003, S. 87 ff., sogar RMB 1.400 Mrd. Yuan.

<sup>13</sup> Vgl. „Regeln für Vermögensverwaltungs-Kreditgesellschaften“ (Fn. 2).

<sup>14</sup> „Bailout sets up key banks for listing“ in: *South China Morning Post* v. 7.1.2004.

<sup>15</sup> 关于将次级定期债务计入附属资本的通知.

Standard & Poor vermuten in ihrem Bericht über die chinesischen Banken Anfang 2004 faule Darlehen bei den vier großen Staatsbanken in Höhe nicht von gut 20%, sondern von gut 40%. Aber auch ausländische Bewerter, Standard & Poor ebenso wie Moody, betonen, daß man sich seit 2002 ernstlich bemüht, den Anteil uneinbringlicher Darlehen zu senken.<sup>18</sup>

Um nicht nur den Anteil der „uneinbringlichen Konten“ an ihrem Vermögen zu senken, sondern diese „Konten“ selbst zu beseitigen, haben die Banken drei Wege: Sie können diese Forderungen doch noch irgendwie eintreiben, sie können sie gegen die entsprechenden Rückstellungen löschen; sie können sie auch „reorganisieren“, „umschulden“, d.h. dem Schuldner Zinsersaß und andere Zugeständnisse machen, damit der sie besser absichert oder befriedigt. Um die Rückstellungen aufzufüllen, wurden die Sätze für Rückstellungen für uneinbringliche Darlehen zum 1.1.2001 erhöht<sup>19</sup>, der einzubeziehende Bereich wurde ausgeweitet.<sup>20</sup>

2002 hat beispielsweise die Baubank RMB 33.5 Mrd. Yuan eingetrieben, RMB 10 Mrd. Yuan umgeschuldet, RMB 8.6 Mrd. Yuan gegen die Rückstellungen gelöscht.<sup>21</sup> Daß Abschreibungen gegen die entsprechenden Rückstellungen erst an dritter Stelle stehen, liegt mit an den provinziellen Sonderaufsichtsbüros des Finanzministeriums.<sup>22</sup> Diese Büros sollen darüber wachen, daß kein Staatsvermögen verloren geht. Sie müssen genehmigen, daß Darlehen in die (weiterhin nach den alten Regeln klassifizierten) „uneinbringlichen“ Darlehen eingestellt werden. Dazu muß die Bank dem Büro beweisen, daß der Schuldner nicht mehr existiert oder zahlungsunfähig ist, dazu wiederum Gerichts- und Vollstreckungskosten vertun. Erst dann kann das Darlehen gegen die Rückstellungen aufgerechnet werden. Auch die „Umschuldung“ wird von den Sonderaufsichtsbüros behindert.

<sup>18</sup> Vgl. LING Huawei/LI Yong, a.a.O. (Fn. 12)

<sup>19</sup> „Lenkungsmethode des Finanzministeriums für die Erhebung von Rückstellungen für uneinbringliche Konten bei Unternehmen des Kreditgewerbes und für die Löschung uneinbringlicher Konten“ (金融企业呆帐准备提取及呆帐核销管理办法) - Aktenzeichen Caijin [2001]127 - mit Wirkung vom 1.1.2001.

<sup>20</sup> So nach „四大银行力挺自主核销 财政部渐行放权式改革“, siehe unter: [www.people.com.cn/GB/jingji/1040/2264365.html](http://www.people.com.cn/GB/jingji/1040/2264365.html); der Text von Caijin [2001] 127 (Fn. 19) selbst war leider nicht zu beschaffen. Nach §§ 4, 5 einer Zentralbankmitteilung vom 2.4.2002 zu den „Leitprinzipien“ (Fn. 7) sind am Jahresende 1% der ordnungsgemäßen, 2% der zu beobachtenden, um 25% der nachrangigen, 50% der zweifelhaften, 100% der Verlustdarlehen als Rückstellungen zu erheben, siehe [www.chinaacc.com/fagui/jrfq/31029161709.htm](http://www.chinaacc.com/fagui/jrfq/31029161709.htm).

<sup>21</sup> „四大银行力挺自主核销 财政部渐行放权式改革“, siehe unter: [www.people.com.cn/GB/jingji/1040/2264365.html](http://www.people.com.cn/GB/jingji/1040/2264365.html).

<sup>22</sup> „Caizhuanban“.

Dahinter steht neben dem Wunsch, das Dahinschwinden des Staatsvermögens zu vertuschen, auch die Hoffnung, unterbinden zu können, daß Staatsvermögen verschoben wird. Denn wenn eine Bank ein solches Darlehen gegen die Rückstellungen aufrechnet, löscht sie es in ihren Büchern. Der Schuldner wird damit zwar nicht de jure<sup>23</sup>, aber de facto frei. Lokale Behörden versuchen manchmal, auf diese Weise lokale Staatsunternehmen zu sanieren. Daher sollen die Banken nun solche Forderungen „außerhalb der Bilanz“ verfolgen.<sup>24</sup> Darüber hinaus verlangen die Banken, man solle ihnen überhaupt freistellen, wie sie mit ihrem „nicht guten“ Vermögen verfahren, also den Sonderaufsichtsbüros des Finanzministeriums zwar nicht die Kontrolle über ihre Geschäfte, wohl aber das Recht zu nehmen, den Banken zu verbieten, Verluste ehrlich zu verbuchen. Mit der Angleichung an die Basler Grundsätze wird man dem stattgeben müssen.

Die Banken müssen aber nicht nur die Lasten ihrer Vergangenheit bewältigen, sondern auch dafür sorgen, daß neue Darlehen auch auf unterster Ebene nicht wieder so bedenkenlos oder unter Druck vergeben werden. Auch darum muß und will man den Banken nicht nur mehr Freiheit gewähren, sondern auch die Aufsicht über sie verschärfen. Deshalb hat man die Volksbank auf die makroökonomische Aufsicht über das Bankgewerbe beschränkt und eine eigene Bankenaufsichtsbehörde mit einem großen Apparat bis hinab zur Kreisebene eingeführt, das „Bankenaufsichtsorgan des Staatsrats“ nach dem „Bankaufsichtsgesetz der Volksrepublik China“ (im Folgenden Bankaufsichtsgesetz) vom 27.12.2003, also die 2003 gegründete Bankaufsichtskommission (China Banking Regulatory Commission, CBRC), die mit entsprechenden Kommissionen für das Wertpapiergewerbe (China Securities Regulatory Commission, CSRC) und das Versicherungswesen (China Insurance Regulatory Commission, CIRC) die Aufsichtsorgane im Finanzgewerbe vervollständigt. Das Bankaufsichtsgesetz regelt ihre Aufsichtsfunktionen.

Die Bankaufsichtskommission ist aber nicht nur Aufsichtsbehörde. Wie die etwa gleichzeitig<sup>25</sup> gegründete Staatsvermögenskommission (State-owned Assets Supervision and Administration

<sup>23</sup> Wie in Anmerkung 19 zur Übersetzung der „[Bank]darlehensregeln“ (Fn. 1) irrtümlich angenommen.

<sup>24</sup> „呆帐呼唤保全 政府应给予银行政策倾斜“ vom 16.10.2003, unter: [business.sohu.com/55/58/article214525855.shtml](http://business.sohu.com/55/58/article214525855.shtml).

<sup>25</sup> Vgl. „Vorläufige Vorschriften für die Beaufsichtigung und das Management des Staatsvermögens bei Unternehmen“ (企业国有资产监督管理暂行办法) vom 27.5.2003, chinesisch-deutsch in: ZChinR, Heft 1/2004, S. 60 ff.

Commission, SASAC) gegenüber den großen Staatsunternehmen mit Ausnahme der Banken, so vertritt gegenüber den staatlichen Banken anscheinend die Bankaufsichtskommission den Staat als Eigentümer. Das wird zwar im Bankaufsichtsgesetz nicht gesagt, geht aber aus der Mitteilung des Staatsratsbüros zu Aufgaben und Struktur der Kommission vom 25.4.2003<sup>26</sup> und Angaben in der Literatur zu der Organisationsreform des Staatsrats im Jahr 2003 hervor. Die Bankaufsichtskommission tritt danach an die Stelle der Kommission des Zentralkomitees der Kommunistischen Partei Chinas für das Kreditgewerbe. In ihrer Struktur zeigt sich das wie bei der Staatsvermögenskommission darin, daß sie Staats- und Parteistellen verbindet. Während aber bei der Staatsvermögenskommission Staats- und Parteistellen getrennte Abteilungen der Kommission bilden, haben bei der Bankaufsichtskommission einige Abteilungen gleichzeitig staatliche und Parteifunktionen.<sup>27</sup>

Wie bei der Staatsvermögenskommission behält also die Partei die Kontrolle über Personal- und Disziplinarangelegenheiten. Die übrigen Abteilungen der Bankaufsichtskommission befassen sich teils mit den verschiedenen Arten von Kreditunternehmen<sup>28</sup>, teils mit Stabsaufgaben.<sup>29</sup> Die 15. Abteilung ist für die konkrete „Aufsichtsratsarbeit“ zuständig, also für den Entwurf die Bankaufsichtsräte betreffender Arbeitsregeln, vor allem aber wohl für die Vertretung des Staates bei staatseigenen und vom Staat kontrollierten Banken über die Aufsichtsräte dieser Banken. Die Staatsvermögenskommission ist nur für die großen zentralen Staatsunternehmen zuständig. Für die kleineren vertreten entsprechende Territorialbehörden den staatlichen Eigentümer. Eine solche Trennung ist bei den Banken jedenfalls aus den uns vorliegenden Vorschriften nicht ersichtlich. Die Bankaufsichtskommission scheint den Staat als Eigentümer gegenüber allen ganz oder teilweise staatseigenen Banken zu vertreten. Sie hat zwar Unterbehörden

auf Ebene der Provinzen, autonomen Gebiete und der Zentralregierung direkt unterstellten Städte - und teils bis zur Kreisstufe, denen sie Aufgaben delegieren kann, aber diese Unterbehörden unterstehen nur der Kommission, es sind keine Territorialbehörden.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> 国务院办公厅关于印发中国银行业监督管理委员会主要职责内设机构和人员编制规定的通知 (Guobanfa [2003]30).

<sup>27</sup> Nämlich die erste Abteilung (Sekretariat = Parteikomiteesekretariat), die 11. Abteilung (Überwachungsabteilung = Parteidisziplinarkommission), 12. Abteilung (Personalabteilung = Organisationsabteilung des Parteikomitees), 13. Abteilung (Propagandaabteilung = Parteipropagandaabteilung, verantwortlich für die interne „geistig-politische Arbeit“) und die für die entsprechende Tätigkeit bei den Unterbehörden zuständige 14. „Massenarbeitsabteilung“.

<sup>28</sup> Die 3. Abteilung mit den staatseigenen Geschäftsbanken, die 4. Abteilung mit den als Aktiengesellschaften organisierten Banken und den „städtischen Geschäftsbanken“, d.h. umorganisierten städtischen Kreditgenossenschaften, die 6. Abteilung mit den kooperativen Kreditunternehmen und die 5. Abteilung mit Kreditunternehmen, die keine Banken sind.

<sup>29</sup> Rechtsfragen (2. Abteilung), Statistik (8. Abteilung), Buchführung (9. Abteilung) und internationale Angelegenheiten (10. Abteilung).

---

<sup>30</sup> § 8 Bankaufsichtsgesetz.

# DOKUMENTATIONEN

## Bankaufsichtsgesetz der VR China

### 中华人民共和国主席令 第十一号<sup>1</sup>

《中华人民共和国银行业监督管理法》已由中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第六次会议于2003年12月27日通过，现予公布，自2004年2月1日起施行。

中华人民共和国主席 胡锦涛  
二〇〇三年十二月二十七日

### Anordnung des Präsidenten der Volksrepublik China Nr. 11

Das „Bankaufsichtsgesetz der VR China“ ist am 27.12.2003 auf der 6. Sitzung des Ständigen Ausschusses des 10. Nationalen Volkskongresses der VR China verabschiedet worden, wird nun verkündet und vom 01.02.2004 an angewendet.

HU Jintao, Präsident der Volksrepublik China  
27.12.2003

### 中华人民共和国银行业监督管理法

#### 目 录

#### 第一章 总则

#### 第二章 监督管理机构

#### 第三章 监督管理职责

#### 第四章 监督管理措施

#### 第五章 法律责任

#### 第六章 附则

#### 第一章 总 则

第一条 为了加强对银行业的监督管理，规范监督管理行为，防范和化解银行业风险，保护存款人和其他客户的合法权益，促进银行业健康发展，制定本法。

第二条 国务院银行业监督管理机构负责对全国银行业金融机构及其业务活动监督管理的工作。

### Bankaufsichtsgesetz der VR China

#### Inhalt:

#### 1. Kapitel: Allgemeine Regeln

#### 2. Kapitel: Aufsichtsorgane

#### 3. Kapitel: Aufsichtsaufgaben

#### 4. Kapitel: Aufsichtsmaßnahmen

#### 5. Kapitel: Gesetzliche Verantwortung

#### 6. Kapitel: Ergänzende Regeln

#### 1. Kapitel: Allgemeine Regeln

§ 1 Um die Aufsicht über das Bankgewerbe zu stärken, die Aufsichtshandlungen zu normieren, Risiken im Bankgewerbe vorzubeugen und sie zu beseitigen, die legalen Rechtsinteressen der Kontoinhaber und anderen Kunden zu schützen und die gesunde Entwicklung des Bankgewerbes zu fördern, wird dies Gesetz bestimmt.

§ 2 Dem Aufsichtsorgan des Staatsrats für das Bankgewerbe (im folgenden kurz: dem Staatsrats-Bankaufsichtsorgan) obliegt landesweit die Aufsicht über Bankorgane<sup>2</sup> und ihre gewerblichen Aktivitäten.

<sup>1</sup> Legal Daily (法制日报) v. 30.12.2003, S. 5 = Amtsblatt des Staatsrates (国务院公报) 2004, Nr. 7, S. 4 ff.

<sup>2</sup> „Bankorgane“: chin. yinhangye jinrongjigou, wörtlich: Kreditorgane des Bankgewerbes. Die Definition des Begriffs in den nächsten beiden Absätzen ist wortgleich mit der in § 52 Zentralbankgesetz, deutsch in: Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht, 27.12.03/1. Hier wie dort werden zunächst die „aus dem Publikum Einlagen einwerbenden“ eigentlichen Banken und die „politischen Banken“ als „Kreditorgane des Bankgewerbes“ bezeichnet, dann die Vorschriften für sie auf eine Reihe weiterer „Kreditorgane“ für anwendbar erklärt.

本法所称银行业金融机构，是指在中华人民共和国境内设立的商业银行、城市信用合作社、农村信用合作社等吸收公众存款的金融机构以及政策性银行。

对在中华人民共和国境内设立的金融资产管理公司、信托投资公司、财务公司、金融租赁公司以及经国务院银行业监督管理机构批准设立的其他金融机构的监督管理，适用本法对银行业金融机构监督管理的规定。

国务院银行业监督管理机构依照本法有关规定，对经其批准在境外设立的金融机构以及前二款金融机构在境外的业务活动实施监督管理。

**第三条** 银行业监督管理的目标是促进银行业的合法、稳健运行，维护公众对银行业的信心。

银行业监督管理应当保护银行业公平竞争，提高银行业竞争能力。

**第四条** 银行业监督管理机构对银行业实施监督管理，应当遵循依法、公开、公正和效率的原则。

**第五条** 银行业监督管理机构及其从事监督管理工作的人员依法履行监督管理职责，受法律保护。地方政府、各级政府部门、社会团体和个人不得干涉。

**第六条** 国务院银行业监督管理机构应当和中国人民银行、国务院其他金融监督管理机构建立监督管理信息共享机制。

**第七条** 国务院银行业监督管理机构可以和其他国家或者地区的银行业监督管理机构建立监督管理合作机制，实施跨境监督管理。

Als „Bankorgane“ bezeichnet dieses Gesetz die im Gebiet der VR China<sup>3</sup> errichteten, Einlagen des Publikums einwerbenden Kreditorgane wie Geschäftsbanken, städtische Kreditgenossenschaften und dörfliche Kreditgenossenschaften, sowie die politischen Banken<sup>4</sup>.

Für die Aufsicht über im Gebiet der VR China errichtete Vermögensverwaltungs-Kreditgesellschaften<sup>5</sup>, Treuhand- und Investitionsgesellschaften, Finanzgesellschaften, Finanzleasinggesellschaften und mit Genehmigung des Staatsrats-Bankaufsichtsorgans errichtete sonstige Bankorgane gelten die Vorschriften dieses Gesetzes für die Aufsicht über die Bankorgane.

Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan beaufsichtigt nach den Vorschriften dieses Gesetzes die gewerblichen Aktivitäten der mit seiner Genehmigung außerhalb des Gebiets errichteten Kreditorgane und die gewerblichen Aktivitäten außerhalb des Gebiets der in den vorstehenden beiden Absätzen aufgeführten Kreditorgane.

§ 3 Ziel der Aufsicht über das Bankgewerbe [im folgenden kurz: Bankaufsicht] ist es, dem Recht gemäßen, stabilen Betrieb von Bankgewerbe zu fördern und das Vertrauen des Publikums in das Bankgewerbe zu schützen.

Die Bankaufsicht muß den fairen Wettbewerb im Bankgewerbe schützen und die Wettbewerbsfähigkeit des Bankgewerbes erhöhen.

§ 4 Bei der Bankaufsicht müssen die Bankaufsichtsorgane sich an die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit, Öffentlichkeit, Gerechtigkeit und Effizienz halten.

§ 5 Bei der Ausübung ihrer Aufsichtsaufgaben nach dem Recht erhalten die Bankaufsichtsorgane und ihr Aufsichtspersonal den Schutz des Gesetzes. Territoriale Regierungen, Regierungsabteilungen aller Stufen, gesellschaftliche Körperschaften und Einzelpersonen dürfen sich nicht einmischen.

§ 6 Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan muß mit der Chinesischen Volksbank und anderen das Bankwesen beaufsichtigenden Organen des Staatsrats Mechanismen zur gemeinsamen Nutzung der Aufsichtsdaten errichten.

§ 7 Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan kann mit Organen der Bankaufsicht anderer Staaten und Territorien Mechanismen zur Zusammenarbeit bei der Aufsicht schaffen und grenzüberschreitende Aufsicht durchführen.

<sup>3</sup> „Gebiet“ oder „Gebiet der VR China“ meint hier und im folgenden das direkt von der Pekinger Regierung kontrollierte Gebiet, ohne Taiwan, Hongkong und Macau.

<sup>4</sup> Siehe zu den „politischen Banken“ den Beitrag in diesem Heft.

<sup>5</sup> Vgl. „Regeln für Vermögensverwaltungs-Kreditgesellschaften“ (金融资产管理公司条例) vom 20.10.2000, deutsch in: Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht, 10.11.00/1.

## 第二章 监督管理机构

第八条 国务院银行业监督管理机构根据履行职责的需要设立派出机构。国务院银行业监督管理机构对派出机构实行统一领导和管理。

国务院银行业监督管理机构的派出机构在国务院银行业监督管理机构的授权范围内，履行监督管理职责。

第九条 银行业监督管理机构从事监督管理工作的人员，应当具备与其任职相适应的专业知识和业务工作经验。

第十条 银行业监督管理机构工作人员，应当忠于职守，依法办事，公正廉洁，不得利用职务便利牟取不正当的利益，不得在金融机构等企业中兼任职务。

第十一条 银行业监督管理机构工作人员，应当依法保守国家秘密，并有责任为其监督管理的银行业金融机构及当事人保守秘密。

国务院银行业监督管理机构同其他国家或者地区的银行业监督管理机构交流监督管理信息，应当就信息保密作出安排。

第十二条 国务院银行业监督管理机构应当公开监督管理程序，建立监督管理责任制度和内部监督制度。

第十三条 银行业监督管理机构在处置银行业金融机构风险、查处有关金融违法行为等监督管理活动中，地方政府、各级有关部门应当予以配合和协助。

第十四条 国务院审计、监察等机关，应当依照法律规定对国务院银行业监督管理机构的活动进行监督。

## 第三章 监督管理职责

第十五条 国务院银行业监督管理机构依照法律、行政法规制定并发布对银行业金融机构及其业务活动监督管理的规章、规则。

第十六条 国务院银行业监督管理机构依照法律、行政法规规定的条件和

## 2. Kapitel: Aufsichtsorgane

§ 8 Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan errichtet entsprechend den Erfordernissen seiner Amtsaufgaben Unterorgane<sup>6</sup>. Die Führung der Unterorgane ist beim Staatsrats-Bankaufsichtsorgan zusammengefaßt.

Die Unterorgane des Staatsrats-Bankaufsichtsorgans führen Aufsichtsaufgaben in dem Bereich aus, in dem sie dazu vom Staatsrats-Bankaufsichtsorgan ermächtigt werden.

§ 9 Das Aufsichtspersonal der Bankaufsichtsorgane muß über das Fachwissen und die Berufserfahrung verfügen, die seinem Amt entsprechen.

§ 10 Das Aufsichtspersonal der Bankaufsichtsorgane muß treu sein Amt wahren, nach dem Recht verfahren, gerecht und unbestechlich sein und darf sein Amt nicht nutzen, um unlautere Vorteile zu erlangen, es darf nicht auch Aufgaben bei Kreditorganen oder anderen Unternehmen wahrnehmen.

§ 11 Das Aufsichtspersonal der Bankaufsichtsorgane muß Staatsgeheimnisse dem Recht gemäß bewahren und haftet für die Wahrung der Geheimnisse der von ihm beaufsichtigten Bankorgane und [sonst] Beteiligter.

Beim Austausch von Aufsichtsdaten mit Organen der Bankaufsicht anderer Staaten und Territorien muß das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan Vorsorge für die Geheimhaltung der Daten treffen.

§ 12 Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan muß das Aufsichtsverfahren offenlegen und die Verantwortung für die Aufsicht ebenso wie die interne Überwachung regeln.

§ 13 Territorialregierungen und die betroffenen Abteilungen aller Stufen müssen Maßnahmen der Bankaufsichtsorgane gegen Risiken bei den Bankorganen, ihre Ermittlungen bei Verletzungen von Bankrecht und sonstige Aufsichtstätigkeit begleiten und unterstützen.

§ 14 Die Rechnungsprüfungs- und Überwachungsabteilungen des Staatsrates müssen den gesetzlichen Bestimmungen gemäß die Aktivitäten des Staatsrats-Bankaufsichtsorgans überwachen.

## 3. Kapitel: Aufsichtsaufgaben

§ 15 Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan setzt aufgrund der Gesetze und Verwaltungsnormen Regeln und Grundsätze für die Aufsicht über die Bankorgane und ihre gewerblichen Aktivitäten fest und macht sie bekannt.

§ 16 Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan prüft und genehmigt gemäß den von den Gesetzen und Verwaltungsnormen

<sup>6</sup> Wörtlich: Delegierte Organe.

程序, 审查批准银行业金融机构的设立、变更、终止以及业务范围。

第十七条 申请设立银行业金融机构, 或者银行业金融机构变更持有资本总额或者股份总额达到规定比例以上的股东的, 国务院银行业监督管理机构应当对股东的资金来源、财务状况、资本补充能力和诚信状况进行审查。

第十八条 银行业金融机构业务范围内的业务品种, 应当按照规定经国务院银行业监督管理机构审查批准或者备案。需要审查批准或者备案的业务品种, 由国务院银行业监督管理机构依照法律、行政法规作出规定并公布。

第十九条 未经国务院银行业监督管理机构批准, 任何单位或者个人不得设立银行业金融机构或者从事银行业金融机构的业务活动。

第二十条 国务院银行业监督管理机构对银行业金融机构的董事和高级管理人员实行任职资格管理。具体办法由国务院银行业监督管理机构制定。

第二十一条 银行业金融机构的审慎经营规则, 由法律、行政法规规定, 也可以由国务院银行业监督管理机构依照法律、行政法规制定。

前款规定的审慎经营规则, 包括风险管理、内部控制、资本充足率、资产质量、损失准备金、风险集中、关联交易、资产流动性等内容。

银行业金融机构应当严格遵守审慎经营规则。

第二十二条 国务院银行业监督管

vorgeschriebenen Bedingungen und Verfahren die Errichtung, Veränderung und Beendigung von Bankorganen und ihre Geschäftsbereiche.

§ 17 Wenn das gesamte Kapital oder Stammkapital in der Hand von Anteilsinhabern, welche die Errichtung oder Veränderung eines Bankorgans beantragen, einen bestimmten Anteil überschreitet, muß das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan die Herkunft der Mittel der Anteilsinhaber, ihre finanziellen Verhältnisse, ihre Fähigkeit, Kapital nachzuschießen und ihren Kredit überprüfen.

§ 18 Die Produkte im Geschäftsbereich eines Bankorgans müssen gemäß den Vorschriften vom Staatsrats-Bankaufsichtsorgan geprüft und genehmigt bzw. ihm zu den Akten gemeldet werden. Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan bestimmt aufgrund der Gesetze und Verwaltungsrechtsnormen, welche Produkte geprüft und genehmigt bzw. zu den Akten gemeldet werden müssen, und macht das bekannt.

§ 19 Ohne Genehmigung des Staatsrats-Bankaufsichtsorgans darf keine Einheit und kein Einzelner ein Bankorgan errichten oder Bankgeschäfte betreiben.

§ 20 Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan überwacht die Eignung der Vorstandsmitglieder und leitenden Manager der Bankorgane für ihre Ämter. Die konkrete Methode [dazu] wird vom Staatsrats-Bankaufsichtsorgan festgesetzt.

§ 21 Grundsätze für den umsichtigen Betrieb von Bankorganen werden von den Gesetzen und Verwaltungsrechtsnormen festgelegt und können aufgrund von Gesetzen und Verwaltungsrechtsnormen auch vom Staatsrats-Bankaufsichtsorgan festgesetzt werden.

Die nach dem vorigen Absatz bestimmten Grundsätze für den umsichtigen Betrieb umfassen insbesondere die Risikokontrolle, interne Kontrollen, den Solvabilitätskoeffizienten, die Vermögensqualität, Verlustrückstellungen, Risikokonzentrationen, verbundene Geschäfte<sup>7</sup> und Vermögensliquidität.<sup>8</sup>

Die Bankorgane müssen sich strikt an die Grundsätze für den umsichtigen Betrieb halten.

§ 22 Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan muß in den

<sup>7</sup> Geschäfte mit eng verbundenen Personen und Einheiten. Legaldefinitionen finden sich unter anderem in den Nummern 7.2.2 und 7.3.3 der Börsenzulassungsregeln von Shanghai und Shenzhen vom 25.7.2002 (证券交易所股票上市规则, chinesisch in der Fassung vom 8.6.2001 in: 中国证券报 [China Securities Journal] v. 8.6.2001, S. 15 f.; die 10 Kapitel der Börsenzulassungsregeln von Shanghai und in Shenzhen wurden am 25.2.2002 revidiert, chinesisch in: 中国证券报 [China Securities Journal] v. 25.2.2002, S. 6) und insbesondere in der „Anleitung zur Risikosteuerung im Kreditgeschäft von Geschäftsbanken mit Gruppenkunden“ (商业银行集团客户授信业务风险管理指引), erlassen vom Staatsrats-Bankaufsichtsorgan am 23.10.2003. Kreditgeschäfte mit „Gruppenkunden“ sollen besonders vorsichtig betrieben werden, insbesondere einem Höchstbetrag und zusammenfassender Aufsicht für die ganze Gruppe unterliegen. „Gruppenkunden“, Angehörige einer „Gruppe“ im Sinne dieser „Anleitung“, sind nach deren § 3 Angehörige eines Konzerns - beherrschende wie beherrschte Unternehmen - , entscheidende Investoren und Manager eines Unternehmens sowie deren Verwandte bis zum 3. Grad in gerader Linie, bis zum 2. Grad in der Seitenlinie; eingeschlossen sind also auch die „verbundenen Personen“, guanxiren, im Sinne des § 40 Geschäftsbankgesetz (中华人民共和国商业银行法) vom 27.12.2003, deutsch in: Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht, 27.12.03/2.

<sup>8</sup> Grundsätze zu alledem finden sich jetzt zusammengefaßt im „System zur Risikoeinstufung von Geschäftsbanken-Aktiengesellschaften (vorläufig durchgeführt)“ (股份制商业银行风险评级体系[暂行]) von Anfang 2004. Vgl. aber für den Solvabilitätskoeffizienten, die Vermögensqualität, die Vermögensliquidität und anderes weiterhin auch § 39 Geschäftsbankgesetz (Fn. 7).

理机构应当在规定的期限，对下列申请事项作出批准或者不批准的书面决定；决定不批准的，应当说明理由：

（一）银行业金融机构的设立，自收到申请文件之日起六个月内；

（二）银行业金融机构的变更、终止，以及业务范围和增加业务范围的业务品种，自收到申请文件之日起三个月内；

（三）审查董事和高级管理人员的任职资格，自收到申请文件之日起三十日内。

第二十三条 银行业监督管理机构应当对银行业金融机构的业务活动及其风险状况进行非现场监管，建立银行业金融机构监督管理信息系统，分析、评价银行业金融机构的风险状况。

第二十四条 银行业监督管理机构应当对银行业金融机构的业务活动及其风险状况进行现场检查。

国务院银行业监督管理机构应当制定现场检查程序，规范现场检查行为。

第二十五条 国务院银行业监督管理机构应当对银行业金融机构实行并表监督管理。

第二十六条 国务院银行业监督管理机构对中国人民银行提出的检查银行业金融机构的建议，应当自收到建议之日起三十日内予以回复。

第二十七条 国务院银行业监督管理机构应当建立银行业金融机构监督管理评级体系和风险预警机制，根据银行业金融机构的评级情况和风险状况，确定对其现场检查的频率、范围和需要采取的其他措施。

第二十八条 国务院银行业监督管理机构应当建立银行业突发事件的发现、报告岗位责任制度。

银行业监督管理机构发现可能引发系统性银行业风险、严重影响社会稳定的突发事件的，应当立即向国务院银行业监督管理机构负责人报告；国务院银行业监督管理机构负责人认为需要向国

vorgeschriebenen Fristen einen schriftlichen Beschluß darüber fassen, ob es den im folgenden aufgeführten Anträgen stattgibt; wenn es beschließt, ihnen nicht stattzugeben, muß es die Gründe erläutern:

1. Anträge auf Errichtung eines Bankorgans, innerhalb von sechs Monaten ab Erhalt der Antragschriftstücke;

2. Anträge auf Änderungen bei einem Bankorgan oder auf seine Beendigung oder auf einen bestimmten Geschäftsbereich oder auf Hinzunahme weiterer Produkte zum Geschäftsbereich, innerhalb von drei Monaten ab Erhalt der Antragschriftstücke;

3. Überprüfung der Eignung von Vorstandsmitgliedern und leitenden Managern für ihre Ämter, innerhalb von 30 Tagen ab Erhalt der Antragschriftstücke.

§ 23 Die Bankaufsichtsorgane müssen die Geschäftstätigkeit der Bankorgane und ihre Risiken von außen überwachen, ein Datensystem für die Bankaufsicht schaffen und die Risiken bei den Bankorganen analysieren und bewerten.

§ 24 Die Bankaufsichtsorgane müssen die Geschäftstätigkeit der Bankorgane und ihre Risiken vor Ort überprüfen.

Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan muß ein Verfahren für die Überprüfungen vor Ort festsetzen und die Überprüfungsverfahren vor Ort normieren.

§ 25 Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan muß die Abschlüsse der Bankorgane zusammengefaßt<sup>9</sup> in ihre Aufsicht einbeziehen.

§ 26 Wenn das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan der Chinesischen Volksbank die Überprüfung von Bankorganen vorschlägt, muß der Vorschlag innerhalb von 30 Tagen ab Erhalt beantwortet werden.

§ 27 Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan muß ein System zur Einstufung der beaufsichtigten Bankorgane und Regeln für Risikowarnungen schaffen<sup>10</sup> und je nach der Einstufung eines Bankorgans und seiner Risiken festsetzen, wie oft es zu überprüfen ist, ebenso wie den Bereich der Überprüfungen, und welche anderen Maßnahmen ergriffen werden müssen.

§ 28 Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan muß die Verantwortung am einzelnen Arbeitsplatz für die Feststellung unerwarteter Ereignisse im Bankgewerbe und für Berichte darüber regeln.

Wenn ein Bankaufsichtsorgan ein unerwartetes Ereignis feststellt, das zu einem das System erfassenden Risiko im Bankgewerbe führen, die soziale Stabilität erheblich beeinträchtigen kann, muß es dem Verantwortlichen des Staatsrats-Bankaufsichtsorgans sofort Meldung erstatten; der Verantwortliche des Staatsrats-

<sup>9</sup> D.h. als Konzernabschlüsse; Geschäfte in Devisen und Geschäfte in Renminbi zusammenfassende Abschlüsse. Verhindert werden soll vor allem, daß Banken Vermögen bei Filialen außerhalb des „Gebiets“ (Fn. 3) verstecken.

<sup>10</sup> Vgl. das „System zur Risikoeinstufung von Geschäftsbanken-Aktiengesellschaften (vorläufig durchgeführt)“ von Anfang 2004 (Fn. 8).

务院报告的，应当立即向国务院报告，并告知中国人民银行、国务院财政部门等有关部门。

第二十九条 国务院银行业监督管理机构应当会同中国人民银行、国务院财政部门等有关部门建立银行业突发事件处置制度，制定银行业突发事件处置预案，明确处置机构和人员及其职责、处置措施和处置程序，及时、有效地处置银行业突发事件。

第三十条 国务院银行业监督管理机构负责统一编制全国银行业金融机构的统计数据、报表，并按照国家有关规定予以公布。

第三十一条 国务院银行业监督管理机构对银行业自律组织的活动进行指导和监督。

银行业自律组织的章程应当报国务院银行业监督管理机构备案。

第三十二条 国务院银行业监督管理机构可以开展与银行业监督管理有关的国际交流、合作活动。

#### 第四章 监督管理措施

第三十三条 银行业监督管理机构根据履行职责的需要，有权要求银行业金融机构按照规定报送资产负债表、利润表和其他财务会计、统计报表、经营管理资料以及注册会计师出具的审计报告。

第三十四条 银行业监督管理机构根据审慎监管的要求，可以采取下列措施进行现场检查：

（一）进入银行业金融机构进行检查；

（二）询问银行业金融机构的工作人员，要求其对有关检查事项作出说明；

（三）查阅、复制银行业金融机构与检查事项有关的文件、资料，对可能被转移、隐匿或者毁损的文件、资料予以封存；

（四）检查银行业金融机构运用电

Bankaufsichtsorgans muß, wenn er das für erforderlich hält, dem Staatsrat sofort berichten und die Chinesische Volksbank, das Finanzministerium und sonst betroffene Abteilungen des Staatsrates unterrichten.

§ 29 Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan muß zusammen mit der Chinesischen Volksbank, dem Finanzministerium und sonst betroffenen Abteilungen des Staatsrates eine Ordnung für die Behandlung unerwarteter Ereignisse im Bankgewerbe schaffen, Pläne für die Behandlung solcher Fälle festsetzen, die Organe für ihre Behandlung und die Amtsaufgaben der betroffenen Personen, die zu ergreifenden Maßnahmen und zu befolgenden Verfahren festsetzen, um unerwartete Ereignisse im Bankgewerbe unverzüglich und effektiv behandeln zu können.

§ 30 Dem Staatsrats-Bankaufsichtsorgan obliegt die zusammenfassende Zusammenstellung der landesweiten statistischen Daten und Aufstellungen der Bankorgane, und es veröffentlicht sie gemäß den einschlägigen staatlichen Vorschriften.

§ 31 Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan leitet die Aktivitäten der Selbstkontrolle<sup>11</sup> des Bankgewerbes an und überwacht sie.

Die Satzung der Selbstkontrolle des Bankgewerbes muß dem Staatsrats-Bankaufsichtsorgan zu den Akten gemeldet werden.

§ 32 Das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan kann internationalen Austausch und internationale Kooperation zur Bankaufsicht durchführen.

#### 4. Kapitel: Aufsichtsmaßnahmen

§ 33 Die Bankaufsichtsorgane sind, wenn die Erfüllung ihrer Amtsaufgaben es erfordert, berechtigt, von Bankorganen die Einsendung ihrer Bilanzen, ihrer Gewinn- und Verlustrechnungen und anderer Finanz-, Buchführungs- und statistischer Aufstellungen sowie von Unterlagen über ihre Geschäftsführung und der von registrierten Buchprüfern erstatteten Buchprüfungsberichte zu verlangen.

§ 34 Die Bankaufsichtsorgane können, wenn es die umsichtige Aufsichtsführung erfordert, bei Prüfungen vor Ort folgende Maßnahmen ergreifen:

1. In Bankorgane gehen, um Prüfungen durchzuführen,

2. das Personal von Bankorganen befragen und von ihm Erläuterungen zu den betreffenden überprüften Angelegenheiten verlangen,

3. Schriftstücke und Unterlagen der Bankorgane mit Bezug zu den betreffenden überprüften Angelegenheiten durchsehen und kopieren; Schriftstücke und Unterlagen versiegeln, die entfernt, versteckt oder zerstört werden könnten,

4. das vom Bankorgan gebrauchte die geschäftlichen Daten

<sup>11</sup> Wörtlich: der Organisation der Selbstdisziplinierung.

子计算机管理业务数据的系统。

进行现场检查，应当经银行业监督管理机构负责人批准。现场检查时，检查人员不得少于二人，并应当出示合法证件和检查通知书；检查人员少于二人或者未出示合法证件和检查通知书的，银行业金融机构有权拒绝检查。

第三十五条 银行业监督管理机构根据履行职责的需要，可以与银行业金融机构董事、高级管理人员进行监督管理谈话，要求银行业金融机构董事、高级管理人员就银行业金融机构的业务活动和风险管理的重大事项作出说明。

第三十六条 银行业监督管理机构应当责令银行业金融机构按照规定，如实向社会公众披露财务会计报告、风险管理状况、董事和高级管理人员变更以及其他重大事项等信息。

第三十七条 银行业金融机构违反审慎经营规则的，国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构应当责令限期改正；逾期未改正的，或者其行为严重危及该银行业金融机构的稳健运行、损害存款人和其他客户合法权益的，经国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构负责人批准，可以区别情形，采取下列措施：

(一) 责令暂停部分业务、停止批准开办新业务；

(二) 限制分配红利和其他收入；

(三) 限制资产转让；

(四) 责令控股股东转让股权或者限制有关股东的权利；

(五) 责令调整董事、高级管理人员或者限制其权利；

(六) 停止批准增设分支机构。

银行业金融机构整改后，应当向国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构提交报告。国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构经验收，符合有关审慎经营规则的，应当自

行管理电子计算机系统的系统。

Eine Prüfung vor Ort muß vom Verantwortlichen des Bankaufsichtsorgans genehmigt worden sein. Die Prüfung muß von mindestens zwei Prüfern vorgenommen werden, welche dem Recht entsprechende Ausweise und die schriftliche Prüfungsmitteilung vorweisen müssen; sind es nicht mindestens zwei Prüfer, oder weisen sie nicht dem Recht entsprechende Ausweise und die schriftliche Prüfungsmitteilung vor, ist das Bankorgan berechtigt, die Prüfung zu verweigern.

§ 35 Die Bankaufsichtsorgane können, wenn die Erfüllung ihrer Amtsaufgaben es erfordert, mit Vorstandsmitgliedern und leitenden Managern der Bankorgane Aufsichtsgespräche führen und von ihnen Auskunft über die Geschäftstätigkeit der Bankorgane und schwerwiegende Angelegenheiten der Risikokontrolle verlangen.

§ 36 Die Bankaufsichtsorgane müssen die Bankorgane anhalten, vorschriftsgemäß der Allgemeinheit ihre Finanz- und Buchführungsberichte, die Lage bei ihrer Risikokontrolle, Änderungen bei den Vorstandsmitgliedern und leitenden Managern und andere schwerwiegende Angelegenheiten wahrheitsgemäß offenzulegen.

§ 37 Wenn ein Bankorgan die Grundsätze umsichtiger Geschäftsführung verletzt, müssen das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan oder sein Unterorgan auf Provinzstufe es anweisen, das innerhalb einer bestimmten Frist zu korrigieren; wenn sie dem Übelstand nicht fristgemäß abhelfen, oder diese Handlungen den stabilen Betrieb dieses Bankorgans ernstlich gefährden, wenn sie die legalen Rechtsinteressen von Kontoinhabern und anderen Kunden schädigen, können mit Genehmigung des Verantwortlichen des Staatsrats-Bankaufsichtsorgans oder seines Unterorgans auf Provinzstufe je nach den Umständen die folgenden Maßnahmen ergriffen werden:

1. Es kann Anweisung ergehen, einen Teil der Geschäftstätigkeit vorläufig einzustellen, es kann die Genehmigung neuer Arten von Geschäftstätigkeit eingestellt werden;

2. die Verteilung von Dividenden und anderem Einkommen kann eingeschränkt werden;

3. Vermögensübertragungen können eingeschränkt werden;

4. Anteilsinhaber mit beherrschendem Anteil können angewiesen werden, Anteilsrechte zu übertragen, oder die Rechte der betreffenden Anteilsinhaber können eingeschränkt werden;

5. es kann Anweisung ergehen, Vorstandsmitglieder und leitende Manager anzugleichen<sup>12</sup> oder ihre Rechte zu beschränken;

6. die Genehmigung der Errichtung weiterer Zweigstellen kann eingestellt werden.

Wenn bei Bankorganen Angleichungen und Korrekturen [nach dem vorigen Absatz] vorgenommen worden sind, muß dem Staatsrats-Bankaufsichtsorgan oder seinem Unterorgan auf Provinzebene berichtet werden. Das Aufsichtsorgan nimmt [das Ergebnis dieser Maßnahmen] ab, und wenn es den Grundsätzen

<sup>12</sup> „Anzugleichen“: an die „Grundsätze gewissenhafter Geschäftsführung“ - d.h. sie auszutauschen.

验收完毕之日起三日内解除对其采取的前款规定的有关措施。

第三十八条 银行业金融机构已经或者可能发生信用危机，严重影响存款人和其他客户合法权益的，国务院银行业监督管理机构可以依法对该银行业金融机构实行接管或者促成机构重组，接管和机构重组依照有关法律和国务院的规定执行。

第三十九条 银行业金融机构有违法经营、经营管理不善等情形，不予撤销将严重危害金融秩序、损害公众利益的，国务院银行业监督管理机构有权予以撤销。

第四十条 银行业金融机构被接管、重组或者被撤销的，国务院银行业监督管理机构有权要求该银行业金融机构的董事、高级管理人员和其他工作人员，按照国务院银行业监督管理机构的要求履行职责。

在接管、机构重组或者撤销清算期间，经国务院银行业监督管理机构负责人批准，对直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员，可以采取下列措施：

(一) 直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员出境将对国家利益造成重大损失的，通知出境管理机构依法阻止其出境；

(二) 申请司法机关禁止其转移、转让财产或者对其财产设定其他权利。

第四十一条 经国务院银行业监督管理机构或者其省一级派出机构负责人批准，银行业监督管理机构有权查询涉嫌金融违法的银行业金融机构及其工作人员以及关联行为人的账户；对涉嫌转移或者隐匿违法资金的，经银行业监督管理机构负责人批准，可以申请司法机关予以冻结。

umsichtiger Geschäftsführung entspricht, müssen innerhalb von drei Tagen ab dem Abschluß der Abnahme die nach dem vorigen Absatz bei dem Bankorgan ergriffenen Maßnahmen aufgehoben werden.

§ 38 Wenn bei einem Bankorgan eine Kreditkrise bereits eingetreten ist oder eintreten kann, und die legalen Rechtsinteressen von Kontoinhabern und anderen Kunden erheblich beeinträchtigt werden, kann das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan nach dem Recht die Übernahme der Verwaltung dieses Bankorgans durchführen<sup>13</sup> oder seine Reorganisation befördern; Übernahme der Verwaltung und Reorganisation werden nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften und den Bestimmungen des Staatsrates durchgeführt.

§ 39 Wenn ein Bankorgan seine Geschäfte rechtswidrig oder schlecht betreibt, und es die Ordnung des Kreditgewerbes und das Allgemeininteresse erheblich schädigen würde, [dies Bankorgan] nicht aufzuheben, ist das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan berechtigt, es aufzuheben.

§ 40 Wenn die Verwaltung eines Bankorgans übernommen wird, wenn es reorganisiert oder aufgehoben wird, ist das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan berechtigt, von den Vorstandsmitgliedern, leitenden Managern und anderem Personal des betroffenen Bankorgans zu verlangen, daß sie ihre Amtspflichten entsprechend den Anforderungen des Staatsrats-Bankaufsichtsorgans [weiter] wahrnehmen.

Während der Dauer der Übernahme der Verwaltung, der Reorganisation oder der Abwicklung bei Aufhebung können mit Genehmigung des Verantwortlichen des Staatsrats-Bankaufsichtsorgans gegenüber direkt verantwortlichen Vorstandsmitgliedern und leitenden Managern sowie anderem direkt verantwortlichem Personal die folgenden Maßnahmen ergriffen werden:

1. Wenn die Ausreise dieser Personen aus dem Gebiet die Interessen des Staates erheblich schädigen könnte, können die Ausreisekontrollbehörden aufgefordert werden, ihre Ausreise zu verhindern;

2. bei den Justizorganen kann beantragt werden, ihnen die Verschiebung und Übertragung von Vermögen und die Begründung anderer Rechte an ihrem Vermögen zu verbieten.

§ 41 Mit Genehmigung des Verantwortlichen des Staatsrats-Bankaufsichtsorgans oder eines seiner Unterorgane auf Provinzebene sind die Bankaufsichtsorgane berechtigt, die Konten der Verletzung von Bankrecht verdächtiger Bankorgane, ihres Personals und im Verbund<sup>14</sup> handelnder Personen zu überprüfen; wenn der Verdacht besteht, daß rechtswidrige Mittel verschoben oder verborgen werden sollen, kann mit Genehmigung des Verantwortlichen des Bankaufsichtsorgans bei den Justizorganen beantragt werden, [diese Mittel] einzufrieren.

<sup>13</sup> Übernahme der Verwaltung: nach dem 7. Kapitel des Geschäftsbankgesetzes (Fn. 7).

<sup>14</sup> Im Verbund: mit dieser Bank, im Sinne des „verbundenen Handels“ nach § 21 des vorliegenden Gesetzes. Vgl. Fn. 7.

## 第五章 法律责任

第四十二条 银行业监督管理机构从事监督管理工作的人员有下列情形之一的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）违反规定审查批准银行业金融机构的设立、变更、终止，以及业务范围和业务范围内的业务品种的；

（二）违反规定对银行业金融机构进行现场检查的；

（三）未依照本法第二十八条规定报告突发事件的；

（四）违反规定查询账户或者申请冻结资金的；

（五）违反规定对银行业金融机构采取措施或者处罚的；

（六）滥用职权、玩忽职守的其他行为。

银行业监督管理机构从事监督管理工作的人员贪污受贿、泄露国家秘密或者所知悉的商业秘密，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分。

第四十三条 擅自设立银行业金融机构或者非法从事银行业金融机构的业务活动的，由国务院银行业监督管理机构予以取缔；构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，由国务院银行业监督管理机构没收违法所得，违法所得五十万元以上的，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足五十万元的，处五十万元以上二百万元以下罚款。

第四十四条 银行业金融机构有下列情形之一的，由国务院银行业监督管理机构责令改正，有违法所得的，没收违法所得，违法所得五十万元以上的，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足五十万元的，处五十万元以上二百万元以下罚款；情节特别严重或者逾期不改正的，可以责令停业整顿或者吊销其经营许可证；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

## 5. Kapitel: Gesetzliche Verantwortung

§ 42 Liegt bei Aufsichtspersonal von Bankaufsichtsorganen einer der folgenden Umstände vor, so werden nach dem Recht Verwaltungsmaßnahmen verhängt; bilden diese Umstände eine Straftat, so wird nach dem Recht die strafrechtliche Verantwortung verfolgt:

1. wenn sie vorschriftswidrig die Errichtung, Veränderung oder Beendung eines Bankorgans oder dessen Geschäftsbereich oder Produkte in diesem Geschäftsbereich genehmigen;

2. wenn sie bei einem Bankorgan vorschriftswidrig eine Prüfung vor Ort durchführen;

3. wenn sie unerwartete Ereignisse nicht nach § 28 melden;

4. wenn sie vorschriftswidrig Konten überprüfen oder Mittel einfrieren;

5. wenn sie vorschriftswidrig Maßnahmen gegen Bankorgane ergreifen oder Bußen gegen sie verhängen;

6. wenn sie mit anderen Handlungen ihre Amtsgewalt mißbrauchen, ihre Amtspflichten mißachten.

Wenn Aufsichtspersonal von Bankaufsichtsorganen korrupt ist, Bestechungen nimmt und Staatsgeheimnisse oder zu seiner Kenntnis gelangte Geschäftsgeheimnisse durchsickern läßt, und dies eine Straftat bildet, wird nach dem Recht die strafrechtliche Verantwortung verfolgt; wenn [sein Verhalten] noch keine Straftat bildet, werden nach dem Recht Verwaltungsmaßnahmen verhängt.

§ 43 Wird eigenmächtig ein Bankorgan errichtet, oder werden rechtswidrig Geschäfte eines Bankorgans betrieben, so wird dies vom Staatsrats-Bankaufsichtsorgan unterbunden; bildet es eine Straftat, so wird nach dem Recht die strafrechtliche Verantwortung verfolgt; bildet es noch keine Straftat, so zieht das Staatsrats-Bankaufsichtsorgan das widerrechtlich Erlangte ein; sind mehr als 500.000 Yuan widerrechtlich erlangt worden, so wird außerdem eine Geldbuße in Höhe des Ein- bis Fünffachen des widerrechtlich Erlangten verhängt; ist nichts widerrechtlich erlangt worden, oder liegt der widerrechtlich erlangte Betrag unter 500.000 Yuan, so wird eine Geldbuße zwischen 500.000 und 2 Millionen Yuan verhängt.

§ 44 Liegt bei einem Bankorgan einer der folgenden Umstände vor, so wird es vom Staatsrats-Bankaufsichtsorgan angewiesen, das zu korrigieren; was widerrechtlich erlangt worden ist, wird eingezogen; sind mehr als 500.000 Yuan widerrechtlich erlangt worden, so wird außerdem eine Geldbuße in Höhe des Ein- bis Fünffachen des widerrechtlich Erlangten verhängt; ist nichts widerrechtlich erlangt worden, oder liegt der widerrechtlich erlangte Betrag unter 500.000 Yuan, so wird eine Geldbuße zwischen 500.000 und 2 Millionen Yuan verhängt; sind die Umstände besonders gravierend, oder wird [der Übelstand] nicht fristgemäß korrigiert, so kann [das Bankorgan] angewiesen werden, zur Sanierung den Betrieb einzustellen, oder es kann seine Betriebslizenz eingezogen werden; bildet [der Sachverhalt] eine Straftat, so wird nach dem Recht die strafrechtliche Verantwortung verfolgt:

- (一) 未经批准设立分支机构的;
- (二) 未经批准变更、终止的;

(三) 违反规定从事未经批准或者未备案的业务活动的;

(四) 违反规定提高或者降低存款利率、贷款利率的。

第四十五条 银行业金融机构有下列情形之一的, 由国务院银行业监督管理机构责令改正, 并处二十万元以上五十万元以下罚款; 情节特别严重或者逾期不改正的, 可以责令停业整顿或者吊销其经营许可证; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任:

(一) 未经任职资格审查任命董事、高级管理人员的;

(二) 拒绝或者阻碍非现场监管或者现场检查的;

(三) 提供虚假的或者隐瞒重要事实的报表、报告等文件、资料的;

(四) 未按照规定进行信息披露的;

(五) 严重违反审慎经营规则的;

(六) 拒绝执行本法第三十七条规定的措施的。

第四十六条 银行业金融机构不按照规定提供报表、报告等文件、资料的, 由银行业监督管理机构责令改正, 逾期不改正的, 处十万元以上三十万元以下罚款。

第四十七条 银行业金融机构违反法律、行政法规以及国家有关银行业监督管理规定的, 银行业监督管理机构除依照本法第四十三条至第四十六条规定处罚外, 还可以区别不同情形, 采取下列措施:

(一) 责令银行业金融机构对直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员给予纪律处分;

(二) 银行业金融机构的行为尚不构成犯罪的, 对直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员给予警告, 处五万元以上五十万元以下罚款;

(三) 取消直接负责的董事、高级管理人员一定期限直至终身的任职资格, 禁止直接负责的董事、高级管理人

1. Wenn ungenehmigt ein Zweigorgan errichtet wird;
2. wenn [das Bankorgan] ungenehmigt verändert oder beendet wird;
3. wenn vorschriftswidrig ungenehmigte oder nicht zu den Akten gemeldete Geschäfte betrieben werden;
4. wenn vorschriftswidrig Einlagen- oder Darlehenszinsen erhöht oder gesenkt werden.

§ 45 Liegt bei einem Bankorgan einer der folgenden Umstände vor, so wird es vom Staatsrats-Bankaufsichtsorgan angewiesen, das zu korrigieren, und es wird mit einer Geldbuße zwischen 200.000 und 500.000 Yuan belegt; sind die Umstände besonders gravierend, oder wird [der Übelstand] nicht fristgemäß korrigiert, so kann [das Bankorgan] angewiesen werden, zur Sanierung den Betrieb einzustellen, oder es kann seine Betriebslizenz eingezogen werden; bildet [der Sachverhalt] eine Straftat, so wird nach dem Recht die strafrechtliche Verantwortung verfolgt:

1. Wenn Vorstandsmitglieder und leitende Manager ohne Überprüfung ihrer Eignung für ihre Ämter bestellt werden;

2. wenn es die Überwachung von außen oder Überprüfungen vor Ort verweigert oder behindert;

3. wenn es falsche oder wichtige Tatsachen verheimlichende Aufstellungen, Berichte und sonstige Schriftstücke und Unterlagen vorlegt;

4. wenn es Daten nicht vorschriftsgemäß offenlegt;

5. wenn es erheblich gegen die Grundsätze umsichtigen Geschäftsbetriebs verstößt;

6. wenn es die Durchführung von Maßnahmen nach § 37 verweigert.

§ 46 Wenn Bankorgane Aufstellungen, Berichte und sonstige Schriftstücke und Unterlagen nicht vorschriftsgemäß vorlegen, werden sie von den Bankaufsichtsorganen angewiesen, das zu korrigieren; tun sie das nicht fristgemäß, so werden sie mit einer Geldbuße zwischen 100.000 und 300.000 Yuan belegt.

§ 47 Wenn ein Bankorgan gegen Gesetze, Verwaltungsrechtsnormen oder staatliche Bestimmungen zur Bankaufsicht verstößt, können die Bankaufsichtsorgane außer den Bußen nach §§ 43 bis 46 je nach den Umständen auch noch die folgenden Maßnahmen verhängen:

1. Sie können das Bankorgan anweisen, gegen direkt verantwortliche Vorstandsmitglieder, Manager und sonst direkt verantwortliches Personal disziplinarische Maßnahmen zu verhängen;

2. sie können, wenn diese Handlungen des Bankorgans noch keine Straftat bilden, direkt verantwortliche Vorstandsmitglieder, Manager und sonst direkt verantwortliches Personal verwarnen und sie mit Geldbußen zwischen 50.000 und 500.000 Yuan belegen;

3. sie können direkt verantwortlichen Vorstandsmitgliedern und leitenden Managern für eine bestimmte Frist oder für immer die Befähigung für ihr Amt entziehen, und sie können direkt

员和其他直接责任人员一定期限直至终身从事银行业工作。

verantwortlichen Vorstandsmitgliedern und leitenden Managern und sonst direkt verantwortlichem Personal für eine bestimmte Frist oder für immer Tätigkeit im Bankgewerbe verbieten.

## 第六章 附则

## 6. Kapitel: Ergänzende Regeln

第四十八条 对在中华人民共和国境内设立的政策性银行、金融资产管理公司的监督管理，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

§ 48 Soweit Gesetze und Verwaltungsrechtsnormen für die Aufsicht über im Gebiet der VR China errichtete politische Banken und Vermögensverwaltungs-Kreditgesellschaften<sup>15</sup> etwas anderes bestimmen, gelten diese anderen Bestimmungen.

第四十九条 对在中华人民共和国境内设立的外资银行业金融机构、中外合资银行业金融机构、外国银行业金融机构的分支机构的监督管理，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

§ 49 Soweit Gesetze und Verwaltungsrechtsnormen für die Aufsicht über im Gebiet der VR China errichtete Bankorgane des ausländischen Kapitals, chinesisch-ausländische Bankorgane mit gemeinsamem Kapital oder Zweigorgane von Bankorganen des ausländischen Kapitals etwas anderes bestimmen, gelten diese anderen Bestimmungen.

第五十条 本法自 2004 年 2 月 1 日起施行。

§ 50 Dies Gesetz wird vom 1.2.2004 an angewandt.

Übersetzung, Anmerkungen, Copyright daran: F. Münzel, Hamburg. Für wertvolle Hinweise bin ich Herrn B. Pißler und Frau Mao Mao, Hamburg, sowie Frau Zheng Xiaoqing, Hannover, zu Dank verpflichtet.

---

<sup>15</sup> Siehe Fn. 5.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Astrid Maier, Die Todesstrafe in der VR China, Hamburg: IFA, 2005. – 157 S., Mitteilungen des Instituts für Asienkunde Nr. 382**

*Esther Schlecht\**

In keinem anderen Land werden jährlich so viele Menschen hingerichtet wie in der VR China. Jedes Jahr nach Veröffentlichung der Anzahl der Exekutionen in China durch Amnesty International geht ein Aufschrei des Entsetzens durch die westlichen Medien. Mittlerweile können 68 kapitale Straftaten mit der Todesstrafe geahndet werden, darunter keineswegs nur grausame Gewaltverbrechen. Korruption, Steuerhinterziehung, Spionage, Menschenhandel oder der Besitz von größeren Mengen Drogen genügen der chinesischen Justiz, um den Genickschuss oder den Tod durch die Giftspritze zu fordern. Bei 19 der Straftatbestände handelt es sich um reine Wirtschaftsdelikte.

Wo aber liegen die historischen, politischen und soziokulturellen Wurzeln der Todesstrafe in China? Die Kölner Regionalwissenschaftlerin Astrid Maier hat sich in ihrem Buch „Die Todesstrafe in der VR China“ dieser Thematik angenommen und gibt einen umfassenden Überblick über das System der Todesstrafe in China. Die Autorin richtet dabei ihren Fokus nicht nur auf die Modernisierung des chinesischen Strafrechts und der darin enthaltenen gesetzlichen Regelungen zur Todesstrafe seit der Qing-Dynastie bis in die Gegenwart, sondern gibt darüber hinaus einen Überblick über die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesem Thema im Zeitalter der Öffnungs- und Reformpolitik. Schon in der Einleitung gibt die Autorin zu verstehen, dass eine fundierte Auseinandersetzung mit der Thematik Todesstrafe nicht allein auf die Rechtshistorie und Rechtswissenschaft zu beschränken sei, vielmehr müsse auch die politische Instrumentalisierung der Todesstrafe zur sozialen Kontrolle der Bevöl-

kerung mit in die Untersuchung zum System der Todesstrafe in China einbezogen werden.

Die Autorin gliedert ihre Untersuchung zur Todesstrafe in China in vier große Kapitel. Das erste Kapitel richtet das Augenmerk auf die Bestrebungen der Völkergemeinschaft, die Todesstrafe weltweit abzuschaffen. Hierbei werden die häufigsten Argumente im Streit um das für und wider die Todesstrafe dargestellt, wobei der Streit der Empirie über die abschreckende Wirkung der Todesstrafe eine zentrale Stellung einnimmt. Auch die Bemühungen der Völkergemeinschaft nach Ende des Zweiten Weltkrieges im Rahmen von UN-Menschenrechtsverträgen die Todesstrafe abzuschaffen wird umfassend erläutert, wobei darauf hingewiesen wird, dass China bis heute das 2. Fakultativprotokoll zum IPBPR (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte), welches die Abschaffung der Todesstrafe festlegt, nicht unterzeichnet hat.

Im anschließenden Kapitel werden die historischen Entwicklungen Chinas auf rechtskulturellem Gebiet seit der Qing-Dynastie mit ihren konfuzianischen und legalistischen Einflüssen auf das Rechtssystem und die Anwendungspraxis der Todesstrafe unter dem maoistischen System dargestellt. Die Ausführungen konzentrieren sich auf die Funktion der Todesstrafe während der Qing-Dynastie bis zum Ende der Mao-Ära sowie den Widerspruch zwischen Theorie und Praxis der Todesstrafe im maoistischen System. Insbesondere gelingt es der Autorin den einzigartigen Charakterzug des maoistischen Rechtssystems gerade in Bezug auf die Todesstrafe anhand von verschiedenen Rechtsmodellen darzustellen und zu belegen, dass sich das maoistische System der Todesstrafe sowohl zum Zwecke der Machtergreifung als auch zur Machtsicherung bediente.

Im dritten Kapitel werden die gesetzlichen Grundlagen und die Praxis der Todesstrafe im postmaoistischen China seit der Verabschiedung des Strafgesetzbuches (StGB) und Strafprozessgesetzes (StPG) von 1979 und ihrer Revision von 1996/97 dargestellt. Dem Leser wird dabei ein

\* Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut.

Überblick der Kapitaldelikte, für welche die Todesstrafe ausgesprochen werden kann, gegeben, zudem werden die Änderungen und Wirkungen des revidierten StPG, insbesondere der neu geregelte Instanzenweg erläutert. Einen weiteren thematischen Schwerpunkt stellt in diesem Kapitel „Die Todesstrafe in der Praxis“ dar. Die Autorin gibt hier einen Überblick über die zahlreichen „Hart-zuschlagen“- (yanda-)Kampagnen gegen die verschiedensten Formen der Kriminalität. Hierbei werden häufig in Eilverfahren zahlreiche Todesurteile ausgesprochen, um politisch gesetzte Quoten zu erfüllen. Beispielhaft wird hier die im April 1996 durch die Kommunistische Partei China (KPCh) ausgerufenen Großoffensive kontra die Kriminalität aufgeführt, welche insgesamt 4.367 bestätigte Exekutionen zur Folge hatte. Wie aber erfolgte bzw. erfolgt die Vollziehung der Todesstrafe? Maier beschreibt die Vollziehung der Todesstrafe als „sorgfältige Inszenierung“ in Form von Schauprozessen, welche früher auch teilweise im Fernsehen übertragen wurden, wobei die Exekutionen bis heute hauptsächlich durch Genickschuss vollstreckt werden. Die Einführung der Todesstrafe durch Giftspritze ab 2001 wird dabei in den Reihen der Regierung als eine humanere Methode gesehen.

Das abschließende vierte Kapitel untersucht die Reformbestrebungen bezüglich der Todesstrafe in seinem ersten Teil sowohl innerhalb wissenschaftlicher Fachkreise als auch im zweiten Teil innerhalb der allgemeinen Medienlandschaft. Zunächst werden die rechtlich-politischen Positionen der letzten 20 Jahre miteinander verglichen sowie untersucht, inwieweit eine Abschaffung der Todesstrafe in China praktikabel erscheint. Außerdem werden Wege zur Vervollkommnung eines Überprüfungsverfahrens des Gesetzgebers zur Todesstrafe diskutiert. Bei den Reformbestrebungen in der allgemeinen Presseberichterstattung wird der spektakuläre Fall „Dong Weng“ in den Mittelpunkt gestellt, durch den zum ersten Mal in der Geschichte der VR China das bestehende System der Todesstrafe und das Justizsystem massenwirksam und in der Öffentlichkeit angeprangert wurde. Vor diesem Hintergrund hat in Fachkreisen als auch in der Öffentlichkeit eine Diskussion über die Todesstrafe eingesetzt, auf dessen Prüfstand nicht nur Sinn und Zweck der Todesstrafe stehen, sondern vielmehr die Frage, wann sie verhängt werden darf und durch wen.

Die Autorin stützt den Inhalt ihres Buches vor allem auf englische und chinesische Publikationen,

internationale Pressemitteilungen sowie auf Berichte der Menschenrechtsorganisation Amnesty International. Diese werden in einem umfassenden Literaturverzeichnis zusammengefasst und geben Hinweise auf zahlreiche Websites und Internet-Links, die dem Leser einen schnellen und leichten Zugriff auf Zusatzinformationen ermöglichen. Eine sinnvolle Ergänzung zur behandelten Thematik stellt der Anhang dar, der dem Leser einen Überblick über die mit Todesstrafe bedrohten Kapitaldelikte nach dem StGB ermöglicht. Es bleibt jedoch anzumerken, dass die Verwendung von Pinyin Schrift nur von beschränktem Nutzen ist. Nützlich wäre dabei die Benennung von den zugrunde liegenden Rechtsvorschriften und zentralen Rechtsbegriffen durch die Verwendung chinesischer Schriftzeichen gewesen.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass diese Publikation einen umfassenden Einstieg in die Thematik der Todesstrafe in der VR China gewährt, welcher vor allem die historischen, politischen und kulturellen Hintergründe des alten und neuen Chinas in den Vordergrund stellt.

# TAGUNGSBERICHTE

## „Offenlegung von Regierungs- und Verwaltungsinformationen“ – Sechstes Symposium im Rahmen des deutsch-chinesischen Rechtsstaatsdialogs in Hamburg

*Knut Benjamin Pißler\**

Am 20. und 21. Juni 2005 veranstalteten das Bundesministerium der Justiz gemeinsam mit dem Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung und der Freien und Hansestadt Hamburg in Kooperation mit dem Rechtsamt beim Staatsrat der Volksrepublik China das sechste Symposium im Rahmen der „Deutsch-Chinesischen Vereinbarung zu dem Austausch und der Zusammenarbeit im Rechtsbereich“, die in Deutschland unter dem Titel „deutsch-chinesischer Rechtsstaatsdialog“ bekannt ist. Das letzte Rechtsstaatsdialogsymposium hatte am 17. und 18. Mai 2004 in Beijing zu dem Thema „Befugnisse des Staates und Schutz der Bürgerrechte in Notstandssituationen“ stattgefunden, dessen Ergebnisse inzwischen in einem Tagungsband dokumentiert sind.

Der Rechtsstaatsdialog, in dessen Rahmen seit dem Jahr 2000 jährlich ein Symposium abwechselnd in Deutschland und in China veranstaltet wird<sup>1</sup>, um durch das bessere Verständnis der jeweiligen Traditionen und Kultur einen gemeinsamen Beitrag zur Durchsetzung von rechtsstaatlichem Denken und Handeln zu leisten, wurde von der deutschen Seite in diesem Jahr zum ersten Mal nicht in Berlin abgehalten.

Der Leiter der chinesischen Delegation, Herr CAO Kangtai, Minister im Rechtsamt des Staatsrates, trug sich vor Beginn des Symposiums im Beisein der Bundesministerin der Justiz, Frau Brigitte Zypries, und der Zweiten Bürgermeisterin, Frau Birgit Schnieber-Jastram, in das Goldene Buch der Freien und Hansestadt Hamburg ein. Beide Seiten

waren wie in den vergangenen Jahren durch eine Reihe hochrangiger Politiker, Verwaltungsfachleute und Wissenschaftler vertreten.

### I. Montag, 20. Juni 2005

#### 1. Ansprachen

Das Symposium wurde nach einem Grußwort der Zweiten Bürgermeisterin durch Ansprachen von Frau Zypries, Herrn CAO Kangtai sowie des Staatssekretärs des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, Herrn Erich Stather, und des Botschafters der Volksrepublik China, Herrn MA Canrong, im Kaisersaal des Rathauses eröffnet.

Frau Zypries betonte die Bedeutung der Symposien als Gelegenheit zu einem intensiven Meinungsaustausch zwischen Politikern, Fachleuten und Wissenschaftlern beider Staaten. Sie seien eine wichtige Ergänzung der umfangreichen und vielgestaltigen Projektarbeit, die im Rahmen des Rechtsstaatsdialogs von unterschiedlichen staatlichen Trägern und nichtstaatlichen Organisationen geleistet werde.<sup>2</sup>

Im Hinblick auf das Thema dieses Symposiums stellte die Ministerin fest, dass die Offenlegung von Regierungs- und Verwaltungsinformationen derzeit sowohl in Deutschland als auch in China im Brennpunkt stehe. Es gehe bei der diesjährigen Veranstaltung um Information und Transparenz, und damit um das Verhältnis des Bürgers zum Staat und des Staates zum Bürger in den immer komplizierter werdenden Informationsgesellschaften. Sie wies darauf hin, dass Information nicht alles, aber ohne Informationen alles nichts sei. Eine moderne Demokratie und moderne Gesellschaft sei auf das Wissen vieler Einzelner und ihrer Vereinigungen angewiesen. Daher habe auch das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass das Grundrecht auf Informationsfreiheit eine der wichtigsten Voraussetzungen der freiheitlichen Demokratie in

\* Dr. iur.; Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.

<sup>1</sup> Siehe zu den bisherigen Symposien den Tagungsbericht zum vierten Symposium in: ZChinR (Newsletter) Heft 4/2003, S. 269 ff.

<sup>2</sup> Ein Überblick zu den Projekten des Rechtsstaatsdialogs mit der VR China für den Zeitraum 2003-2005 (Stand: Mai 2005) findet sich im Internet unter [www.bmj.de/media/archive/910.pdf](http://www.bmj.de/media/archive/910.pdf).

Deutschland sei. Das Ausmaß, in dem der Bürger künftig an öffentlichen Informationen teilhaben könne, solle vom Gesetzgeber im Rahmen eines Informationsfreiheitsgesetzes bestimmt werden, das derzeit in den parlamentarischen Gremien beraten werde. Hierbei werde man neue Wege gehen, indem man den Ansatz eines allgemeinen, alle Bereiche erfassenden Gesetzes nach dem Leitbild des „aktivierenden Staates“ gewählt habe. Der Bürger solle die Aktivitäten des Staates kritisch begleiten und sich mit ihnen auseinandersetzen können.

Mit Blick auf China erläuterte Frau Zypries, dass die eigenen Aktivitäten des Staatsrates auf diesem Gebiet in Deutschland mit großer Sympathie zur Kenntnis genommen worden seien. Konkret begrüßte sie Regelungen des Staatsrates vom März 2005, in denen er die Verwaltungsbehörden aller Ebenen in China aufgefordert habe, die Transparenz ihrer Arbeit zu erhöhen und der Bevölkerung einen leichteren Zugang zu Informationen zu verschaffen.

Die Ministerin gab zu bedenken, dass Transparenz zwar kein Allheilmittel sei. Durch sie werde aber die Kontrolle der staatlichen Tätigkeiten verbessert. Als Beispiel hierfür nannte sie die Korruptionsbekämpfung und schloss, dass Transparenz dazu diene, dass sich Korruption nicht mehr im Dunkeln entfalten kann.

Herr Minister CAO Kangtai zeichnete in seiner anschließenden Ansprache die Fortschritte nach, die in China bei der Offenlegung von Regierungs- und Verwaltungsinformationen festzustellen seien. Da die Offenlegung die Grundlage für eine wissenschaftliche Regierungsführung sei, habe die Regierung als Inhaber und Kontrolleur der Informationen bereits im Jahr 1987 angefangen, diese bekannt zu machen. In den Mittelpunkt der rechtlichen Grundlagen für die Offenlegung von Regierungs- und Verwaltungsinformationen stellte CAO das im März 2000 vom nationalen Volkskongress verabschiedete „Gesetzgebungsgesetz der Volksrepublik China“ sowie die im November 2001 vom Staatsrat verabschiedete „Verordnung für das Verfahren zur Festsetzung von Verwaltungsrechtsnormen“ und die „Verordnung für das Verfahren zur Festsetzung von Regeln“.<sup>3</sup> Diese Bestimmungen sehen die Beteiligung von Bürgern am Entwurfsverfahren für bestimmte Gesetze fakultativ und für bestimmte andere Rechtsakte obligatorisch vor. Weitere Schritte

seien das im März 2003 ausgerufene Prinzip der „Verwaltung durch das Gesetz“ und zuletzt die bereits von Frau Zypries angesprochenen „Ansichten des Zentralkomitees der Kommunistischen Partei Chinas und des Staatsrates zur weiteren Verbesserung der Offenlegung der Ausführung von Regierungsangelegenheiten“ vom März 2005<sup>4</sup>.

Insgesamt stellte CAO erhebliche Anstrengungen zu mehr Transparenz fest, die er nicht zuletzt auf den WTO-Beitritt der VR China zurückführte. Probleme zeigte er bei der Vereinheitlichung der Wege auf, über die eine Offenlegung stattzufinden habe. Er sprach außerdem vier Fragen an, die gegenwärtig in China diskutiert würden: Erstens sei das Verhältnis zwischen Offenlegungs- und Geheimhaltungspflicht ungeklärt. Er persönlich sprach sich dafür aus, die Offenlegung als Prinzip und die Geheimhaltung als Ausnahme zu sehen. Zweitens sprach er die Frage an, ob eine Offenlegung pro-aktiv oder nur auf Antrag des Bürgers zu erfolgen habe. Hier vertrat CAO die Meinung, dass eine Offenlegung pro-aktiv zu erfolgen habe, soweit Bürger betroffen seien, während ein Antrag für die Fälle erforderlich sei, wenn die Gesellschaft kein Interesse an einer Offenlegung hat. Ein ablehnender Bescheid auf einen Antrag sei dann aber in jedem Fall zu begründen. Als dritte Frage nannte CAO, ob Informationen kostenlos oder nur gegen Gebühr zur Verfügung zu stellen seien. Auch hier differenzierte er: Während eine pro-aktive Offenlegung kostenlos erfolgen müsse, solle die Offenlegung auf Antrag nur gegen Gebühr erfolgen, wobei er dies mit Missbrauchsmöglichkeiten begründete, aber durchaus Ausnahmen in Fällen in Betracht zog, um finanzschwachen Bürgern Informationen nicht vorzuenthalten. Schließlich fragte er nach den Rechtsmitteln, die zur Verfügung stehen müssten, wenn Bürgern das Recht auf Information verweigert wird.

Herr Stather merkte daraufhin in seiner Ansprache an, dass das Rechtssystem in China nicht dasselbe sein könne wie in westlichen Staaten.

Diesen Gedanken griff Herr MA Canrong auf, indem er auf das ungleiche Umfeld für die Offenlegung von Regierungs- und Verwaltungsinformationen wegen unterschiedlicher Gesellschaftsstrukturen und Kulturen hinwies. Man müsse berücksichtigen, dass China eine „sozialistische Gesellschaft der Harmonie“ sei. Vor diesem Hintergrund seien viele kleine Schritte der

<sup>3</sup> Alle in deutscher Übersetzung in: *Frank Münzel* (Hrsg.), *Chinas Recht*, 15.3.00/3, 16.11.01/1 und 16.11.01/2.

<sup>4</sup> 中共中央办公厅 国务院办公厅 关于进一步推行政务公开的意见 vom 24.3.2005.

bessere Weg, was Herr MA mit dem chinesischen Sprichwort „viele Wenig machen ein Viel“ unterstrich.

## 2. Arbeitsgruppen

Nach dieser Eröffnung des Symposiums führten jeweils ein deutscher und ein chinesischer Referent in die Themenbereiche der drei Arbeitsgruppen ein.

### a) Arbeitsgruppe „Gesetzliche Grundlagen der Offenlegung von Regierungs- und Verwaltungsinformationen“

Herr Dr. Michael Bürsch, Referent für die Arbeitsgruppe „Gesetzliche Grundlagen der Offenlegung von Regierungs- und Verwaltungsinformationen“, nahm als Mitglied des Deutschen Bundestages die vier Fragen von Herrn Minister CAO auf und beantwortete sie aus deutscher Sicht anhand des bereits von Frau Ministerin Zypries angesprochenen „Entwurfes eines Gesetzes zur Regelung des Zugangs zu Informationen“, der gerade Anfang Juni vom Deutschen Bundestag beschlossen worden war, aber noch die Hürde der Abstimmung im Bundesrat zu nehmen hatte. Einleitend und prophylaktisch wehrte er sich gegen Vorwürfe, die dem Gesetzesentwurf immer wieder entgegengehalten würden. Die Praxis in anderen Ländern, die wie Schweden bereits seit 300 Jahren und die USA seit 50 Jahren Informationsfreiheitsgesetze hätten, habe deutlich gezeigt, dass die Offenlegung von Regierungs- und Verwaltungsinformationen weder die Funktionsfähigkeit des Staates gefährde noch zu einem neuen bürokratischen Monster zu werden drohe. Zur von Herrn CAO aufgeworfenen Frage, welches Verhältnis zwischen Offenlegungs- und Geheimhaltungspflicht bestünde, erläuterte Herr Bürsch, dass man im deutschen Entwurf den Grundsatz des freien Informationszugangs durch relativ weit gefasste Ausnahmen zum Schutz von besonderen öffentlichen Belangen eingeschränkt habe. Aus deutscher Sicht sei eine pro-aktive Offenlegung selbstverständlich, da diese im eigenen Interesse der Regierung liege, die Bürger nicht im Unklaren zu lassen. Die Offenlegung müsse kostenlos erfolgen, soweit es sich um „einfache Auskünfte“ handle. Zur Frage der Rechtsmittel erklärte Herr Bürsch, dass man neben den allgemeinen Rechtsmitteln des Widerspruches und der Verpflichtungsklage zusätzlich die Institution eines Ombudsmannes in Gestalt eines Bundesbeauftragten für die Informationsfreiheit eingeführt habe. Abschließend bemerkte Herr

Bürsch, dass im Hinblick auf die Offenlegung von Regierungs- und Verwaltungsinformationen in Deutschland wie in China ein Kulturwandel notwendig sei.

Herr Prof. HU Jianmiao, Vizepräsident der Zhejiang Universität, stellte einleitend seine Universität in der Stadt Hangzhou vor, um dann in einem ausführlichen Referat auf seine Sicht zum Thema der ersten Arbeitsgruppe einzugehen. Wie Minister CAO Kangtai stellte Herr HU hierzu historisch geordnet und breit gefächert rechtliche Grundlagen der Offenlegung von Regierungs- und Verwaltungsinformationen in China vor. Markant war, dass Herr HU das Jahr 1991 als Beginn der Offenlegung von mehr Informationen für ausländische Investoren nannte, indem man sieben bis dahin geheim gehaltene „interne Regelungen“ bekannt gemacht habe. Er ging auch auf Regelungen zur Offenlegung von Informationen der Finanzbehörden aus dem Jahre 1997, der Polizei aus dem Jahre 1999 und der Handelsregisterbehörden aus dem Jahre 2000 ein, um abschließend auf die bereits mehrfach zitierte Richtlinie für Schwerpunkte der Offenlegung des Zentralkomitees der Kommunistischen Partei Chinas und des Staatsrates vom März 2005 hinzuweisen. Herr HU bekannte sich dazu, dass das Informationsrecht Teil einer „good governance“ sei und nichts anderes bedeute als die Rückgabe der öffentlichen Macht an die Bevölkerung, indem der Kompetenzrahmen der Regierung transparent werde. Das Recht auf Information sei ein Menschenrecht, welches wiederum ein von der Natur und der sozialen Umgebung gegebenes Recht sei. Diese Ansicht, die im Hinblick auf die Naturgegebenheit von Menschenrechten vom offiziellen chinesischen Menschenrechtsdiskurs<sup>5</sup> abzuweichen schien und die Zuhörer insofern aufhorchen ließ, relativierte Herr HU im Folgenden mit dem Hinweis, dass „Chinesen von der eigenen Situation ausgehen müssen“.

### b) Arbeitsgruppe „Offenlegung von Informationen zur Planung von Infrastrukturanlagen“

Herr Dr. Ulrich Storost, Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht, führte daraufhin in den Themenbereich der zweiten Arbeitsgruppe „Offenlegung von Informationen zur Planung von Infrastrukturanlagen“ ein. Er referierte vor allem über die Zielsetzung, die der Offenlegung von

<sup>5</sup> Siehe Harro von Senger, Menschenrechte, in: Staiger (Hrsg.), Das grosse China-Lexikon, Hamburg, 2003, S. 489 ff. (491).

Informationen bei Infrastrukturmaßnahmen zugrunde liegt. Hierbei stellte er die Vermeidung der Konfrontation durch die Akzeptanz von Projekten bei den betroffenen Bürgern ganz in den Vordergrund.

Auf chinesischer Seite fokussierte Herr XU Qiang, Vorsitzender des Rechtsamtes der Regierung der Stadt Shanghai, seinen Vortrag auf Fortschritte, die man in Shanghai im Hinblick auf die Offenlegung von Informationen zur Planung von Infrastrukturanlagen erzielt habe. Er erläuterte, dass man seit Anfang 2004 in Shanghai Regierungs- und Verwaltungsinformationen in verschiedene fachliche Kategorien einteile. Herr XU belegte die Verbesserungen im Bereich der Offenlegung dann anhand von Statistiken über die Informationen dieser verschiedenen Kategorien. Er schloss damit, dass die Regierung der Stadt Shanghai einen ersten Schritt getan habe, um für mehr Informationen Sorge zu tragen.

### **c) Arbeitsgruppe „Offenlegung von Informationen zur Gesetzgebung“**

In das Thema der dritten Arbeitsgruppe „Offenlegung von Informationen zur Gesetzgebung“ führte daraufhin Herr Professor Ulrich Ramsauer von der Universität Hamburg, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Hamburg, ein. Er wies darauf hin, dass die Einbeziehung der Öffentlichkeit in das Gesetzgebungsverfahren für den demokratischen Entscheidungsprozess von Bedeutung sei und drei Zielrichtungen habe: Hierdurch solle nämlich die Akzeptanz in der Bevölkerung für verabschiedete Gesetze geschaffen, der Gesetzgeber einer Kontrolle unterworfen und das Gesetzgebungsverfahren einem rationalen politischen Diskurs unterworfen werden. Im Folgenden unterschied Herr Ramsauer zwischen der Pflicht zur formellen Veröffentlichung und zur materiellen Publizität, wobei Letztere anhand der Verfügbarkeit, Klarheit und Verständlichkeit zu messen sei. Ein besonderes Problem stellten insoweit Gesetzesänderungen dar, da diese nicht auf Grund der Veröffentlichung des jeweiligen Änderungsgesetzes, sondern erst im Kontext des abgeänderten Gesetzestextes verständlich würden.

Herr HU Keming, Leiter der Forschungsabteilung des Rechtsamtes des Staatsrats, strukturierte seinen einleitenden Vortrag in drei Abschnitte. Zunächst ging er wie Herr Ramsauer auf die Zielsetzung bei einer Offenlegung von Informationen zur Gesetzgebung ein. Er betonte ähnlich wie der Vor-

redner, dass die Offenlegung in diesem Bereich ein Maßstab für Demokratie sei, und stellte fest, dass die chinesische Regierung die Bedeutung der Einbeziehung der Öffentlichkeit in das Gesetzgebungsverfahren erkannt habe. Die Offenlegung diene dazu, den „Volkswillen zu verstehen und zu repräsentieren“. Es gelte, im Gesetzgebungsverfahren zu einem Ausgleich der verschiedenen Interessen zu kommen, indem unterschiedliche „Rechtswerte“ in die Rechtsakte einfließen. Im zweiten Abschnitt seines Vortrages erläuterte Herr HU die rechtlichen Grundlagen für die Umsetzung der Offenlegung. Er verwies zunächst auf die Verfassung der Volksrepublik China, aus der sich ergebe, dass „die Massenlinie und nicht die Elitenlinie verfolgt werden muss“. Außerdem nannte Herr HU als Grundlagen für die Offenlegung im Gesetzgebungsverfahren das „Gesetzgebungsgesetz“ und die zwei Rechtsverordnungen des Staatsrates aus dem Jahre 2001, die bereits von Minister CAO erwähnt worden waren. Er ergänzte, dass auf territorialer Ebene weitere Ausführungsbestimmungen zum Gesetzgebungsgesetz erlassen worden seien. Diese rechtlichen Grundlagen hätten bereits dazu geführt, dass bei verschiedenen Gesetzesvorhaben die Öffentlichkeit beteiligt worden sei. Herr HU nannte als Beispiel den Entwurf eines Immobilienverwaltungsgesetzes, zu dem mehr als 4.000 Eingaben aus der Bevölkerung eingegangen seien. Das Internet habe hier als Forum für die Veröffentlichung von Gesetzesentwürfen seine Vorteile als neues Massenmedium voll entfalten können. Bei einem internationalen Symposium zum Gesellschaftsrecht in Shanghai seien auch ausländische Experten beispielsweise aus Korea und den USA gehört worden, um Erkenntnisse für die anstehende Revision des geltenden Gesellschaftsgesetzes zu sammeln. Im letzten Abschnitt seines Vortrages gab Herr HU einen Ausblick auf die zukünftigen Aufgaben, die sich in diesem Bereich für die chinesische Regierung stellen. Er erläuterte, dass eine „Mobilisierung des Volkes“ und eine „Aktivierung von unten“ erforderlich sei, um zu gewährleisten, dass die „Weisheit und Interessen des Volkes“ in das Gesetzgebungsverfahren einfließen. Dies mache eine Erziehung des Volkes nötig, wobei regionale Unterschiede innerhalb Chinas zu berücksichtigen seien. Die Regierung müsse daher die Berichterstattung über die Gesetzesvorhaben ermutigen und fördern.

Nach der Mittagspause wurde das Symposium am Nachmittag in der Handelskammer Hamburg

fortgesetzt. Nach einer kurzen Begrüßung durch den Vizepräsidenten und Vorsitzenden des Ausschusses für Außenwirtschaft der Handelskammer, Herrn Dr. Jens-Peter Breitengroß, zogen sich die drei Arbeitsgruppen zu getrennten Sitzungen zurück. Leiterin der ersten Arbeitsgruppe war Frau Bettina Sokol, Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit des Landes Nordrhein-Westfalen. Ihr zur Seite saß als chinesischer Moderator Herr Professor YING Songnian, Direktor der Rechtsabteilung der Staatlichen Verwaltungsakademie. Die zweite Arbeitsgruppe wurde durch Herrn Senator Dr. Roger Kusch, Präsident der Justizbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg, geleitet. Professor MO Jihong, Vizedirektor des Instituts für Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Chinesischen Akademie für Sozialwissenschaften, moderierte diese Arbeitsgruppe auf der chinesischen Seite. Der dritten Arbeitsgruppe stand Frau Ministerialdirigentin Dr. Margaretha Sudhof, Leiterin der Gruppe „Justiz und Inneres“ im Bundeskanzleramt, vor. Chinesischer Moderator war in dieser Gruppe Herr WANG Qixiang, Vorsitzender des Rechtsamtes der Regierung der Provinz Heilongjiang. Die deutschen und chinesischen Referenten der Einführungsvorträge begleiteten die Arbeitsgruppen fachlich bei den Diskussionen.

## II. Dienstag, 21. Juni 2005

Am Vormittag des zweiten Tages wurden die Sitzungen der Arbeitsgruppen in der Handelskammer Hamburg fortgesetzt.

Die Ergebnisse der Arbeitsgruppen wurden am Nachmittag des Tages auf einer Abschlussveranstaltung durch Berichte der Leiter der Arbeitsgruppen vorgetragen. Für die erste Arbeitsgruppe berichtete Frau Sokol zum Thema der gesetzlichen Grundlagen der Offenlegung von Regierungs- und Verwaltungsinformationen, dass zwischen den deutschen und chinesischen Teilnehmern eine weitgehende Übereinstimmung über die große Bedeutung von Transparenz und Menschenrechten festzustellen gewesen sei. Man habe in der Arbeitsgruppe Berichte aus denjenigen Bundesländern gehört, in denen es bereits Informationsfreiheitsgesetze gibt. Zusätzlich habe man über Erfahrungen aus anderen europäischen Ländern (insbesondere aus Skandinavien) berichtet. Als Ziel der Offenlegung sei der Ausgleich von Machtgefällen ausgemacht worden. Man sei zu dem Ergebnis gekommen, dass sich das Streben nach Transparenz auf unterschiedlichen Wegen verwirklichen lasse. Sie bezeichnete die Arbeit in

der Arbeitsgruppe insgesamt als konstruktiven Dialog. Herr YING Songnian stellte in seiner auffallend knappen Rede nur fest, dass weitere Untersuchungen zu den Fragen erforderlich seien, welche Informationen der Geheimhaltung unterliegen und welche Rechtsmittel zur Verfügung stehen müssten, wenn Bürgern das Recht auf Information verweigert wird.

Herr MO Jihong berichtete indessen sehr ausführlich vom Meinungsaustausch in der zweiten Arbeitsgruppe, in der anhand des konkreten Beispielfalles eines Planfeststellungsverfahrens für den Neubau einer Ortsumgehung im Zuge der Bundesstraße B 2 im Bundesland Brandenburg die Offenlegung von Informationen zur Planung von Infrastrukturanlagen beleuchtet worden war. Nachdem Herr MO den komplizierten Sachverhalt dieses Planfeststellungsverfahrens sehr detailliert wiedergegeben hatte, stellte er fest, dass man in dieser Arbeitsgruppe vor allem den in Deutschland und China mit unterschiedlichen Inhalten belegten Begriff der Planung diskutiert habe. Während man in China bei der Planung an eine parlamentarische Planung in einem bestimmten Zeitrahmen (also beispielsweise zur Festlegung eines Fünfjahresplanes) denke, könne man den deutschen Begriff wohl im Sinne einer konkreten „Projektplanung“ verstehen. Im Hinblick auf die Einsicht des Bürgers in laufende Planungsverfahren bemerkte Herr MO, dass diese in China nicht vorgesehen seien. Herr Kusch wollte diesem ausführlichen Bericht nur noch hinzufügen, dass ihn die Aussage der chinesischen Teilnehmer beeindruckt habe, dass ausländische Investoren in China wie Inländer behandelt würden, soweit chinesische Investoren im betreffenden Ausland ebenfalls wie Inländer behandelt werden.

Frau Sudhof fasste die Ergebnisse der dritten Arbeitsgruppe unter den zwei Themenkomplexen zusammen, die in der Gruppe im Hinblick auf die Offenlegung von Informationen zur Gesetzgebung diskutiert worden waren. Erstens sei im Themenkomplex „Offenlegung des geltenden Rechts“ festzustellen gewesen, dass die formelle Veröffentlichung von Rechtsakten in beiden Ländern größtenteils unproblematisch funktioniere. Ein Problem sei in China nur bei den so genannten „Rotkopfdokumenten“ festzustellen, deren Veröffentlichung nicht geregelt sei, wobei ihre Bedeutung aber in den letzten Jahren abgenommen habe. Hier sei eine Parallele zu den behördeninternen Verwaltungsvorschriften in Deutschland festzustellen. Ein größeres Problem stelle in China hingegen die Systematisierung des geltenden

Rechts dar. Hier könne China mit einem Projekt der Gesetzesbereinigung geholfen werden, das sich an dem in Deutschland seit 1963 herausgegebenen Fundstellennachweis des geltenden deutschen Rechts als Beilage zum Bundesgesetzblatt orientieren könnte. Zum zweiten in dieser Arbeitsgruppe diskutierten Themenkomplex „Offenlegung von Informationen im Gesetzgebungsverfahren“ legte Frau Sudhof zunächst dar, dass deutsche und chinesische Teilnehmer über die Bedeutung dieser Offenlegung einig seien. Während man jedoch in China eine zu starke Beeinflussung des Gesetzgebungsverfahrens durch einzelne Interessengruppen befürchte und auf eine möglichst breite Beteiligung der Bevölkerung setze, vertraue man in Deutschland auf das Funktionieren der so genannten „Experten- und Mediendemokratie“. Dieses Vertrauen begründe sich in Deutschland nicht zuletzt auf der Unabhängigkeit der Abgeordneten sowie darauf, dass sich die Experten gegenseitig kontrollieren, so dass eine interessengesteuerte Übermacht nicht entstehen könne. In China seien diese Voraussetzungen indessen gegenwärtig nicht gegeben, da Abgeordneten die Mittel für eine Unabhängigkeit fehlten und ein Verbändewesen, in dem sich verschiedene Interessen kanalisieren, noch nicht entwickelt sei. Herr WANG Qixiang unterstrich die übereinstimmenden Meinungen auf deutscher und chinesischer Seite und fügte hinzu, dass die Erfassung von Rechtsakten in China vor allem auf der territorialen Ebene Schwierigkeiten bereite.

### III. Fazit und Ausblick

Man wird auch von diesem Rechtsstaats-symposium sagen können, dass es ein Erfolg war. Hamburg hat als Veranstaltungsort alle Register des Charmes gezogen, den diese Stadt hat. Die Organisation der Veranstaltung verdient ebensoviel Lob wie die Übersetzer, die eine glänzende Arbeit leisteten. Auch thematisch war das Symposium gut gewählt, weil in beiden Ländern gegenwärtig über die Notwendigkeit und den Umfang der Offenlegung von Regierungs- und Verwaltungsinformationen diskutiert wird. Die Veranstaltung war auf beiden Seiten mit thematisch kompetenten Teilnehmern besetzt, die sich bei Fragen der Gegenseite nicht verstecken mussten und dieses auch nicht wollten. Deutsche wie chinesische Teilnehmer legten ihre Meinungen

zum Thema der Veranstaltung freimütig offen.<sup>6</sup> Insofern war es ein gelungener Diskurs.

Die chinesischen Beiträge zeigten deutlich die Umbruchsituation in China: Teilweise wurden die chinesischen Erfolge sehr ausführlich dargestellt, indem beispielsweise berichtet wurde, dass die Veröffentlichung von Rechtsakten kein Problem mehr sei. Dieselben Redner übten dann wieder ziemlich unvermittelt offene Kritik an den Defiziten in China, wie etwa an der Flut der Rechtsetzungstätigkeit auf der Ebene der Provinzen und darunter, die nicht mehr überschaubar sei. Hier wurde deutlich, dass die Veröffentlichung von Rechtsakten noch keine Transparenz bedeutet, wenn sie nicht systematisch erfolgt. So ist sicherlich richtig, dass man inzwischen über das Internet die meisten chinesischen Rechtsakte findet. Unkompliziert ist daher meistens das Auffinden von Rechtsakten geworden, soweit man deren genaue Bezeichnung oder das betreffende Aktenzeichen des rechtsetzenden Organs sowie das Datum der Bekanntmachung kennt. Problematisch ist aber, dass man sich nicht ohne einen unverhältnismäßig großen Aufwand davon Kenntnis verschaffen kann, welche Rechtsakte für eine bestimmte Fragestellung auf zentraler und territorialer Ebene einschlägig sind, oder ob solche überhaupt vorhanden sind. Die Zunahme der Quantität an Informationen führt nicht unbedingt zu einer neuen Qualität der Transparenz. Hierzu wäre in der Tat erforderlich, dass von Seiten des chinesischen Gesetzgebers ein Fundstellennachweis des geltenden Rechts herausgegeben wird oder von Seiten der chinesischen Rechtswissenschaft in Lehrbüchern oder Kommentierungen zu bestimmten Themen alle einschlägigen Vorschriften systematisch dargestellt werden.<sup>7</sup>

Allerdings ist fraglich, ob dies überhaupt die Zielsetzung ist, die man in China mit der „Offenlegung von Regierungs- und Verwaltungsinformationen“ verfolgt. Im Laufe des Symposiums wurde

<sup>6</sup> Bei der Diskussion in den Arbeitsgruppen fiel auf, dass sich die chinesische Delegation einerseits aus „elder statesmen“, die für chinesische Verhältnisse eher „liberal“ eingestellt waren, und andererseits aus recht jungen Wissenschaftlern und Verwaltungsfachleuten zusammensetzte, die wohl sehr gezielt ausgewählt wurden, und – mit Ausnahmen – in ihren Redebeiträgen nicht mehr als die offizielle chinesische Sicht wiedergaben.

<sup>7</sup> Ein anderes Problem ist das Fehlen eines wirksamen Mechanismus der Normenkontrolle. Denn wenn etwa ein Gericht aufgrund seiner Abhängigkeit von der Lokalregierung eine von dieser erlassene Vorschrift anwendet, obwohl sie gegen nationales Recht verstößt, kann man diesem Problem nicht durch eine Veröffentlichung der lokalen Vorschrift beikommen. Siehe zum Fehlen eines wirksamen Kontrollmechanismus Robert Heuser, „Sozialistischer Rechtsstaat“ und Verwaltungsrecht in der VR China (1982-2002), Hamburg 2003, S. 45 ff.

nämlich auch deutlich, dass die Erwartung der chinesischen Seite im Hinblick auf den Zweck der Offenlegung eine andere als die der deutschen Teilnehmer war. Vor allem die älteren chinesischen Teilnehmer betonten primär das Ziel, mit der Offenlegung den „Willen des Volkes“ zu erkunden, um die „Weisheit des Volkes“ in Beratungen einfließen zu lassen. Ganz deutlich war, dass der Aspekt des Anspruchs der einzelnen Bürger auf Kontrolle und Beteiligung weniger im Mittelpunkt des chinesischen Interesses steht. Vielmehr zeigt sich, dass die Bereitschaft zu mehr Offenlegung in Form der „Befragung des Volkes“ dem Bedürfnis entspringt, die in China nicht durch unmittelbare Wahlen<sup>8</sup> vermittelte demokratische Legitimation des Gesetzgebers zu erhöhen, ohne die staatlich kontrollierten Repräsentations- und Meinungsbildungsmonopole zu gefährden. Es handelt sich dabei um ein Zeichen für die riskante Gratwanderung der chinesischen Regierung, die starre kommunistische Ordnung durch neue Mechanismen zu flexibilisieren, ohne dadurch einen Ordnungskollaps auszulösen.

Vor diesem Hintergrund erscheint auch bemerkenswert, dass das Spannungsverhältnis zwischen Offenlegung und Geheimhaltung bei den chinesischen Teilnehmern als ein zentrales Thema angesehen wurde. Dieser Aspekt hätte gerade angesichts der jüngsten Verhaftungen von zwei Wissenschaftlern der Chinesischen Akademie für Sozialwissenschaften und eines Hongkonger Journalisten sowie der Verurteilung eines chinesischen Zeitungsverlegers zu zehn Jahren Freiheitsstrafe wegen Verrats nicht näher spezifizierter Staatsgeheimnisse<sup>9</sup> eingehender beleuchtet werden müssen.

Eine gewisse Diskrepanz ergibt sich außerdem, wenn man anhand der Ergebnisse des Symposiums den Fragenkatalog durchgeht, der den Teilnehmern der einzelnen Arbeitsgruppen im Vorfeld der Veranstaltung zur Verfügung gestellt wurde. Selbstverständlich kann ein Symposium, dessen erklärtes Ziel der Dialog ist, nicht in der Form abgehalten werden, dass ein solcher Fragenkatalog abgehandelt wird. Es ist aber durchaus vorstellbar, dass beide Seiten so viele Kenntnisse über die Rechtslage im jeweils anderen Land ha-

ben, um diese Kenntnisse nicht erst bei den Diskussionen in den Arbeitsgruppen erwerben zu müssen. Es würde den deutschen Teilnehmern gut zu Gesicht stehen, wenn sie die chinesischen Teilnehmer nicht mit allgemeinen Fragen zu ihrem Rechtssystem aufhalten, sondern mit grundsätzlichen Kenntnissen vom chinesischen Recht glänzen könnten. Es wäre auch mit einem verhältnismäßig geringen Aufwand möglich, dass sich die deutschen Teilnehmer vor der Veranstaltung mit der Rechtslage in China vertraut machen, indem Einrichtungen wie die Max-Planck-Institute oder das Deutsch-Chinesische Institut für Rechtswissenschaft in Nanjing kurze Übersichten und eine Liste ausgewählter Literatur zum jeweiligen Thema zur Verfügung stellen. Umgekehrt ist es bei den chinesischen Teilnehmern nämlich häufig der Fall, dass sie über die Verhältnisse in Deutschland gut Bescheid wissen.

Zudem sollten die deutschen Teilnehmer auch nicht darauf verfallen, zu viel Gewicht auf die Offenlegung der bestehenden Probleme in Deutschland zu legen. Es mag mit dem schweren Stand der deutschen Regierung zu begründen sein, dass es noch mehr als sonst en vogue ist, hinter den vielen Vorteilen, die Deutschland zweifelsohne hat, doch immer den Mangel herauszustreichen. Bei einem solchen Vorgehen erscheint auch fragwürdig, ob diese Selbstzerfleischung genügend Sympathie bei den chinesischen Teilnehmern auszulösen vermag, dass sie mit der Einstellung nach China zurückkehren, in Deutschland etwas Nachahmenswertes gefunden zu haben. In anderen Teilen der Welt bedankt man sich indessen über diese Symptome der „German Disease“ und weitet den Einfluss des eigenen Rechtssystems in China mit mehr Selbstbewusstsein aus.

Der Rechtsstaatsdialog sieht sich primär als politische Veranstaltung, auf der die allgemeinen rechtsstaatlichen Kontakte zur Volksrepublik China gepflegt werden. Die beiderseitig kompetente Besetzung der Symposien und die Arbeiten, die thematisch im Vorfeld der Veranstaltung geleistet wurden und beispielsweise in den Fragenkatalog für die Arbeitsgruppen eingeflossen sind, sprechen indes dafür, dass die zukünftigen Veranstaltungen mehr Gewicht auf den rechtswissenschaftlichen Diskurs zwischen beiden Ländern legen könnten.

<sup>8</sup> Zu den „basisdemokratischen“ Direktwahlen der Dorfbewohnerkomitees und ihrer Vorsteher sowie zur Diskussion einer Ausweitung von Direktwahlen auf höhere Verwaltungsebenen siehe *Sebastian Heilmann, Das politische System der Volksrepublik China*, 2. Auflage, Wiesbaden 2004, S. 230 f.

<sup>9</sup> New crackdown over state secrets, in: SCMP v. 3.6.2005.

## Beijing

### **Baker & McKenzie**

Suite 3401, China World Tower 2  
China World Trade Center  
Jianguomen Wai Avenue 1  
100004 Beijing, VR China

Tel.: 010 65050591; Fax: 010 65052309; Ansprechpartner: *GE Xiangyang, BING Ho*

美国贝克麦肯斯国际律师事务所北京办事处  
中国国际贸易中心国贸大厦 2526 室  
建国门外大街 1 号  
100004 北京 中华人民共和国

### **Beiten Burkhardt Rechtsanwalts-gesellschaft mbH Beijing Representative Office**

Suite 3130, 31st Floor, South Office Tower  
Beijing Kerry Centre, 1 Guanghua Road  
100020 Beijing, VR China

Tel.: 010 8529 8110; Fax: 010 8529 8123; e-mail: [bblaw-beijing@bblaw.de](mailto:bblaw-beijing@bblaw.de) Ansprechpartner: *Dr. Björn Etgen,*

百达律师事务所北京代表处  
北京嘉里中心南楼 31 层 3130 室  
北京市朝阳区光华路 1 号  
100020 北京 中华人民共和国

### **Clifford Chance LLP Beijing Office**

3326 China World Tower I  
No. 1 Jianguomenwai Avenue  
100004 Beijing, PR China

Tel.: 010 6505 9018; Fax: 010 6505 9028; e-mail: [michelle.wang@cliffordchance.com](mailto:michelle.wang@cliffordchance.com); Ansprechpartner: *Michelle Wang*

高伟绅律师事务所北京办事处  
中国国际贸易中心国贸大厦 3326 室  
建国门外大街 1 号  
100004 北京 中华人民共和国

### **Coudert Brothers**

Jing Guang Center, 27th Floor  
Hu Jia Road, Chao Yang Qu  
100020 Beijing, VR China

Tel.: 010 65973851 ext. 225; Fax: 010 65978856; e-mail: [fischera@coudert.com](mailto:fischera@coudert.com);  
Ansprechpartner: *TAO Jingzhou, Laetitia Tjoa, Alexander Fischer*

高特兄弟律师事务所北京办事处  
京广中心 27 层  
朝阳区  
100020 北京 中华人民共和国

### **Freshfields Bruckhaus Deringer**

3705 China World Tower Two  
1 Jianguomenwai Avenue  
Beijing 100004, VR China

Tel: 010 6505 3448; Fax: 010 6505 7783; e-mail: [douglas.markel@freshfields.com](mailto:douglas.markel@freshfields.com);  
[melissa.thomas@freshfields.com](mailto:melissa.thomas@freshfields.com); Ansprechpartner: *Douglas Markel, Melissa Thomas, Mirko Wormuth*

富而德律师事务所  
中国国际贸易中心国贸大厦 3705 室  
建国门外大街 1 号  
100004 北京 中华人民共和国

### **Guo & Partners**

Suite 411, Jing Guang Center Office Building  
P.O.Box Beijing 8806-411  
Chaoyang District  
100020 Beijing, VR China

Tel: 010 8454 1888; Fax: 010 6597 4149; e-mail: [holger.hanisch@gp-legal.com](mailto:holger.hanisch@gp-legal.com)  
Ansprechpartner: *Holger Hanisch*

天睿律师事务所  
京广中心商务楼 411 室  
(北京 8806 信箱-411 室)  
100020 北京市 中华人民共和国

### **Lovells**

Level 2 Office Tower C2  
The Towers Oriental Plaza  
1 East Chang An Avenue  
100738 Beijing, VR China

Tel.: 010 85184000; Fax: 010 85811656; e-mail: [Hans.Au@Lovells.com](mailto:Hans.Au@Lovells.com); Ansprechpartner: *Hans Au*

路伟律师事务北京办事处  
东方广场东方经贸城中二办公楼 2 层  
东城区东长安街 1 号  
100738 北京 中华人民共和国

## Shanghai

---

### **Baker & McKenzie**

Unit 1601, Jin Mao Tower  
88 Century Boulevard, Pudong  
200121 Shanghai, VR China  
Tel.: 021 5047 8558; Fax: 021 5047 0020; Ansprechpartner: *Dr. Andreas Lauffs, ZHANG Danian*

美国贝克麦肯斯国际律师事务所北京办事处  
金茂大厦 1601 室  
上海市浦东新区世纪大道 88 号  
200121 上海 中华人民共和国

---

### **Beiten Burkhardt Rechtsanwalts-gesellschaft mbH Shanghai Representative Office**

Suite 3503, The Center  
989 Chang Le Road, Xuhui District  
200031 Shanghai, VR China

Tel.: 021 5407 5557; Fax: 021 5407 5559; e-mail: [bblaw-shanghai@bblaw.de](mailto:bblaw-shanghai@bblaw.de) Ansprechpartner: *Susanne Rademacher*

百达律师事务所上海代表处

---

### **Clifford Chance LLP**

Suite 730, Shanghai Centre  
Nanjing West Road 1376  
200040 Shanghai, VR China

Tel.: 021 62798461; Fax: 021 62798462; Ansprechpartner: *Stephen Harder*

英国高伟绅律师事务所上海办事处  
上海商城 730 室  
南京西路 1376 号  
200040 上海 中华人民共和国

---

### **Freshfields Bruckhaus Deringer**

34 floor, Jin Mao Tower  
88 Century Boulevard  
Pudong New Area  
Shanghai 200121, VR China

Tel: 021 5049 1118; Fax: 021 3878 0099; e-mail: [norman.givant@freshfields.com](mailto:norman.givant@freshfields.com), [carl.cheng@freshfields.com](mailto:carl.cheng@freshfields.com);  
Ansprechpartner: *Norman Givant, Carl B. Cheng*

富而德律师事务所  
金茂大厦 34 楼  
上海市浦东新区世纪大道 88 号  
200121 上海 中华人民共和国

---

### **Gleiss Lutz in association with Herbert Smith and Stibbe**

38F Bund Center  
222 Yan An Road East  
200002 Shanghai, VR China

Tel.: 021 6335 1144; Fax.: 021 6335 1145; e-mail: [gary.lock@herbertsmith.com](mailto:gary.lock@herbertsmith.com);  
Ansprechpartner: *Gary Lock*

格来思-鲁茨-胡茨-赫施  
律师事务所上海办事处  
延安东路 222 号  
外滩中心 38 楼  
200002 上海 中华人民共和国

---

### **Haarmann Hemmelrath & Partner**

Room 2308, Jinmao Building  
88 Centennial Boulevard  
200121 Shanghai, VR China

Tel.: 021 5049 8176/8305/8560/8816; Fax.: 021 50475122; e-mail: [Bernd-Uwe.Stucken@HaarmannHemmelrath.com](mailto:Bernd-Uwe.Stucken@HaarmannHemmelrath.com); Ansprechpartner: *Dr. Bernd-Uwe Stucken*

德国法合联合律师事务所  
金茂大厦 2308 室  
上海市浦东新区世纪大道 88 号  
200121 上海 中华人民共和国

---

### **Lovells**

Rm.1107, Kerry Center  
1515 Nanjing West Road  
200040 Shanghai, VR China

Tel.: 021 6279 3155; Fax: 021 6279 2695; e-mail: [Douglas.Clark@Lovells.com](mailto:Douglas.Clark@Lovells.com); Ansprechpartner: *Douglas Clark*

上海市南京西路 1515 号  
嘉里中心 1107 室  
200040 上海 中华人民共和国

---

### **PricewaterhouseCoopers**

11/F PricewaterhouseCoopers Center  
202 Hu Bin Road  
200021 Shanghai, VR China

Tel.: 021 6123 8888; e-mail: [titus.bongart@cn.pwc.com](mailto:titus.bongart@cn.pwc.com) ; Ansprechpartner: *Titus von dem Bongart, Christoph Hezel*

---

**Rödl & Partner**

28/F POS Plaza  
1600 Century Avenue  
Shanghai 200122, VR China

罗德律师事务所上海代表处  
浦项商务广场 28 楼  
上海浦东新区世纪大道 1600 号  
200122 上海 中华人民共和国

Tel. 021 5830 0708 Fax: 021 5820 1218; e-mail: philip.lazare@roedl.com.cn; Ansprechpartner: *Philip Lazare*

---

**Schulz Noack Bärwinkel**

Suite 2302 International Trade Center  
2201 Yan An Road (W)  
200336 Shanghai, VR China

德国律师事务所上海办事处  
国际贸易中心 2302 室  
延安西路 2201 号  
200336 上海 中华人民共和国

Tel.: 021 62198370; Fax: 021 62196849; e-mail: jm.scheil@snblaw.com; Ansprechpartner: *Dr. Jörg-Michael Scheil*

---

**Taylor Wessing**

15th Floor United Plaza, Unit 1509  
No. 1468, Nanjing West Road  
200040 Shanghai, VR China

泰乐信律师事务所驻上海代表处  
中欣大厦 15 楼 1509 单元  
南京西路 1468 号  
200040 上海 中华人民共和国

Tel. 021 6247 7247; Fax 021 6247 7248; e-mail: r.koppitz@taylorwessing.com; Ansprechpartner: *Ralph Vigo Koppitz*

---

**White & Case, LL.P.**

218 Shanghai Bund No. 12 Building  
12 Zhongshan Dong Yi Road  
200002 Shanghai, VR China

伟凯律师事务所上海代表处  
外滩 12 号 218 室  
中山东一路 12 号  
200002 上海中华人民共和国

Tel. 021 6321 2200; Fax: 021 6323 9252; e-mail: vho@whitecase.com; Ansprechpartner: *Viktor G. Ho*

---

- Herausgeber:** Deutsch-Chinesische Juristenvereinigung e.V.  
Prof. Dr. Uwe Blaurock, Präsident  
E-Mail: [blaurock@dcjv.org](mailto:blaurock@dcjv.org)  
Homepage: <http://www.dcvj.org>
- Schriftleitung:** Björn Ahl  
Deutsch-Chinesisches Institut für Rechtswissenschaft  
der Universitäten Göttingen und Nanjing  
Hankou Lu 22  
210093 Nanjing VR China  
  
南京大学中德法学研究所  
汉口路 22 号  
210093 南京 VR China  
  
Tel. / Fax: +86 25 8663 7892  
E-Mail: [dcifw@public1.ptt.js.cn](mailto:dcifw@public1.ptt.js.cn)  
Homepage: <http://www.jura.uni-goettingen.de/kontakte>
- Mitarbeit:** Dr. Knut Benjamin Pißler  
Max-Planck-Institut für ausländisches und  
internationales Privatrecht, Hamburg  
  
E-Mail: [pissler@mpipriv-hh.mpg.de](mailto:pissler@mpipriv-hh.mpg.de)  
Homepage: <http://www.mpipriv-hh.mpg.de>

Die Zeitschrift für Chinesisches Recht (ZChinR) erscheint vierteljährlich und wird den Mitgliedern der Deutsch-Chinesische Juristenvereinigung e. V. übersandt. Eine Mitgliedschaft in der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung kann online unter <http://www.ZChinR.de/> beantragt werden.

Die Jahrgänge 1-10 (1994-2003) sind unter dem Titel „Newsletter der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung e.V.“ erschienen. Die älteren Jahrgänge stehen im Internet unter <http://www.ZChinR.de/> im Volltext kostenfrei zum Abruf bereit. **Hinweise für Autoren** finden sich auch unter dieser Adresse bei Unterpunkt ZChinR/Archiv.