

Der Entwurf für ein „Gesetz der Volksrepublik China für ausländische Investitionen“

Christian Atzler¹, Kai Schlender², Rebecka Zinser³

I. Einleitung

Das Recht betreffend ausländische Investitionen in die Volksrepublik China (VR China) steht vor einer umfassenden Reform: Die chinesische Regierung strebt an, die geltenden Regelungen, welche bisher über mehrere Gesetze und Bestimmungen verteilt sind,⁴ durch ein einheitliches, in einem Gesetzeswerk niedergelegtes System abzulösen. Das Vorhaben steht in einem größeren Zusammenhang, in dem die chinesische Regierung mittels verschiedener wirtschaftlicher Strukturreformen ein neues „Open Economic System“ schaffen möchte.⁵ Wichtiger Baustein hierzu soll die weitere Öffnung der chinesischen Wirtschaft zum Ausland sein.

Vorangetrieben hat dieses Reformprojekt nun das Handelsministerium, indem es im Januar dieses Jahres einen Konsultationsentwurf zum „Gesetz der Volksrepublik China für ausländische Investitionen“⁶ (Entwurf) veröffentlichte.

Der Entwurf stellt zunächst in Aussicht, dass zahlreiche in der Shanghai Free Trade Zone (SFTZ)⁷ erprobte Neuerungen auf die nationale Ebene übertragen werden: So soll zuvorderst der generelle Erlaubnisvorbehalt gegenüber ausländischen Investitionen entfallen und dem Konzept einer „Negativliste“⁸ weichen. Dieser Ansatz sieht vor, dass ausländische Investitionen künftig grundsätzlich erlaubt sind, sofern für die betreffenden Industrien und Investitionstätigkeiten keine Verbote oder Beschränkungen in einer „Negativliste“, dem noch zu erstellenden „Katalog besonderer Steuerungsmaßnahmen“⁹, vorgesehen sind.

Darüber hinaus dehnt der Entwurf die Möglichkeit zur Durchführung einer staatlichen Sicherheitsprüfung¹⁰, wie sie bereits seit dem Jahr 2007 im Anti-Monopol-Gesetz für bestimmte ausländische Investitionen vorgesehen ist, auf sämtliche im Entwurf genannten ausländischen Investitionen aus. Parallel zu den Zugangsbeschränkungen und -verboten könnten demnach alle Investitionsvorhaben einer solchen Prüfung unterzogen werden, sofern eine Gefährdung der staatlichen Sicherheit vorliegt oder vorliegen könnte.

Dieser Beitrag stellt diese und weitere vom Entwurf vorgesehene Änderungen vor. Er beginnt mit Ausführungen zur Definition des ausländischen Investors als Ausgangspunkt für die Abgrenzung von ausländischen und inländischen Investitionen (II.) sowie den Auswirkungen dieser Neuregelung auf die sogenannten „Variable Interest Entities“ (VIE)¹¹ (III.). Es folgt eine Beschreibung des künftigen Systems der Durchführungsverbote und Durchführungsbeschränkungen (IV.), sowie der staatlichen Sicherheitsprüfung (V.). Anschließend gibt der Beitrag einen Überblick zu den im Entwurf vorgesehenen Berichtspflichten für ausländische Investoren (VI.) sowie zu einigen Reaktionen auf den Entwurf

¹ Rechtsanwalt und Partner im Frankfurter Büro der Kanzlei Baker & McKenzie sowie Lehrbeauftragter der Sinologie an der Freien Universität zu Berlin.

² Referendar am OLG Frankfurt, juristischer Mitarbeiter im Frankfurter Büro der Kanzlei Baker & McKenzie sowie Lehrbeauftragter der Sinologie an der Humboldt sowie der Freien Universität zu Berlin.

³ Dr. iur.; Rechtsanwältin und Associate im Frankfurter Büro der Kanzlei Baker & McKenzie.

⁴ Im Zentrum des gegenwärtigen Regelungssystems stehen die folgenden drei Kodifikationen: Das „Gesetz über gemeinschaftlich betriebene Unternehmen mit chinesisch-ausländischer Kapitalbeteiligung“ (bekannt als Equity-Joint-Venture-Gesetz - „EJV-Gesetz“; 中外合资经营企业法) vom 1.7.1979, in Englisch abrufbar unter: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/13/content_1384083.htm> eingesehen am 16.9.2015, das „Gesetz über [ausschließlich] ausländisch kapitalisierte Unternehmen“ (bekannt als: Wholly-Foreign-Owned-Enterprise-Gesetz - „WFOE-Gesetz“; 外资企业法) vom 12.4.1986, in Englisch abrufbar unter: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383937.htm> eingesehen am 16.9.2015, und das „Gesetz über chinesisch-ausländische kooperativ betriebene Unternehmen“ (bekannt als Contractual-Joint-Venture-Gesetz - „CJV-Gesetz“; 中外合作经营企业法) vom 13.4.1988, in Englisch abrufbar unter: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383922.htm> eingesehen am 16.9.2015. Die Die Ablösung dieser drei Gesetze durch eine einzelne Kodifikation wird im Chinesischen auch als „三法合一“ bezeichnet.

⁵ Vgl. hierzu: Claus Luttermann, „Rechtsreform für ausländische Investitionen in China - Auf dem Weg zum einheitlichen „Foreign Investment Law“, in: NWB Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht IWB 2015, S. 185 ff.

⁶ 中华人民共和国外国投资法 (草案征求意见稿). In chinesisch-deutscher Übersetzung abgedruckt in diesem Heft S. 285 ff.; Der chinesische Text gemeinsam mit den Erklärungen zum Download als Worddokument findet sich unter: <<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/as/201501/20150100871010.shtml>> eingesehen am 21.8.2015.

⁷ „上海自由贸易试验区“ (abgekürzt „上海自贸区“).

⁸ „负面清单“, hierbei handelt es sich um einen offiziellen Beinamen der erstmalig in 2013 von der Shanghai Volksregierung erlassenen Liste spezieller Regulierungsmaßnahmen betreffend den Zugang für ausländische Investitionen „中国 (上海) 自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施“, in Chinesisch/Englisch abrufbar unter: <<http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=15091>> eingesehen am 16.9.2015.

⁹ „特别管理措施目录“.

¹⁰ „国家安全审查“; siehe § 31 des Anti-Monopol-Gesetzes (中华人民共和国反垄断法).

¹¹ „可变利益实体“.

aus der Konsultationsphase (VII.). Den Abschluss bildet ein Fazit, welches eine Einschätzung der zu erwartenden Änderungen in der Praxis bietet (VIII.).

II. Die „tatsächliche Kontrolle“ als neuer Bewertungsmaßstab für ausländische Investitionen

Im zweiten Kapitel finden sich Legaldefinitionen der Begriffe des ausländischen Investors¹², des ausländisch investierten Unternehmens¹³ und der ausländischen Investition¹⁴. Die folgenden Kapitel des Entwurfes greifen diese Begriffe abwechselnd auf und knüpfen verschiedene Rechtsfolgen an die jeweils betreffende Einheit. Im Kern steht dabei der Begriff des ausländischen Investors. Bezugspunkt ist jeweils die „tatsächliche Kontrolle“ des Unternehmens. *Luttermann* bezeichnet dies deshalb als „Control-Konzept“ und führt treffend dazu aus, dass es zukünftig darauf ankommen werde, ob der Kontrollinhaber als ausländisch klassifiziert werde, es also entscheidend sei, wer das Unternehmen kontrolliere und nicht mehr primär dessen Eigentümerstatus (d. h. wem es gehöre).¹⁵

§ 11 S. 1 Entwurf nennt als ausländischen Investor zunächst die folgenden Subjekte: (1) natürliche Personen, die nicht chinesische Staatsangehörige sind; (2) juristische Personen, die nach dem Recht eines anderen Staates gegründet wurden; (3) Regierungen eines anderen Staates oder einer anderen Region, sowie die ihnen zugehörigen Abteilungen oder Organe; sowie (4) internationale Organisationen. Eine der Besonderheiten des Entwurfes folgt dann in Satz 2 des § 11 Entwurf: Hiernach gelten Unternehmen innerhalb Chinas, die von einem der vorstehend genannten Subjekte kontrolliert¹⁶ werden, ebenfalls als ausländischer Investor.

Nach einer Bestimmung der Begriffe des chinesischen Investors¹⁷ und des inländischen Unternehmens¹⁸ in den §§ 12 und 13 Entwurf, liefert § 14 Entwurf eine Definition der ausländisch investierten Unternehmen¹⁹. Als solches versteht § 14 Entwurf ein „nach den chinesischen Gesetzen gegründetes inländisches Unternehmen“²⁰, das vollständig oder in Teilen ausländisch investiert ist. Hier tritt eine Unklarheit zu Tage, welche den Eindruck erweckt, als solle zukünftig der Einwirkungsbereich auf ausländische Investitionen nicht eingeschränkt, sondern de facto erweitert werden. Da § 14 Entwurf

keine Mindestbeteiligung vorsieht, wären nach dem Wortlaut des Entwurfs künftig auch Unternehmen mit bloß geringfügigen ausländischen Beteiligungen erfasst. Das gegenwärtig geltende EJV-Gesetz²¹ setzt eine Mindestbeteiligung von 25 % des ausländischen Investors an dem ausländisch investierten Unternehmen voraus. Ungenauigkeiten ergeben sich zudem durch die im Wesentlichen gleich lautende Definition des inländischen Unternehmens in § 13 Entwurf. Da es sich bei diesen per Definition ebenfalls um nach den chinesischen Gesetzen im Inland gegründete Unternehmen handelt, könnten letztlich alle ausländisch investierten Unternehmen nach § 14 Entwurf auch als inländische Unternehmen nach § 13 Entwurf betrachtet werden. Dies würde den Kreis derjenigen Unternehmen, die den Regeln des zu verabschiedenden Gesetzes unterliegen, erheblich erweitern.

Den Abschluss bildet der Begriff der ausländischen Investition²², welcher ausgehend vom ausländischen Investor bestimmt wird. Auch dieser Begriff wird unter § 15 S. 1 Nr. 6 Entwurf um das Merkmal der Kontrollausübung über ein inländisches Unternehmen erweitert, genauer eine Kontrolle im Wege von Verträgen, Treuhand oder ähnlichen Strukturen. Die hiermit zuvorderst adressierten VIEs werden unter III. näher beschrieben. Darüber hinaus wird der Begriff der ausländischen Investition in des § 15 S. 2 Entwurf dahingehend ergänzt, dass künftig auch der vollständig im Ausland vollzogene Erwerb der tatsächlichen Kontrollrechte an einem inländischen Unternehmen durch einen ausländischen Investor als Investition eines ausländischen Investors im Inland gelten soll.

§ 18 Entwurf widmet sich dann dem bereits verwendeten Begriff der Kontrolle²³. Das Bestehen einer solchen wird zunächst bei direkter oder indirekter Inhaberschaft von mindestens 50 Prozent der Anteile, Anteilsrechte oder ähnlichen Rechten und Interessen an der Gesellschaft angenommen (§ 18 Abs. 1 Entwurf). Als Kontrolle gilt aber auch eine Beteiligung von weniger als 50 Prozent, wenn diese aufgrund besonderer Befugnisse anzunehmen ist, wie etwa dem Recht zur Benennung von mindestens der Hälfte der Mitglieder des Vorstandes oder eines ähnlichen Entscheidungsorgans (§ 18 Abs. 2 Nr. 1 Entwurf), oder der Möglichkeit zur wesentlichen Einflussnahme²⁴ auf die Entscheidungsorgane des Unternehmens (§ 18 Abs. 2 Nr. 3 Entwurf) durch Ausübung von Stimmrechten. § 18 Abs. 3 des Entwurfes erweitert den Begriff der Kontrolle dann erneut um das Merkmal der Ausübung von

¹² „外国投资者“, § 11.

¹³ „外国投资企业“, § 14.

¹⁴ „外国投资“, § 15.

¹⁵ *Luttermann*, (Fn. 5), 187 f.

¹⁶ „受[...]控制的“.

¹⁷ „中国投资者“.

¹⁸ „境内企业“.

¹⁹ „外国投资企业“.

²⁰ „依据中国法律在中国境内设立的企业“.

²¹ Vgl. Fn. 4.

²² „外国投资“.

²³ „控制“.

²⁴ „重大影响“.

entscheidendem Einfluss²⁵ im Wege von Verträgen, Treuhand oder ähnlichen Strukturen, womit wiederum die VIEs gemeint sein dürften. Probleme dürften sich hier mit Blick auf die spätere Rechtsanwendung durch die Behörden ergeben. Insbesondere die unbestimmten Rechtsbegriffe der „wesentlichen Einflussnahme“ und des „entscheidenden Einflusses“ eröffnen die Möglichkeit, auch bei Minderheitsbeteiligungen das Bestehen von Kontrolle anzunehmen.

III. Auswirkungen auf Variable Interest Entities

Die im zweiten Kapitel zu Tage tretende Absicht des Gesetzgebers, mit dem künftigen Gesetz über ausländische Investitionen ein einheitliches Investitionsregime ohne Ausnahmen zu schaffen, lässt sich besonders deutlich am Beispiel der bereits eingangs erwähnten VIEs erkennen. Mit der Erweiterung der Begriffe der ausländischen Investition und des ausländischen Investors um das Merkmal der tatsächlichen Kontrolle in Ergänzung zur rechtlichen Kontrolle, sollen gerade die VIEs künftig in das Reglement betreffend ausländische Investitionen mit einbezogen werden.

Als VIE wird – im engeren Sinne – eine Gesellschaft verstanden, die nach chinesischem Recht gegründet und von chinesischer Hand gehalten ist. Aus rechtlicher Sicht ist die Anteilsinhaberschaft damit chinesisch. Die Besonderheit der VIE ist aber, dass die tatsächliche Kontrolle mittels einer Reihe von Verträgen bei einer ausländisch investierten Gesellschaft liegt. Bekanntestes Beispiel für die Struktur ist Alibaba, das im Herbst 2014 in New York an die Börse ging. Die Aktionäre von Alibaba erwarben seinerzeit Anteile an der Alibaba Group Holding Ltd., einer Offshore-Gesellschaft auf den Cayman Islands, nicht jedoch an der chinesischen Alibaba Group mit Sitz in Hangzhou. Zwischen diesen beiden Gesellschaften ist zunächst eine vollständig von der Alibaba Group Holding Ltd. gehaltene Hongkonger Gesellschaft geschaltet, welche wiederum über eine auf dem Festland gegründete WFOE in der oben erläuterten Weise die chinesische Alibaba Group kontrolliert. Da ausländische Investoren in diesem Industriesektor nicht oder nur eingeschränkt investieren können, stellt die VIE-Konstruktion für chinesische Unternehmen in diesem Segment die einzige Möglichkeit dar, sich auch über ausländisches Kapital finanzieren zu können.²⁶

Wird der Entwurf in der gegenwärtig vorliegenden Fassung verabschiedet, so bedeutete dies, dass die VIEs Veränderungen oder Anpassungen in ihren

Strukturen vornehmen müssen. Der chinesische Gesetzgeber hat hierfür bereits Übergangsregelungen vorgesehen und in den Erklärungen zum Entwurf²⁷ drei Wege für die Umwandlung bestehender Strukturen aufgezeigt. Die erste Variante sieht vor, dass die VIE-Struktur fortgeführt werden darf, wenn der Investor der kontrollausübenden ausländisch investierten Gesellschaft der zuständigen Behörde für ausländische Investitionen des Staatsrats das Bestehen einer tatsächlichen Kontrolle über eine chinesische Gesellschaft im Wege von Verträgen meldet²⁸. Die zweite Variante sieht vor, dass der Investor die Anerkennung der bestehenden Kontrolle beantragt²⁹, während die dritte Variante die Beantragung einer Genehmigungslizenz³⁰ mit umfassender Prüfung des Sachverhaltes durch die entsprechende Behörde des Staatsrats sowie durch weitere involvierte Behörden vorschlägt.

IV. „Negativliste“ als Ersatz für Investitionskataloge

Kapitel 3 und 4 des Entwurfes bilden die Grundlage für das künftige System der Regulierung für ausländische Investitionen. Die gegenwärtig im Zentrum des Investitionsregimes stehenden Investitionskataloge sollen entfallen. Das Genehmigungserfordernis soll nicht mehr die Regel, sondern zukünftig die Ausnahme darstellen. Die Regel, so ergibt es sich aus den §§ 22, 25 Abs. 3 Entwurf, soll eine gleichlaufende Behandlung ausländischer Investoren mit denen chinesischer Herkunft sein.³¹ Allerdings sieht der Entwurf mehrere Ausnahmen von dieser neuen Regel vor, die von praktischer Relevanz sind.

Die Regulierung ausländischer Investitionen soll künftig zweispurig angelegt sein: So soll zum einen eine Regulierung aufgrund eines vom Staatsrat zu erstellenden Kataloges besonderer Steuerungsmaßnahmen erfolgen. Zum anderen soll parallel hierzu die Möglichkeit einer staatlichen Sicherheitsprüfung bestehen, welche losgelöst von der Zielindustrie, dem Investitionsvolumen oder ähnlichen Faktoren immer dann durchgeführt werden kann, wenn die betreffende Investition die staatliche Sicherheit gefährdet oder gefährden könnte.

Der Katalog besonderer Steuerungsmaßnahmen ist unterteilt in einen „Katalog mit Durchführungsverboten“³² und einen „Katalog mit

²⁵ „决定性影响“.

²⁶ Als weitere Beispielen sind Tencent (腾讯), Baidu (百度) und Tudou (土豆) zu nennen.

²⁷ Siehe Fn. 6.

²⁸ „申报“.

²⁹ „申请认定“.

³⁰ „申请准入许可“.

³¹ Diese Gleichbehandlung firmiert unter dem Begriff der „Inländerbehandlung“ (国民待遇), siehe § 6 Entwurf.

³² „禁止实施目录“, § 25 Entwurf.

Durchführungsbeschränkungen“³³. Der Katalog für besondere Steuerungsmaßnahmen soll den zweijährlich durch die Regierung veröffentlichten „Katalog zur Leitung der Branchen mit ausländischen Investitionen (Investitionskatalog)“³⁴ ersetzen. Der Wortlaut des Entwurfs lässt offen, ob dieser Katalog – anders als die bisherigen Investitionskataloge – künftig die ausschließliche Quelle von Zugangsverboten und -beschränkungen sein wird. Bisher bestehen neben dem Investitionskatalog weitere Verbote und Beschränkungen in Bestimmungen einzelner Ministerien. Beispielhaft seien hier die gemeinsam vom Staatlichen Büro für Nachrichten, Publikationen, Rundfunk und Fernsehen³⁵ und dem Kulturministerium in 2005 erlassenen „Einige Ansichten über ausländische Investitionen im Kultursektor“³⁶ erwähnt, welche ausländische Investitionen in vielen Medien- und Publikationssegmenten verbieten.

Solange dieser Katalog nicht veröffentlicht ist, bleibt abzuwarten, ob mit dem Paradigmenwechsel von „verboten, sofern nicht erlaubt“ zu „erlaubt, sofern nicht verboten“ eine tatsächliche Erleichterung ausländischer Investitionen einhergeht.

Handelt es sich bei der Investition um ein Vorhaben, das nach dem Katalog für besondere Steuerungsmaßnahmen einer Durchführungsbeschränkung unterliegt, so muss der ausländische Investor gemäß § 27 Abs. 1 Entwurf eine Zugangserlaubnis bei der für ausländische Investitionen zuständigen Abteilung des Staatsrates bzw. der PAS³⁷ beantragen, in der die Investition erfolgen soll. Übersteigt der Umfang der Investition einen noch festzulegenden Standardinvestitionsbetrag³⁸, so ist der Antrag in gleicher Form an die für ausländische Investitionen zuständige Abteilung des Staatsrates zu übermitteln (§ 27 Abs. 2 Entwurf). Zur Bestimmung dieser Schwelle werden bei mehrfacher Investition in dasselbe Investitionsprojekt innerhalb von zwei Jahren die Investitionssummen zusammengerechnet (§ 28 Entwurf). Wie bereits in § 15 Nr. 3 Entwurf niedergelegt, gilt auch das Bereitstellen einer Finanzierung von über einem Jahr als Investition. Die Höhe des Standardinvestitionsbetrags dürfte von erheblicher Bedeutung für den praktischen Anwendungsbereich des Gesetzes sein: Liegt sie unter dem gemittelten Investitionsvolumen, so wäre auch weiterhin eine große Anzahl von Investitionsprojekten prüfungspflichtig.

Nach § 30 Entwurf muss der Investor seinem Antrag neben den Grunddaten zum ausländischen

Investor und seinem Vorhaben auch Erläuterungen zur Übereinstimmung des Vorhabens mit den Anforderungen der besonderen Steuerungsmaßnahmen und dem Einfluss des Vorhabens auf Energieressourcen, technische Innovation, Beschäftigung sowie die regionale Wirtschaftsentwicklung beifügen. Weiterhin muss er Angaben dazu machen, ob er bereits eine Überprüfung des Projektes auf eine mögliche Gefährdung der staatlichen Sicherheit und seine Vereinbarkeit mit dem Kartellrecht eingeleitet hat. Bedarf das spätere Geschäft der Erteilung einer speziellen Industrieerlaubnis³⁹, so muss er diese zuvor beantragen und mit dem Antrag einreichen.

Auf Grundlage dieser Informationen prüft die Behörde das Vorhaben nach den bereits zu § 30 Entwurf dargelegten Gesichtspunkten (§ 32 Entwurf). Stellt die Behörde während der Prüfung fest, dass die Investition eine Gefährdung der staatlichen Sicherheit darstellt oder darstellen könnte, so informiert sie den Antragsteller und fordert ihn auf, eine Sicherheitsprüfung zu beantragen. Im Rahmen der Prüfung kann die Behörde Stellungnahmen anderer Abteilungen einholen und auch eine Anhörung der Öffentlichkeit⁴⁰ organisieren (§§ 38, 39 Entwurf).

Mit dem Prüfungsbeschluss kann die Behörde das Vorhaben entweder in der beantragten Form zulassen oder beschränkende Bedingungen hinzufügen. Hierzu zählt § 37 Entwurf Beispiele auf. Mögliche Beschränkungen können Vorgaben zur Beteiligungsquote, der Dauer der Aktivitäten oder der Region, in der die Investition erfolgen darf, sein. Darüber hinaus kann die Behörde Ausgliederungen von Vermögen oder Geschäftssparten verlangen und eine Mindestanzahl für die vor Ort zu beschäftigenden Arbeitskräfte festsetzen. Hier verbirgt sich eine Neuheit, die möglicherweise große Veränderungen für ausländische Investoren mit sich bringen könnte. Bisher konnte die Behörde die Genehmigung erteilen oder den Antrag hierauf ablehnen. Der Konsultationsentwurf schafft Gestaltungsspielraum und Lenkungsmöglichkeiten für die Behörden. Wenn sie hiervon Gebrauch machen, kann dies Investitionen mit zusätzlichen Belastungen versehen und nach der Entscheidung der Behörde ein erneutes Abwägen des Vorhabens notwendig machen.

V. Staatliche Sicherheitsprüfung

Für den Fall, dass die ausländische Investition die staatliche Sicherheit gefährdet oder gefährden könnte, sieht das 4. Kapitel des Entwurfes, parallel zu den Beschränkungen aufgrund des Kataloges besonderer Steuerungsmaßnahmen, die Möglichkeit der Durchführung einer staatlichen Sicher-

³³ „限制实施目录“, § 26 Entwurf.

³⁴ „外商投资产业指导目录“.

³⁵ „国家新闻出版广播电影电视总局“.

³⁶ „关于文化领域引进外资的若干意见“.

³⁷ Provinz; Autonome Region; Regierungsunmittelbare Stadt.

³⁸ „金额标准“.

³⁹ „行业许可“.

⁴⁰ „申辩“.

heitsprüfung vor. Damit erweitert der Entwurf das bereits bestehende System der staatlichen Sicherheitsprüfung über den Anwendungsbereich des eingangs erwähnten Anti-Monopol-Gesetzes hinaus auf sämtliche ausländische Investitionen⁴¹. Diese Erweiterung steht auch im Einklang mit dem am 1. Juli 2015 in Kraft getretenen Staatssicherheitsgesetz⁴², welches in den §§ 59 ff. die Begründung eines umfassenden Systems und Mechanismus der staatlichen Sicherheitsprüfung vorsieht. Ob die Regelungen des Staatssicherheitsgesetzes Auswirkungen auf den Entwurf haben, ist nicht abzusehen. In jedem Fall ist es ein weiteres Indiz dafür, dass sich die staatliche Sicherheitsprüfung auch im endgültigen Gesetz für ausländische Investitionen wiederfinden wird.

Die Prüfung gemäß § 58 Entwurf kann im Ergebnis sowohl zu einer Untersagung des Investitionsvorhabens führen (Nr. 3), als auch eine bedingte (Nr. 2) oder unbedingte Genehmigung (Nr. 1) zur Folge haben. Prüfende Behörde ist dabei die gemeinsame ministeriale Konferenz für die staatliche Sicherheitsprüfung ausländischer Investitionen⁴³ (Gemeinsame Konferenz), welche durch die Abteilung für Entwicklung und Reform des Staatsrates⁴⁴ und die zuständige Abteilung für ausländische Investitionen des Staatsrates⁴⁵ zusammengesetzt werden soll.

Die Sicherheitsprüfung kann sowohl auf Antrag als auch von Amts wegen eingeleitet werden. Insbesondere kann ein ausländischer Investor gemäß § 50 Entwurf in Verbindung mit §§ 52–54 Entwurf die Sicherheitsprüfung selbst beantragen, um so Gewissheit über die Genehmigungsfähigkeit seiner Investition zu erlangen. Darüber hinaus besteht gemäß § 55 Abs. 2 Entwurf für Verbände oder Unternehmen der betreffenden Industrie⁴⁶ die Möglichkeit, die Gemeinsame Konferenz um Einleitung einer Sicherheitsprüfung von Amts wegen zu ersuchen. Damit räumt der Entwurf Wettbewerbern und Interessenverbänden die Möglichkeit ein, die Untersagung eines Investitionsvorhabens anzuregen.

Gegen Entscheidungen der Gemeinsamen Konferenz steht dem ausländischen Investor gemäß § 73 Entwurf der Verwaltungsrechtsweg nicht offen. Dagegen sieht der Entwurf in §§ 118 ff. Entwurf außergerichtliche Rechtsbehelfe gegen die Entscheidungen der zuständigen Behörden vor. Der Entwurf vermittelt daher den Eindruck, dass Streitigkeiten

außerhalb der ordentlichen Gerichte auf gütlichem Wege beizulegen sein sollen.⁴⁷

VI. Berichtspflichten für ausländische Investoren

Eine der Folgen des vom Entwurf vorgesehenen Wegfalls der generellen Zulassungsbedürftigkeit ist die Verschiebung des Schwerpunktes der staatlichen Aufsicht über ausländischen Investitionen. Sie findet nicht mehr vordringlich im Vorfeld einer Investition statt. Sie verschiebt sich vielmehr in die Phase kurz vor Beginn und im Anschluss an die Durchführung der Investition. Genauer sieht der Entwurf im 5. Kapitel drei verschiedene Formen von Berichten vor, die es dem Staat, d. h. der zuständigen Abteilung des Staatsrates für ausländische Investitionen, ermöglichen sollen, „ein umfassendes Verständnis der Situation ausländischer Investitionen sowie der Umstände des Betriebes ausländisch investierter Gesellschaften“⁴⁸ zu erhalten. Hierzu zählen: 1) Berichte über ausländische Investitionsvorhaben⁴⁹ (Abschnitt 2), 2) Berichte über Veränderungen eines ausländischen Investitionsvorhabens⁵⁰ (Abschnitt 3), 3) periodische Berichte⁵¹ (Abschnitt 4).

Die Berichte über ausländische Investitionsvorhaben sind zunächst, unabhängig von der Zulassungsbedürftigkeit des Investitionsvorhabens nach den oben genannten Bestimmungen, für sämtliche Investitionen ausländischer Investoren und ausländisch investierter Unternehmen verpflichtend. Sie sind entweder im Vorfeld der Investition oder spätestens 30 Tage nach der Investition durch den ausländischen Investor oder das ausländisch investierte Unternehmen bei der zuständigen Abteilung des Staatsrates für ausländische Investitionen einzureichen, § 85 Entwurf. Der Umfang der nach § 87 Entwurf vom Bericht umfassten Informationen ist weitreichend. Insbesondere wird der Investor regelmäßig verpflichtet sein, die gesamte ihm übergeordnete Organisationsstruktur offenzulegen, da nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Entwurf sowohl die den Investor tatsächlich kontrollierende Person⁵² als auch der Ursprung der Investition⁵³ offen zu legen sind. Der dritte Abschnitt des 5. Kapitels setzt sodann Veränderungen ausländischer Investitionsvorhaben mit diesen gleich, sodass den ausländischen Inves-

⁴¹ „对任何[...]外国投资“.

⁴² 国家安全法, in Englisch abrufbar unter: <<http://hk.lexiscn.com/law/law-english-1-2615853.html>> eingesehen am 16.9.2015.

⁴³ „外国投资国家安全审查部际联席会议“, § 49 Entwurf.

⁴⁴ „国务院发展改革部门“.

⁴⁵ „国务院外国投资主管部门“.

⁴⁶ „有关[...]行业协会、同业企业[...]“.

⁴⁷ Vgl. ZOU Jun (邹峻), JI Jianyang (季建阳), LING Cheng (凌成), Eine prägnante Analyse des Entwurfs für ein „Gesetz der Volksrepublik China für ausländische Investitionen“ (关于《中华人民共和国外国投资法》(草案征求意见稿)的简要解读); online abrufbar unter: <<http://www.guanta.com/html/yewuguanli/2015nianyewubeiwanglu/2015/0127/25950.html>> eingesehen am 18.8.2015.

⁴⁸ „全面掌握全国外国投资情况和外国投资企业运营状况“, § 75 Entwurf.

⁴⁹ „外国投资事项报告“.

⁵⁰ „外国投资事项变更报告“.

⁵¹ „定期报告“.

⁵² „实际控制人“.

⁵³ „投资来源地“.

tor oder das ausländisch investierte Unternehmen in diesen Fällen die gleichen Berichtspflichten treffen.

Während sich der dritte Abschnitt an den ausländischen Investor wendet, betreffen die Pflichten im vierten Abschnitt das ausländisch investierte Unternehmen. Die periodischen Berichte können dabei zunächst unterteilt werden in jährliche Berichte (§§ 92, 93 Entwurf) und vierteljährliche Berichte (§ 94 Entwurf). Die Pflicht zur Abgabe eines jährlichen Berichts bis Ende April des Folgejahres besteht dabei für sämtliche ausländisch investierten Unternehmen, wobei die Berichtspflicht im Falle einer vorangegangenen Investition, die zur Errichtung oder Veränderung einer ausländisch investierten Gesellschaft geführt hat, am umfanglichsten ist. Die Pflicht zur Erstellung eines vierteljährlichen Berichts gilt wiederum ausschließlich für ausländisch investierte Unternehmen, die von einem ausländischen Investor kontrolliert werden und über einen Jahresumsatz von mehr als 10 Milliarden RMB oder mehr als zehn Tochtergesellschaften verfügen, § 94 Entwurf.

Nach dem jetzigen Stand des Entwurfes liefern die periodischen Berichtspflichten in mehrfacher Hinsicht der Verwirklichung des beabsichtigten Prinzips der Gleichbehandlung von ausländischen Investoren zuwider. Nicht nur erscheint die Frequenz einer vierteljährlichen Berichtspflicht hoch, sie brächte ausländisch investierte Unternehmen zudem in die Situation, zusätzlich zu den gleichermaßen für inländisch und für ausländisch kontrollierte Unternehmen bereits verpflichtenden Berichten an die Staatliche Kommission für Industrie und Handel⁵⁴ (bekannt als „State Administration for Industry and Commerce – SAIC“),⁵⁵ einen weiteren Bericht erstellen zu müssen. Dies erhöht den administrativen Aufwand im Vergleich zur heutigen Situation.

VII. Reaktionen während der Konsultationsphase

Der Entwurf befindet sich in der Konsultationsphase. Um einen Eindruck der Änderungsgesuche zu erhalten, seien hier einige der Eingaben kurz erwähnt. So wird zunächst deutlich, dass sowohl die Interessenverbände ausländischer Unternehmen als auch die Außenhandelskammern in China insbesondere die Berichtspflichten als Kritikpunkt an dem Entwurf hervorheben. Beispielfhaft sei hier der

US-China Business-Council genannt, welcher eine ausführliche Kommentierung des Entwurfes auf seiner Internetpräsenz zur Verfügung gestellt hat,⁵⁶ und an entsprechender Stelle zur gänzlichen Streichung dieses Kapitels rät.⁵⁷

Gleichermaßen wird auch die staatliche Sicherheitsprüfung als potentielle große Last für ausländische Investoren und ausländisch investierte Unternehmen gesehen. So argumentiert etwa das Zentrum für kleine und mittlere Unternehmen der Europäischen Union (EU SME Center), welches ebenfalls eine Eingabe stellvertretend für ihre Mitglieder verkündet hat, dass die einseitig für ausländisch investierte Unternehmen angekündigten Berichtspflichten zusammen mit der staatlichen Sicherheitsprüfung dazu führen würden, dass die wünschenswerte Inländerbehandlung letztlich nicht erreicht werden dürfte.⁵⁸

Hinsichtlich der VIEs ist erkennbar, dass das Interesse an einer Fortführung der durch die VIE-Strukturen ermöglichten Investitionen nicht ausschließlich bei den ausländischen Investoren liegt. So lassen sich etwa den Eingaben auf der Internetpräsenz des Handelsministeriums mehrere chinesische Kommentare entnehmen, die für den Fall der Beschränkung der VIE-Strukturen jedenfalls eine Öffnung des Telemedien-Marktes fordern.⁵⁹

VII. Fazit

Der Konsultationsentwurf für ein einheitliches „Gesetz der Volksrepublik China für ausländische Investitionen“ skizziert ein mögliches Grundmuster für das künftige regulatorische System betreffend ausländische Investitionen in der Volksrepublik China. Das übergeordnete Ziel, das gegenwärtig herrschende Konvolut an Gesetzen betreffend ausländische Investitionen in einer einzelnen Kodifikation zusammenzuführen und Einheitlichkeit zu schaffen, ist positiv zu bewerten und ließe sich durch den Entwurf erfolgreich verwirklichen.

Der Entwurf enthält jedoch zahlreiche sprachliche und rechtliche Unklarheiten, die eine ergiebige Bewertung der potentiellen Auswirkungen auf das Umfeld für ausländische Investoren in China erschweren. So gibt es noch keine Hinweise darauf, welche Industriesektoren sich auf der „Negativ-Liste“ befinden werden und wie groß die Unterschiede

⁵⁴ „国家工商行政管理总局“.

⁵⁵ Vgl. „Vorläufige Verordnung betreffend die Offenlegung von Unternehmensinformationen“ (企业信息公示暂行条例) des Staatsrates, in Kraft getreten am 1.10.2014, in Chinesisch/Englisch abrufbar unter: <<http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=17635&lib=law>> eingesehen am 16.9.2015.

⁵⁶ Abrufbar in chinesischer Sprache unter: <<https://www.uschina.org/sites/default/files/USCBC%20Foreign%20Investment%20Law%20Comments%20%28Chinese%29.pdf>> eingesehen am 22.7.2015.

⁵⁷ Ebenda, S. 8 f.

⁵⁸ Abrufbar unter: <<http://www.eusmecentre.org.cn/article/further-analysis-draft-new-foreign-investment-law-china>> eingesehen am 28.7.2015.

⁵⁹ Siehe etwa beispielhaft die unter Nr. 56 geführte Eingabe der Pekinger China Venture Capital and Private Equity Association (中国股权投资协会).

gegenüber den derzeitigen Kategorien „beschränkter“ beziehungsweise „verbotener“ Investitionen sein werden. Mit Spannung zu erwarten ist zudem die Höhe des Standardinvestitionsbetrags, dessen Überschreiten jede ausländische Investition unabhängig von der Zielindustrie einer Zugangsprüfung zuführt. Schließlich ist auch offen, wie sich die Praxis der staatlichen Sicherheitsprüfung entwickeln wird, da die Prüfung nach dem Anti-Monopolgesetz bisher nur für bestimmte ausländische Investitionen einschlägig ist.

Nach der jetzigen Fassung des Entwurfes nicht verwirklicht erscheint die in dem Entwurf selbst angekündigte „Inländerbehandlung“ ausländischer Investoren. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die umfassenden Berichtspflichten, die ausländischen Investoren und ausländisch investierten Unternehmen darin auferlegt werden.

Der Bedarf, den Entwurf zu kommentieren und Anregungen einzubringen ist deutlich. Inwieweit das Handelsministerium und letztlich der Staatsrat die zahlreichen Eingaben aus dem In- und Ausland berücksichtigen und wann genau der Entwurf schließlich in das formelle Gesetzgebungsverfahren einmündet, ist abzuwarten.