

Erwerb inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren in China

Mario Feuerstein*

I. Einleitung

Die Anziehungskraft der VR China für ausländische Direktinvestitionen ist mit dem Beitritt zur WTO¹ weiter gewachsen. War die VR China im Jahr 2001 mit ca. 46,8 Mrd. US\$ lediglich der sechstgrößte Empfänger von ausländischen Direktinvestitionen², so nahm sie im Jahr 2002 mit ca. 53 Mrd. US\$ bereits den zweiten Platz hinter Luxemburg (125,6 Mrd US\$)³ ein.⁴ Im Jahr 2003 ist die Summe weiter auf ca. 53,5 Mrd. US\$ gestiegen.⁵ Bislang spielte bei diesen Investitionen der Unternehmenserwerb jedoch nur eine untergeordnete Rolle.⁶ Die Hauptgründe dafür werden auf chinesischer Seite gesehen in dem umständlichen, weil eine Vielzahl von Behörden involvierenden, Genehmigungsverfahren, den noch unzureichenden gesetzlichen Bestimmungen und dem schlechten Corporate Governance der chinesischen Unternehmen.⁷ Es ist das erklärte Ziel des Normgebers der am 12.04.2003 in Kraft getretenen „Vorläufigen Bestimmungen über den Erwerb inländischer Unternehmen durch ausländische Geschäftsleute“⁸

(BEUA)⁹, dass diese neuen Bestimmungen dazu beitragen sollen, die eben genannten Defizite zu beseitigen und Anreize für Unternehmenserwerbe durch ausländische Investoren zu schaffen.¹⁰ In den folgenden Ausführungen werden die Regelungen der BEUA eingehend analysiert.¹¹

II. Regelungsbereich der BEUA

Der Hauptregelungsbereich der BEUA ist der Erwerb inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren. Diesbezüglich enthalten die BEUA u.a. eine Legaldefinition der Erwerbstatbestände (§ 2) sowie Vorschriften hinsichtlich des Vertragsinhalts (§§ 13, 16), der Höhe der Gegenleistung (§ 8), der Fristen für die Leistung des Kaufpreises und die Erbringung der Einlage (§ 9), der Höhe des registrierten Kapitals im umgewandelten Unternehmen (§ 10 Abs. 1 u. Abs. 2), der Stellung chinesischer Privatinvestoren im umgewandelten Unternehmen (§ 10 Abs. 3), des Verhältnisses zwischen registriertem Kapital und Gesamtinvestitionssumme (§§ 11, 14), des Genehmigungsverfahrens (§§ 5, 6, 12, 15, 17, 18), des Gläubigerschutzes (§ 7) sowie der Fusionskontrolle (§§ 19, 20, 22). In diesem Regelungskontext und in Anbetracht des Normentitels überraschend, normieren die BEUA darüber hinaus aber auch die

setzung in CLP Vol.17 (2003) Nr. 3, S.26 ff. mit Anm. Neumann, a.a.O., S.13 ff.

⁹ Ein Teil der in den BEUA enthaltenen Regelungen ist bereits normiert in der „Mitteilung zu Fragen bezüglich der verstärkten Verwaltung der Genehmigung, Registrierung, Devisen und des Steueraufkommens von Unternehmen mit Investition von ausländischen Geschäftsleuten“ („Guanyu jiaqiang waishang touzi qiye shenpi, dengji, waihui ji shuishou guanli youguan wenti de tongzhi“) (MVUmIA) v. 30.12.2002 (chinesischer Text abrufbar unter http://www.mofcom.gov.cn/article/200302/20030200067982_1.xml; englische Übersetzung in CLP Vol.17 (2003), Nr. 2, S. 57 ff.); s. hierzu Yang/Qin, CLP Vol.17 (2003), Nr. 1 S. 83. Die MVUmIA enthält in den Nrn.5-8 Vorschriften für die Übernahme eines inländischen Unternehmens durch ausländische Investoren. Da sich der Inhalt dieser Vorschriften jedoch mit denen der BEUA weitgehend (s. zu einer Ausnahme Fn. 121) deckt, werden Erstere von Letzteren im Überschneidungsbereich überlagert.

¹⁰ Vgl. § 1 BEUA und 1. Abs. „Erläuterungen der VR China“ (Shangwubu jiu „Waiguo touzizhe binggou jingnei qiye zanzing guiding“ zuochu shuoming) (BEUA-Erläuterungen) (http://www.moftec.gov.cn/article/200303/20030300077247_1.xml).

¹¹ Die BEUA und die MVUmIA sind jedoch keinesfalls die einzigen Vorschriften, die ein ausländischer Investor beim Unternehmenskauf zu beachten hat. So greifen etwa beim Kauf eines Staatsunternehmens nationale und regionale Sonderbestimmungen ein. Zu nennen sind hier auf nationaler Ebene insbesondere die „Vorläufigen Bestimmungen über die Nutzung ausländischen Kapitals zur Restrukturierung von Staatsunternehmen“ (BNaKpR) („Liyong waizi gaizu guoyou qiye zanzing guiding“) v. 08.11.2002 (<http://www.fdi.gov.cn/resupload/cpdf/c02913.pdf>; englische Übersetzung in CLP Vol.17 (2003), Nr. 1, S. 101 ff.). Auf Provinzebene ist z.B. hinzuweisen auf die „Durchführungsbestimmungen zu einigen Ansichten der Stadt Shanghai über den Kauf von staatseigenen Unternehmen dieser Stadt durch ausländisches Kapital“ (Shanghai DBKstU) („Shanghai shi guanyu waizi binggou ben shi guoyou qiye ruogan yijian de shishi xize“) v. 04.08.2003 (englische Übersetzung in CLP October 2003, S. 55 ff.); s. dazu Tong/Yu, CLP November 2003, S.27 ff. Im Rahmen dieser Arbeit kann auf diese Bestimmungen nicht detailliert eingegangen werden.

* Dr. Mario Feuerstein ist Associate Professor an der Tohoku Universität in Sendai, Japan (Email: mfeuerst@law.tohoku.ac.jp).

¹ Der Beitritt der VR China zur WTO wurde am 11.12.2001 wirksam; vgl. Hilf/Göttsche, RIW 2003, S.161.

² Vgl. World Investment Report 2002, Annex table B.1., S.303 ff. Die USA konnte mit ca. 124,4 Mrd. US\$ die meisten Direktinvestitionen aufnehmen, während nach Deutschland ca. 31,8 Mrd. US\$ flossen, s. World Investment Report 2002, a.a.O.

³ S. zur besonderen Stellung Luxemburgs im Jahr 2002 den World Investment Report 2003, Boxes II.11., S.69.

⁴ Vgl. World Investment Report 2003, Tables I.2. S.7. Im Vergleich dazu flossen nach Frankreich ca. 51,5 Mrd. US\$, nach Deutschland ca. 38 Mrd. US\$ und in die USA ca. 30 Mrd. US\$, s. World Investment Report 2003, a.a.O.

⁵ Vgl. China Daily v. 14.01.2004 (<http://www1.chinadaily.com.cn/en/doc/2004-01/14/content298953.htm>) und die statistischen Angaben des Handelsministeriums abrufbar unter <http://www.fdi.gov.cn/common/info.jsp?id=ABC00000000000012630>.

⁶ Weniger als 10 % der Direktinvestitionen flossen in den Unternehmenserwerb, vgl. Zhang Dawei/Fu Xin, Zhengquan Ribao (Wertpapierzeitung) v. 02.04.2003 (<http://www.chinaed.com.cn:7777/Detail.wct?RecID=35&SelectID=4&ChannelID=4744>).

⁷ Ebenda.

⁸ „Waiguo touzizhe binggou jingnei qiye zanzing guiding“ vom 7.3.2003; s. die deutsche Übersetzung in diesem Heft; englische Über-

Fusionskontrolle für Unternehmenserwerbe im Ausland (§ 21).¹²

III. Ausländischer Investor

Als ausländischer Investor im Sinne der BEUA kommt prinzipiell jede ausländische natürliche oder juristische Person in Betracht.¹³ Die in China gegründeten Unternehmen mit ausländischer Kapitalbeteiligung (UaK)¹⁴ sind chinesische juristische Personen oder chinesische Personengesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit¹⁵, sodass diese Unternehmen keine ausländischen Investoren i.S. der BEUA sind. Die Konsequenz ist, dass Unternehmenserwerbe durch diese Unternehmen grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich der BEUA herausfallen. § 24 Abs. 1 BEUA macht hiervon jedoch für die von Ausländern in der VR China gegründeten Holdinggesellschaften¹⁶ eine Ausnahme, indem er den Erwerb inländischer Unternehmen durch diese Gesellschaften in den Anwendungsbereich der BEUA einbezieht. Eine weitere Ausnahme besteht, wenn ein UaK in Gründung einen Asset Deal durchführt.¹⁷ Der Anteilserwerb durch die nicht von den BEUA erfassten UaK ist in den am 01.09.2000 in Kraft getretenen „Vorläufigen Bestimmungen über inländische Investitionen von Unternehmen mit Investition von ausländischen Geschäftsleuten“ (BIVUAI)¹⁸ normiert.

¹² Da diese Fusionskontrolle nicht zum Thema dieser Arbeit gehört, wird sie hier nicht erörtert.

¹³ Vgl. 2. Abs. BEUA-Erläuterungen.

¹⁴ Diese Sammelbezeichnung umfasst Kapital-Joint Venture (KapJV), Kooperations-Joint Venture (KopJV), Unternehmen mit ausschließlich ausländischer Kapitalbeteiligung, Holdinggesellschaften sowie Aktiengesellschaften mit ausländischer Kapitalbeteiligung. Siehe zu diesen Unternehmen etwa Wolff, Das internationale Wirtschaftsrecht der VR China, 1999, S. 87 ff.

¹⁵ Vgl. SHI Shaoxia, in: FAN Jian u.a., Shangfa (Handelsrecht), 2. Aufl. 2002, S. 101.

¹⁶ Rechtsgrundlage für diese Gesellschaften sind die „Bestimmungen über die Gründung von Investitionsgesellschaften durch Investition von ausländischen Geschäftsleuten“ (IGesB) („Guanyu waishang touzi juban touzixing gongsi de guiding“) v. 10.06.2003 (<http://www.fdi.gov.cn/resupload/cdpc/c03149.pdf>); siehe zu den älteren Bestimmungen v. 4.4.1995 Stfß, RIW Beilage 2 zu Heft 6/1996, S. 2 ff.

¹⁷ Vgl. unten IV. 2. c).

¹⁸ „Guanyu waishang touzi qiye jingnei touzi de zanxing guiding“ v. 25.7.2000; gemeinsam erlassen von dem Ministerium für Außenhandel und wirtschaftliche Zusammenarbeit und dem Staatlichen Verwaltungsrat für Industrie und Handel. Text abrufbar unter <http://www.fdi.gov.cn/ltlawinfodisp.jsp?id=ABC00000000000003467>; siehe zu diesen Bestimmungen Markel/Mahony, CLP Vol.14 (2000), Nr. 8, S.18 ff.

IV. Erwerbsstatbestände

Die BEUA erfassen zwei Erwerbsstatbestände, nämlich den Anteilserwerb und den Vermögenskauf (§ 2 BEUA).¹⁹

1. Anteilserwerb („Share Deal“)

§ 2 Halbs. 1 BEUA bestimmt, dass ein Erwerb eines inländischen Unternehmens in der Form des Anteilserwerbs dann vorliegt, wenn „der ausländische Investor Anteilsrechte von Gesellschaftern eines inländischen Unternehmens ohne Investition von ausländischen Geschäftsleuten (im Folgenden «inländische Gesellschaft» abgekürzt) durch Vereinbarung kauft oder das erhöhte Kapital einer inländischen Gesellschaft zeichnet und dies zu einer Umwandlungsgründung der inländischen Gesellschaft in ein Unternehmen mit Investition von ausländischen Geschäftsleuten führt“.

a) Inländische Gesellschaft

Unter den BEUA fällt grundsätzlich nur der Erwerb von Anteilen an inländischen Gesellschaften, d.h. von Anteilen an in China gegründeten Unternehmen ohne ausländische Kapitalbeteiligung (§ 2 Halbs. 1 BEUA). Diese Unternehmen müssen entweder Aktiengesellschaften²⁰ oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung sein.²¹ Personengesellschaften und Einzelunternehmen sind demnach keine inländischen Gesellschaften im Sinne von § 2 Halbs. 1 BEUA.²² § 24 Abs. 2 BEUA enthält jedoch

¹⁹ Das chinesische Wort „binggou“, das als zentraler Begriff in den BEUA verwendet wird, hat in der rechtswissenschaftlichen Literatur die Bedeutung von „Fusion und Erwerb“; siehe etwa CHEN Gengsheng, in: XU Xuelu, Shangfa yanjiu (Forschungen zum Handelsrecht), Bd. 1, 2000, S. 214, 218 f. Die BEUA regeln die Fusion aber gar nicht, sodass der Begriff hier mit „Erwerb“ übersetzt wird.

²⁰ Die Übernahme einer börsennotierten AG wird unabhängig von der Nationalität des Übernehmers in der „Verwaltungsmethode für die Übernahmen börsennotierter Gesellschaften“ v. 28.09.2002 geregelt (deutsche Übersetzung: Jiao/Feuerstein, C.a. 2003, S. 183 ff.); s. dazu Feuerstein, C.a. 2003, S. 175 ff. Der Erwerb staatseigener Aktien von börsennotierten Gesellschaften ist normiert in der „Mitteilung zu Fragen im Zusammenhang mit der Übertragung von staatseigenen Aktien und juristischen Personenaktien börsennotierter Gesellschaften an ausländische Geschäftsleute“ v. 04.11.2002 (chin.-engl. Text in: CLP Vol.16 (2002) Nr. 10, S.57 ff.); s. dazu Pfisler, C.a. 2003, S. 196 ff. Wegen dieser Sondervorschriften sind die BEUA im Anwendungsbereich dieser Vorschriften nicht anzuwenden.

²¹ Dies ergibt sich daraus, dass § 2 Halbs. 1 BEUA von „Gesellschaften“ („gongsi“) spricht und damit indirekt auf die beiden im Gesellschaftsgesetz („gongsifa“) geregelten Rechtsformen der AG und der GmbH verweist, da im chinesischen Rechtssystem die Bezeichnung „gongsi“ diesen beiden Rechtsformen vorbehalten ist; in diesem Sinn auch die BEUA –Erläuterungen (Fn.10); siehe zum Begriff „gongsi“ statt aller CUI Qinzhi, in: WANG Baoshu, Zhong guo shangshifa (Chinesisches Handelsrecht), 2001, S. 77 f.

²² Auch die BIVUAI (Fn.18) finden nur Anwendung auf den Erwerb von Anteilen an AG oder GmbH, vgl. § 4 BIVUAI. Für den Erwerb von Per-

eine Ausnahme von dem begrenzten Anwendungsbereich des § 2 Halbs. 1 BEUA. Danach sind die Vorschriften der BEUA nämlich auch auf den Fall anzuwenden, dass der ausländische Investor Anteile an einem UaK erwerben will, wenn und soweit die insoweit relevanten Vorschriften über UaK²³ keine Bestimmungen getroffen haben.²⁴

b) Keine Mindesterwerbsmenge

Das charakteristische eines Unternehmenskaufs durch Beteiligungserwerb ist der Erwerb einer Anteilsmenge, die dem Erwerber den absoluten unternehmerischen Einfluss gewährt.²⁵ Der Wortlaut von § 2 Halbs. 1 BEUA enthält jedoch keine Vorgaben im Hinblick auf eine bestimmte Anteilsmenge, und auch für die Umwandlung der inländischen Gesellschaft in ein UaK ist es nicht erforderlich, dass der ausländische Investor eine Mindestmenge der Anteile hält²⁶. Das bedeutet, dass die BEUA auf einen Anteilserwerb durch einen ausländischen Investor unabhängig von der Menge der erworbenen Anteile Anwendung finden. Die Bezeichnung „Vorläufige Bestimmungen über den Erwerb inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren“ ist demnach ungenau, da jedenfalls bei einem Anteilserwerb²⁷ kein Unternehmenserwerb im eigentlichen Sinn vorliegen muss, um den Anwendungsbereich der BEUA zu öffnen. Sondervorschriften für den Unternehmenskauf im eigentlichen Sinn enthalten die BEUA ebenfalls nicht, sodass die Vorschriften der BEUA unterschiedslos für jeden Anteilserwerb gelten.

c) Erwerbsformen

Die BEUA unterscheiden zwischen dem „Anteilskauf durch Vereinbarung“ und der „Übernahme des erhöhten Kapitals“.

sonengesellschaften und Einzelunternehmen durch ausländische Investoren fehlt es bislang an Vorschriften.

²³ Zu nennen sind hier vor allem die sog. „Einige Bestimmungen über die Änderung der Anteilsrechte der Gesellschafter von Unternehmen mit Investition von ausländischen Geschäftsleuten“ („Waishang touzi qiye touzi zhe guquan biangeng de ruogan guiding“) v. 28.05.1997 (http://www.chinacourt.org/fluwk/show1.php?file_id=28289).

²⁴ Dass es hier zu Anwendungszweifeln kommen wird, ist vorherzusehen.

²⁵ Vgl. Hölter, in: Hölter (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungserwerbs, 5. Aufl. 2002, Teil I Rn.4.

²⁶ Siehe dazu unten IV. 1. d) aa) (1).

²⁷ Siehe zum Vermögenserwerb unten IV. 2. a).

aa) Anteilskauf durch Vereinbarung

(1) Begriffsbestimmung

Der „Anteilskauf durch Vereinbarung“ erfasst in Abgrenzung zur Alternative der „Übernahme des erhöhten Kapitals“ den Erwerb alter Anteilsrechte. Der Kauf muss „durch Vereinbarung“ erfolgen. Durch diese Voraussetzung sollen alle Erwerbsformen vom Anwendungsbereich der BEUA ausgeschlossen werden bei denen es keinen individuell ausgehandelten, privaten Anteilskauf gibt.²⁸ Damit fällt etwa der Erwerb durch Versteigerung nicht unter die BEUA.

(2) Gesellschaftsrechtliche Zustimmungserfordernisse – Verschärfte Anforderungen

Der Normgeber der BEUA geht nach dem Wortlaut der §§ 12 Abs. 1 Nr. 1, 18 Abs. 2 Nr. 2 BEUA scheinbar davon aus, dass auf der Seite der inländischen Gesellschaft ein Beschluss über den Anteilskauf des Ausländers erforderlich und ausreichend sei. Diese Vorschriften verlangen nämlich zur Vorlage bei der Genehmigungs- und der Registerbehörde lediglich einen Beschluss über den *Anteilserwerb*. Während § 12 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 1 BEUA in einer GmbH einen Beschluss fordert, durch den die Gesellschafter *dem Anteilserwerb einstimmig* zugestimmt haben, verlangt § 12 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 2 BEUA die AG betreffend lediglich einen dem *Anteilserwerb zustimmenden* Hauptversammlungsbeschluss, ohne das konkrete Mehrheitserfordernis festzulegen. Diese Regelungen der BEUA sind zum einen im Hinblick auf den Beschlussgegenstand ungenau und zum anderen bedeutet das Einstimmigkeitserfordernis eine erhebliche Verschärfung des GmbH-Rechts. Zwar verlangt § 35 Abs. 2 GesG²⁹ für die Übertragung von GmbH-Anteilen einen Beschluss der Gesellschafter, doch lässt die Vorschrift die Zustimmung von mehr als der Hälfte aller Gesellschafter ausreichen. Nach dem GesG sind hingegen Aktien ohne Zustimmung der Gesellschaft oder der Aktionäre übertragbar.³⁰ Im Hinblick auf den genauen Beschlussgegenstand ist zu beachten, dass im Anwendungsbereich der BEUA nicht bloß der *Anteilserwerb* durch den Ausländer in Rede steht, sondern gleichzeitig die *Umwandlung* in eine Gesellschaft mit ausländischer Kapitalbeteiligung. Diese

²⁸ So auch Neuman, a.a.O. (Fn.8), S. 18 Fn. 4; SUN Jiamin, Newsletter der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung e.V., 2003, S. 95.

²⁹ Gesellschaftsgesetz der VR China i.d.F. 25.12.1999; deutsche Übersetzung: Münzel, Chinas Recht, 29.12.93/1 (<http://www.jura.uni-goettingen.de/chinarecht/inhalt.htm>).

³⁰ Vgl. §§ 143-150 GesG.

Form der Umwandlung fällt zwar – grundsätzlich³¹ – nicht unter die im GesG geregelten Umwandlungsfälle³², sie erfordert jedoch einen Satzungsänderungsbeschluss, der nach dem GesG in der GmbH und in der AG einer $\frac{2}{3}$ -Mehrheit bedarf³³. In der GmbH ist in diesem Beschluss die Zustimmung zur Anteilsübertragung als notwendiger Bestandteil enthalten, sodass zwei getrennte Beschlüsse nicht erforderlich sind. Korrekt, weil jedenfalls im Hinblick auf den Beschlussgegenstand mit dem GesG kompatibel, ist es deshalb, den in den BEUA genannten „Beschluss über die Anteilsübertragung“ als „Beschluss über die Umwandlung“ auszulegen. Gestützt wird diese Auslegung durch § 18 Abs. 2 Nr. 2 BEUA. Wenn es dort nämlich heißt „den von der Gesellschafterversammlung (-hauptversammlung) der inländischen Gesellschaft gemäß dem Gesellschaftsgesetz der Volksrepublik China [...] gefassten Beschluss über die Anteilsübertragung [...]“, dann kann dies nur den die Satzung ändernden Umwandlungsbeschluss meinen, da ja nach dem GesG in der Aktiengesellschaft gar kein Beschluss über die Anteilsübertragung vorgesehen ist³⁴. Während für die AG mangels abweichender Regelung in den BEUA das $\frac{2}{3}$ -Mehrheitserfordernis des § 107 GesG gilt, müssen GmbH-Gesellschafter die Satzungsänderung in Abweichung von § 40 S. 2 GesG einstimmig beschließen (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 1 BEUA)³⁵. Diese Anforderungen an die Beschlussfassung, insbesondere das neue Einstimmigkeitserfordernis im GmbH-Recht, werden vermutlich in Zukunft den Erwerb von Anteilen an inländischen Gesellschaften durch Ausländer nicht unerheblich erschweren.

³¹ Anders nur, wenn mit der Umwandlung gleichzeitig ein Rechtsformwechsel im engeren Sinn einhergeht; s. auch unten IV. 1 d) bb).

³² Verschmelzung, Spaltung (§§ 182-185 GesG) und Formwechsel einer GmbH in eine AG (§§ 98-100 GesG). Beschlüsse über diese Umstrukturierungsmaßnahmen bedürfen in der GmbH einer $\frac{2}{3}$ -Mehrheit der Stimmrechte (§ 39 Abs. 2 GesG) und in der AG einer $\frac{2}{3}$ -Mehrheit der bei der Abstimmung vertretenen Stimmrechte (§ 106 Abs. 2 S. 2 GesG).

³³ Vgl. §§ 40 S. 2, 107 GesG; bezüglich der Bestimmung der $\frac{2}{3}$ -Mehrheit gilt das in Fn. 32 Gesagte entsprechend.

³⁴ Vgl. Fn. 30.

³⁵ Das ist verfassungsrechtlich bedenklich, da die auf Ministeriumsebene erlassenen BEUA nicht das vom Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses (StANVK) verabschiedete GesG ändern kann (vgl. Art. 67 Nr. 2, Art. 62 Nrn. 3 u. 11 Chinesische Verfassung (ChVfG) i.V. mit §§ 7 Abs. 2, 88 Nr. 1 Gesetzgebungsgesetz). Derartige Konflikte mit höherrangigem Recht sind in der VR China nicht selten (s. zu verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich des neuen Übernahmerechts Feuerstein, a.a.O. (Fn. 20), S. 175 Fn. 7). Das chinesische Recht kennt jedoch weder ein gerichtliches Normenkontrollverfahren noch die Verfassungsbeschwerde. Die Kompetenz, gesetzliche Bestimmungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen und gegebenenfalls aufzuheben, hat allein der StANVK bzw. der Staatsrat (vgl. Artt. 67 Nrn. 1, 7 u. 8, 89 Nr. 13 ChVfG). Ein subjektives Recht des Betroffenen auf Prüfung besteht nicht. Ein Rechtsschutz gegen verfassungswidrige Normen ist also in der gegenwärtigen chinesischen Rechtspraxis nicht gegeben, weshalb die Normgebungskompetenz der Ministerien hier nicht weiter analysiert werden soll.

bb) Übernahme des erhöhten Kapitals

(1) Beschluss- und Formvoraussetzungen in einer GmbH

Nach dem GesG bedarf der Beschluss über die Erhöhung des eingetragenen Kapitals in einer GmbH mindestens einer qualifizierten Mehrheit von zwei Drittel der vorhandenen Stimmen (§ 39 Abs. 2 GesG)³⁶. Daran ändern die BEUA nichts, da sich das Einstimmigkeitserfordernis des § 12 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 1 BEUA nicht auf die Kapitalerhöhung, sondern lediglich auf die Übernahme der neuen Anteile durch den Ausländer sowie auf die Umwandlung der Gesellschaft in ein UaK bezieht. § 33 S. 2 GesG gewährt den bisherigen Gesellschaftern ein Bezugsrecht auf das erhöhte Kapital. Soll der Ausländer die Kapitalerhöhung zeichnen, muss dieses Bezugsrecht ausgeschlossen werden.³⁷ Das GesG enthält keine Bestimmungen über den Bezugsrechtsausschluss³⁸ und dementsprechend umstritten ist es, ob, und wenn ja unter welchen Voraussetzungen, das Bezugsrecht ausgeschlossen werden kann.³⁹ Im Anwendungsbereich der BEUA ist hingegen der Bezugsrechtsausschluss in § 12 Abs. 1 Nr. Halbs. 1 BEUA mittelbar geregelt, da der einstimmige Beschluss der Gesellschafter, den Ausländer zur Zeichnung der Kapitalerhöhung zuzulassen, nicht nur die satzungsändernde Umwandlung in

³⁶ Ist die GmbH eine Gesellschaft mit ausschließlich staatseigenem Kapital (§ 64 GesG), dann entscheidet die zuständige Behörde über die Kapitalerhöhung (§ 66 GesG).

³⁷ Nach § 20 Abs. 1 GesG darf eine GmbH nicht mehr als 50 Gesellschafter haben. Da diese Beschränkung mangels anderweitiger Regelungen in den einschlägigen Sondergesetzen auch für UaK gilt, kann der Ausländer die neue Einlage nicht übernehmen, wenn die Höchstzahl überschritten werden würde.

³⁸ Die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung sind in § 38 GesG aufgelistet. Der Bezugsrechtsausschluss ist nicht erwähnt. Allerdings kann daraus noch nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Gesellschafterversammlung insoweit keine Beschlusskompetenz hat, da in der chinesischen Literatur die Tendenz zu erkennen ist, die Auflistung in § 38 GesG als nicht abschließend zu verstehen, vgl. SHEN Guiming, Gongsi faxue (Gesellschaftsrechtslehre), 2002, S. 222; SHI Jichun u.a., Qiye he gongsifa (Unternehmens- und Gesellschaftsrecht), 2001, S. 236; SHI Shaoxia, a.a.O. (Fn. 15), S. 170; siehe zu dem Problem auch Thümmel in: Steinmann/Thümmel/Zhang, Kapitalgesellschaften in China, 1995, S. 29.

³⁹ Die ch. Forschung über den Bezugsrechtsausschluss steht noch am Anfang. Aussagen zu der Problematik findet man in der Lit. nur selten und es fehlt, soweit ersichtlich, an veröffentlichten Gerichtsurteilen, die den Bezugsrechtsausschluss zum Gegenstand haben. Nach SHI Shaoxia, a.a.O. (Fn. 15), S. 140, könne das Bezugsrecht weder durch Satzungsbestimmung noch durch Gesellschafterbeschluss ausgeschlossen werden. In diesem Sinne wohl auch CUI Qinzhi, a.a.O. (Fn. 21), S. 132 ff., da sie im Hinblick auf die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung den Bezugsrechtsausschluss nicht erwähnt. Anders etwa SHEN Guiming, a.a.O. (Fn. 38), S. 171 f., der das Bezugsrecht für abdingbar hält, allerdings die Voraussetzungen dafür offen lässt; ebenso TANG Xin, Lun gongsi fa de xingge – qiangxing fa yihuo ren yi fa? (Der Charakter des Gesellschaftsgesetzes – Zwingendes oder dispositives Recht?), Zhongguo Faxue (Chinesische Rechtswissenschaft), 2001, S. 110 ff., nach dessen Kategorisierung das Bezugsrecht zum dispositiven Recht gehört.

ein UaK⁴⁰, sondern auch den Bezugsrechtsausschluss der Gesellschafter impliziert. Die Übernahme der neuen Geschäftsanteile durch den ausländischen Investor erfordert eine entsprechende schriftliche Vereinbarung zwischen dem Ausländer und der Gesellschaft.⁴¹ Besondere Anforderungen an die Schriftform bestehen nicht, wohl aber enthält § 13 BEUA Vorgaben für den Inhalt der Vereinbarung.

(2) Beschluss- und Formvoraussetzungen in einer AG

Eine AG darf ihr eingetragenes Kapital nur unter den strengen Voraussetzungen des § 137 Abs. 1 GesG erhöhen.⁴² Diese sind:

Aktienanteile, die beim vorherigen Male ausgegeben wurden, sind bereits voll aufgebracht worden, und seitdem ist mehr als ein Jahr vergangen;

die Gesellschaft hat in den letzten drei Jahren fortlaufend Gewinne erzielt und konnte an die Aktionäre Dividenden ausschütten;

die Finanz- und Rechnungsprüfungsdokumente der Gesellschaft enthielten in den letzten drei Jahren keine falschen Eintragungen;

die erwartete Gewinnrate der Gesellschaft erreicht in dem gleichen Zeitraum den Zinssatz für Bankeinlagen.

Sind diese Bedingungen erfüllt, dann kann die Hauptversammlung die Kapitalerhöhung mit einer qualifizierten Mehrheit von mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen beschließen (§ 107 i.V.m. § 79 Nr. 4 GesG).⁴³ Im Gegensatz zum GmbH-Recht⁴⁴ enthalten die Vorschriften des GesG über Aktiengesellschaften keine Bestimmung bezüglich eines gesetzlichen Bezugsrechts der Aktionäre.⁴⁵

Nach § 138 Nr. 4 GesG hat die Hauptversammlung über die Menge und die Art der an die Altaktionäre auszugebenden neuen Aktien zu beschließen. Aus dieser Gesetzeslage wird in der chinesischen Literatur die Schlussfolgerung gezogen, dass die Hauptversammlung darüber entscheidet, ob den Altaktionären ein Bezugsrecht eingeräumt wird oder nicht.⁴⁶ Für den Beschluss, der das Bezugsrecht verneint, ist – jedenfalls soweit das Bezugsrecht nicht in der Satzung geregelt ist – genauso wie für den bejahenden Beschluss die einfache Mehrheit der vertretenen Stimmen ausreichend (§ 106 Abs. 2 S. 1 GesG), da der Beschlussgegenstand nicht unter die gesetzlich geregelten Fälle der qualifizierten Mehrheitsbeschlüsse⁴⁷ fällt.⁴⁸ Dieses Mehrheitserfordernis wird jetzt bei der Übernahme von Aktien durch einen ausländischen Investor verschärft. Hier gilt wie für das GmbH-Recht⁴⁹, dass die Beschlussgegenstände „Zulassung des Ausländers zur Aktienübernahme“, „Umwandlung in eine Gesellschaft mit ausländischer Kapitalbeteiligung“ und „Bezugsrechtsausschluss“ eine Einheit bilden. Der Beschluss erfordert wegen seines satzungsändernden Charakters nach § 107 GesG eine $\frac{2}{3}$ -Mehrheit der in der Hauptversammlung vertretenen Stimmen.⁵⁰ Auch in der AG bedarf die Übernahme der Aktien durch den Ausländer einer einfachen schriftlichen Vereinbarung zwischen dem Übernehmer und der Gesellschaft.⁵¹

d) Umwandlung in ein UaK

Die inländische Gesellschaft muss sich durch den Anteilserwerb oder durch die Übernahme der Kapitalerhöhung in ein UaK umwandeln (§ 2 Halbs. 1 BEUA).

entspricht insoweit dem allgemeinen Gesellschaftsrecht, vgl. § 13 Nr. 2 AktAusgM (Fn.42).

⁴⁶ Vgl. *SHI Shaoxia*, a.a.O. (Fn. 15), S. 140; kritisch zu dieser Konzeption *JIN Xiaobin/LIU Heping*, Renguquan falü zhidu yanjiu (Erforschung des rechtlichen Systems des Bezugsrechts), in: *GUO Feng/WANG Jian* (Hrsg.), *Gongsifa xiugai zongheng tan* (Umfassende Diskussion über die Änderung des Gesellschaftsgesetzes), 2000, S. 323, S. 352.

⁴⁷ § 106 Abs.2 S.2 GesG: Verschmelzung, Spaltung und Auflösung der Gesellschaft. § 107 GesG: Änderung der Gesellschaftssatzung.

⁴⁸ Einige Autoren verlangen für den Ausschluss des Bezugsrechts de lege ferenda eine sachliche Rechtfertigung, vgl. *LIU Junhai*, Gufen youxian gongsi gudongquan de baohu (Schutz der Aktionärsrechte in der Aktiengesellschaft), 1997, S. 128; *JIN Xiaobin/LIU Heping*, a.a.O. (Fn. 46).

⁴⁹ Siehe oben IV. 1 c) bb) (1).

⁵⁰ Vgl. oben IV. 1 c) aa) (2).

⁵¹ Es gilt das in Fn.41 Gesagte auch hier. Im Hinblick auf den Inhalt der Vereinbarung ist § 13 BEUA zu beachten.

⁴⁰ Es gilt hier das oben unter IV. 1. c) aa) (2) Gesagte entsprechend.

⁴¹ Das kann man zwar den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften nicht entnehmen, folgt aber aus § 12 Abs.1 Nr.4 BEUA, demzufolge die Vereinbarung der Genehmigungsbehörde vorzulegen ist.

⁴² Börsennotierte Aktiengesellschaften haben außerdem noch die §§ 9, 10 „Verwaltungsmethode für die Ausgabe neuer Aktien durch börsennotierte Gesellschaften“ (AktAusgM) („Shangshi gongsi xin gu faxing guanli banfa“) v. 28.03.2001 (http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file_id=37027) zu beachten.

⁴³ Das Erfordernis dieser $\frac{2}{3}$ -Mehrheit ist ganz h.L.; s. etwa *SHI Shaoxia*, a.a.O. (Fn. 15), S. 140; *SHEN Guiming*, a.a.O. (Fn.38), S. 132; a.A. *CUI Qinzhi*, a.a.O. (Fn. 21), die einen einfachen Mehrheitsbeschluss (§ 106 Abs. 2 GesG) für ausreichend hält, dabei aber übersieht, dass die Kapitalerhöhung eine Satzungsänderung erfordert und diese die qualifizierte Mehrheit des § 107 GesG erfordert. Für die börsennotierte AG ist das $\frac{2}{3}$ -Mehrheitserfordernis in § 63 Abs. 3 i.V. mit § 65 Nr. 1 „Satzungsanleitung für börsennotierte Gesellschaften“ (SbG) („Shangshi gongsi zhiyin“) v. 16.12.1997 (http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file_id=29417) ausdrücklich festgelegt.

⁴⁴ Siehe oben IV. 1 c) bb) (1).

⁴⁵ Auch die speziellen Bestimmungen für börsennotierte Aktiengesellschaften gewähren kein gesetzliches Bezugsrecht. Die Rechtslage

aa) Beteiligungshöhe des ausländischen Investors

(1) 25%-Mindestbeteiligung keine Umwandlungsvoraussetzung

Vor Erlass der MVUmIA⁵² war es für die Gründung von chinesisch-ausländischen Gemeinschaftsunternehmen notwendig, dass der ausländische Investor mindestens 25 % der Gesellschaftsanteile übernahm. Dies ergab sich daraus, dass die einschlägigen Bestimmungen diese Mindestbeteiligung zwar lediglich als grundsätzliche⁵³ Gründungsvoraussetzung vorschreiben, in der Genehmigungspraxis aber wohl keine Ausnahmen von diesem Grundsatz erteilt worden sind⁵⁴.⁵⁵ Die MVUmIA enthält nunmehr – und das unterscheidet sie von den bisherigen Regelungen – in Nr. 2 S. 2 die Aussage, dass auch bei einem ausländischen Investitionsanteil unter 25 % die Registrierung als UaK erfolgen soll.⁵⁶ Die BEUA übertragen diese neue Regelung in § 5 S. 3 auf die Umwandlungsgründung. Die inländische Gesellschaft wandelt sich also auch dann in ein UaK um, wenn der ausländische Investor weniger als 25 % der Anteile erwirbt. Letztlich wird damit jede inländische Gesellschaft infolge des Anteilerwerbs durch den ausländischen Investor zu einem UaK.⁵⁷

⁵² Siehe oben Fn.9.

⁵³ Siehe nur § 4 Abs. 2 „Kapital-Joint Venture Gesetz“ (KapJVG) („Zhonghua renmin gongheguo zhongwai hezi jingying qiye fa“) i.d.F. vom 15.3.2001 (http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file_id=36949), § 18 Abs. 3 „Durchführungsbestimmungen zum Kooperations-Joint Venture Gesetz“ (DBKoJVG) („Zhonghua renmin gongheguo zhongwai hezuo jingying qiye fa shishi xize“) v. 04.09.1995 (http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file_id=23441#0). Diese Vorschriften sprechen genau betrachtet lediglich davon, dass der Anteil des ausländischen Investors am eingetragenen Kapital „gewöhnlich“ nicht niedriger als 25 % sein darf. Insoweit stimmen sie mit § 5 S. 2 BEUA überein.

⁵⁴ Ähnlich Wolff, a.a.O. (Fn. 14), S. 92, der im Hinblick auf KapJV Ausnahmen von der 25%-Mindestbeteiligung für möglich, aber selten hält.

⁵⁵ Dementsprechend wurde in der Literatur die 25 %-Mindestbeteiligung üblicherweise als notwendige Voraussetzung angesehen, vgl. etwa Blayney, CLP Vol. 15 (2001), Nr. 3, S. 74; Han/Qin, CLP Vol. 15 (2001), Nr. 10, S. 106; Jung, RIW 1996, S. 118 f.; KUI Huawang, Chinese Commercial Law, 2000, S. 95, 103, 116; Süß, a.a.O. (Fn. 16), S. 3 mit Fn. 19.

⁵⁶ Der in Nr. 2 S. 2 MVUmIA enthaltene Vorbehalt einer anderweitigen Normierung ist eine für den chinesischen Gesetzgeber typische Generalklausel, die – zumindest gegenwärtig – mangels einschlägiger Normen ins Leere geht. Die älteren Vorschriften, die eine 25%-Mindestbeteiligung vorsehen, können nämlich, wenn ein Zirkelschluss vermieden werden soll, nicht die in Nr. 2 S. 2 MVUmIA gemeinten Normen sein.

⁵⁷ Allerdings enthalten Genehmigungsurkunde und Geschäftslizenz bei einer Beteiligung unter 25% einen entsprechenden Vermerk, vgl. § 5 S. 4 u. S. 5 BEUA.

(2) 25%-Mindestbeteiligung Voraussetzung für Steuervorteile

Um in den Genuss von Steuervorteilen zu kommen, war es in der Vergangenheit grundsätzlich ausreichend, den Status eines UaK einzunehmen.⁵⁸ Dies hat sich nun mit der Zulassung von UaK unter 25 % geändert. Solche Unternehmen genießen, vorbehaltlich zukünftiger besonderer Bestimmungen des Staatsrates, keine Steuervorteile und werden steuerrechtlich wie inländische Unternehmen behandelt. Dies ergibt sich für die Umwandlungsgründung durch Anteilerwerb aus einer Mitteilung des Staatlichen Steuerverwaltungsamts vom 18.04.2003⁵⁹ und für Neugründungen aus Nr. 3 Abs. 1 MVUmIA⁶⁰.

bb) Beachtung des Gründungs- und Umwandlungsrechts

Die Gründungsvoraussetzungen für die verschiedenen Unternehmensformen mit ausländischer Kapitalbeteiligung sind in Spezialvorschriften jeweils unterschiedlich geregelt.⁶¹ Auch bei der Umwandlungsgründung durch Unternehmenserwerb müssen diese Voraussetzungen eingehalten werden⁶², soweit nicht die BEUA abweichende Vorschriften bereithalten⁶³. Kommt es gleichzeitig mit der Erwerbsumwandlung zu einem Rechtsformwechsel im engeren Sinn, also etwa zu einer Umwandlung einer GmbH in eine AG, dann ist auch das jeweils einschlägige Umwandlungsrecht zu beachten.⁶⁴

⁵⁸ S. etwa Wolff, a.a.O. (Fn.14), S.156 ff.

⁵⁹ „Mitteilung des Staatlichen Steuerverwaltungsamts zu Fragen bezüglich der Handhabung des Steueraufkommens von Unternehmen mit Investition von ausländischen Geschäftsleuten, in denen der Einlagenanteil des ausländischen Investors niedriger ist als 25 %“ („Guojia shuiwu zongju guanyu waiguo touzizhe chuzi bili diyu 25% de waishang touzi qiye shuiwu chuli wenti de tongzhi“); (<http://www.fdi.gov.cn/Itlawinfodisp.jsp?id=CENSOF000000008803>).

⁶⁰ Siehe oben Fn.9. Nr. 3 Abs. 2 MVUmIA enthält eine Ausnahme für Aktiengesellschaften mit ausländischer Kapitalbeteiligung. Diese behalten ihren steuerrechtlichen Status als Unternehmen mit ausländischer Kapitalbeteiligung in den Fällen, in denen der Anteil des ausländischen Investors durch Anteilsveräußerung oder Kapitalerhöhung unter 25 % gesunken ist.

⁶¹ Ein – wenngleich mittlerweile zum Teil überholter – Überblick hierzu findet sich etwa bei Wolff, a.a.O. (Fn.14), S. 87 ff. und KUI Huawang, a.a.O. (Fn.55), S. 90 ff.

⁶² Vgl. §§ 4 Abs. 1, 12 Abs. 3, 13, 16, 17 Abs. 1 BEUA.

⁶³ Zu diesen Abweichungen gehören etwa die Vorschriften über Kapitalaufbringung (vgl. unten VII. 1., 2.) u. Gesamtinvestitionssumme (vgl. unten VII. 4.).

⁶⁴ Vgl. zur Umwandlung einer GmbH in eine AG die §§ 98-100 GesG.

e) Ausschluss chinesischer Investoren

Nach den nationalen Vorschriften für UaK können sich chinesische Privatpersonen nicht an UaK beteiligen.⁶⁵ Hiervon macht jetzt § 10 Abs. 3 BEUA eine Ausnahme. Danach können chinesische Privatpersonen, die vor dem Anteilskauf bzw. der Übernahme der Kapitalerhöhung durch den ausländischen Investor länger als ein Jahr Gesellschafter der inländischen Gesellschaft gewesen sind, auch Gesellschafter in der umgewandelten Gesellschaft werden, das aber nur, wenn die Genehmigungsbehörde dies genehmigt. An einer Regelung der Genehmigungskriterien und der Abfindungsansprüche fehlt es in den BEUA. Im Umkehrschluss besagt § 10 Abs. 3 BEUA aber auch, dass chinesische Privatpersonen, die ihre Gesellschafterstellung noch nicht länger als ein Jahr innehatten, infolge der Umwandlung aus der Gesellschaft ausscheiden. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nicht erwähnt. In Anbetracht dieser Rechtsfolgen wird es in Gesellschaften mit Privatinvestoren sehr schwierig sein, die erforderliche Mehrheit⁶⁶ für den Umwandlungsbeschluss zu erhalten. Die sich aus § 10 Abs. 3 BEUA ergebende Rechtslage ist nicht nur für die chinesischen Privatinvestoren nachteilhaft, sondern auch für den ausländischen Investor, dessen Erwerbschancen durch die Vorschrift nicht nur beeinträchtigt sind, sondern der möglicherweise auch auf die chinesischen Privatinvestoren in der umgewandelten Gesellschaft angewiesen ist. Aus diesen Gründen ist die Vorschrift äußerst problematisch.

f) Gläubigerschutz

Das durch Umwandlung entstandene UaK ist Rechtsnachfolger der inländischen Gesellschaft (§ 7 Abs. 1 BEUA). Vereinbarungen, die diese Vermögenszuordnung tangieren, dürfen die Interessen Dritter und das öffentliche Interesse nicht beeinträchtigen, und unterliegen der Kontrolle durch die Genehmigungsbehörde (§ 7 Abs. 3 BEUA). Sicherheitsleistung kann ein Gläubiger im Gegensatz zum

Fall des Vermögenserwerbs nicht verlangen (vgl. § 7 Abs. 4 BEUA).

2. Vermögenskauf („Asset Deal“)

Die BEUA unterscheiden im Hinblick auf den Vermögenskauf zwischen zwei Konstellationen: 1. Der ausländische Investor gründet ein UaK und kauft das Vermögen eines inländischen Unternehmens über dieses UaK (§ 2 Halbs. 2 Alt. 1 BEUA) und 2. Kauf des Vermögens eines inländischen Unternehmens durch den ausländischen Investor und anschließende Gründung eines UaK durch den Käufer unter Einbringung des erworbenen Vermögens (§ 2 Halbs. 2 Alt. 2 BEUA). In beiden Fällen verlangt § 2 Halbs. 2 BEUA des Weiteren die Bewirtschaftung des erworbenen Vermögens.

a) Gegenstand und Umfang des Vermögenskaufs

Von einem Unternehmenskauf durch Vermögenserwerb kann man im eigentlichen Sinne erst dann sprechen, wenn der Käufer entweder das gesamte oder doch wenigstens den wesentlichen Teil des Unternehmensvermögens kauft. Dass § 2 Halbs. 2 BEUA diese beiden Fälle erfasst, steht außer Frage. Ob sich der Anwendungsbereich auf diese Fälle beschränkt, ist jedoch zweifelhaft. Die BEUA enthalten keine klare Antwort auf die Frage, welchen Gegenstand und Umfang der Vermögenskauf haben muss, um in den Anwendungsbereich der Bestimmungen zu fallen. Der Wortlaut des § 2 Halbs. 2 BEUA ließe sich extrem weit dahin interpretieren, dass jeder Kauf von Vermögensgegenständen oder -rechten eines inländischen Unternehmens durch einen ausländischen Investor bzw. durch ein UaK zum Zweck der Bewirtschaftung⁶⁷ dieses Vermögens erfasst werde. Aus dieser weiten Interpretation lässt sich mangels Sachzusammenhangs mit einem Unternehmenskauf mit Sicherheit zumindest der Warenkauf ausschließen. Dies würde aber immer noch bedeuten, dass jeder Kauf von Anlagevermögen den BEUA und damit u.a. dem Genehmigungsvorbehalt, der Kaufpreiskontrolle und der Gläubigersicherung unterfiele. Eine solche Auslegung stünde zwar im Einklang mit den Vorschriften über den Anteilskauf, da insoweit ja keine Mindesterwerbsmenge für die Anwendung der BEUA erforderlich ist.⁶⁸ Dass der chinesische Gesetzgeber eine derartige, vorher nicht bestehende, strenge Erwerbskontrolle in das chinesische Recht einführen

⁶⁵ S. etwa § 1 KapJVG (Fn. 53) und Nr. 5 Abs. 3 MVUmIA (Fn. 9). Auf lokaler Ebene ist allerdings damit begonnen worden, diese Rechtslage zu erodieren. So hat das Staatliche Verwaltungsamt für Industrie und Handel der Stadt Beijing in § 26 „Einige Ansichten über die Reform des Marktzugangssystems und die Verbesserung der Umgebung für die wirtschaftliche Entwicklung“ („Gaijie shichang zhun ru zhidu youhua jingji fazhan huanjing ruogan yijian“; <http://www.hd315.gov.cn/chaxun/xingcheng-1.asp?id=11328>), in Kraft getreten am 15.2.2004, festgelegt, dass es chinesischen Privatpersonen in Beijing erlaubt ist, Gründungsgesellschafter von KapJV u. KopJV zu werden. Die Rechtmäßigkeit dieser Bestimmung ist wegen des Verstoßes gegen höherrangiges Recht zweifelhaft.

⁶⁶ Siehe dazu oben IV. 1. c) aa) (2), bb).

⁶⁷ Dass die BEUA nicht anzuwenden sind, wenn der Käufer das erworbene Vermögen stilllegen will, erscheint zweifelhaft.

⁶⁸ Vgl. oben IV. 1. b).

wollte, erscheint jedoch zumindest im Hinblick auf das Ziel, ausländische Investitionen zu fördern (vgl. § 1 BEUA), zweifelhaft.⁶⁹ Um hier die nötige Rechtssicherheit herzustellen, ist eine Klarstellung durch den Normgeber dringend erforderlich.⁷⁰

b) Der Begriff des „inländischen Unternehmens“

Anders als in § 2 Halbs. 1 BEUA wird in Halbs. 2 nicht der Begriff „inländische Gesellschaft“, sondern „inländisches Unternehmen“ verwendet. Aus den BEUA selbst wird nicht deutlich, ob es sich hierbei um eine Ungenauigkeit des Normgebers handelt, oder ob die unterschiedliche Begriffsbildung mit Bedacht gewählt wurde. Letzterenfalls wären die Konsequenzen sehr weitreichend. Es wären dann nämlich auch die UaK „inländische Unternehmen“ i.S. von § 2 Halbs. 2 BEUA, sodass der Kauf des Vermögens dieser Unternehmen ebenfalls von den BEUA erfasst würde. Dass dies die Absicht des Normgebers war, darauf deutet Abs. 2 S. 4 BEUA-Erläuterungen⁷¹ hin, wonach das Zielunternehmen beim Vermögenskauf jede Unternehmensform haben kann, um in den Anwendungsbereich der BEUA zu fallen. Nach Berichten aus der Praxis ist dies auch die Ansicht der Rechtsabteilung des chinesischen Wirtschaftsministeriums.⁷²

c) Vermögenskauf über ein UaK

Die Formulierung in § 2 Halbs. 2 Alt. 1 BEUA⁷³, dass der ausländische Investor das Vermögen über das UaK kauft, bedeutet nicht, dass in diesem Fall der Investor der Käufer ist.⁷⁴ Kaufvertragspartei ist das UaK⁷⁵, was auch aus § 15 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1 BEUA deutlich wird. Dort wird nämlich das UaK in Gründung ausdrücklich als Vertragspartei genannt. Fraglich ist, ob die BEUA nur dann anwendbar sind,

wenn die Gründung des UaK und der Vermögenskauf zusammenfallen.⁷⁶ Der Wortlaut von § 2 Halbs. 2 Alt. 1 BEUA ist insoweit nicht eindeutig.⁷⁷ Die §§ 14, 15, 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 BEUA deuten hingegen auf ein solches Erfordernis hin, da diese Vorschriften über Investitionsvolumen, Genehmigungs- und Registerverfahren den Fall der Neugründung voraussetzen. Der Unterschied zwischen § 2 Halbs. 2 Alt. 1 und Alt. 2 BEUA würde sich dann im Wesentlichen darauf beschränken, dass Käufer in Alt. 1 das UaK in Gründung und in Alt. 2 der ausländische Investor⁷⁸ ist. Damit würden alle Fälle aus dem Anwendungsbereich der BEUA herausfallen, in denen ein bereits schon existierendes UaK das Vermögen kauft. Eine Umgehung der BEUA wäre dann leicht möglich, und eine Kontrolle des Vermögenserwerbs durch ausländische Investoren besteht außerhalb der BEUA lediglich im Hinblick auf staatseigenes Vermögen⁷⁹. Eine Klärung dieser Frage durch den Normgeber bleibt abzuwarten.

d) Gesellschaftsrechtliche Zustimmungsbefürfnisse auf der Verkäuferseite

aa) AG

Will eine AG ihr ganzes oder wesentliches Vermögen veräußern, dann haben die Aktionäre darüber einen Beschluss zu fassen. Das ist zwar im GesG nicht ausdrücklich geregelt, folgt m.E. jedoch aus § 103 Nr. 1 und Nr. 10 GesG.⁸⁰ Nach § 103 Nr. 1 GesG entscheiden die Aktionäre auf der Hauptversammlung über die Geschäftspolitik der Gesellschaft und nach Nr. 10 haben sie nicht nur Beschlüsse über Verschmelzung, Spaltung und Auflösung zu fassen, sondern auch über Angelegenheiten, die diesen ähnlich sind, wozu m.E. wegen des vergleichbaren Ergebnisses auch die Veräußerung des ganzen oder wesentlichen Vermögens zählt.⁸¹ Ein solcher

⁶⁹ Aus §§ 4, 9 Shanghai DBKstU (Fn. 11) wird ebenfalls nicht klar, ob diese Durchführungsbestimmungen nur zu beachten sind, wenn wenigstens der wesentliche Teil des Vermögens erworben wird.

⁷⁰ Siehe zur Unsicherheit bezüglich des Anwendungsbereichs in der Praxis *LU/XU*, CLP Vol. 17 (2003), Nr. 5, S. 98.

⁷¹ Vgl. Fn. 10.

⁷² S. *LU/XU*, a.a.O. (Fn. 70).

⁷³ Auch an anderen Stellen wird als Subjekt des Vermögenserwerbs allgemein der ausländische Investor genannt (siehe z.B. §§ 9 Abs. 1, 15 Abs. 1 BEUA).

⁷⁴ Siehe zum vermutlichen Grund für diese unpräzise Formulierung unten Fn. 188.

⁷⁵ Fällt der Gründungsvorgang und der Erwerb zusammen (s. dazu sogleich im Text), dann ist das UaK in Gründung die Vertragspartei. Mit der Registrierung (vgl. unten Fn. 182) gehen die Rechte und Pflichten der Vorgesellschaft auf das registrierte UaK über; vgl. zur Vorgesellschaft im ch. Recht etwa *FENG Jing/HE Yongzhe/YUAN Fuqiu*, 20 shiji mo zhongguo gongsi fa lilun yanjiu zongshu (Zusammenfassung der Forschung über das chinesische Gesellschaftsrecht am Ende des 20. Jahrhunderts), *Gongsi falü pinglun* (Gesellschaftsrechtliche Rundschau) 2001, S. 205, 216.

⁷⁶ Vgl. *LU/XU*, a.a.O. (Fn. 70).

⁷⁷ Interessanterweise ist § 3 Abs. 4 BNaKpR (Fn. 11), der den Anwendungsbereich der BNaKpR festlegt, genauso unklar formuliert, während in § 4 Halbs. 2 Shanghai DBKstU (Fn. 11) allein die Regelung aus § 2 Halbs. 2 Alt. 2 BEUA übernommen worden ist.

⁷⁸ § 15 Abs. 3 BEUA verbietet in diesem Fall, dass der ausländische Investor das erworbene Vermögen vor der Einbringung in das neu gegründete Unternehmen geschäftlich nutzt.

⁷⁹ Vgl. unten V. 2. b).

⁸⁰ Für börsennotierte Aktiengesellschaften ergibt sich das Beschlussfordernis unmittelbar aus Nr. 10 S. 1 „Mitteilung zu einigen Fragen beim erheblichen Kauf, Verkauf und Austausch von Vermögen durch börsennotierte Gesellschaften“ („Guanyu shangshi gongsi zhongda goumai, chushou, zhihuan zichan ruogan wenti de tongzhi“) v. 10.12.2001

(http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file_id=38757).

⁸¹ Eine reine Klarstellung der allgemeinen Rechtslage nach dem GesG ist deshalb § 3 „Standards der Corporate Governance börsennotierter Gesellschaften“ („Shangshi gongsi zhili zhunze“) v. 07.01.2002 (deutsche Übersetzung: *Pfifler*, Newsletter der Deutsch-Chinesischen Juris-

Beschluss benötigt m.E. entsprechend § 106 Abs. 2 S. 2 GesG der $\frac{2}{3}$ -Mehrheit der bei der Abstimmung vertretenen Stimmrechte.⁸² Offen und bislang ungeklärt ist dann noch die Frage, ob, und wenn ja unter welcher Voraussetzung, die Veräußerung von Vermögen, das nicht zumindest den wesentlichen Teil des Gesellschaftsvermögens ausmacht, unter § 103 Nr. 1 GesG fällt. Gegebenenfalls würde für einen solchen Beschluss die einfache Mehrheit der vertretenen Stimmen ausreichen (§ 106 Abs. 2 S. 1 GesG).

bb) GmbH

Ist es eine GmbH, die ihr Vermögen veräußern will, dann gilt grundsätzlich das Gleiche wie bei einer AG, da § 38 Nr. 1 und Nr. 11 GesG deckungsgleich sind mit § 103 Nr. 1 und Nr. 10 GesG.⁸³ Ein Unterschied besteht jedoch hinsichtlich des Mehrheitserfordernisses für den Beschluss über die Veräußerung des gesamten oder wesentlichen Teils des Gesellschaftsvermögens. § 39 Abs. 2 GesG verlangt nämlich im Gegensatz zu § 106 Abs. 2 S. 2 GesG eine $\frac{2}{3}$ -Mehrheit der insgesamt in der Gesellschaft vorhandenen Stimmrechte.

e) Gläubigerschutz

Die Schuldner- und Gläubigerstellung des veräußernden Unternehmens ändert sich durch den Vermögensverkauf nicht (§ 7 Abs. 2 BEUA). Auch hier gilt § 7 Abs. 3 BEUA.⁸⁴ Nach § 7 Abs. 4 S. 1 BEUA hat das Unternehmen innerhalb von 10 Tagen ab dem Veräußerungsbeschluss den Gläubigern den Verkauf schriftlich mitzuteilen und den Verkauf zumindest in einer Provinzzeitung⁸⁵, die landesweit erscheint, bekanntzumachen. Der Genehmigungsbehörde ist darüber ein Nachweis vorzulegen (vgl. § 15 Abs. 1 Nr. 6 BEUA). Jeder Gläubiger hat das Recht, innerhalb von 10 Tagen ab Empfang der Mit-

teilung bzw. Bekanntmachung⁸⁶ von dem veräußernden Unternehmen eine angemessene Sicherheit⁸⁷ zu verlangen (§ 7 Abs. 4 S. 2 BEUA).⁸⁸

3. Erwerbspreis und Gegenleistung

Die Gegenleistung⁸⁹ für die zum Erwerb vorgesehenen Geschäftsanteile, Aktien oder Vermögensgegenstände ist nicht frei aushandelbar. Nach § 8 Abs. 1 BEUA haben die Parteien eine Bewertungsgesellschaft damit zu beauftragen, den Handelspreis zu ermitteln.

a) Auswahl der Bewertungsgesellschaft

Die Auswahl der Bewertungsgesellschaft ist grundsätzlich der Parteivereinbarung überlassen⁹⁰, doch ist die Wahlfreiheit zumindest insoweit begrenzt, als nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen von vornherein nur die in China rechtmäßig gegründeten Bewertungsgesellschaften⁹¹ oder aber die von der zuständigen chinesischen Behörde genehmigten ausländischen Prü-

⁸⁶ Wenn die Vorschrift hier den Fristbeginn an den Empfang der Mitteilung *oder* den Tag der Bekanntmachung knüpft, bedeutet dies, dass bei Auseinanderfallen der beiden Ereignisse die längere Frist maßgeblich ist.

⁸⁷ Das „Gesetz über Sicherheiten“ v. 30.06.1995 (deutsche Übersetzung: Münzel, a.a.O. (Fn. 29), 30.06.95/2) erfasst den größten Teil der in Betracht kommenden Sicherheiten. Außerhalb des gesetzlichen Anwendungsbereichs kennt das ch. Recht aber noch weitere Sicherheiten, vgl. Münzel, a.a.O., Anm.1.

⁸⁸ Fraglich ist, wie sich ein Streit zwischen den Parteien über die Sicherheitsleistung auf das Genehmigungsverfahren auswirkt.

⁸⁹ Als Gegenleistung können auch Aktien des Erwerbers oder dessen Renminbi-Vermögen eingesetzt werden, wenn die Behörde für Devisenverwaltung dies genehmigt (§ 9 Abs. 5 S.2 BEUA). Die Sacheinlagenfähigkeit von materiellen und immateriellen Vermögensrechten richtet sich nach den einschlägigen Vorschriften für UaK (§ 9 Abs. 5 S. 1 BEUA; s. etwa § 22 „Durchführungsbestimmungen zum Kapital-Joint Venture Gesetz“ („Zhonghua renmin gongheguo zhongwai hezi jingying qiye fa shishi xize“) (DBKajVG) (http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file_id=37808). Siehe zu den möglichen Gegenleistungen und deren devisarechtlichen Behandlung auch die „Mitteilung des Staatlichen Amts für Devisenverwaltung zu Fragen über die Verbesserung der Devisenverwaltung bei Direktinvestition durch ausländische Geschäftsleute“ („Guojia waihui guanli ju guanyu wanshan waishang zhijie touzi waihui guanli gongzuo youguan wenti de tongzhi“) v. 3.3.2003 (<http://www.safe.gov.cn/law/law379.htm>); s. dazu Qin/Xu, CLP Vol. 17 (2003), Nr. 3, S. 55.

⁹⁰ Vgl. 8. Abs. BEUA -Erläuterungen (Fn.10).

⁹¹ Die Gründung rein chinesischer Bewertungsgesellschaften ist geregelt in der „Vorläufigen Verwaltungsmethode für Vermögensbewertungsorgane“ („Zhichan pinggu jigou guanli banfa“) i.d.F. vom 25.03.1999 (<http://www.swww.com.cn/personal/psc/gyzc030.htm>). Diese Methode teilt die Bewertungsgesellschaften in drei Klassen mit unterschiedlichen Gründungsvoraussetzungen und Prüfungskompetenzen ein. Die Vorschriften über die Gründung von gemeinschaftlich betriebenen chinesisch-ausländischen Bewertungsgesellschaften befinden sich in „Einige vorläufige Bestimmungen über die Gründung von Vermögensbewertungsorganen mit Investition von ausländischen Geschäftsleuten“ („Sheli waishang touzi zhichan pinggu jigou ruogan zanzheng guiding“) v. 7.4.1997 (<http://www.fdi.gov.cn/ltlaw/lawinfo-disp.jsp?id=ABC00000000000003487>). Nach § 3 dieser Bestimmungen dürfen keine rein ausländischen Bewertungsgesellschaften gegründet werden.

tenvereinigung e.V., 2002, S. 166 ff.), wonach Aktionäre börsennotierter Gesellschaften hinsichtlich schwerwiegender Angelegenheiten der Gesellschaft ein Mitentscheidungsrecht haben.

⁸² Obgleich in § 106 Abs. 2 S. 2 GesG die in § 103 Nr. 10 GesG vorhandene Formulierung „und Ähnliches“ fehlt, müssen die Fälle wegen ihrer Gleichwertigkeit auch gleich behandelt werden. In den speziellen Bestimmungen für börsennotierte Gesellschaften gibt es für den hier in Rede stehenden Beschlussgegenstand ebenfalls keine Vorschrift, die ausdrücklich einen qualifizierten Mehrheitsbeschluss vorschreibt. Das Erfordernis ergibt sich jedoch aus dem gleichen Grund wie bei § 106 Abs. 2 S.2 GesG aus den dieser Vorschrift insoweit entsprechenden §§ 63 Abs. 3, 65 Nr. 3 SbG (Fn. 43).

⁸³ § 38 GesG findet jedoch keine Anwendung, wenn es sich bei der GmbH um eine Gesellschaft mit ausschließlich staatseigenem Kapital (§§ 64-72 GesG) handelt, da eine solche Gesellschaft keine Gesellschafterversammlung hat (§ 66 S. 1 GesG). An die Stelle eines Gesellschafterbeschlusses über die Veräußerung tritt grundsätzlich die Genehmigung durch die zuständige Behörde (vgl. §§ 71, 72 GesG i.V.m. § 33 StVermVO (Fn.158), §§ 11 Abs. 2, 25 ff. BÜStVerm (Fn. 117)).

⁸⁴ Siehe schon oben IV. 1. f).

⁸⁵ In der Vorschrift wird es zwar nicht gesagt, gemeint ist aber wohl eine Zeitung der Provinz, in der das Unternehmen seinen Sitz hat.

fungsgesellschaften⁹² Prüfungstätigkeiten durchführen dürfen. Fraglich ist, ob sich im Anwendungsbereich der BEUA aus § 8 Abs. 1 S. 2 BEUA eine Beschränkung auf die in China gegründeten Wirtschaftsprüfungsgesellschaften ergibt.⁹³ Dort heißt es nämlich: „Die Parteien können ein in China rechtmäßig gegründetes Vermögensbewertungsorgan vereinbaren.“ Ein Ausschluss der mit Genehmigung in China tätigen ausländischen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften von dem in den BEUA geregelten M&A-Markt kann darin aber wohl nicht gesehen werden. Weder der Investitionsförderungszweck der BEUA⁹⁴ noch die BEUA-Erläuterungen⁹⁵ legen eine solch restriktive Auslegung nahe.

b) Bewertungsmethode

Im Hinblick auf die Bewertungsmethode ist zwischen den nichtstaatlichen Unternehmen⁹⁶ und nichtstaatlichen Vermögensrechten einerseits und den Staatsunternehmen⁹⁷ und staatlichen Vermögensrechten andererseits zu differenzieren, da je-

weils unterschiedliche Bewertungsmethoden Anwendung finden.

aa) Nichtstaatliche Unternehmen und nichtstaatliche Vermögensrechte

Die Vermögensbewertung soll nach § 8 Abs. 1 S. 3 BEUA gemäß der „international üblichen Bewertungsmethode“ durchgeführt werden. Diese Vorschrift bezieht sich nur auf die nichtstaatlichen Unternehmen und nichtstaatlichen Vermögensrechte. § 8 Abs. 2 BEUA verweist nämlich bezüglich der Bewertung von staatseigenen Anteilsrechten und staatseigenen Vermögensrechten auf die einschlägigen Sonderbestimmungen.⁹⁸ Da es international keine einheitliche Bewertungsmethode gibt⁹⁹, ist die Bedeutung des § 8 Abs. 1 S. 3 BEUA unklar. Denkbar ist etwa, dass er im Hinblick auf die Unternehmens- und Anteilsbewertung entweder die Anwendung des international vorherrschenden Discounted Cash Flow-Verfahrens (DCF-Verfahren)¹⁰⁰ vorschreiben, oder aber die anderen international ebenfalls angewandten Bewertungsmethoden¹⁰¹ sanktionieren will. Das DCF-Verfahren gewinnt in der chinesischen Bewertungspraxis zwar immer größere Bedeutung¹⁰², doch ist wegen der Dynamik der Bewertungswissenschaften und des in Wissenschaft und Praxis fehlenden Konsenses über die „richtige“ Bewertungsmethode eine Auslegung der Norm im Sinne einer Methodenoffenheit naheliegender. Beachtlich ist, dass mit dem Verweis auf die international übliche Bewertungsmethode die nationalen chinesischen Bewertungsvorschriften (VBA)¹⁰³ nur noch angewandt werden können, wenn und soweit sie mit dem internationalen Standard übereinstimmen. Dies gilt sowohl für die Unternehmens-¹⁰⁴ und

⁹² Seit 1997 ist es ausländischen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften nach Genehmigung durch die zuständige Behörde gestattet, in China auch ohne die vorherige Gründung eines Tochterunternehmens Wirtschaftsprüfungstätigkeiten durchzuführen. Die Genehmigungsvoraussetzungen sind normiert in den „Vorläufigen Bestimmungen über die Durchführung von Vermögensbewertungsgeschäften durch nach China gekommene ausländische Vermögensbewertungsorgane“ („Dui waiguo zichen pinggu jigou lai zhongguo jingnei zhixing zichen pinggu yewu de zanxing guiding“) v. 19.5.1997 (<http://www.fdi.gov.cn./lrlaw/lawinfodisp.jsp?id=id=00000000000003215>).

⁹³ In diesem Sinne SUN Jiamin, a.a.O. (Fn. 28), S. 97.

⁹⁴ Vgl. § 1 BEUA.

⁹⁵ In 8. Abs. BEUA -Erläuterungen (Fn. 10) wird ohne Einschränkung die Vereinbarungsfreiheit der Parteien bei der Auswahl der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft betont.

⁹⁶ Nach der in China üblichen Unterscheidung nach der Eigentumsform zählen hierzu die Kollektiv-, Genossenschafts- und Privatunternehmen sowie die Unternehmen mit ausländischem Kapitalanteil. Nach offiziellen Angaben betrug die Zahl der Unternehmen im Jahre 2001: KU= 31018; GU= 10864; PU= 36218; UaK=11955. Diese Statistik erfasst allerdings nur Unternehmen mit mehr als 5 Mio. Renminbi Umsatz; s. „Chinas Statistik Jahrbuch - 2002“ (Zhongguo tongji nianjian - 2002), S. 423.

⁹⁷ Es ist in China umstritten, welche Unternehmen als Staatsunternehmen zu bezeichnen sind, vgl. WANG Yuben, Guoyou qiye gufenhua gaizao de zai renzhi (shang) (Weitere Erkenntnisse über die Umwandlung von Staatsunternehmen in Anteilsunternehmen (Teil 1)) (<http://www.gzii.gov.cn/dweb/test/listinfo.asp?classId=170&siteId=7555>). Zum Teil wird vertreten, dass hierzu nur die Unternehmen zählen, die in 100%igem Eigentum des chinesischen Staates stehen. Das sind zum einen die sog. volkseigenen Industrieunternehmen (juristische Personen ohne Beteiligungsanteile) im Sinne des Gesetzes über volkseigene Unternehmen v. 13.04.1988 (Zahl 2001: 34530 mit mehr als 5 Mio. Renminbi Umsatz) und zum anderen die nach dem GesG gegründeten 100% staatseigenen AG und GmbH (statistische Angaben zu diesen AG liegen nicht vor; 100% staatseigene GmbH gab es 2001 insges. 1372 mit mehr als 5 Mio. Renminbi Umsatz). Nach anderer Ansicht sollen dagegen auch solche Unternehmen zu den Staatsunternehmen gehören, bei denen der Staat herrschender Anteilsinhaber ist (Zahl 2001: insges. 12237 Unternehmen mit mehr als 5 Mio. Renminbi Umsatz); s. zu allen statistischen Angaben in dieser Fn. „Chinas Statistik Jahrbuch - 2002“, a.a.O. (Fn. 96).

⁹⁸ Siehe dazu unter bb).

⁹⁹ Siehe nur Widmann in: Hölters (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, 2002, S. 85 ff.

¹⁰⁰ Vgl. Widmann, a.a.O. (Fn. 99), S. 87; Hommel/Braun/Schmoltz, DB 2001, S. 341.

¹⁰¹ Zu nennen sind hier insbesondere das Ertragswertverfahren und der Market Approach, s. Widmann, a.a.O. (Fn. 99), S. 87 f.

¹⁰² Siehe LI Dapeng/ZHANG Dawei, Binggou gujia: que xinyu haishi que fangfa? (M&A-Bewertung: Fehlende Seriösität oder fehlende Methode?), Jingji Ribao (Wirtschaftszeitung) v. 11.8.2003 (<http://www.chinaed.com.cn:7777/Detail.wct?RecID=3&SelectID=2&ChannelID=4744>).

¹⁰³ „Ansichten über die Verfahrensstandards zur Vermögensbewertung (probeweise)“ (Zichan pinggu caozuo guifan yijian (shixing)) v. 7.5.1996 (http://www.blxqcs.gov.cn/documents/display_documents_is_dirinput.php?id=545).

¹⁰⁴ Die Bestimmung des Gesamtwertes des Unternehmens ist in den §§ 109-117 VBA geregelt. Als Bewertungsmethoden werden die Substanz(=Reproduktions)wertmethode (SWM) (§ 113 i.V. mit §§ 12-15 VBA) und die Ertragswertmethode (EWM) (§ 114 i.V. mit § 11 VBA) genannt. § 115 VBA bestimmt jedoch, dass der Unternehmenswert primär mit der SWM festgestellt werden soll und die EWM lediglich dazu dienen soll, die Richtigkeit des so ermittelten Wertes zu überprüfen. Begründet wird dies damit, dass es aufgrund der gegenwärtigen Wirtschafts Lage in China nicht möglich sei, das Verhältnis zwischen

Anteilsbewertung¹⁰⁵, als auch für die Bewertung von Vermögensgegenständen und -rechten¹⁰⁶. In der Vergangenheit haben chinesische Bewertungsgesellschaften Wertbestimmungen im M&A-Bereich noch häufig mittels der Substanzwertmethode vorgenommen.¹⁰⁷ Diese objektive Bewertung ist jetzt nach § 8 Abs. 1 S. 3 BEUA im Anwendungsbereich der Bestimmungen nicht mehr zulässig, da sie international als eigenständige Bewertungsmethode nicht mehr angewandt wird.¹⁰⁸

Vermögen und zukünftigen Erträgen festzustellen. Die hier bloß sekundäre Rolle der EWM überrascht, da die EWM – soweit anwendbar – im Zusammenhang mit der Anteilsbewertung uneingeschränkt gilt (vgl. Fn. 105). Nach § 115 S. 3 VBA kann bei Vorliegen von besonderen Umständen eine andere Bewertungsmethode gewählt werden, was der Praxis je nach Lage des zu bewertenden Unternehmens z.B. die Anwendung des DCF-Verfahrens ermöglicht.

¹⁰⁵ Die VBA enthalten gesonderte Bestimmungen für die Bewertung von Unternehmensanteilen. Allerdings können diese Vorschriften nicht direkt auf die Erwerbsfälle der BEUA angewandt werden, da sie sich unmittelbar nur auf die Bewertung der bereits vom Investor erworbenen Anteile beziehen. Wegen der vergleichbaren Bewertungslage ist jedoch eine analoge Anwendung angezeigt. Zu unterscheiden ist zunächst zwischen kurzfristig und langfristig gehaltenen Anteilen. Erstere liegen vor, wenn die Haltefrist ein Kalender- bzw. Geschäftsjahr nicht übersteigt (vgl. § 34 Nr. 3 VBA). Börsennotiert gehandelte Aktien werden dann mit dem Börsenkurs am Bewertungsstichtag bewertet, wohingegen bei nichtbörsennotierten Aktien zur Wertberechnung das Grundkapital periodisch verzinst wird (§ 40 S.1 VBA). Unklar ist, ob diese Verzinzungsmethode auch für GmbH-Anteile gilt, oder ob diese andere Investitionen i.S. von § 40 S. 2 VBA sind und deshalb die EWM anzuwenden ist. Handelt es sich um langfristige Investitionen, sind zur Bewertung die §§ 46 ff. VBA heranzuziehen. § 46 Abs. 1 S.1 VBA definiert langfristige Investitionen als Vermögensinvestitionen eines Unternehmens in Projekte, die mittelbar von dem Unternehmen genutzt und mit dem Ziel vorgenommen werden, Investorenrechte und Erträge zu erlangen. Nach § 48 Abs.1 S.1 VBA sollen börsennotierte Aktien grundsätzlich nach dem aktuellen Marktpreis bewertet werden. Werden die Aktien jedoch von einem herrschenden Aktionär gehalten, soll die EWM angewandt werden (§ 48 Abs. 1 S. 3 VBA). Die EWM gilt ebenfalls für die Bewertung von nichtbörsennotierten Aktien (§ 46 Abs. 3 VBA). Geschäftsanteile an einer GmbH fallen unter die sonstigen Investitionen i.S. von § 48 Abs. 1 S. 2 Alt. 3 VBA. Nach § 49 Abs. 2 VBA sind die Geschäftsanteile der herrschenden Gesellschafter entsprechend dem Gesamtwert des Unternehmens zu berechnen, wobei grundsätzlich die SWM herangezogen werden soll, aber bei Vorliegen von besonderen Umständen die EWM oder die Marktpreisermethode angewandt werden kann. Geschäftsanteile nicht herrschender Gesellschafter sollen grundsätzlich nach der EWM berechnet werden (§ 49 Abs. 3 S. 1 VBA). Lassen sich die zukünftigen Erträge jedoch nur schwer schätzen, soll mittels der SWM zunächst der Gesamtwert des Unternehmens bestimmt und daraus der Anteilswert abgeleitet werden (§ 49 Abs. 3 S. 2 VBA).

¹⁰⁶ Bei der Vermögensbewertung wird in den VBA zwischen verschiedenen Vermögensgegenständen bzw. -rechten differenziert (Umlaufvermögen (§§ 34 ff.), langfristige Finanzanlagen (§§ 46 ff.), Maschinen (§§ 51 ff.), Bauprojekte (§§ 62 ff.), Gebäude (§§ 69 ff.), Bodennutzungsrechte (§§ 84 ff.), immaterielles Vermögen (§§ 92 ff.) und Rohstoffe (§§ 105 ff.)). Grundsätzlich lässt sich sagen, dass ein Wahlrecht zwischen Substanzwert-, Marktwert- und Ertragswertmethode besteht. Andere Bewertungsmethoden sind im begründeten Einzelfall zulässig.

¹⁰⁷ Vgl. LI Dapeng/ZHANG Dawei, a.a.O. (Fn.102); YAN Yue/NIE Zhixi, Yejie zhuanjia zhengyi waizi bingou fei liutong gu (Branchenexperten streiten über den Erwerb nicht handelbarer Aktien durch Auslandskapital), Jingji Ribao (Wirtschaftszeitung) v. 22.8.2003 (<http://www.chinaed.com.cn:7777/Detail.wct?RecID=0&SelectID=1&ChannelID=4744>).

¹⁰⁸ Vgl. Widmann, a.a.O. (Fn.99), S. 78 f., 108 f.

bb) Staatsunternehmen und staatliche Vermögensrechte

Nach § 8 Abs. 2 BEUA hat die Bewertung von Staatsunternehmen, von staatlichen Anteilsrechten und von sonstigen staatlichen Vermögensrechten nach den einschlägigen nationalen Bestimmungen zu erfolgen. Grundlage für die Bewertung ist demnach die „Verwaltungsmethode für die Bewertung von staatseigenem Vermögen“ (BsVM)¹⁰⁹ i.V. mit den Ausführungsbestimmungen zur BsVM (ABsVM)¹¹⁰, den VBA¹¹¹ sowie § 17 SteAA¹¹². Die lediglich rudimentären Bewertungsvorschriften der BsVM und der ABsVM¹¹³ werden von den detaillierten Vorschriften der VBA überlagert¹¹⁴. Es gelten hier also die oben beschriebenen Bewertungsregeln.¹¹⁵ Im Hinblick auf die Bewertung staatseigener Aktien ist jedoch § 17 SteAA¹¹⁶ zu beachten. Nach dieser Vorschrift ist nämlich für die Bewertung eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, die alle relevanten Faktoren wie z.B. Nettovermögenswert der Aktie, Nettoertragswert, Eigenkapitalrendite, Marktpreis der letzten Zeit und Kurs-Gewinn-Verhältnis zu berücksichtigen hat. Als Mindestpreis schreibt § 17 SteAA den Nettovermögenswert der Aktie vor.

c) Preisbestimmung durch die Parteien

Hat die Bewertungsgesellschaft den Unternehmenswert bzw. den Preis für die Anteilsrechte oder für das Vermögen festgelegt, dann können die Parteien von diesem Preis nach unten nur bedingt abweichen. Nach § 8 Abs. 3 BEUA ist es nämlich verboten, einen im Vergleich zum Bewertungsergebnis „eindeutig niedrigeren“ Preis zu vereinbaren. Welcher Spielraum den Parteien hier verbleibt, muss die Praxis zeigen. Einen Anhaltspunkt bietet aber § 13

¹⁰⁹ „Guoyou zichan pinggu guanli banfa“ v. 16.11.1991 (<http://www.dxn.com.cn/law/v1.htm>); deutsche Übersetzung: Münzel, a.a.O. (Fn. 29) 16.11.91/1.

¹¹⁰ „Guo you zichan pinggu guanli banfa shixing xize“ v. 18.07.1992 (<http://www.dxn.com.cn/law/v3.htm>).

¹¹¹ S. oben Fn. 103.

¹¹² „Normierende Ansichten zur Ausübung der Anteilsrechte von Aktionären staatseigener Aktien bei Aktiengesellschaften“ („Gufen youxian gongsi guoyou gu gudong xingshi guquan xingwei guifan yijian“) v. 24.03.1997 (<http://www.cashq.ac.cn/html/Dir/1997/03/24/9844.htm>); deutsche Übersetzung: Münzel, a.a.O. (Fn.29), 24.3.97/1.

¹¹³ Siehe §§ 22-30 BsVM, §§ 37-42 ABsVM.

¹¹⁴ Das folgt aus § 2 VBA, der die Anwendbarkeit der VBA auf die Bewertung von Staatsvermögen festlegt.

¹¹⁵ Siehe Fn. 104, 105 und 106.

¹¹⁶ Die Vorschrift lautet: „Der Preis für die zu übertragenden Aktien muss gemäß dem Nettovermögenswert jeder Aktie der Gesellschaft, dem Nettoertragswert, dem tatsächlichen Investitionswert (Eigenkapitalrendite), dem Marktpreis der letzten Zeit, dem angemessenen Kurs-Gewinn-Verhältnis und ähnlichen Faktoren festgelegt werden; er darf aber nicht niedriger als der Nettovermögenswert jeder Aktie sein.“

Abs. 2 BÜStVerm¹¹⁷. Nach dieser Vorschrift darf staatseigenes Vermögen nicht ohne vorherige Genehmigung durch die zuständige Behörde zu einem Preis veräußert werden, der niedriger ist als 90% des Bewertungsergebnisses.¹¹⁸

d) Frist für die Erbringung der Gegenleistung

§ 9 Abs. 1 BEUA enthält Vorgaben für die einzuhaltende Leistungsfrist.¹¹⁹ Die Vorschrift regelt die Frist in den Fällen des Kaufs alter Gesellschaftsanteile und des Vermögenserwerbs durch den ausländischen Investor bzw. durch das UaK¹²⁰. Grundsätzlich ist der gesamte Kaufpreis innerhalb von 3 Monaten ab der Vergabe der Geschäftslizenz zu zahlen (§ 9 Abs. 1 S. 1 BEUA). Lediglich bei Vorliegen von, in der Vorschrift nicht näher definierten, besonderen Umständen kann bei der Genehmigungsbehörde die in § 9 Abs. 1 S. 2 BEUA bestimmte längere Zahlungsfrist beantragt werden.¹²¹ Fraglich ist, ob die Ausnahmeregel des § 9 Abs. 1 S. 2 BEUA nach § 9 Abs. 4 BEUA dann wegfällt, wenn der Investor weniger als 25% der Anteile der Gesellschaft erwirbt. Der Wortlaut von § 9 Abs. 4 BEUA spricht dagegen, da die Vorschrift allein auf Einlageleistungen gerichtet ist, was die Kaufpreiszahlung gerade nicht ist.

Bei einer Übernahme der Kapitalerhöhung regeln die BEUA die Frist nur für den Fall einer Beteiligung unter 25% der Gesellschaftsanteile. Nach § 9 Abs. 4 BEUA hat der Investor in diesem Fall eine Bareinlage innerhalb von 3 Monaten und eine Sacheinlage innerhalb von 6 Monaten ab Vergabe der Geschäftslizenz zu leisten. Ungeregt ist die Frist

¹¹⁷ „Vorläufige Bestimmungen zur Verwaltung der Übertragung von staatseigenen Vermögensrechten in Unternehmen“ („Qiye guoyou chanquan zhuanrang guanli zanxing banfa“) v. 31.12.2003 (http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file_id=90776).

¹¹⁸ In der Praxis scheint ein niedrigerer Preis jedoch regelmäßig genehmigt zu werden, vgl. *Wu Zhipan*, *Waizi shougou qiye guoyou gu de falü wenti* (Rechtliche Probleme beim Erwerb von staatseigenen Anteilen an Unternehmen durch ausländisches Kapital), *Faxue yanjiu* 2003, S. 81.

¹¹⁹ Die Vorschrift ist keineswegs neu, sondern übernimmt Nr. 1 S. 1 und S. 2 „Ergänzende Bestimmungen zu « Einige Bestimmungen über die Einlage jeder Joint Venture Partei in ein Kapital-Joint Venture » („Zhongwai hezi jingying qiye heyong gefang chuzi de ruogan guiding“) v. 29.9.1997 (http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file_id=28959).

¹²⁰ Vgl. oben IV. 2. c).

¹²¹ Nach Genehmigung ist dann innerhalb von 6 Monaten ab Vergabe der Geschäftslizenz mehr als 60% des Kaufpreises und innerhalb eines Jahres der gesamte Betrag zu zahlen. § 9 Abs. 1 S. 2 a.E. BEUA, der sich wohl nur auf S. 2 und auf den Anteilserwerb bezieht, begrenzt den Gewinnanspruch des ausländischen Investors auf den tatsächlich gezahlten Einlagenanteil. Wie die Berechnung der Gewinnbeteiligung bei mehreren Teilzahlungen vorzunehmen ist, regelt die Vorschrift allerdings nicht. Wird der ausländische Investor durch den Erwerb herrschender Gesellschafter, dann darf er nach Nr. 6 S. 3 MVUmIA (Fn. 9) seine Anteilsrechte solange nicht ausüben bis er die Gegenleistung vollständig erbracht hat.

für den Fall, dass der Investor durch die Übernahme der Kapitalerhöhung eine Beteiligung von 25% oder mehr erlangt.¹²² Insoweit sind deshalb die einschlägigen Vorschriften in den besonderen gesetzlichen Bestimmungen über die Gründung von UaK anzuwenden.¹²³

4. Erwerbsbeschränkungen

Die §§ 4, 12 Abs. 3 BEUA stellen klar, dass die in anderen gesetzlichen Bestimmungen aufgestellten Erwerbsbeschränkungen weiterhin gelten. Diese Beschränkungen manifestieren sich in besonderen Anforderungen hinsichtlich der Eigenschaften des ausländischen Investors, Investitionsverboten und Begrenzungen von Beteiligungsquoten. Sie gelten nicht nur unmittelbar für das zum Erwerb vorgesehene Unternehmen (§ 4 BEUA), sondern sind ebenfalls im Hinblick auf dessen Tochterunternehmen zu beachten (§ 12 Abs. 3 BEUA).

a) Besondere Investoreigenschaften

Im Gegensatz zu den allgemeinen Vorschriften über die Gründung von UaK verlangen spezielle, für bestimmte Investitionsbereiche und Unternehmensformen erlassene Vorschriften zum Teil besondere Eigenschaften vom ausländischen Investor wie etwa hinsichtlich seiner Finanzkraft, seines Know-hows und seiner Betriebserfahrung.¹²⁴ Will der Investor zum Beispiel in China ein Reiseunternehmen in der Form eines chinesisch-ausländischen Gemeinschaftsunternehmens gründen, in welchem er die Stellung eines herrschenden Gesellschafters innehat, dann ist hierfür u.a. erforderlich, dass der Investor bereits ein Reiseunternehmen betreibt und der jährliche Umsatz dieses Unternehmens mindestens 40 Mio. US\$ beträgt.¹²⁵ Möchte der ausländi-

¹²² § 9 Abs. 2 BEUA regelt einen anderen Fall, s. unten VII. 1.

¹²³ Siehe etwa die Leistungsmodalitäten in § 4 Abs. 2 u. Abs. 3 „Einige Bestimmungen über die Einlage jeder Joint Venture Partei in einem Kapital-Joint Venture“ (BEJV) („Zhongwai hezi jingying qiye heyong gefang chuzi de ruogan guiding“) v. 1.1.1988 (http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file_id=7278#0). Die Modalitäten dort entsprechen § 9 Abs. 2 BEUA.

¹²⁴ Siehe hinsichtlich einzelner Investitionsbereiche z.B. § 6 Abs. 2 „Vorläufige Bestimmungen über die Gründung von Druckereien mit Investition von ausländischen Geschäftsleuten“ („Sheli waishang touzi yinshua qiye zanxing guiding“) v. 29.1.2002 (<http://www.fdi.gov.cn/resupload/cpdf/c00848.pdf>); § 9, 10 „Verwaltungsbestimmungen über Telekommunikations-Unternehmen mit Investition von ausländischen Geschäftsleuten“ („Waishang touzi dianxin qiye guanli guiding“) v. 11.2.2001 (TkUal) (<http://www.fdi.gov.cn/resupload/cpdf/c02232.pdf>). Eine Unternehmensform, die besondere Anforderungen an den ausländischen Investor stellt, ist die Holdinggesellschaft, vgl. § 3 Nr. 1 IGesB (Fn.16).

¹²⁵ Vgl. § 3 Nrn. 1, 2 „Vorläufige Bestimmungen über die Gründung von Reisebüros, in denen ausländische Geschäftsleute herrschende Anteilhaber oder ausschließliche Kapitalgeber sind“ („Sheli waishang konggu, waishang duzi luxingshe zanxing guiding“) v. 12.06.2003 (<http://www.fdi.gov.cn/resupload/cpdf/c03150.pdf>).

sche Investor das Reiseunternehmen in Form eines Unternehmens mit ausschließlich ausländischer Investition gründen, erhöht sich die Umsatzvoraussetzung auf 500 Mio. US\$.¹²⁶

b) Investitionsverbote

Der „Katalog zur Anleitung von Industrieinvestitionen durch ausländische Geschäftsleute“ (KAAI)¹²⁷ enthält in Teil 3 eine Auflistung von Bereichen bzw. Unternehmen, in denen Ausländern Investitionen verboten sind. Hierzu zählen z.B. der Abbau von Seltenerdmetallen; die Teeverarbeitung in traditionell chinesischer Weise; Herstellung und Verarbeitung von bestimmten traditionellen chinesischen Medikamenten; Bau und Betrieb von Stromnetzwerken; Postunternehmen; Warentermingesellschaften; Herausgabe, Hauptvertrieb und Import von Büchern, Zeitungen und Zeitschriften; Herausgabe, Herstellung, Hauptvertrieb und Import von Bild-Ton Produkten und elektronischen Publikationen; Produktion von Fernsehprogrammen und Filmen; Fernsehstationen und Nachrichtentagenaturen.

c) Begrenzungen von Beteiligungsquoten

Der KAAI macht des Weiteren für einzelne Investitionsbereiche detaillierte Vorgaben im Hinblick auf die erlaubten Beteiligungsquoten des ausländischen Investors. So ist beispielsweise in den folgenden Industriezweigen eine absolut herrschende Beteiligung der chinesischen Investoren¹²⁸ erforderlich: Konstruktion und Bau von Zivilflugzeugen und Flugzeugtriebwerken¹²⁹ sowie von zivil genutzten Satelliten¹³⁰; Bau und Betrieb von Kernkraftanlagen¹³¹; Bau und Betrieb von Hauptverkehrsnetzen für Eisenbahnen¹³²; Beteiligung an Lufttransportgesellschaften¹³³; Beteiligung an Eisenbahngesellschaften, die Personenverkehr betreiben¹³⁴. Eine relativ herrschende Stellung der chine-

schen Investoren¹³⁵ ist etwa notwendig für den Bau und Betrieb von Zivilflughäfen.¹³⁶ Außerdem darf zum Beispiel die Beteiligungsquote des ausländischen Investors im Bereich des Auto- und Motorradbaus 50%¹³⁷ und im Bereich des internationalen Seetransports¹³⁸ sowie – nach schrittweiser Erhöhung der zulässigen Quote bis spätestens 11.12.2007 – im Bereich der grundlegenden Telekommunikationsdienste¹³⁹ 49% nicht übersteigen.

V. Genehmigungsverfahren

Es gilt ein striktes Konzessionssystem. Der Erwerb der Gesellschaftsanteile bzw. des Gesellschaftsvermögens sowie die Gründung des Unternehmens mit ausländischer Kapitalbeteiligung bedarf einer Genehmigung durch die zuständige Behörde, die beide Genehmigungsgegenstände umfasst (vgl. §§ 5 S.1, 12, 15 BEUA). Die BEUA enthalten besondere Vorschriften hinsichtlich des Genehmigungsverfahrens. Zu beachten ist aber, dass mit In-Kraft-Treten des neuen „Verwaltungsgenehmigungsgesetzes“ (VwGG)¹⁴⁰ am 01.07.2004 die dort normierten allgemeinen Verfahrensvorschriften ergänzend anzuwenden sind.¹⁴¹

1. Allgemeiner Verfahrensablauf

Die zuständigen Behörden auf nationaler Ebene und Provinzebene¹⁴² bestimmt § 6 Abs. 1 BEUA. Diese Vorschrift ist jedoch auf Grund der am 10.03.2003 erfolgten Restrukturierung des Staatsrates¹⁴³ im Hinblick auf die Behördenbezeichnung überholt. Das in § 6 Abs. 1 BEUA genannte Ministerium für Außenhandel und wirtschaftliche Zusammenarbeit wurde aufgelöst und dessen Zuständig-

¹²⁶ Vgl. § 4 a.a.O. (Fn. 125).

¹²⁷ „Waishang touzi chanye zhidao mulu“ i.d.F. vom 11.03.2002 (<http://www.fdi.gov.cn/resupload/cpdf/c02773.pdf>).

¹²⁸ Nach § 6 Abs. 2 „Bestimmungen über die Anleitung der Investitionsrichtung für ausländische Geschäftsleute“ (BInvR) („Zhidaowai shang touzi fangxiang guiding“) v. 11.02.2002 (<http://www.fdi.gov.cn/resupload/cpdf/c00368.pdf>) bedeutet dies, dass die Gesamtheit der chinesischen Investoren mindestens 51% der Gesellschaftsanteile halten muss.

¹²⁹ Kapitel 1 (Geförderte Investitionen) Teil 3 Abschnitt 18 Nrn. 9, 12 KAAI.

¹³⁰ Kapitel 1 (Geförderte Investitionen) Teil 3 Abschnitt 20 Nr. 15 KAAI.

¹³¹ Kapitel 1 (Geförderte Investitionen) Teil 4 Nr. 6 KAAI.

¹³² Kapitel 1 (Geförderte Investitionen) Teil 6 Nr. 1 KAAI.

¹³³ Kapitel 1 (Geförderte Investitionen) Teil 6 Nr. 6 KAAI.

¹³⁴ Kapitel 2 (Eingeschränkte Investitionen) Teil 5 Nr. 5 KAAI.

¹³⁵ Nach § 6 Abs. 2 BInvR (Fn.128) liegt eine relativ herrschende Stellung vor, wenn die Gesamtheit der chinesischen Investoren mehr Gesellschaftsanteile hält als jeder einzelne ausländische Investor.

¹³⁶ Kapitel 1 (Geförderte Investitionen) Teil 6 Nr. 5 KAAI.

¹³⁷ Anhang Teil 1 (Geförderte Investitionen) Nr. 5 KAAI.

¹³⁸ Anhang Teil 1 (Geförderte Investitionen) Nr. 6 KAAI.

¹³⁹ Anhang Teil 2 (Eingeschränkte Investitionen) Abschnitt 4 Nr. 3 KAAI i.V. mit § 6 Abs. 1 TkUal (Fn.124).

¹⁴⁰ „Zhonghua renmin gongheguo xingzheng xue fa“ v. 27.08.2003 (<http://www.fdi.gov.cn/resupload/cpdf/c03229.pdf>); deutsche Übersetzung: Hanisch/Müller, Newsletter der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung e.V., 2003, Heft 4, S. 236 ff.

¹⁴¹ Die Einzelheiten können hier nicht dargestellt werden; hingewiesen sei nur auf die fundamentalen Rechte des Antragstellers und Pflichten der Behörde im Genehmigungsverfahren (§§ 5-8 VwGG), die Vorschriften über Antragstellung und Antragszulassung (§§ 29-33 VwGG) sowie Antragsprüfung und -bescheidung (§§ 34-41 VwGG); s. zu dem Gesetz Hanisch/Müller, a.a.O. (Fn.140), S. 199 ff.

¹⁴² Das umfasst neben den Provinzen auch die zentralunmittelbaren Städte und die autonomen Gebiete.

¹⁴³ Siehe dazu Holbig, C.a. 2003, S.313, 319 ff.; Li Fen, Newsletter der Deutsch-Chinesischen Juristenvereinigung e.V., 2003, S. 93 ff.

keitsbereich auf das neu geschaffene Handelsministerium übertragen, das damit Genehmigungsbehörde auf nationaler Ebene i.S. des § 6 Abs. 1 BEUA ist. Auf der Provinzebene sind die für Außenhandel und -wirtschaft eingerichteten Behörden zuständig (§ 6 Abs. 1 BEUA). Die Gründungsgesellschafter¹⁴⁴ des zu gründenden UaK haben den Genehmigungsantrag bei der zuständigen Behörde auf der Provinzebene einzureichen (vgl. §§ 6 Abs. 2, 12 Abs. 1, 15 Abs. 1 BEUA).¹⁴⁵ Die mit dem Genehmigungsantrag vorzulegenden Unterlagen sind in § 12 Abs. 1, Abs. 2 BEUA (Anteilserwerb) und § 15 Abs. 1, Abs. 2 BEUA (Vermögenserwerb) aufgelistet. Die Provinzbehörde entscheidet über den Antrag, es sei denn, dass der Unternehmenserwerb dazu führen würde, dass das durch die Umwandlungsgründung entstehende Unternehmen gemäß den einschlägigen Bestimmungen der Genehmigung durch das Handelsministerium bedarf¹⁴⁶. In diesem Fall leitet die Behörde die Antragsunterlagen weiter an das Ministerium (§ 6 Abs. 2 BEUA). Die zuständige Genehmigungsbehörde hat grundsätzlich innerhalb von 30 Tagen über den Genehmigungsantrag zu entscheiden (§ 17 Abs. 1 BEUA). Die Frist verlängert sich nach § 20 BEUA auf 90 Tage, wenn und soweit einer der die besondere Fusionskontrolle auslösenden Tatbestände des § 19 BEUA gegeben ist. Die BEUA selbst enthalten keine Kriterien für die Behördenentscheidung, sondern bestimmen in § 17 S. 1 lediglich, dass die Behörde „gemäß dem Recht“ über die Erteilung der Genehmigung entscheidet. Dies verweist auf die besonderen Gesetze und Durchführungsbestimmungen über die Gründung von UaK.¹⁴⁷ Zum Teil verlangen diese als Gründungsvoraussetzung ausdrücklich bestimmte posi-

tive Auswirkungen wie z.B., dass die Gründung des Unternehmens die Entwicklung der chinesischen Wirtschaft fördert, das Niveau von Wissenschaft und Technik erhöht sowie für die Modernisierung der Gesellschaft von Nutzen ist.¹⁴⁸ Das räumt der Behörde insoweit ein sehr breites Beurteilungsermessens ein. Des Weiteren ist jeweils vorgeschrieben, dass die Gründungsgenehmigung beim Vorliegen bestimmter Tatbestände zu versagen ist.¹⁴⁹ Daraus muss im Umkehrschluss gefolgert werden, dass zumindest nach der normativen Struktur dieser Bestimmungen ein Anspruch auf ermessenfehlerfreie Bescheidung besteht.¹⁵⁰ Dies wird sich in Zukunft auch allgemein aus § 38 Abs. 1 VwGG¹⁵¹ ableiten lassen, wonach eine Behörde eine Genehmigung zu erteilen hat, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen und Kriterien erfüllt sind.¹⁵² Genehmigt die Behörde den Erwerb, dann stellt sie gleichzeitig im Hinblick auf das neu gegründete Unternehmen eine „Genehmigungsurkunde für Unternehmen mit Investition von ausländischen Geschäftsleuten“ aus (§ 17 Abs. 1 a.E. BEUA).¹⁵³

Rechtsmittel gegen die Behördenentscheidung sind in den BEUA nicht erwähnt, ergeben sich aber aus dem „Verwaltungswiderspruchsgesetz“ (VwWspG)¹⁵⁴. Dieses Gesetz gewährt dem Betroffenen eines Verwaltungsaktes allgemein das Recht, ein Widerspruchsverfahren durchzuführen und Klage zu erheben.¹⁵⁵ Das Gesetz findet nach § 41

¹⁴⁴ Die §§ 12 Abs. 1, 15 Abs. 1 BEUA sprechen von „Investor(en)“. Die unklar formulierten Vorschriften könnten auch dahin interpretiert werden, dass allein dem ausländischen Investor die Zuständigkeit zur Einreichung der Unterlagen zukommt. Doch m.E. würde eine solche Auslegung schon deshalb nicht überzeugen, weil sie von den allgemeinen und besonderen Joint Venture-Vorschriften, die diese Aufgabe der chinesischen Seite auferlegen, am weitesten abweicht, vgl. etwa § 9 DBKajVG (Fn. 89), § 7 DBKojVG (Fn. 53), § 16 Abs. 1 TkUaI (Fn. 124). Dass hier zusätzlich der Unternehmenserwerb in Rede steht, sollte kein Grund sein, die Zuständigkeitsordnung in den zuletzt genannten Vorschriften vollständig umzukehren. Eine Gesamtverantwortung aller Gründungsgesellschafter ist überdies sachgerechter.

¹⁴⁵ In den BEUA wird nicht festgelegt, in welcher Provinz, zentralunmittelbaren Stadt oder in welchem autonomen Gebiet der Antrag zu stellen ist. Natürlicher Anknüpfungspunkt hierfür dürfte jedoch der Registerort des Zielunternehmens sein.

¹⁴⁶ Dies ist z.B. unter den Voraussetzungen des § 16 TkUaI (Fn. 124) erforderlich für die Gründung eines chinesisch-ausländischen Telekommunikations-Unternehmens.

¹⁴⁷ Diese Bestimmungen regeln zwar unmittelbar lediglich die Genehmigung für die Gründung eines UaK und nicht die Genehmigung für den Erwerb eines inländischen Unternehmens, doch da Erwerb und Umwandlungsgründung nach dem Konzept der BEUA miteinander untrennbar verknüpft sind, sind die Genehmigungsvoraussetzungen für beide Genehmigungsgegenstände identisch.

¹⁴⁸ So § 3 Abs. 1 DBKajVG (Fn. 89); ähnlich z.B. § 3 „Durchführungsbestimmungen zum Gesetz über Unternehmen mit ausschließlich ausländischer Kapitalbeteiligung“ (DBUaak) („Zhonghua renmin gongheguo waizi jingying qiye fa shishi xize“) (http://www.chinacourt.org/flash/show1.php?file_id=37148) v. 12.04.2001. Die Bestimmungen über KopJV enthalten zwar keine positiv formulierten Gründungsanforderungen, doch besteht in der Sache aufgrund der Verbotstatbestände (vgl. Fn. 149) kein Unterschied, da über die dort verankerte Industriepolitik auch hier positive Voraussetzungen zum Prüfungsmaßstab werden können.

¹⁴⁹ Siehe etwa § 9 DBKojVG (Fn. 53). Nach dieser Vorschrift darf eine Genehmigung z.B. dann nicht erteilt werden, wenn die Gründung des beantragten KopJV gegen Gesetze, staatliche Industriepolitik oder öffentliche Interessen verstößt. Die anderen Direktinvestitionsbestimmungen enthalten ähnliche Vorschriften, siehe z.B. § 5 DBKajVG (Fn. 89) und § 5 DBUaak (Fn. 148).

¹⁵⁰ A.A. wohl Wolff, a.a.O. (Fn. 14), S.84, der einen Genehmigungsanspruch verneint.

¹⁵¹ S. oben Fn. 140.

¹⁵² So auch Hanisch/Müller, a.a.O. (Fn. 140), S. 204 f.

¹⁵³ Gleichzeitig sendet sie im Fall des Anteilserwerbs Abschriften von der Genehmigung an den Veräußerer der Anteilsrechte und an die Behörde für Devisenverwaltung am Sitz des Veräußerers (§ 17 Abs. 2 S.1 BEUA).

¹⁵⁴ „Zhonghua renmin gongheguo xingzheng fuyi fa“ v. 29.04.1999 (<http://www.fdi.gov.cn/resupload/cpdf/c00247.pdf>); deutsche Übersetzung: Münzel, a.a.O. (Fn. 29), 29.4.99/1.

¹⁵⁵ Siehe §§ 2, 16 VwWspG. Die Darstellung des Widerspruchsverfahrens und des Verwaltungsprozesses würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und kann deshalb hier nicht geleistet werden. Beim gegenwärtigen Rechtszustand in China sind die Erfolgsaussichten dieser Rechtsmittel allerdings gering.

VwWspG auch auf ausländische Staatsangehörige und ausländische Organisationen Anwendung.

2. Besonderheiten des Verfahrens bei Veräußerung von Staatsvermögen

Das Genehmigungsverfahren weist Besonderheiten auf, sobald bei dem Unternehmenserwerb Staatsvermögen involviert ist, da in diesem Fall die für die Verwaltung des Staatsvermögens zuständige Behörde eigene Entscheidungskompetenzen hat.

a) Veräußerung und Verwässerung staatlicher Anteilsrechte

Im Hinblick auf staatliche Anteilsrechte wird das Erfordernis einer zusätzlichen Genehmigung in § 18 Abs. 3 BEUA erwähnt. Nach dieser Vorschrift ist der Registerbehörde dann, wenn der Investor staatliche Anteilsrechte erwirbt oder die Kapitalerhöhung einer Gesellschaft, an der der Staat Anteilsrechte hält, zeichnet, außer den in § 18 Abs. 2 BEUA genannten Urkunden auch die Genehmigungsurkunde der „Behörde für Wirtschaft und Handel“¹⁵⁶ vorzulegen. Die Vorschrift spiegelt jedoch nicht mehr den aktuellen Rechtszustand wider. Durch die schon oben angesprochene Restrukturierung des Staatsrates¹⁵⁷ und das In-Kraft-Treten der „Vorläufigen Verordnung zur Kontrolle und Verwaltung staatlichen Vermögens in Unternehmen“ (StVermVO)¹⁵⁸ am 27.05.2003 ist die Zuständigkeit für die Verwaltung des Staatsvermögens in Unternehmen neu organisiert worden.¹⁵⁹ Des Weiteren ist auf der Grundlage der StVermVO die genauere Ausgestaltung der Veräußerung des Staatsvermögens in den am 01.02.2004 in Kraft getretenen „Vorläufigen Bestimmungen zur Verwaltung der Übertragung von staatseigenen Vermögensrechten in Unternehmen“ (BÜStVerm)¹⁶⁰ normiert worden. Die auf zentralstaatlicher Ebene implementierte „Aufsichts- und Verwaltungskommission für staatliches Vermögen“ hat nun die Aufgabe der Verwaltung und Kontrolle des Staatsvermögens in Unternehmen mit fundamentaler Bedeutung für den Staat (§ 5 Abs. 1

StVermVO). Für die sonstigen Unternehmen sind die auf der Provinz- und Stadtebene gemäß § 6 StVermVO neu eingerichteten „Behörden für die Kontrolle und Verwaltung staatlichen Vermögens“¹⁶¹ zuständig (§ 5 Abs. 2 StVermVO). Diese Institutionen sind es jetzt, die in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich über die Übertragung von staatlichen Anteilsrechten entscheiden (§ 23 S. 1 StVermVO i.V.m. § 25 S. 1 BÜStVerm). Sie fungieren nach dem Konzept der StVermVO insoweit nicht mehr als Genehmigungsbehörde, sondern als vom Staat beauftragter Vermögensverwalter mit Desinvestitionsbefugnis.¹⁶² Einer zusätzlichen Genehmigung durch die Provinz-, Stadt- bzw. Zentralregierung bedarf es allerdings, wenn und soweit die Übertragung sämtlicher staatlicher Anteile an dem Unternehmen oder der Verlust der herrschenden Stellung infolge der Anteilsübertragung in Rede steht (§ 23 S. 2 StVermVO i.V.m. § 25 S. 2 BÜStVerm).¹⁶³

Zweifelhaft ist, ob die in § 18 Abs. 3 BEUA geforderte Genehmigung im Falle der Kapitalerhöhung auch nach Erlass der StVermVO erforderlich ist. § 22 Abs. 2 StVermVO sieht eine solche Genehmigungsvoraussetzung nämlich nicht vor. Nach dieser Vorschrift haben die von der „Behörde für die Kontrolle und Verwaltung staatlichen Vermögens“ in die Gesellschafterversammlung und in den Vorstand entsandten Anteilsvertreter bzw. Vorstandsmitglieder bei der Abstimmung über die Kapitalerhöhung lediglich gemäß den Weisungen der Behörde abzustimmen.¹⁶⁴ Die Praxis wird zeigen müssen, ob in Zukunft bei einer Anteilszeichnung durch den ausländischen Investor noch eine zusätzliche Genehmigung durch die „Behörde für die Kontrolle und Verwaltung staatlichen Vermögens“ notwendig ist.

b) Veräußerung von sonstigem Staatsvermögen

Über die Veräußerung der in den Unternehmen vorhandenen staatseigenen Sachen und Rechte entscheidet nach § 23 S.1 StVermVO i.V.m. §§ 8 Nr. 2, 25 S. 1 BÜStVerm ebenfalls die zuständige „Behörde für die Kontrolle und Verwaltung staatlichen Vermögens“. Handelt es sich um einen signifikanten

¹⁵⁶ Damit sind die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der BEUA noch bestehende Staatliche Kommission für Wirtschaft und Handel und die ihr auf Provinzebene unterstehenden Behörden gemeint.

¹⁵⁷ Vgl. bei Fn. 143.

¹⁵⁸ „Qiye guoyou zichen jian du guan li zan xing tiaoli“ v. 27.05.2003 (http://www.sasac.gov.cn/zcpq/zcpq_0003.htm); deutsche Übersetzung in diesem Heft; englische Übersetzung in CLP Vol.17 (2003) Nr. 6, S. 36 ff.

¹⁵⁹ Die Staatliche Kommission für Wirtschaft und Handel wurde im Zuge der Restrukturierung des Staatsrates aufgelöst. Für die Verwaltung des Staatsvermögens ist jetzt auf nationaler Ebene ausschließlich die neu geschaffene „Aufsichts- und Verwaltungskommission für staatliches Vermögen“ zuständig; vgl. Holbig, a.a.O. (Fn. 143), S. 321.

¹⁶⁰ Vgl. Fn. 117.

¹⁶¹ „Guoyou zichen jian du guan li jigou“.

¹⁶² Vgl. §§ 4, 5 Abs. 1 u. Abs. 2, 6 Abs. 1 StVermVO.

¹⁶³ In der Praxis neigen die örtlichen Regierungen anscheinend grundsätzlich dazu, solche Genehmigungen zu erteilen, um so die schwer verwertbaren Staatsanteile zu „versilbern“, vgl. *W U Zhipan*, a.a.O. (Fn.118), S.79.

¹⁶⁴ Darin kommt der Wille des Normgebers zum Ausdruck, die Unabhängigkeit der Unternehmen von den Behörden zu stärken und die Einhaltung des Entscheidungsverfahrens nach dem GesG sicherzustellen.

Vermögensgegenstand, dann ist zusätzlich noch die Genehmigung der örtlichen Regierung notwendig (§ 8 Nr. 2 BÜStVerm).

3. Besondere Fusionskontrolle bei marktstarker Stellung

Die §§ 19, 20, 22 BEUA normieren eine besondere Fusionskontrolle für den Fall, dass eine Partei des Erwerbs¹⁶⁵ bereits vor dem oder aber durch den Erwerb eine marktstarke Stellung¹⁶⁶ einnimmt bzw. einnehmen würde. § 19 Abs. 1 BEUA nennt die folgenden Grenzwerte, bei denen eine Berichtspflicht¹⁶⁷ der Investoren¹⁶⁸ an das Handelsministerium und an das Staatliche Verwaltungsamt für Industrie und Handel besteht:

1. Eine Partei des Erwerbs hat in dem Erwerbsjahr auf dem chinesischen Markt einen Umsatz von mehr als 1,5 Milliarden Yuan Renminbi erzielt;
2. innerhalb von einem Jahr sind mehr als 10 inländische Unternehmen erworben worden¹⁶⁹, die miteinander verbundene Branchen haben;
3. der Marktanteil in China von einer Partei des Erwerbs erreicht bereits 20 %;
4. der Erwerb würde dazu führen, dass der Marktanteil in China von einer Partei des Erwerbs 25 % erreicht.

Selbst wenn diese Werte nicht erreicht werden, kann es auf Antrag der in § 19 Abs. 2 BEUA genannten Berechtigten zu der Fusionskontrolle kommen, wenn zumindest eine der oben genannten Behörden der Auffassung ist, dass der Erwerb einen „sehr großen Marktanteil“ betrifft oder die in § 19 Abs. 2 BEUA bezeichneten negativen Auswirkungen hat. Innerhalb von 90 Tagen ab Empfang der von den

Erwerbsparteien einzureichenden Unterlagen¹⁷⁰ haben die beiden Behörden dann, wenn sie gemeinsam zu der Auffassung gelangt sind, dass der Erwerb eine übermäßige Konzentration verursachen könnte, die den lautereren Wettbewerb gefährdet und die Interessen der Verbraucher schädigt, Anhörungen mit den Fachämtern, Verbänden sowie den potenziell in ihren Interessen betroffenen Parteien durchzuführen und über die Genehmigung zu entscheiden (§ 20 Abs. 1 BEUA).¹⁷¹ Nach § 22 BEUA kann jedoch eine Erwerbspartei bei den Behörden die Befreiung von dem Fusionskontrollverfahren des § 20 BEUA beantragen, wenn zumindest eine der folgenden Bedingungen erfüllt ist:

1. Die Bedingungen für einen gerechten Wettbewerb auf dem Markt verbessert werden können;
2. ein Verlustunternehmen reorganisiert und Beschäftigung garantiert wird;
3. fortschrittliche Technologie und qualifiziertes Managementpersonal eingeführt wird und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens erhöht wird;
4. die Umwelt verbessert werden kann.

Genehmigen die Behörden den Befreiungsantrag, dann liegt es wieder in der alleinigen Kompetenz der nach den §§ 12, 15 BEUA zuständigen Behörde, über die Genehmigung des Erwerbs zu entscheiden (vgl. § 17 BEUA).

VI. Registerverfahren

1. Gründungsregistrierung

Nach dem die Gründungsgesellschafter¹⁷² die „Genehmigungsurkunde für Unternehmen mit Investition von ausländischen Geschäftsleuten“ erhalten haben, ist die Registrierung der Neu- bzw. Umwandlungsgründung des UaK durchzuführen (§ 18 BEUA). Die Registrierung von UaK ist bereits in allgemeinen Vorschriften außerhalb der BEUA geregelt.¹⁷³ Die Regelungen in den BEUA haben inso-

¹⁶⁵ Die Fusionskontrolle findet sowohl auf den Anteils- als auch auf den Vermögenserwerb Anwendung. Zu den Parteien des Erwerbs zählen auch die verbundenen Unternehmen des ausländischen Investors (§ 19 Abs. 3 BEUA).

¹⁶⁶ In den BEUA selbst findet sich weder diese Formulierung noch der engere Begriff „marktbeherrschende Stellung“.

¹⁶⁷ Welchen konkreten Inhalt der Bericht haben muss, ist in den BEUA nicht dargelegt. Wie sich aus §§ 12 Abs. 1 Nr. 10, 15 Nr. 9 BEUA ergibt, sind Genehmigungsantrag und sonstige Unterlagen auch in dem Fall der besonderen Fusionskontrolle bei der gem. diesen Bestimmungen zuständigen Genehmigungsbehörde einzureichen. Da es bislang an einer Verfahrensregelung fehlt, kann nur vermutet werden, dass diese Behörde sämtliche Unterlagen an die Behörden der besonderen Fusionskontrolle weiterleitet. Die Behörde des allgemeinen Genehmigungsverfahrens entscheidet aber auch bei Durchführung der besonderen Fusionskontrolle gesondert über den Genehmigungsantrag (vgl. § 17 Abs. 1 BEUA). Die besondere Fusionskontrolle verdrängt also nicht das allgemeine Genehmigungsverfahren.

¹⁶⁸ Es gilt das in Fn. 144 Gesagte entsprechend.

¹⁶⁹ Das Subjekt ist hier offensichtlich wie in den anderen drei Nummern dieser Vorschrift „eine Partei des Erwerbs“.

¹⁷⁰ Vgl. Fn. 167.

¹⁷¹ Die genaue verfahrenstechnische Regelung bleibt abzuwarten.

¹⁷² Vgl. Fn. 144.

¹⁷³ Siehe die „Verordnung über die Verwaltung der Registrierung von juristischen Unternehmenspersonen“ („Zhonghua renmin gongheguo qiye faren dengji guanli tiaoli“) v. 03.06.1988 (RjPV) (<http://www.fdi.gov.cn/resupload/cpdf/c01229.pdf>); deutsche Übersetzung: Münzel, a.a.O. (Fn. 29), 3. 6. 88/1; die „Vorläufigen Durchführungsbestimmungen zur Verordnung über die Verwaltung der Registrierung von juristischen Unternehmenspersonen“ („Zhonghua renmin gongheguo qiye faren dengji guanli tiaoli zanxing xize“) v. 01.12.2000 (DBRjPV) (<http://www.fdi.gov.cn/resupload/cpdf/c02094.pdf>); die „Verordnung über die Verwaltung der Registrierung von Gesellschaften“ („Zhonghua renmin gongheguo gongsi dengji guanli tiaoli“) v. 24.06.1994

weit hauptsächlich eine klarstellende, aber zum Teil auch ergänzende Funktion. Zuständig für die jeweilige Registrierung ist nach § 6 Abs. 1 BEUA entweder das zentrale Staatliche Verwaltungsamt für Industrie und Handel oder die von diesem beauftragte örtliche Behörde für Industrie und Handel.¹⁷⁴ Die konkrete Zuständigkeitsverteilung zwischen der zentralen Verwaltung und den örtlichen Behörden ist in den §§ 8, 11 DBRjPV¹⁷⁵ geregelt.¹⁷⁶ Aus diesen Vorschriften folgt, dass das Staatliche Verwaltungsamt für Industrie und Handel für die Registrierung der UaK zuständig ist, soweit ein solches Unternehmen in die in § 8 DBRjPV aufgestellten Fallgruppen fällt¹⁷⁷, und dass die Zuständigkeit in den sonstigen Fällen bei den örtlichen Behörden liegt.

Handelt es sich um einen Fall des Vermögenserwerbs, dann sind es die Gründungsgesellschafter in dem zu registrierenden UaK¹⁷⁸, die innerhalb von 30 Tagen ab Empfang der Genehmigungsurkunde die Registrierung beantragen müssen (§ 18 Abs. 1 BEUA).¹⁷⁹ Demgegenüber ist es bei einem Anteils-erwerb die erworbene Gesellschaft, die die Registrierung der Umwandlungsgründung bei ihrer ursprünglichen Registerbehörde zu beantragen hat (§ 18 Abs. 2 S. 1 BEUA).¹⁸⁰ Eine Frist für die Antragstellung nennt § 18 Abs. 2 BEUA nicht. Die unklare Formulierung „gemäß diesen Bestimmungen“ in

§ 18 Abs. 2 S. 1 BEUA scheint aber wohl auf die 30-Tagefrist von Abs. 1 zu verweisen. Anderenfalls ergibt sich diese Frist schon aus den allgemeinen Registervorschriften und den Direktinvestitionsbestimmungen.¹⁸¹ Die Gesellschaft hat der Registerbehörde die in § 18 Abs. 2 S.3 BEUA und gegebenenfalls die in § 18 Abs. 3 BEUA aufgelisteten Unterlagen einzureichen. Nach der Registrierung erteilt die Registerbehörde die Geschäftslizenz für das registrierte Unternehmen (§§ 18 Abs. 1 u. Abs. 2 S. 1 BEUA). Das Unternehmen gilt mit dem Tag der Ausstellung der Geschäftslizenz als gegründet.¹⁸²

2. Verwaltungsregistrierung

§ 18 Abs. 4 BEUA verlangt, dass die Gründungsgesellschafter¹⁸³ innerhalb von 30 Tage ab Empfangnahme der Geschäftslizenz durch die Gründungsgesellschafter bzw. durch die umgewandelte Gesellschaft¹⁸⁴ alle sonstigen Registerverfahren beantragen¹⁸⁵. Beispielhaft nennt die Vorschrift die Registrierung bei den Steuer-, Zoll-, Grundstücks- und Devisenbehörden.

VII. Finanzordnung in dem UaK

Die BEUA enthalten einige Vorschriften, die die Finanzordnung des durch Umwandlungs- bzw. Neugründung entstandenen UaK regeln. Die Vorschriften betreffen Einlageleistung und -anteil, Kapitalhöhe sowie Investitionssumme.

1. Einlageleistung bei Kapitalerhöhung nach Umwandlungsgründung

§ 9 Abs. 2 BEUA normiert den Fall, dass die Gesellschafter bereits vor der Umwandlungsgründung des UaK durch Anteilsrechtserwerb vereinbaren,

(http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file_id=20103; deutsche Übersetzung: Münzel, a.a.O. (Fn.29), 24.6.94/1) und die „Durchführungsansicht des Staatlichen Verwaltungsamts für Industrie und Handel über Fragen der Anwendung der rechtlichen Bestimmungen über die Verwaltung der Registrierung von Gesellschaften bei der Verwaltung der Registrierung von Unternehmen mit Investition von ausländischen Geschäftsleuten“ („Guojia gongshang xingzheng guanli ju guanyu waishang touzi qiye dengji guanli shiyong gongsi dengji guanli fagui youguan wenti de zhixing yijian“) v. 18.07.1995 (<http://www.fdi.gov.cn/resupload/cpdf/c02897.pdf>).

¹⁷⁴ Dies entspricht den allgemeinen Registervorschriften, vgl. § 5 Abs. 1 S.2 RjPV, § 7 Abs. 2 DBRjPV (Fn. 173).

¹⁷⁵ Vgl. Fn. 173.

¹⁷⁶ Die Voraussetzungen, unter denen eine örtliche Behörde von dem Staatlichen Verwaltungsamt für Industrie und Handel die Ermächtigung zur Verwaltung der Registrierung von UaK beantragen kann, sind normiert in der „Methode über die Ermächtigung zur Verwaltung der Registrierung von Unternehmen mit Investition von ausländischen Geschäftsleuten“ („Waishang touzi qiye shouquan dengji guanli banfa“) v. 10.12.2002 (<http://www.fdi.gov.cn/resupload/cpdf/c02951.pdf>).

¹⁷⁷ Ein Beispiel hierfür ist die Gründung eines Großunternehmens mit Genehmigung auf Staatsratsebene, § 8 Abs. 1 DBRjPV (Fn. 173). Eine solche Genehmigung ist z.B. notwendig für die Gründung bestimmter Telekommunikations-Unternehmen, vgl. § 16 TkUaI (Fn. 124).

¹⁷⁸ Das oben (Fn. 144) zu den §§ 12 Abs. 1, 15 Abs. 1 BEUA Gesagte gilt für den ebenfalls unklar formulierten § 18 Abs. 1 BEUA entsprechend. Vgl. etwa § 11 i.V. mit § 9 DBKajVG (Fn. 89), § 8 Abs. 3 DBKojVG (Fn.53), § 17 Abs. 2 TkUaI (Fn. 124).

¹⁷⁹ Anders als beim Anteils-erwerb – dazu sogleich im Text – fehlt es hier an einer Konkretisierung der einzureichenden Unterlagen. Es ist daher davon auszugehen, dass insoweit § 33 DBRjPV (Fn. 173) gilt.

¹⁸⁰ Ist diese Behörde nicht zuständig – denkbar ist etwa, dass die Investitionssumme den Kompetenzbereich überschreitet – dann hat sie die Antragsunterlagen und die Registerakte innerhalb von 10 Tagen ab Empfang der Antragsunterlagen an die zuständige Behörde weiterzuleiten (§ 18 Abs. 2 S. 2 BEUA).

¹⁸¹ Vgl. §§ 14, 19 RjPV (Fn.173) und z.B. § 6 Abs. 1 S.1 Kooperations-Joint Venture Gesetz („Zhonghua renmin gongheguo zhongwai hezuo jingying qiye fa“) (KopJVG) (http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file_id=36094).

¹⁸² Das ergibt sich aus den Normen der Direktinvestitionsvorschriften, vgl. etwa § 6 Abs. 1 S.2 KopJVG (Fn.181); § 7 S.2 Gesetz über Unternehmen mit ausschließlich ausländischer Kapitalbeteiligung („Zhonghua renmin gongheguo waizi jingying qiye fa“) (http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file_id=36093). Unge- nau ist es deshalb, wenn es in § 18 Abs. 2 S. 1 BEUA heißt, dass die erworbene Gesellschaft die Geschäftslizenz in Empfang nehmen soll, da diese Gesellschaft mit der Ausstellung der Lizenz umgewandelt ist in ein UaK.

¹⁸³ Auch hier ist es naheliegender und konsequent, den in § 18 Abs. 4 BEUA verwendeten Begriff „Investor(en)“ i.S. von „Gründungsgesellschafter“ zu verstehen.

¹⁸⁴ Die Vorschrift ist auch hinsichtlich der Empfangszuständigkeit für die Geschäftslizenz beim Anteils-erwerb mißverständlich formuliert. Diese liegt ja nach § 18 Abs. 2 S. 1 BEUA nicht beim „Investor“, sondern bei der umgewandelten Gesellschaft (vgl. oben Fn. 182).

¹⁸⁵ Wörtlich spricht die Vorschrift davon, dass die Investoren innerhalb der Frist das Registerverfahren zu erledigen haben. Da jedoch die Zeitdauer der Erledigung nicht in den Händen der Investoren liegt, kann sich die Frist nur auf die Antragstellung beziehen.

dass das Kapital in der Gesellschaft nach deren Gründung (weiter) erhöht werden soll. Die in der Vorschrift vorgeschriebenen Modalitäten der Einlageleistung entsprechen der bereits existierenden Regelung für Kapital-Joint Venture.¹⁸⁶ Über § 9 Abs. 2 BEUA werden diese Modalitäten – im Fall der hier relevanten Umwandlungsgründung – jetzt auch für andere UaK verbindlich, bei denen bislang andere Vorgaben galten.¹⁸⁷ Liegt der Einlageanteil des ausländischen Investors unter 25%, dann gilt die Sonderregelung des § 9 Abs. 4 BEUA.

2. Einlageleistung bei Vermögenserwerb durch das UaK

Ist es das von dem ausländischen Investor neu gegründete UaK, das das Vermögen von einem inländischen Unternehmen kauft, dann hat der ausländische Investor nach § 9 Abs. 3 S. 2 Halbs. 1 BEUA seine Einlagesumme in Höhe des Kaufpreises¹⁸⁸ für das Vermögen entsprechend der in § 9 Abs. 1 BEUA bestimmten Frist zu leisten. Die Restsumme der Einlage hat der ausländische Investor nach § 9 Abs. 3 S. 2 Halbs. 2 BEUA entsprechend der Regelung in § 9 Abs. 2 BEUA zu leisten, es sei denn, sein Anteil liegt unter 25%, da dann § 9 Abs. 4 BEUA einschlägig ist. Ob sich § 9 Abs. 3 S. 2 Halbs. 2 BEUA auch auf die chinesischen Investoren in dem UaK bezieht, kann dem Wortlaut nicht klar entnommen werden. Für die materielle Rechtslage ist diese Frage zumindest dann nicht entscheidend, wenn das UaK ein Kapital-Joint Venture ist, da § 4 Abs. 2 und Abs. 3 BEJV¹⁸⁹, der die Fristen für die Einlageleistung in einem Kapital-Joint Venture für beide Parteien gleich regelt, identisch ist mit § 9 Abs. 2 BEUA. Ist das UaK jedoch z.B. ein Kooperations-Joint Venture, dann würde die Nichtanwendung von § 9 Abs. 3 S. 2 Halbs. 2 BEUA auf chinesische Investoren das bislang für diese Gesellschaftsform geltende Recht zu Lasten des ausländischen Investors ändern.¹⁹⁰ Außerdem würde eine vom

Anteilskauf abweichende Rechtslage bestehen, die sachlich kaum erklärbar ist.¹⁹¹

3. Kapitalhöhe und Kapitalanteil im umgewandelten Unternehmen

§ 10 BEUA regelt zum einen die Höhe des registrierten Kapitals in dem durch Anteilskauf oder Übernahme der Kapitalerhöhung in ein UaK umgewandelten Unternehmen. Diesbezüglich differenziert die Vorschrift zwischen einfachem Anteilskauf (Abs. 1 S. 1 Halbs. 1), Anteilskauf und gleichzeitiger Kapitalerhöhung (Abs. 1 S. 2 Halbs. 1) und Übernahme der Kapitalerhöhung (Abs. 2 S. 1). Danach entspricht das registrierte Kapital in dem umgewandelten Unternehmen dem registrierten Kapital des ursprünglichen Unternehmens (Abs. 1 S. 1 Halbs. 1) bzw. der Summe aus dem ursprünglichen Kapital und der Kapitalerhöhung (Abs. 1 S. 2 Halbs. 1 u. Abs. 2 S. 1). Zum anderen enthält § 10 BEUA Vorgaben für die Bestimmung des Kapitalanteils der Gesellschafter. Bei einem einfachen Anteilskauf entspricht der Kapitalanteil in dem umgewandelten Unternehmen dem Kapitalanteil der erworbenen Anteilsrechte in der ursprünglichen Gesellschaft (Abs. 1 S. 1 Halbs. 2). Werden die in § 10 BEUA angesprochenen Kapitalerhöhungen durchgeführt, dann hat die Bestimmung der jeweiligen Kapitalanteile der Gesellschafter in dem umgewandelten Unternehmen „auf der Grundlage der Bewertung des Vermögens“ der ursprünglichen Gesellschaft zu erfolgen (Abs. 1 S. 2 Halbs. 2, Abs. 2 S. 2). Damit soll sichergestellt werden, dass der Kapitalanteil der chinesischen Investoren in dem UaK durch die Kapitalerhöhung nicht verwässert wird.

4. Verhältnis zwischen registriertem Kapital und Gesamtinvestition

Eine Besonderheit des chinesischen Rechts besteht in der Normierung des Verhältnisses zwischen dem registrierten Kapital und der zulässigen Gesamtinvestition in dem UaK. Die BEUA halten hierfür zwei unterschiedliche Normen bereit. § 11 BEUA regelt das Verhältnis zwischen registriertem Kapital und Gesamtinvestition in dem durch Anteilskauf entstandenen UaK. Diese Vorschrift ist vom Zahlenwerk her nicht neu, sondern entspricht § 3 BKIV¹⁹². Neu ist allerdings, dass die Beschränkung

¹⁸⁶ Vgl. § 4 BEJV (Fn. 123).

¹⁸⁷ Vgl. Nr. 6 Abs. 2 Ziff. 1-Ziff. 5 „Mitteilung zu einigen Fragen bezüglich der weiteren Stärkung des Genehmigungsverfahrens und der Registerverwaltung von Unternehmen mit Investition von ausländischen Geschäftsleuten“ („Guanyu jinyibu jiaqiang waishang touzi qiye shenpi he dengji guanli youguan wenti de tongzhi“) v. 11.03.1994 (http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file_id=21028). Diese Bestimmung regelt die Fristen für die Kapitalaufbringung in einem UaK, soweit nicht Sonderbestimmungen etwas anderes vorschreiben.

¹⁸⁸ Der ausländische Investor hat also den Kaufpreis für den Vermögenserwerb aufzubringen; deshalb heißt es wohl in den BEUA, dass er *über* das UaK das Vermögen erwirbt.

¹⁸⁹ Vgl. Fn. 123.

¹⁹⁰ Vgl. die in Fn. 187 genannte Vorschrift.

¹⁹¹ Während sich § 9 Abs. 2 BEUA an alle Investoren richtet, würde § 9 Abs. 3 BEUA nur eine Regelung für den ausländischen Investor treffen.

¹⁹² „Vorläufige Bestimmungen über das Verhältnis zwischen registriertem Kapital und Gesamtinvestitionssumme in einem Kapital-Joint Venture“ („Guanyu zhongwai hezi jingying qiye zhuce ziben yu touzi zongze bili de zanxing guiding“) v. 01.03.1987 (http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file_id=6139).

der Gesamtinvestition jetzt – im Rahmen der BEUA – alle UaK erfasst.¹⁹³ § 14 BEUA regelt hingegen das besagte Verhältnis in einem UaK im Fall des Vermögenserwerbs. § 14 S.2 BEUA verweist insoweit jedoch lediglich auf die einschlägigen Vorschriften außerhalb der BEUA, also auf den gerade schon erwähnten § 3 BKIV.¹⁹⁴ § 14 S.1 BEUA ordnet dann aber noch an, dass die Investoren als Kriterium für die konkrete Bestimmung der Gesamtinvestitionshöhe den Preis für das erworbene Vermögen und die tatsächliche Geschäftstätigkeit des UaK heranzuziehen haben.

¹⁹³ Nach § 6 BKIV gelten die BKIV auch für KopJV und Unternehmen mit ausschließlich ausländischer Kapitalbeteiligung. Nicht erfasst sind dagegen Aktiengesellschaften mit ausländischer Kapitalbeteiligung. Für diese gilt jetzt im Anwendungsbereich der BEUA § 11 Nr. 2-4, da das Mindestkapital einer solchen AG 30 Mio. Renminbi beträgt, vgl. § 7 „Vorläufige Bestimmungen zu einigen Fragen über die Gründung von Aktiengesellschaften mit Investition von ausländischen Geschäftsleuten“ („Guanyu sheli waishang touzi gufen youxian gongsi ruogan wenti de zanxing guiding“) v. 10.01.1995 (http://www.chinacourt.org/flwk/show1.php?file_id=21603).

¹⁹⁴ Diese Verweistchnik hat zur Konsequenz, dass anders als im Rahmen von § 11 BEUA (vgl. Fn. 193) Aktiengesellschaften mit ausländischer Kapitalbeteiligung im Anwendungsbereich von § 14 BEUA nicht dem vorgegebenen Verhältnis zwischen Grundkapital und Gesamtinvestition unterfallen. Vermutlich handelt es sich hierbei um ein Versehen des Normgebers, da ein Differenzierungsgrund nicht ersichtlich ist.

VIII. Fazit

Die BEUA bieten jetzt auf nationaler Ebene eine umfangreiche, wenngleich nicht abschließende Rechtsgrundlage für den Erwerb inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmungen geht über den Unternehmenserwerb im eigentlichen Sinn weit hinaus, da die Bestimmungen jeden Anteilserwerb und möglicherweise auch jeden Anlagevermögenskauf durch ausländische Investoren erfassen. Dieser weite Anwendungsbereich und der alle Erwerbsfälle erfassende Genehmigungsvorbehalt belegen den Willen des Normgebers, die Investitionen von Ausländern weiterhin streng zu kontrollieren. Dass die BEUA einen Anreiz für ausländische Investoren bieten, Anteile oder Vermögen von inländischen Unternehmen zu erwerben, kann schon aus diesem Grund bezweifelt werden. Hinzu kommt, dass gerade beim praxisrelevanten Erwerb von Staatsvermögen die Komplexität des Erwerbsvorgangs durch die Anwendung von Normen außerhalb der BEUA erhöht wird. Es bleibt auch nach Erlass der BEUA die Forderung an den chinesischen Gesetzgeber bestehen, ein liberaleres und transparenteres Investitionsrecht zu schaffen.