

Die Liberalisierung grenzüberschreitender Besicherung von Akquisitions- und Konzernfinanzierungen nach den neuen SAFE-Bestimmungen

Christian H. Jahn¹/Yue Siebel²

Abstract

Mit Wirkung zum 1. Juni 2014 hat das Staatliche Devisenamt (SAFE) neue Bestimmungen zu grenzüberschreitenden Sicherheiten erlassen. Zusammen mit anderen kürzlich ergangenen regulatorischen Änderungen erleichtern die neuen SAFE-Bestimmungen die Möglichkeit für chinesische Gesellschaften, Sicherheiten für ihre Auslandsinvestitionen und Verbindlichkeiten ausländischer Holdinggesellschaften zu bestellen. Die neuen SAFE-Bestimmungen erlauben zudem die Besicherung inländischer Kredite durch ausländische Gruppengesellschaften zugunsten von chinesischen Finanzinstitutionen. Der Beitrag beschreibt die neuen SAFE-Bestimmungen, setzt sie in Bezug zu weiteren anwendbaren Vorschriften des chinesischen Rechts und untersucht ihre praktische Anwendbarkeit auf verschiedene Fallgruppen grenzüberschreitender Sicherheiten.

A. Einführung

„A New Record Year for Chinese Outbound Investment in Europe“,³ „Chinas Investoren erobern die Welt“,⁴ „Der Chef kommt jetzt aus China“⁵ – von wissenschaftlichen und politischen Studien bis zur Tagespresse, kaum eine Woche vergeht derzeit, in der in Deutschland nicht über eine Auslandsinvestition aus China berichtet wird. War China über die letzten zwei Jahrzehnte vornehmlich als Investitionsland interessant, liegt nun der Fokus der öffentlichen Wahrnehmung auf den Investitionen chinesischer Unternehmen in der Welt. Zuständig für die Kontrolle grenzüberschreitender Zahlungen bei Inbound- wie Outbound-Investitionen ist das Staatliche Devisenamt (国家外汇管理局, engl. *State Administration of Foreign Exchange*, nachfolgend SAFE).⁶ Die wachsende Bedeu-

tung Chinas nicht nur als Investitionsland, sondern auch als globaler Investor erzwingt auch ein Umdenken bei der staatlichen Kontrolle der hiermit verbundenen Zahlungsflüsse. Bereits im Jahre 2009 formulierten die Devisenkontrollbehörden „Fünf Veränderungen“ (五个转变), die dazu führen sollen, die Devisenkontrolle den sich ändernden tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen und zukunftstauglich zu gestalten. Es soll ein Wechsel von Genehmigungen hin zu mehr Analyse, von Regulierung hin zu bloßer Verwaltung, von verhaltensorientiertem Management hin zu marktorientiertem Management, von der Schuld- hin zur Unschuldsumutung und vom Arbeiten mit „Positivlisten“ hin zum Arbeiten mit „Negativlisten“ vollzogen werden.⁷ Im Zusammenhang mit diesen „Fünf Veränderungen“ sind auch die durch die SAFE mit Wirkung zum 1. Juni 2014 erlassenen „Bestimmungen zur Devisenverwaltung bei grenzüberschreitenden Sicherheiten“ (die „Sicherheiten-Bestimmungen“)⁸ und deren Ausführungsrichtlinien⁹ (die „Ausführungsrichtli-

¹ Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Latham & Watkins LLP.

² Doktorandin bei Prof. Dr. Wolfgang Hau, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Internationales Privatrecht (Universität Passau) und wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Latham & Watkins LLP.

³ Titel der im Februar 2016 erschienen Studie des Mercator Institute for China Studies und der Rhodium Group, LLC. Online abrufbar unter <<https://www.merics.org/presse/merics-analysen/merics-studien/a-new-record-year-for-chinese-outbound-investment-in-europe/>> (zuletzt abgerufen am 22.12.2016).

⁴ Deutsche Mittelstands Nachrichten, vom 23.2.2016, <<http://www.deutsche-mittelstands-nachrichten.de/2016/02/81372/>> (zuletzt abgerufen am 22.12.2016).

⁵ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 9.4.2016, <<http://www.faz.net/aktuell/beruf-chance/arbeitswelt/mittelstand-der-chef-kommt-jetzt-aus-china-14154240.html>> (zuletzt abgerufen am 22.12.2016).

⁶ Hauptaufgabe der SAFE ist die Koordinierung und Fortentwicklung der chinesischen Devisenverwaltung. Sie arbeitet diesbezüglich eng mit der Chinesischen Zentralbank zusammen. Der Hauptsitz der SAFE ist in Beijing; verwaltungstechnisch gliedert sie sich jedoch in hierarchisch organisierte Einzelentitäten, die in den Provinzen und Städten jeweils wieder eigene Verwaltungsbüros haben. Seit ihrer

Gründung im Jahr 1987 erlässt die SAFE im Zusammenhang mit der chinesischen Devisenkontrolle verschiedenste Regularien, für die sie ein abgeleitetes Normsetzungsrecht hat, <www.safe.gov.cn>.

⁷ Siehe Sitzungsprotokoll der SAFE zur Realisierung der „Fünf Veränderungen“ („践行‘五个转变’着力促进贸易便利化“新闻发布会文字实录) vom 30.6.2014, <http://www.safe.gov.cn/wps/portal/!ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3gPZxdnX293QwMLE09nA09Pr0BXLy8PQyNPI_2CbEdFAKLWUno!/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/safe_web_store/safe_web/whxw/zcfjgd/node_news_zcfjgd_store/c3262800448e8845b118b3e3503d08df> (zuletzt abgerufen am 22.12.2016).

⁸ 跨境担保外汇管理规定, vom 1.6.2014; abgedruckt in: Gazette of State Administration of Foreign Exchange (国家外汇管理局公告) 2014, Nr. 6, S. 9 ff.; deutsche Übersetzung in diesem Heft S. 312.

⁹ „Ausführungsrichtlinien für die Devisenverwaltung bei grenzüberschreitenden Sicherheiten“ (跨境担保外汇管理操作指引) vom 1.6.2014; abgedruckt in: Gazette of State Administration of Foreign Exchange (国家外汇管理局公告) 2014, Nr. 6, S. 13 ff.

nien“) zu sehen.¹⁰ Im Zusammenhang mit dem Erlass der Sicherheiten-Bestimmungen wurden zudem bestehende Regelungen zu diesem Themenkomplex abgeschafft,¹¹ andere revidiert und neu erlassen, so erst kürzlich die „Ausführungsbestimmungen bezüglich der Verwaltungsmaßnahmen zur Bereitstellung ausländischer Sicherheiten durch inländische Institutionen“ („Ausführungsbestimmungen der Verwaltungsmaßnahmen n. F.“).¹² Die Möglichkeit der Besicherung von Krediten durch verschiedene Gesellschaften eines Konzerns hat eine für die Fremdkapitalfinanzierung des Konzerns nicht zu unterschätzende Bedeutung. Größere Kredite, seien sie zum Zwecke der Akquisition einer Gesellschaft oder normalen Betriebsmittelfinanzierung, sind vielfach nur gegen umfangreiche Konzerngarantien und oft auch dingliche Sicherheiten anderer Konzerngesellschaften erhältlich. Auch die Bedeutung der Besicherung von Auslandsinvestitionen durch chinesische Gesellschaften nimmt kontinuierlich zu.

Die Gewährung von Garantien und Kreditsicherheiten durch eine chinesische Gesellschaft bedurfte nach bisheriger Regelung der vorherigen Erteilung einer Quote oder Einzelfallgenehmigung durch die SAFE.¹³ Der Prozess war aufwendig und der Ausgang vielfach unvorhersehbar. Chinesischen Tochtergesellschaften einer ausländischen Konzernmutter waren grenzüberschreitende Sicherheiten gänzlich verwehrt. Bei sehr werthaltigen chinesischen Tochtergesellschaften verlangten die Banken dann statt der sonst in anderen Jurisdiktionen üblichen Garantien die Verpfändung der Gesellschaftsanteile der ausländischen Mutter an ihren direkten chinesischen Tochtergesellschaften.¹⁴

¹⁰ Vgl. auch die Entwurfserläuterungen zu den Bestimmungen bezüglich der Devisenverwaltung für grenzüberschreitende Sicherheiten (关于跨境担保外汇管理规定 (征求意见稿) 的说明), vom 13.2.2014, <http://www.safe.gov.cn/resources/wcmpages/wps/wcm/connect/safe_web_store/safe_web/whxw/node_sy_wh_zd/node_sy_wh_gzdt_store/8ed9aa8042ea0691be30be7385d9a5aa/>, S. 1 f. (zuletzt abgerufen am 22.12.2016).

¹¹ „Liste außer Kraft gesetzter Vorschriften“ (废止法规目录) vom 1.6.2014, abgedruckt in: Gazette of State Administration of Foreign Exchange (国家外汇管理局文告) 2014, Nr. 6, S. 23.

¹² 境内机构对外担保管理办法实施细则, ursprünglich vom 12.11.1997, Neuerlass am 6.5.2015, <<http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=2348>> (zuletzt abgerufen am 22.12.2016).

¹³ Siehe dazu noch gleich unter Abschnitt B.

¹⁴ Eine solche Verpfändung richtet sich nach chinesischem Recht und bedurfte bisher der Genehmigung durch die lokal zuständige Behörde des Handelsministeriums („MOFCOM“) und der anschließenden Registrierung bei dem Staatlichen Amt für die Verwaltung von Industrie und Handel („SAIC“). Auch insoweit hat es kürzlich relevante Änderungen gegeben. Seit Oktober 2016 bedarf die Übertragung von Anteilen an einem chinesischen Unternehmen mit mindestens 25% ausländischer Beteiligung (sog. *Foreign Invested Enterprise*, „FIE“), das nicht in einem eingeschränkten Industriezweig tätig ist, keiner vorherigen Prüfung und Genehmigung durch MOFCOM mehr (siehe *外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法 (Interim Measures on the Administration of Record Filing for the Establishment of and Change to Foreign Invested Enterprises)* vom 8.10.2016). Ob dies auch für die Verpfändung der Anteile an einem solchen FIE gilt, ist derzeit unklar. Der Diskussionsentwurf (征求意见稿) hierzu vom 3. September 2016 hatte die Verpfändung von Anteilen an einem FIE noch explizit als nicht genehmigungs-, sondern nur registrierungspflichtig erwähnt. Dies wurde allerdings in der finalen Fassung vom

Zur Besicherung von Auslandsinvestitionen verlangten die Banken die Garantie einer chinesischen Bank, die durch die chinesische Gesellschaft und ggf. ihre Tochtergesellschaften in China gegenbesichert war. Mit dem Erlass der Sicherheiten-Bestimmungen wird die Möglichkeit der grenzüberschreitenden Besicherung sowohl durch chinesische Gesellschaften als auch für Verbindlichkeiten chinesischer Gesellschaften erheblich liberalisiert und so die unmittelbare Teilnahme chinesischer Gesellschaften an externen Konzernfinanzierungen ermöglicht.¹⁵ Nach kurzer Darstellung der bis 1. Juni 2014 geltenden Rechtslage stellt die nachfolgende Untersuchung die Sicherheiten-Bestimmungen einschließlich ihrer Ausführungsbestimmungen im Detail vor.

B. Rechtslage bis 1. Juni 2014

Die chinesische Zentralbank hatte im Jahre 1996 die „Verwaltungsmaßnahmen zur Bereitstellung ausländischer Sicherheiten durch inländische Institutionen“¹⁶ („Verwaltungsmaßnahmen a. F.“) erlassen. Daraufhin veröffentlichte 1997 die SAFE diesbezügliche Ausführungsbestimmungen¹⁷ („Ausführungsbestimmungen a. F.“) und im Jahre 2010 „Erläuterungen zu einigen Fragen bezüglich der Behandlung der Devisenkontrolle von grenzüberschreitenden Sicherheiten“¹⁸ („Erläuterungen a. F.“). Daneben war die Devisenkontrolle für grenzüberschreitende Sicherheiten zudem noch durch mehrere Verordnungen der SAFE lose und unübersichtlich mitgeregelt worden.¹⁹ Bis zum 1. Juni 2014 galt das System der „[vorherigen] Prüfung

8. Oktober 2016 ohne weitere Erläuterung gestrichen. Die Einschätzungen im Markt über die Bedeutung der Streichung reichen von der Annahme, es gelte hierfür weiter das bisherige Genehmigungserfordernis, bis hin zur Annahme, MOFCOM halte sich hierfür überhaupt nicht mehr für zuständig. Eine kurzfristige Klarstellung durch MOFCOM wäre wünschenswert.

¹⁵ Besonders für Outbound-Sicherheiten werden die Sicherheiten-Bestimmungen als „Zweiter Frühling“ empfunden, so XING Huihuan (邢慧环), Risikoanalyse und -management von Outbound-Sicherheiten durch Geschäftsbanken (商业银行内保外贷业务的风险特征与风险管理), *Financial View (金融视线)* 2016, S. 106.

¹⁶ 境内机构对外担保管理办法, in Kraft von 1.10.1996 bis zum 8.6.2014. Die außer Kraft getretenen SAFE-Regelungen (Fn. 16–19) sind auf chinesisch auf der Website der SAFE abrufbar (<www.safe.gov.cn>). Teilweise sind auch englische Versionen über <www.pkulaw.cn> abrufbar.

¹⁷ 境内机构对外担保管理办法实施细则 a. F., 12.11.1997.

¹⁸ 国家外汇管理局关于境内机构对外担保管理问题的通知, ausgearbeitet zum 1.6.2014.

¹⁹ Beispielsweise: 境内机构对外担保管理问题的通知 (Problembehandlung bei der Verwaltung der grenzüberschreitenden Sicherheiten von inländischen Institutionen), 外债登记管理办法 (Administrative Maßnahmen zur Registrierung ausländischer Kredite), 在部分地区试行小额外保内贷业务有关外汇管理问题的通知 (Ausländische Sicherheiten für kleine Kredite in bestimmten Regionen), 外汇担保项下人民币贷款有关问题的补充通知 (Ergänzende Mitteilungen bezüglich ausländischer Sicherheiten zur Sicherung von inländischen Krediten), 核定部分分局 2013 年度中资企业外保内贷额度有关问题的通知 (Für das Jahr 2013 erlassene Bekanntmachung über die Staatliche Devisenverwaltung auf Fragen bezüglich der Prüfung und Ratifizierung ausländischer Sicherheiten für inländische Kredite durch lokale SAFE-Einrichtungen), 外债、对外担保补登记有关问题的通知 (Fragen hinsichtlich der Registrierung von Auslandsschulden mit Bezug auf ausländische Sicherheiten), 规范对外担保履约审批权限的通知 (Regelungen zur Prüfung der Zustimmungskompetenz für die Inanspruchnahme ausländischer Sicherheiten).

und Zustimmung“ (审批 oder 核准) und der „[nachträglichen] Registrierung“ (登记). Demnach war die vorherige Zustimmung der SAFE für die Wirksamkeit der grenzüberschreitend bestellten Sicherheiten konstitutiv.²⁰ Fehlte sie, war die bestellte Sicherheit nichtig und dies führte sodann zu bereicherungsrechtlichen Abwicklungsschwierigkeiten. Wurde eine Sicherheit schlussendlich bestellt, musste sie noch bei der SAFE innerhalb von 15 Tagen registriert werden.²¹ Unternehmen mussten zudem die Sicherheit, war sie fällig, in Anspruch genommen oder auf andere Weise zum Abschluss gebracht worden, wieder abmelden.²² Fehlte die Registrierung, behielt sich die SAFE vor, eine Warnung auszusprechen, die Sicherheitenbestellung des Sicherungsgebers auszusetzen oder aber sie schlimmstenfalls zu widerrufen.²³ In China ansässige Sicherungsgeber durften zwar Sicherheiten bis zur Höhe einer bestimmten Quote auch ohne Zustimmung der SAFE vergeben, diese Möglichkeit war aber an eine im Vorhinein zu erfolgende Bewerbung um diese Quote bei der SAFE geknüpft.²⁴ Inländische Finanzinstitute waren innerhalb der Quotenregelung von der Registrierungspflicht befreit, sofern sie der SAFE einen monatlichen Bericht dazu vorlegten.²⁵ Nicht-Finanzinstitute hingegen, zu denen vor allem Unternehmen zählen, blieben trotz Inanspruchnahme der Quotenregelung weiterhin zur Registrierung verpflichtet.²⁶ Die Erteilung der Zustimmung durch die SAFE hing von der Prüfung des Handelsumfangs, der Gewinn- und Verlustrechnung, dem Verhältnis von Vermögen und Schulden und dem Ausgang einer Risikostudie des zu sichernden Projekts ab.²⁷ Dabei musste der Antragsteller eine Absichtserklärung, eine Machbarkeitsstudie des Vorhabens, von einem vereidigten Buchprüfer geprüfte Bilanzen und eine Reihe weiterer Dokument für die Zustimmungsprüfung bei der SAFE einreichen.²⁸ Das Zustimmungsverfahren war je nach lokaler SAFE-Behörde unterschiedlich.²⁹ Die damit verbundene Rechtsunsicherheit, Offenlegungspflichten und der sowohl finanzielle als auch zeitliche Aufwand machten eine chinesische Besicherung ausländischer Kredite insbesondere für Unternehmen bislang unattraktiv. Zu diesen formalen Restriktionen kamen noch eine Reihe materieller Vorgaben hinzu.

²⁰ §§ 12, 17 Verwaltungsmaßnahmen a. F.

²¹ § 14 Verwaltungsmaßnahmen a. F.; § 41 Nr. 2 Ausführungsbestimmungen a. F.

²² § 16 Verwaltungsmaßnahmen a. F.

²³ § 17 Verwaltungsmaßnahmen a. F.

²⁴ § 3 Abs. 1 Erläuterungen a. F.; Für die Bewerbung um die Quote mussten die Kreditgeber ihre Finanzen der SAFE gegenüber offenlegen, s. § 8 Erläuterungen a. F.

²⁵ § 12 Erläuterungen a. F.

²⁶ § 14 Abs. 4 Erläuterungen a. F.

²⁷ § 9 Verwaltungsmaßnahmen a. F.

²⁸ § 11 Verwaltungsmaßnahmen a. F.

²⁹ Matthias Geyer, Grenzüberschreitende Bürgschaftsverträge nach dem Recht der VR China, Transportrecht 2011, S. 106, 109; allgemeinen zu Defiziten, die sich aus der Genehmigungsbedürftigkeit von Auslandsinvestitionen durch verschiedene Behörden ergeben *BU Yuanshi*, Einleitung in die Kontroll- und Genehmigungsmechanismen für chinesische Auslandsinvestitionen, in: *BU Yuanshi* (Hrsg.), Chinesische Outbound-Investitionen in Deutschland, 2014, S. 3, 13.

So war es Unternehmen nicht erlaubt Sicherheiten zu bestellen, die 50 % ihres vorjährigen Nettovermögens oder ihres Einkommens in ausländischer Währung überschritten.³⁰ Für grenzüberschreitende Sicherheiten durfte das Verhältnis von Netto- zu Bruttovermögen des chinesischen Unternehmens nicht weniger als 15 % betragen.³¹ Ganz allgemein war es chinesischen Sicherungsgebern verboten, inländische Sicherheiten für ausländische Kredite an ausländische „Unternehmen mit finanziellen Verlusten“ (经营亏损企业) zu vergeben.³² Darüber hinaus verlangte die SAFE eine direkte oder indirekte gesellschaftsrechtliche Beteiligung des chinesischen Sicherungsgebers an dem ausländischen Schuldner.³³ Dagegen konnte eine chinesische Konzerntochter für die im Ausland sitzende Konzernmutter keine Sicherheiten bestellen.

C. Rechtslage ab 1. Juni 2014 nach Veröffentlichung der Sicherheiten-Bestimmungen

Die neuen Bestimmungen der SAFE haben die Möglichkeit zur grenzüberschreitenden Besicherung von Krediten erheblich liberalisiert. Mit Wirkung zum 1. Juni 2014 hat die SAFE den Großteil der bestehenden Bestimmungen für grenzüberschreitende Sicherheiten außer Kraft gesetzt und neue Bestimmungen zur Devisenkontrolle von grenzüberschreitenden Sicherheiten erlassen. Diese Bestimmungen stehen im Zusammenhang mit dem Sachenrechtsgesetz³⁴, dem Sicherheitengesetz³⁵ und der „Verordnung der Volksrepublik China zur Devisenverwaltung“³⁶. Zugleich sind bei der Bestellung von Sicherheiten einer chinesischen Tochtergesellschaft für Verbindlichkeiten ihres Gesellschafters auch gesellschaftsrechtliche Vorgaben zu beachten.³⁷ Die Sicherheiten-Bestimmungen sind in fünf Kapitel untergliedert: (1.) Allgemeine Regelungen, (2.) Inländische Sicherheiten für ausländische Kredite, (3.) Ausländische Sicherheiten für inländische Kredite, (4.) Devisenverwaltung bei dinglichen Sicherheiten und (5.) Sonstige Regelungen.

I. Allgemeine Regelungen

Mit den Sicherheiten-Bestimmungen regelt die SAFE grenzüberschreitende Sicherheiten im weitesten Sin-

³⁰ § 5 Verwaltungsmaßnahmen a. F.; § 13 Abs. 2, Abs. 1 Erläuterungen a. F. i. V. m. § 7 Erläuterungen a. F.

³¹ § 6 Abs. 2 Verwaltungsmaßnahmen a. F.

³² § 7 Verwaltungsmaßnahmen a. F.; § 14 Abs. 1 lit. b, c Erläuterungen a. F.

³³ § 6 Abs. 1 Verwaltungsmaßnahmen a. F., § 14 Abs. 1 lit. a Erläuterungen a. F.

³⁴ 中华人民共和国物权法, in Kraft seit 16.3.2007; deutsche Übersetzung in: *Frank Münzel* (Hrsg.), Chinas Recht 16.3.07/1.

³⁵ 中华人民共和国担保法, in Kraft seit 30.6.1995; deutsche Übersetzung in: *Frank Münzel* (Hrsg.), Chinas Recht 30.6.95/2.

³⁶ 中华人民共和国外汇管理条例, in Kraft seit 5.8.2008, <http://www.gov.cn/zwgc/2008-08/06/content_1066085.htm> (zuletzt abgerufen am 22.12.2016).

³⁷ Zum Verhältnis der Sicherheiten-Bestimmungen zu diesen zusätzlich anwendbaren Gesetzen und Vorschriften siehe unten unter C.VI.

ne.³⁸ Der in den Sicherheiten-Bestimmungen verwendete Begriff der Sicherheiten (担保) umfasst dabei sowohl Personal- als auch Sachsicherheiten.³⁹ Allerdings lassen einzelne Formulierungen in Kapitel 2 und 3 der Sicherheiten-Bestimmungen, wenn von einer „Zahlung unter den Sicherheiten“ oder „Erfüllung der Sicherheiten“ die Rede ist (siehe §§ 13 bis 15 der Sicherheiten-Bestimmungen für inländische Sicherheiten und §§ 19 und 20 der Sicherheiten-Bestimmungen für ausländische Sicherheiten) sowie systematisch Kapitel 4, das eigene Bestimmungen für die Devisenverwaltung bei dinglichen Sicherheiten (物权担保) enthält, darauf schließen, dass in Kapitel 2 und 3 der Sicherheiten-Bestimmungen vornehmlich an Personalsicherheiten wie Bürgschaften oder Garantien gedacht wurde. Inhaltlich macht dies keinen Unterschied, denn Kapitel 4 der Sicherheiten-Bestimmungen enthält neben dem Hinweis zur Verpflichtung der Einhaltung ansonsten geltender Gesetze und Rechtsverordnungen seinerseits nur wieder eine Verweisung auf die Einhaltung der Bestimmungen für die soeben beschriebenen inländischen und ausländischen (Personal-)Sicherheiten (siehe § 24 der Sicherheiten-Bestimmungen). Die Sicherheiten-Bestimmungen unterscheiden zwischen drei Arten von grenzüberschreitenden Sicherheiten:⁴⁰

- inländische Sicherheiten für ausländische Kredite (内保外贷, nachfolgend „Outbound-Sicherheiten“)
- ausländische Sicherheiten für inländische Kredite (外保内贷, nachfolgend „Inbound-Sicherheiten“) und
- sonstige Arten grenzüberschreitender Sicherheiten (其他形式跨境担保).

II. Outbound-Sicherheiten

Outbound-Sicherheiten werden legaldefiniert als grenzüberschreitende Sicherheiten, bei denen der Sicherungsgeber seinen Sitz im Inland und Schuldner und Gläubiger beide ihren Sitz im Ausland haben.⁴¹ Hierunter fallen u. a. Sicherheiten, die eine chinesische Tochtergesellschaft für Kredite an ihre ausländische Konzernmutter gewährt (Schaubild 1), als auch Sicherheiten einer chinesischen Konzernmutter (oder einer ihrer chinesischen Tochtergesellschaften) für Kredite

an eine ausländische Tochtergesellschaft (Schaubild 2), z. B. ein *special purpose vehicle* (SPV), das zum Zwecke der Akquisition einer ausländischen Gesellschaft aufgesetzt wurde.⁴²

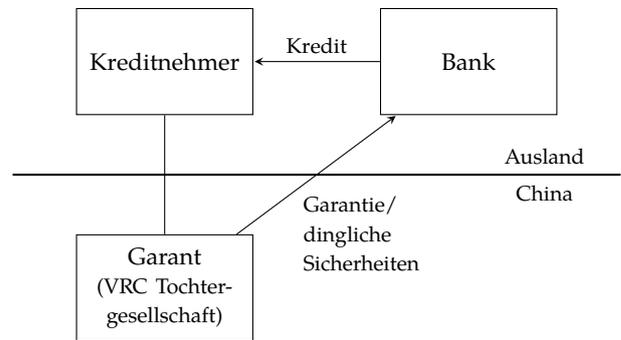


Schaubild 1: Grenzüberschreitende Besicherung durch chinesische Tochtergesellschaft

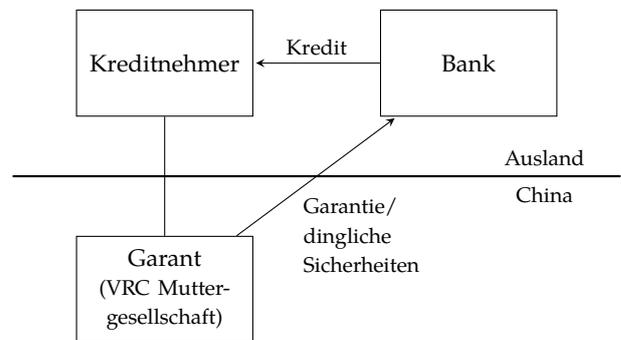


Schaubild 2: Grenzüberschreitende Besicherung durch chinesische Muttergesellschaft

1. Registrierungspflichten

Die größte Änderung und Erleichterung für die Marktteilnehmer im Vergleich zur bisherigen Rechtslage liegt in dem Wegfall des Erfordernisses einer Quotenzuteilung oder vorherigen einzelfallbezogenen Zustimmung durch die SAFE.

Der Sicherungsgeber kann gemäß § 8 der Sicherheiten-Bestimmungen grundsätzlich eigenständig Verträge zur Bestellung von Outbound-Sicherheiten abschließen. Erforderlich ist lediglich eine nachgelagerte Registrierung dieser Sicherheiten bei der SAFE. Bei der Bestellung von Outbound-Sicherheiten durch Finanzinstitute kann die Registrierung elektronisch erfolgen.⁴³ Nicht-Finanzinstitute müssen die Outbound-Sicherheiten innerhalb von 15 Arbeitstagen

³⁸ Vgl. Definition der grenzüberschreitenden Sicherheit in § 2 Sicherheiten-Bestimmungen.

³⁹ Und zwar solche nach chinesischem wie nach ausländischem Recht. Dies war nach der Entwurfsfassung (s. Fn. 10) noch unklar gewesen, da dort explizit auf Bürgschaften (保证), Hypotheken (抵押), Pfandrechte (质押) und sonstige nach dem Recht der Volksrepublik China anerkannte Sicherheiten Bezug genommen worden war (siehe auch die diesbezügliche Kritik an der Entwurfsfassung durch die International Swaps and Derivatives Association [ISDA] vom 10. März 2014, auf Chinesisch und Englisch, <<http://www2.isda.org/regions/asia-pacific/page/9>>. Diese Auflistung wurde in § 2 der finalen Fassung der Sicherheiten-Bestimmungen ersatzlos gestrichen.

⁴⁰ Siehe § 3 Sicherheiten-Bestimmungen.
⁴¹ § 3 Abs. 2 Sicherheiten-Bestimmungen.

⁴² Die Regelungen zu Outbound-Sicherheiten gelten im Übrigen auch für von natürlichen Personen in China begebene grenzüberschreitende Sicherheiten. Für diese gelten die für Nicht-Bank-Institutionen geltenden Regelungen der Sicherheiten-Bestimmungen entsprechend (siehe § 16 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil I § 8 (Sonstige Bestimmungen) Abs. 2 der Ausführungsrichtlinien).

⁴³ § 9 Abs. 1 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil I § 2 (Registrierung der inländischen Garantien für ausländische Kredite) Abs. 1 der Ausführungsrichtlinien.

schriftlich bei der SAFE registrieren.⁴⁴ Zwar bringt diese nachträgliche Registrierungspflicht einen ähnlich großen Verwaltungsaufwand für Unternehmen mit sich wie die vorherige Zustimmungspflicht.⁴⁵ Aus verwaltungstechnischer Sicht ist dennoch positiv hervorzuheben, dass zumindest der doppelte Gang zur SAFE – zunächst die Einholung der Zustimmung für die Sicherheit und sodann die nachträgliche Registrierung der Sicherheit – dem Sicherungsgeber fortan erspart bleiben wird. Eine rechtstechnisch entscheidende Änderung ist, dass die SAFE kein vorheriges materielles Prüfungsrecht hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Sicherheitenbestellung mehr hat. Anders als die frühere Quotenzuteilung oder Zustimmung im Einzelfall ist die Registrierung keine Vorbedingung für die Wirksamkeit des Sicherheitenvertrags.⁴⁶ Sollte diese nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist erfolgt sein, kann sie die SAFE auch eigens nachholen.⁴⁷ Das Prüfungsrecht der SAFE bei Vorlage der für eine Registrierung erforderlichen Unterlagen⁴⁸ ist ein rein prozedurales.⁴⁹ Erforderlich ist die Registrierung allerdings dafür, dass Unternehmen ausländische Devisen für die Auszahlung der Sicherheit kaufen können,⁵⁰ oder überhaupt für die Auszahlung des Sicherungsbetrags.⁵¹ Der Gläubiger wird also schon aus diesem Grund darauf Wert legen, dass die Registrierung zeitnah erfolgt. Zudem kann der Sicherungsgeber bei einem Verstoß gegen die Registrierungspflicht von der SAFE mit einer Strafzahlung belegt werden.⁵² Wird die Sicherheit verwertet oder begleicht der Hauptschuldner die besicherte Schuld, ist die Sicherheit zu deregistrieren.⁵³ Gleichzeitig ist der aus einer Verwertung der Sicherheit entstehende Rückgriffsanspruch

des Sicherungsgebers gegen den Hauptschuldner zu registrieren.⁵⁴

2. Materielle Anforderungen

a. Einhaltung rechtlicher Bestimmungen und Verwendungszweck

Das abgeschaffte Zustimmungserfordernis der SAFE darf nicht zu dem Fehlschluss verleiten, Outbound-Sicherheiten seien nunmehr bedenkenlos zulässig. Die Verantwortung zur Einhaltung der materiellen Anforderungen an die Bestellung von Outbound-Sicherheiten liegt beim Sicherungsgeber und sie erschöpft sich nicht in der allgemeinen Pflicht zur Einhaltung einschlägiger Gesetze, Verordnungen und sonstigen behördlichen Vorschriften.⁵⁵ Die Sicherheiten dürfen nur Verbindlichkeiten im ordentlichen Geschäftsbetrieb des Schuldners besichern und dürfen nicht für Arbitrage-Geschäfte außerhalb des üblichen Geschäftsbetriebs oder andere spekulative Zwecke genutzt werden.⁵⁶ Der Begriff der ausländischen Kredite (外贷) ist im Übrigen aber sehr weit zu verstehen und umfasst auch Verbindlichkeiten aus der Begebung von Anleihen, Akquisitionsdarlehen oder Derivategeschäften. Für diese drei sieht Teil I § 4 Abs. 3 der Ausführungsrichtlinien Sonderregelungen vor:

- So muss der Sicherungsgeber bei der Besicherung von ausländischen Anleihen direkt oder indirekt Anteile an dem Emittenten der Anleihe halten,⁵⁷ die Erlöse aus der Begebung der Anleihe muss für Investitionen im Ausland genutzt werden und die für die Investition zuständigen Behörden müssen die Investition genehmigt haben.^{58, 59}
- Auch bei der Besicherung eines Darlehens zum Zwecke der Akquisition einer ausländischen Gesellschaft oder Kapitalerhöhung bei einer ausländischen Gesellschaft sind die für Auslandsinvestitionen relevanten Bestimmungen der zuständigen Behörden einzuhalten.⁶⁰
- Besicherte Derivategeschäfte sollen reine Sicherungszwecke (止损保值) verfolgen, sind also

⁴⁴ § 9 Abs. 2 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil I § 2 (*Registrierung der inländischen Garantien für ausländische Kredite*) Abs. 2 der Ausführungsrichtlinien.

⁴⁵ Siehe zu den beizubringenden Unterlagen Teil I § 2 Abs. 1 Nr. 1 Ausführungsrichtlinien. Hierzu gehört u. a. die Vorlage des Kreditvertrages und des betreffenden Sicherheitenvertrages oder wenn, wie bei grenzüberschreitenden Finanzierungen häufig, die Dokumentation sehr umfangreich ist, eine mit Siegel versehene Zusammenfassung der wesentlichen Klauseln, und bei fremdsprachiger Dokumentation, eine mit Siegel versehene Übersetzung.

⁴⁶ Vgl. § 29 Sicherheiten Bestimmungen.

⁴⁷ Teil I § 2 (*Registrierung der inländischen Garantien für ausländische Kredite*) Abs. 2 Nr. 2 Unter-Abs. 2 der Ausführungsrichtlinien.

⁴⁸ Siehe hierzu die Auflistung in Teil I § 2 (*Registrierung der inländischen Garantien für ausländische Kredite*) Abs. 2 Nr. 1 der Ausführungsrichtlinien.

⁴⁹ Hat die SAFE allerdings Zweifel an der Einhaltung der sonstigen Sicherheiten-Bestimmungen, so kann sie eine schriftliche Erläuterung des Sicherungsgebers anfordern und im Ernstfall die Registrierung auch verweigern (siehe Teil I § 2 (*Registrierung der inländischen Garantien für ausländische Kredite*) Abs. 2 Nr. 2 Abs. 1 der Ausführungsrichtlinien).

⁵⁰ Teil I § 6 (*Erfüllung der Sicherheiten*) § 2 der Ausführungsrichtlinien.

⁵¹ Teil I § 6 (*Erfüllung der Sicherheiten*) § 3 der Ausführungsrichtlinien.

⁵² Siehe unten unter C.2.c).

⁵³ § 13 Sicherheiten Bestimmungen, Teil I § 5 (*Deregistrierung der inländischen Garantien für ausländische Kredite*) der Ausführungsrichtlinien.

⁵⁴ § 15 Sicherheiten Bestimmungen, Teil I § 7 (*Registrierung externer Ansprüche*) der Ausführungsrichtlinien.

⁵⁵ § 5 und § 8 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil I § 1 der Ausführungsrichtlinien.

⁵⁶ § 11 Abs. 1 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil I § 4 Abs. 1 der Ausführungsrichtlinien.

⁵⁷ Eine Upstream-Besicherung von Anleihen eines ausländischen Emittenten durch dessen chinesische Tochtergesellschaften ist also wie nach bisheriger Rechtslage nicht möglich.

⁵⁸ Einen Überblick zu Genehmigungsanforderungen bei Outbound Investitionen geben: (Stand Mai 2014) *Hui Zheng/Qi Ge*, Chinese Outbound-Investment Approval Regime, in: *BU Yuanshi* (Hrsg.), Chinese Outbound-Investitionen in Deutschland, 2014, S. 15 ff., sowie (Stand September 2014) mit Blick auf M&A-Transaktionen in Deutschland *Malte J. Hiort*, Auswirkungen der chinesischen Outbound Kontrolle auf den M&A-Prozess in Deutschland, ebd., S. 41, 46 ff.

⁵⁹ Teil I § 4 Abs. 3 Nr. 1 der Ausführungsrichtlinien.

⁶⁰ Teil I § 4 Abs. 3 Nr. 2 der Ausführungsrichtlinien.

auf Hedginggeschäfte beschränkt. Sie müssen mit dem primären Geschäftszweck des Schuldners übereinstimmen und von dessen Gesellschaftern genehmigt worden sein.⁶¹

b. Gesonderte Qualifikation für Finanzinstitute

Gemäß § 10 der Sicherheiten-Bestimmungen, Teil I § 3 der Ausführungsrichtlinien sind Finanzinstitute, seien sie Banken oder Nicht-Bank-Institutionen, verpflichtet, ein „Qualifikationszeugnis“ zur Vergabe von Sicherheiten durch die für sie zuständige Aufsichtsbehörde einzuholen. Hierbei handelt es sich vermutlich um die CBRC^{62,63}. Unklar bleibt, welche Voraussetzungen für die Erteilung dieses Zeugnisses erfüllt werden müssen.

c. Keine Repatriierung von grenzüberschreitend besicherten Krediten

Ohne Zustimmung dürfen weder die besicherten Kredite noch Zahlungen auf die Garantie oder aus der Sicherheitenverwertung direkt oder indirekt für Investitionen in China oder deren Refinanzierung genutzt werden.⁶⁴ Hierzu zählt auch der Erwerb ausländischer Gesellschaften, wenn mehr als 50 % der Vermögenswerte der erworbenen Gesellschaft in China liegen, oder Anzahlungen an eine chinesische Gesellschaft für Lieferung und Leistung mit einer Zahlungsfrist von mehr als einem Jahr, die kumulativ einen Betrag von einer Million US-Dollar und 30 % des gesamten vertraglich vereinbarten Preises übersteigen.⁶⁵ Die Beschränkung der Möglichkeit der Repatriierung von mit Outbound-Sicherheiten besicherten ausländischen Krediten entspricht der bisherigen Rechtslage.⁶⁶ Sie dient der Kontrolle Chinas über die Abhängigkeit chinesischer Gesellschaften von ausländischer Finanzierung und ist im Zusammenhang mit den Beschränkungen der Aufnahme ausländischer Schulden durch chinesische Gesellschaften generell zu sehen. Neuere Regelungen der National Development and Reform

Commission (NDRC, 国家发展改革委)⁶⁷ und der People's Bank of China (PBOC, 中国人民银行)⁶⁸ haben diesbezüglich Erleichterungen gebracht.⁶⁹ Ob diese Erleichterungen auch Änderungen der Sicherheiten-Bestimmungen in Bezug auf die Möglichkeit zur Repatriierung von mit Outbound-Sicherheiten besicherten Krediten nach sich ziehen, bleibt abzuwarten.

d. Eignungsprüfung des Schuldners und sonstige Due Diligence

Der Sicherungsgeber muss zudem eine umfassende Eignungsprüfung des Schuldners vornehmen, d. h. er muss prüfen, wofür die besicherten Kredite und Sicherheiten verwendet werden sollen, aus welchen Mitteln die besicherten Kredite zurückgezahlt werden sollen, sowie die Inanspruchnahmewahrscheinlichkeit der von ihm gegebenen Sicherheiten.⁷⁰ Wenn die Inanspruchnahme der Sicherheit sicher erscheint, darf sie nicht gegeben werden.⁷¹ Es ist anzunehmen, dass bereits die Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme genügt, damit die Sicherheit nicht gegeben werden darf. Der Sicherungsgeber muss hierfür notwendig eine Prognoseentscheidung treffen. In die Prognoseentscheidung sollen nach vernünftiger kaufmännischer Einschätzung („按照合理商业原则“) die Solvenz des Hauptschuldners, die Finanzierungsbedingungen des Hauptvertrages und das finanzierte Geschäftsvorhaben, die Absicht der beteiligten Parteien, die Sicherheit in Anspruch zu nehmen, sowie vergangene Zahlungsausfälle des Schuldners Einfluss finden.⁷² Die Regelung soll sicherstellen, dass die gewährte Sicherheit tatsächlich nur für den anfänglich unvorhergesehenen Fall einer späteren Vermögensverschlechterung des Hauptschuldners oder Ertragsschwäche der finanzierten Investition gewährt wird und die Parteien nicht schon anfänglich wirtschaftlich eigentlich eine Inanspruchnahme des chinesischen Sicherungsgebers geplant haben.

e. Ausstellung weiterer Sicherheiten

Wird eine durch eine Nicht-Bank-Institution bestellte Sicherheit in Anspruch genommen und hat der Hauptschuldner den sich hieraus ergebenden Rückgriffsan-

⁶¹ Teil I § 4 Abs. 3 Nr. 3 der Ausführungsrichtlinien. Dies war von der ISDA im Vorfeld in ihren Anmerkungen zur Entwurfsfassung kritisiert worden (auf Chinesisch und Englisch unter <<http://www2.isda.org/regions/asia-pacific/page/9>>, zuletzt abgerufen am 27.12.2016). Eine diesbezügliche Änderung oder Klarstellung ist jedoch nicht erfolgt.

⁶² 中国银行业监督管理委员会 (engl.: China Bank Regulatory Commission (CBRC)).

⁶³ Practice Note, Cross-border Guarantees: China, Practical Law (Stand September 2016), <<http://uk.practicallaw.com/cs/Satellite/resource/4-596-0346?source=relatedcontent>> (zuletzt abgerufen am 27.12.2016).

⁶⁴ § 11 Abs. 2 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil I § 4 Abs. 2 der Ausführungsrichtlinien.

⁶⁵ Teil I § 4 Abs. 2 Nr. 2 und 4 der Ausführungsrichtlinien.

⁶⁶ Siehe § 17 Abs. 3 der Mitteilungen der SAFE zu Fragen im Zusammenhang mit der Verwaltung von grenzüberschreitenden Sicherheiten durch inländische Institute (国家外汇管理局关于境内机构对外担保管理问题的通知) vom 30.7.2010 (abgedruckt in: Gazette of State Administration of Foreign Exchange (国家外汇管理局文告) 2010, Nr. 4, S. 2 ff.), die bis zum Erlass der Sicherheiten-Bestimmungen in Kraft waren.

⁶⁷ Siehe die „Mitteilungen der NDRC zur Förderung der Reform zur Registrierung ausländischer Schulden“ (国家发展改革委关于推进企业发行外债备案登记制管理改革的通知(发改外资[2015]2044号)) vom 14.9.2015 („NDRC-Regelungen“), <<http://lawinfochina.com/display.aspx?id=20208&lib=law>> (zuletzt abgerufen am 27.12.2016).

⁶⁸ Siehe die „Mitteilungen der PBOC zur Umsetzung makroprudentieller Verwaltung grenzüberschreitender Finanzierungen auf nationaler Ebene“ (中国人民银行关于在全国范围内实施全口径跨境融资宏观审慎管理的通知) vom 29.4.2016, in Kraft seit 3.5.2016 („PBOC-Regelungen“), <<http://www.pbc.gov.cn/goutongjiaoliu/113456/113469/3056127/index.html>> (zuletzt abgerufen am 27.12.2016).

⁶⁹ Zu beiden siehe noch unten Fn. 82.

⁷⁰ § 12 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil I § 8 Abs. 1 der Ausführungsrichtlinien.

⁷¹ § 27 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil IV § 3 der Ausführungsrichtlinien.

⁷² Teil IV § 3 der Ausführungsrichtlinien.

spruch des Sicherungsgebers noch nicht befriedigt, so bedarf eine erneute Bestellung grenzüberschreitender Sicherheiten der vorherigen Prüfung und Zustimmung der SAFE. Ausgenommen hiervon ist die Bestellung von Sicherheiten für Verbindlichkeiten einer anderen Gesellschaft nach dem endgültigen Ausfall der Rückzahlungsverpflichtung aufgrund von Insolvenz oder Liquidation des Hauptschuldners.⁷³

3. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Bestimmungen

Als Rechtsfolge für einen Verstoß gegen die Bestimmungen zur Bestellung von Outbound-Sicherheiten sehen die Ausführungsrichtlinien die Möglichkeit der SAFE zur Verhängung verschiedener Strafzahlungen vor:

Werden Beträge aus der Verwertung einer Sicherheit entgegen § 11 Abs. 2 der Sicherheiten-Bestimmungen unrechtmäßig repatriiert, kann die SAFE die Rückführung dieser Beträge anordnen sowie eine Strafzahlung bis zu 30 % der unrechtmäßig repatriierten Beträge verhängen.⁷⁴ Die SAFE kann eine Verwarnung aussprechen und eine Strafzahlung von bis zu 30 % der unrechtmäßig bestellten Sicherheit verhängen, wenn (i) der Sicherungsgeber gegen einschlägige rechtliche Bestimmungen gemäß § 8 der Sicherheiten-Bestimmungen verstößt, (ii) ein Finanzinstitut den Umfang des ihm gestatteten Garantiegeschäfts gemäß § 10 der Sicherheiten-Bestimmungen überschreitet, (iii) der Sicherungsgeber gegen seine Pflichten zur Prüfung der Eignung und Solvenz des Hauptschuldners gemäß § 12 der Sicherheiten-Bestimmungen verstößt, (iv) der Sicherungsgeber entgegen § 14 der Sicherheiten-Bestimmungen ohne die Zustimmung der SAFE erneut Sicherheiten bestellt, obwohl Ansprüche aus der Inanspruchnahme der ursprünglichen Sicherheit noch nicht erfüllt sind, oder (v) der Sicherungsgeber entgegen § 27 der Sicherheiten-Bestimmungen Sicherheiten bestellt, obwohl deren Inanspruchnahme sicher erscheinen muss.⁷⁵ Verstößt der Sicherungsgeber gegen seine Pflicht (i) zur Registrierung der Sicherheiten gemäß § 9 der Sicherheiten-Bestimmungen, (ii) zu ihrer Deregistrierung gemäß § 13 der Sicherheiten-Bestimmungen oder (iii) zur Registrierung des aus einer Verwertung entstandenen Rückgriffsanspruchs gemäß § 15 der Sicherheiten-Bestimmungen, kann die SAFE eine Strafzahlung von bis zu RMB 300.000 verhängen.⁷⁶

⁷³ § 14 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil I § 6 Abs. 2 der Ausführungsrichtlinien.

⁷⁴ Teil IV § 7 Abs. 1 der Ausführungsrichtlinien i. V. m. § 41 Verordnung der Volksrepublik China zur Devisenverwaltung (2008) (中华人民共和国外汇管理条例 [2008 修订]).

⁷⁵ Teil IV § 7 Abs. 2 Nr. 1, 2, 3, 4 und 8 der Ausführungsrichtlinien i. V. m. § 43 Verordnung der Volksrepublik China zur Devisenverwaltung (2008) (中华人民共和国外汇管理条例 [2008 修订]).

⁷⁶ Teil IV § 7 Abs. 4 Nr. 1, 2 und 3 der Ausführungsrichtlinien i. V. m. § 48 Verordnung der Volksrepublik China zur Devisenverwaltung (2008) (中华人民共和国外汇管理条例 [2008 修订]).

III. Inbound-Sicherheiten

Die Regelungen für Inbound-Sicherheiten sind deutlich schlanker. Sie sind legaldefiniert als solche grenzüberschreitenden Sicherheiten, bei denen der Sicherungsgeber seinen Sitz im Ausland, Schuldner und Gläubiger aber beide ihren Sitz im Inland haben.⁷⁷ Beispiel hierfür ist die Gewährung einer Kreditlinie für eine chinesische Gesellschaft durch eine chinesische Bank und Garantie dieser Kreditlinie durch die ausländische Konzernmutter des chinesischen Kreditnehmers (Schaubild 3).

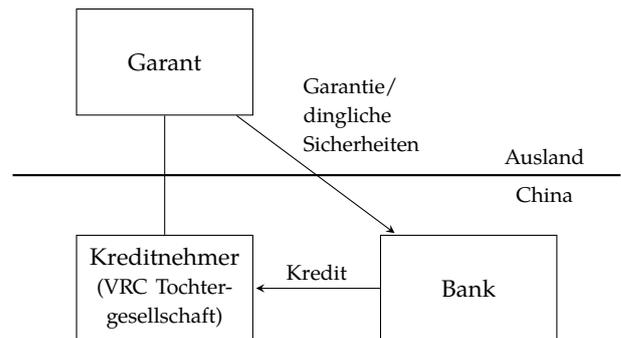


Schaubild 3: Grenzüberschreitende Besicherung durch ausländische Muttergesellschaft

Voraussetzung für eine genehmigungsfreie Inbound-Sicherheit ist neben der Verpflichtung zur Einhaltung einschlägiger in- und ausländischer rechtlicher Bestimmungen, dass (1.) der Hauptschuldner kein Finanzinstitut ist, in der Volksrepublik China registriert ist und dort Geschäfte betreibt, (2.) der Gläubiger als Finanzinstitut in der Volksrepublik China registriert ist und dort Geschäfte betreibt und (3.) es sich bei der besicherten Hauptschuld um ein Darlehen in RMB oder Fremdwährung, mit Ausnahme von sog. Auftragsdarlehen (委托贷款, auf Englisch *entrusted loans*),⁷⁸ oder eine entsprechende bindende

⁷⁷ § 3 Abs. 3 Sicherheiten-Bestimmungen.

⁷⁸ Auftragsdarlehen sind von einer Bank vergebene Darlehen, die auf Rechnung des Auftraggebers an ein anderes Unternehmen gegeben werden. Die Mittel hierfür stellt der Auftraggeber der Bank zuvor per Einlage zur Verfügung (siehe § 7 Abs. 2 der Allgemeinen Darlehensregeln (贷款通则), 1996, deutsche Übersetzung in: Frank Münzel (Hrsg.), Chinas Recht 28.6.96/1). Hintergrund für die Praxis dieser Auftragsdarlehen war das lange Jahre geltende Verbot zur Vergabe von Darlehen zwischen Gesellschaften ohne Banklizenz, auch dann, wenn sie Teil eines gemeinsamen Konzerns waren. Eine Ausnahme bildete allein die Vergabe von Darlehen eines ausländischen Gesellschafters an seine chinesische Tochtergesellschaft bis zur Höhe der zulässigen ausländischen Schuldenquote (zur früheren Rechtslage siehe Jakob Riemenschneider, Das Darlehensrecht der Volksrepublik China, 2008, S. 96 ff.; zur ausländischen Schuldenquote siehe noch unten Fn. 82). Mit Wirkung zum 1. September 2015 hat das Oberste Volksgericht seine bis dahin geltende Rechtsauffassung geändert und mit den „Bestimmungen des Obersten Volksgerichts zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung des Rechts bei der Behandlung von Fällen privater Kreditvergabe“ (最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定) Darlehen zwischen zwei Gesellschaften auch ohne Banklizenz mit wenigen Ausnahmen für zulässig erklärt (siehe hierzu u. a. YANG Lixin (杨立新), Der Stand der Rechtsanwendung der neuen Regelungen zur Darlehensvergabe zwischen Privaten (民间借贷关系法律调整新时期的法律适用尺度), Journal of Law Application (法律适用) 2015, 8, 9 ff.). Es ist davon auszugehen, dass mit dieser Erlaubnis die Praxis von Auftragsdarlehen zurückgehen wird.

Kreditlinie handelt.⁷⁹ Die Besicherung anderer Finanzverbindlichkeiten, einschließlich von in China ausgegebenen Anleihen oder aus Derivategeschäften, ist daher anders als bei den Outbound-Sicherheiten nur mit der vorherigen Zustimmung der SAFE möglich. Die Inbound-Sicherheit ist von dem besicherten chinesischen Finanzinstitut bei der SAFE zu registrieren.⁸⁰ Wurde eine Inbound-Sicherheit in Anspruch genommen, kann der chinesische Schuldner bis zur Begleichung des Rückgriffsanspruchs des Sicherungsgebers keine neuen durch Inbound-Sicherheiten besicherten Kredite aufnehmen.⁸¹ Der Rückgriffsanspruch des Sicherungsgebers darf das aufgrund des letzten nicht geprüften Jahresabschlusses festgestellte ausschüttbare Reinvermögen (净资产) des chinesischen Sicherungsgebers nicht übersteigen oder muss durch seine Quote für ausländische Schulden gedeckt sein.⁸² Genügt diese ausländische Schuldenquote nicht, um die Rückgriffsverbindlichkeiten abzudecken, kann der Sicherungsgeber mit einer Strafe belegt werden.⁸³ § 27 der Sicherheiten-Bestimmungen und Teil IV § 3 der Ausführungsrichtlinien, die den Abschluss einer grenzüberschreitenden Sicherheit verbieten, wenn deren Inanspruchnahme sicher erscheinen muss, gilt

⁷⁹ § 17 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil II § 1 der Ausführungsrichtlinien.

⁸⁰ § 18 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil II § 2 der Ausführungsrichtlinien.

⁸¹ § 19 Abs. 1 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil II § 3 Abs. 2 der Ausführungsrichtlinien.

⁸² Seit 14. September 2015 galten hierfür die NDRC-Regelungen (siehe oben Fn. 67). Gesellschaften ohne oder mit ausländischer Beteiligung von nicht mehr als 25 % (sog. *Domestic Companies*) mussten bei der NDRC eine jährlich neu einzuholende Quote beantragen. Die Schuldenquote für FIEs (mindestens 25 % ausländische Beteiligung) war begrenzt auf die Differenz aus der gesamten angemeldeten Investitionssumme und dem registrierten Kapital. Mit Wirkung zum 3. Mai 2016 hat die People's Bank of China, nachdem dies seit Januar 2016 bereits im Rahmen eines Pilotprogramms für bestimmte Gesellschaften in den Freihandelszonen galt, mit den PBOC-Regelungen (siehe oben Fn. 68) für sämtliche chinesischen Gesellschaften (*Domestic Companies* und FIEs) (mit Ausnahme von Grundstücksgesellschaften und den sog. Finanzierungsplattformen der lokalen Regierungen (政府融资平台)) ein einheitliches neues System geschaffen, wonach sich die ausländische Schuldenquote mit Abweichungen in Details für Finanzinstitute und sonstige Gesellschaften nach dem Produkt aus dem Kapital bei Finanzinstituten oder dem Reinvermögen bei sonstigen Gesellschaften, einem von der PBOC festgelegten Leverage Faktor (derzeit für Finanzinstitute bei 0,8, für sonstige Unternehmen bei 1,0) und einem makroprudentiellen Faktor (derzeit bei 1,0) berechnet. FIEs dürfen für eine Übergangsfrist wählen, ob für sie das alte oder das neue System Anwendung finden soll. Unsicherheiten bestehen derzeit noch über das Verhältnis der NDRC-Regelungen zu den PBOC/SAFE-Regelungen und ob letztere tatsächlich die NDRC-Regelungen ersetzen oder nun beide Systeme parallel Anwendung finden. Zu Einzelheiten siehe u. a. Katherine Jo, *China Law & Practice*, 8 June 2016 (<<http://www.chinalawandpractice.com/sites/clp/2016/06/08/china-overhaul-cross-border-financing-regime/?slreturn=20161127091558>>, zuletzt abgerufen am 27.12.2016); *Linklaters*, Newsletter May 2016 (<http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/hongkong/160506_Newsletter_PRC%20new%20changes.pdf>, zuletzt abgerufen am 27.12.2016); zu den NDRC-Regelungen siehe u. a. Latham & Watkins, Client Alert Nr. 1888 (<<https://www.lw.com/thoughtLeadership/LW-china-NDRC-abolishes-preapproval-for-offshore-bond-offerings-loans>>, zuletzt abgerufen am 27.12.2016).

⁸³ § 19 Abs. 2 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil II § 3 Abs. 3 der Ausführungsrichtlinien.

auch für die Bestellung von Inbound-Sicherheiten.⁸⁴ Bei einem Verstoß gegen § 17, 19 Abs. 1, 19 Abs. 2 oder 27 der Sicherheiten-Bestimmungen kann die SAFE eine Verwarnung aussprechen und eine Strafzahlung von bis zu 30 % der unrechtmäßig bestellten Sicherheit verhängen.⁸⁵ Verstößt das besicherte chinesische Finanzinstitut gegen die Registrierungspflicht gemäß § 18 der Sicherheiten-Bestimmungen, kann die SAFE eine Strafzahlung von bis zu RMB 300.000 verhängen.⁸⁶

IV. Dingliche Sicherheiten

Dingliche Sicherheiten (物权担保) sind grundsätzlich genauso zu behandeln wie Personalsicherheiten und ggf. entweder als Outbound oder als Inbound-Sicherheit zu registrieren.⁸⁷ Darüber hinaus gelten die sonstigen für dingliche Sicherheiten anwendbaren rechtlichen Bestimmungen, deren Einhaltung die SAFE allerdings nicht prüft.⁸⁸ Hierzu gehören für chinesische Sicherheiten wie die in Teil III § 1 der Ausführungsrichtlinien exemplarisch genannten Pfandrechte (质押) und die Hypothek (抵押) u. a. das Sicherheitengesetz und das Sachenrechtsgesetz.⁸⁹

V. Sonstige Arten grenzüberschreitender Sicherheiten

Sonstige Arten grenzüberschreitender Sicherheiten (其他形式跨境担保) sind sämtliche sonstigen grenzüberschreitenden Sicherheiten, bei denen es sich weder um Outbound noch um Inbound-Sicherheiten handelt.⁹⁰ Für diese enthalten die Sicherheiten-Bestimmungen nur den kurzen Hinweis, dass sie von den beteiligten Parteien vorbehaltlich einer anderweitigen expliziten Anordnung durch die SAFE, ohne Einhaltung eines gesonderten Registrierungsprozesses abgeschlossen werden dürfen.⁹¹ Lediglich die aus einer Verwertung der Sicherheiten entstehenden Rückgriffsansprüche sind wie nach der Verwertung von Outbound oder Inbound-Sicherheiten zu registrieren.⁹²

⁸⁴ § 27 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil IV § 3 der Ausführungsrichtlinien.

⁸⁵ Teil IV § 7 Abs. 2 Nr. 5, 6 und 7 der Ausführungsrichtlinien i. V. m. § 43 Verordnung der Volksrepublik China zur Devisenverwaltung (2008) (中华人民共和国外汇管理条例 [2008] 修订)].

⁸⁶ Teil IV § 7 Abs. 4 Nr. 4 der Ausführungsrichtlinien i. V. m. § 48 Verordnung der Volksrepublik China zur Devisenverwaltung (2008) (中华人民共和国外汇管理条例 [2008] 修订)].

⁸⁷ § 24 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil III § 4 der Ausführungsrichtlinien.

⁸⁸ § 21 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil III § 1 der Ausführungsrichtlinien.

⁸⁹ Siehe zum Verhältnis der Sicherheiten-Bestimmungen zu diesen zusätzlich anwendbaren Gesetzen und Vorschriften noch sogleich unter C.VI.

⁹⁰ Siehe die Legaldefinition in § 3 Abs. 4 Sicherheiten-Bestimmungen sowie die beispielhafte Auflistung von möglichen Konstellationen in Teil IV § 1 Abs. 1 (*Anderere Formen grenzüberschreitender Sicherheiten*) der Ausführungsrichtlinien.

⁹¹ § 25 Abs. 1 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil IV § 1 Abs. 1 der Ausführungsrichtlinien.

⁹² § 25 Abs. 2 Sicherheiten-Bestimmungen, Teil IV § 1 Abs. 2, 5 der Ausführungsrichtlinien.

VI. Verhältnis zu sonstigen anwendbaren Gesetzen und Bestimmungen

Die Sicherheiten-Bestimmungen regeln allein die Frage der Zulässigkeit der Sicherheitenbestellung vor dem Hintergrund der Devisenkontrolle und ersetzen nicht die daneben einzuhaltenden Gesetze und Verordnungen. Dies wird an mehreren Stellen der Sicherheiten-Bestimmungen klarstellend deutlich gemacht.⁹³ Gemäß § 1 der Sicherheiten-Bestimmungen stehen diese im Zusammenhang mit dem „Sachenrechtsgesetz der Volksrepublik China“⁹⁴, dem „Sicherheitengesetz der Volksrepublik China“⁹⁵ und der „Verordnung der Volksrepublik China zur Devisenverwaltung“⁹⁶. Zugleich sind bei der Bestellung von Sicherheiten einer chinesischen Tochtergesellschaft für Verbindlichkeiten ihres Gesellschafters auch gesellschaftsrechtliche Vorgaben zu beachten. Das 1995 erlassene Sicherheitengesetz und die im Jahr 2000 dazu ergangenen höchstrichterlichen Auslegungen⁹⁷ regeln unter anderem die Bestellung und Verwertung von chinesisch-rechtlichen Bürgschaften (保证), Hypotheken (抵押) und Pfandrechten (质押). Die beiden letzteren werden allerdings als dingliche Sicherheiten auch im Sachenrechtsgesetz geregelt, welches dem Sicherheitengesetz gemäß § 178 Sachenrechtsgesetz explizit vorgeht.⁹⁸ Unklar bleibt allerdings, wie mit Vorschriften umzugehen ist, die nicht durch die Sicherheiten-Bestimmungen außer Kraft gesetzt werden, dem Inhalt der Regelungen der Sicherheiten-Bestimmungen jedoch widersprechen. So schreibt § 19 der ausdrücklich anwendbar bleibenden Verordnung der Volksrepublik China zur Devisenverwaltung für die Bestellung grenzüberschreitender Sicherheiten immer noch das System der vorherigen Prüfung und Zustimmung vor. Doch ist anzunehmen, dass die nun ergangenen speziellen Sicherheiten-Bestimmungen dieser allgemeinen Regelung als *lex specialis* oder *lex posterior* vorgehen. Selbiges gilt für § 6 Nr. 2 der Auslegungen des Obersten Volksgerichts zum Sicherheitengesetz und den § 9 und 10 Ausführungsbestimmungen der Verwaltungs-

maßnahmen n. F., die die Wirksamkeit der Bestellung der Sicherheit von der Zustimmung oder Registrierung durch die SAFE abhängig machen. Dafür spricht nicht zuletzt, dass die SAFE, die für ihre Bestimmungen ein Auslegungsmonopol beansprucht,⁹⁹ selbst in ihren Entwurfserläuterung zu den Sicherheiten-Bestimmungen explizit erklärt, von dem bisherigen System der vorherigen Prüfung und Genehmigung Abstand nehmen zu wollen.¹⁰⁰ Dieser Zweck würde konterkariert, würde durch andere im Rang des Normengefüges nicht vorrangige Vorschriften doch wieder eine Zustimmungspflicht der SAFE statuiert. Ein gesellschaftsrechtlicher Sonderfall ist die in der Praxis übliche Bestellung von Sicherheiten einer Gesellschaft für Verbindlichkeiten ihres Gesellschafters. § 16 Abs. 2 des Gesellschaftsgesetzes¹⁰¹ verlangt vor der Bestellung der Sicherheiten einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss, an dem gemäß § 16 Abs. 3 des Gesellschaftsgesetzes der begünstigte Gesellschafter nicht teilnehmen darf. Für 100-prozentige Tochtergesellschaften (全资子公司) wird diskutiert, ob eine Sicherheitenbestellung für ihren Gesellschafter gänzlich ausgeschlossen sein soll, da die Voraussetzung des § 16 Abs. 3 Gesellschaftsgesetz nicht eingehalten werden kann.¹⁰² Nach wohl h. M. ist allerdings die Bestellung von Garantien und dinglichen Sicherheiten durch Einpersonengesellschaften für Verbindlichkeiten ihres Gesellschafters zulässig.¹⁰³ Das Erfordernis eines zustimmenden Gesellschafterbeschlusses der übrigen Gesellschafter entspringt dem Gedanken des Schutzes des Minderheitsgesellschafters.¹⁰⁴ Es soll verhindert werden, dass einem Gesellschafter zulasten und ohne Zustimmung der anderen ein Sondervorteil gewährt wird. Das Erfordernis dieses Schutzes entfällt bei Einpersonengesellschaften. § 16 Abs. 2 und 3 Gesellschaftsgesetz sind insoweit daher nicht anzuwenden.

⁹⁹ § 33 Sicherheiten-Bestimmungen.

¹⁰⁰ Entwurfserläuterungen zu den Bestimmungen bezüglich der Devisenkontrolle für grenzüberschreitende Sicherheiten, (关于跨境担保外汇管理规定(征求意见稿)的说明), vom 13.2.2014, <http://www.safe.gov.cn/resources/wcm/pages/wps/wcm/connect/safe_web_store/safe_web/whxw/node_sy_wh_zd/node_sy_wh_gzdt_store/8ed9aa8042ea0691be30be7385d9a5aa/>, S. 2.

¹⁰¹ 中华人民共和国公司法, deutsche Übersetzung bei Knut Benjamin Pfeiler, Gesellschaftsgesetz der VR China, ZChinR 2014, S. 254 ff.

¹⁰² Siehe auch Tu Changfeng (a. a. O. Fn. 98), S. 183, 188 Fn. 21 mit einem Hinweis auf eine weiter differenzierende Meinung von WANG Wenge/ZHANG Chaohui (王文革/张朝晖), Überlegungen zur Besicherung der Muttergesellschaft durch deren 100-prozentige Tochtergesellschaft (全资子公司为母公司安保的思考), Anhui Rural Finance (安徽农村金融) 2006, S. 64, 65, wonach zwar die Bestellung dinglicher Sicherheiten, nicht aber die Bestellung von Bürgschaften möglich sein soll.

¹⁰³ WANG Xiaoquan/JIN Ziyang (王晓泉/金子阳), Analyse des Problems der Besicherung einer Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft (子公司为母公司提供担保法律问题解析), Legal System and Economy (法制与经济) 2014, S. 91, 91 f.; ZHU Peifeng (朱培凤), Unterschied zwischen System und Praxis – Eine Untersuchung des neuen § 16 Gesellschaftsgesetz (制度与现实的分歧-对新公司法第 16 条的一点思考), Legal System and Society (法制与社会) 2013, S. 105, 106.

¹⁰⁴ BIAN Xiezhong (编写组), Erläuterungen zum neuen chinesischen Gesellschaftsgesetz (最新公司法条文释义), Beijing 2005, S. 35; ZHAO Guodong (赵旭东), Erklärungen zum neuen chinesischen Gesellschaftsgesetz (新公司法条文解释), Beijing 2005, S. 38.

⁹³ Siehe z. B. § 12 Sicherheiten-Bestimmungen für Outbound-Sicherheiten, §§ 21 f. Sicherheiten-Bestimmungen für dingliche Sicherheiten.

⁹⁴ Siehe oben Fn. 35.

⁹⁵ Siehe oben Fn. 36.

⁹⁶ 中华人民共和国外汇管理条例, vom 14.1.1997, in überarbeiteter Fassung in Kraft seit 1.8.2008; <http://www.gov.cn/zw/gk/2008-08/06/content_1066085.htm>.

⁹⁷ 最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释, <<http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=1776&CGid=>>>. Zur Rechtskraft der justiziellen Auslegungen des Obersten Volksgerichts siehe Björn Ahl, Justizreformen in China, 2015, S. 173 ff.; ders., Zur Revision des Gesetzgebungsgesetzes der Volksrepublik China, ZChinR 2015, S. 241, 247 ff.; Benjamin Kroymann/Lan XU, in: Binding / Pfeiler / Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, Band 1, 2015, Kapitel 1, Rn. 58; BU Yuanshi, Normenkollisionen und Normenkontrolle in China, RIW 2015, S. 781, 785.

⁹⁸ Zur Bestellung von Bürgschaften nach chinesischem Recht nach dem Sicherheitengesetz siehe u. a. Matthias Geyer (a. a. O. Fn. 29), S. 106, 106 ff.; zur Bestellung dinglicher Sicherheiten nach dem Sachenrechtsgesetz siehe u. a. Tu Changfeng, Secured Transactions, in: BU Yuanshi (Hrsg.), Chinese Business Law, Chapter 7, S. 183 ff.

Ein sonstiges Verbot der Sicherheitenbestellung durch Einpersonengesellschaften für Verbindlichkeiten ihres Gesellschafters enthält das Gesellschaftsgesetz nicht.

D. Fazit

Der Erlass der Sicherheiten-Bestimmungen bedeutet eine erhebliche Liberalisierung der Möglichkeiten grenzüberschreitender Besicherung durch und für chinesische Gesellschaften. Insbesondere die ausländische Finanzierung von Outbound-Investitionen wird durch die neuen Sicherheiten-Bestimmungen erleichtert, indem sie die direkte Teilnahme der chinesischen Gesellschaften an den externen Konzernfinanzierungen weitgehend genehmigungsfrei ermöglicht. Die Besicherung von Verbindlichkeiten einer ausländischen Konzernmutter durch eine chinesische Tochtergesellschaft wird überhaupt erstmalig möglich. Zusammen mit der Lockerung der Genehmigungserfordernisse für Outbound-Investitionen eröffnen sich damit neue Möglichkeiten der Unternehmensfinanzierung im sino-internationalen Kontext.

Ob diese von der Praxis angenommen werden, hängt zum einen an Fragen der praktischen Umsetzung der neuen Sicherheiten-Bestimmungen durch die SAFE sowie der Abstimmung der verschiedenen für Outbound-Investitionen zuständigen Behörden auch im Hinblick auf derzeit teilweise noch in Kraft befindliche, sich widersprechende Vorschriften. Die größte Hürde dürfte aber auf absehbare Zeit weiterhin die Akzeptanz chinesischer Unternehmen als Garantgeber bei internationalen Banken sein, sowohl im Hinblick auf die Verlässlichkeit der Unternehmen als Geschäftspartner, als auch im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit von Forderungen aus ausländischen Garantieverträgen und ggf. entsprechender Gerichtsurteile oder Schiedssprüche gegen Unternehmen in China.

* * *

The Liberalisation of Cross-Border Security under the New SAFE Provisions

With effect as of 1 June 2014, the State Administration of Foreign Exchange (SAFE) released a new set of regulations governing the provision of cross-border security. In line with other recently introduced regulatory changes, the new SAFE provisions facilitate the provision of cross-border credit support by Chinese companies in respect of both offshore investments and obligations of their foreign holding companies. The new SAFE provisions also allow Chinese financial institutions to benefit from guarantees and security provided by offshore companies for loans granted to Chinese companies. The article describes the new SAFE provisions, shows how they relate to other provisions applicable under Chinese law and analyses their practical applicability based on various examples.