

Windrichtung Marktöffnung, Segel nicht gesetzt – Das neue Auslandsinvestitionsgesetz der Volksrepublik China

Marco Otten¹

Abstract

Das am 15. März 2019 verabschiedete Auslandsinvestitionsgesetz der VR China (AusInvG) bildet den Abschluss der Reform des größtenteils aus den 1980ern stammenden Auslandsinvestitionsregimes der VR China. Bereits im Jahr 2015 lag ein erster Entwurf des Handelsministeriums vor. Nachdem dessen Regelungen zum Teil bereits in nationales Recht umgesetzt wurden, folgten im Jahre 2018 und Anfang 2019 zwei weitere, wesentlich schlankere Entwürfe. Das nun inmitten des Handelskonflikts zwischen der VR China und den USA verabschiedete AusInvG enthält dabei zahlreiche Bestimmungen, die auf ein positiveres Marktumfeld für ausländische Investoren hoffen lassen. Es bleibt jedoch derart vage, dass mit Spannung auf die zu erwartenden Durchführungsbestimmungen zu warten ist. Der Beitrag argumentiert, dass der chinesische Gesetzgeber sich durch die noch ausgebliebene Konkretisierung einzelner Materien ein flexibles Rahmenwerk geschaffen hat, um auf zukünftige Herausforderungen in der globalen Wirtschaft reagieren zu können. Gleichzeitig lässt das Gesetz bestimmte Bezüge zum aktuell andauernden Handelskonflikt erkennen.

I. Einleitung

Der Zugang ausländischer Akteure zum chinesischen Markt ist ein sich wiederholender Aspekt auch im aktuell schwebenden Handelskonflikt zwischen der Volksrepublik China (VR China) und den USA.² Die rechtlichen Grundlagen für das aktuell gültige Regime wurden vor 30 bis 40 Jahren gelegt: Das Equity-Joint-Venture-Gesetz (EJV-G),³ das Wholly-Foreign-Owned-Enterprise-Gesetz (WFOE-G)⁴ und das Contractual-Joint-Venture-Gesetz (CJV-G)⁵, prägnant auch als die „Drei Gesetze der Auslandsinvestitionen“⁶ bezeichnet, bilden in Verbindung mit den jeweiligen Ausführungsbestimmungen teils seit Beginn der Reform- und Öffnungsjahre Ende der 1970er Jahre den rechtlichen

Rahmen für ausländische Investitionen in der VR China.

Schon 2015 zeichneten sich erste konkrete Schritte zu einer Vereinheitlichung des aktuellen Rechtsregimes der Behandlung ausländischer Investitionen ab: Der Entwurf eines „Gesetzes der Volksrepublik China für ausländische Investitionen“⁷ des Handelsministeriums sah die Ersetzung des aktuell dreigeteilten Gesetzeswerkes zugunsten einer einzigen Kodifikation vor.

Die demnach bereits seit einiger Zeit geplante Umwälzung des dreigeteilten Systems zugunsten eines einzigen Gesetzes gipfelte – nunmehr inmitten eines Handelskonflikts der VR China mit den USA und der EU – Ende 2018 zunächst in der Vorlage eines ersten Entwurfes des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses für ein „Gesetz der Volksrepublik China über ausländische Investitionen“ (Entwurf 2018).⁸

Noch innerhalb des Zeitraums zur Kommentierung des Entwurfs durch die Öffentlichkeit,⁹ welcher mit

¹ M.A. (Regionalstudien China/Rechtswissenschaften). Der Autor ist Doktorand am Ostasiatischen Seminar der Universität zu Köln bei Prof. Dr. Björn Ahl und wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Rechtsanwaltskanzlei Gerd Schumacher, Köln.

² Hier sei beispielhaft ein Teil des Eintrages des amtierenden US-Präsidenten Donald Trump auf seinem Twitter-Konto vom 14. Mai 2019 zitiert, der die sich hinziehenden Verhandlungen zwischen chinesischer und amerikanischer Seite prägnant darstellt: „We can make a deal with China tomorrow, before their companies start leaving so as not to lose USA business, but the last time we were close they wanted to renegotiate the deal. No way!“ <<https://twitter.com/realdonaldtrump/status/1128251530442940417>> eingesehen am 9.6.2019.

³ Gesetz über gemeinschaftlich betriebene Unternehmen mit chinesisch-ausländischer Kapitalbeteiligung (中外合资经营企业法) vom 1.7.1979, zuletzt geändert am 3.9.2016.

⁴ Gesetz über ausländisch kapitalisierte Unternehmen (外资企业法) vom 12.4.1986, zuletzt geändert am 3.9.2016.

⁵ Gesetz über chinesisch-ausländische kooperativ betriebene Unternehmen (中外合作经营企业法) vom 13.4.1988, zuletzt geändert am 4.11.2017.

⁶ 外资三法.

⁷ Gesetz der Volksrepublik China für ausländische Investitionen (Konsultationsentwurf) (中华人民共和国外国投资法 (草案征求意见稿)) vom Januar 2015. Originaltext und deutsche Übersetzung in ZChinR 2015, S. 285–317.

⁸ Gesetz der Volksrepublik China über ausländische Investitionen (Entwurf) (中华人民共和国外商投资法 (草案) vom 21. Dezember 2018, <<https://npcobserver.files.wordpress.com/2018/12/Foreign-Investment-Law-1st-Draft.pdf>>, eingesehen am 9.6.2019.

⁹ Gemäß § 37 Gesetzgebungsgesetz (Originaltext und deutsche Übersetzung in: ZChinR 2015, S. 259 ff.) sind Gesetzesentwürfe grundsätzlich zu veröffentlichen, „um Ansichten einzuholen“ (征求意见). Die Öffentlichkeit kann die Entwürfe etwa über das Portal unter <http://www.npc.gov.cn/npc/flcazqj/node_8176.htm>, eingesehen am 9.6.2019, kommentieren.

61 Tagen verhältnismäßig lang ausfiel,¹⁰ veröffentlichte der Nationale Volkskongress am 29. Januar 2019 einen zweiten Entwurf des Gesetzes (Entwurf 2019).¹¹ Dies ist insoweit ungewöhnlich, als dass es nach der Veröffentlichung des Entwurfs 2019 noch möglich war, den Entwurf 2018 zu kommentieren. In Ermangelung ausdrücklicher Erklärungen zu den sich überlappenden Zeiträumen zur Kommentierung spricht dies zumindest dafür, dass der Nationale Volkskongress die Verabschiedung des Gesetzes durch Veröffentlichung des Zweitentwurfs beschleunigen wollte.

Den Schlusspunkt der Vereinheitlichungsbemühungen bildete am 15. März 2019 die Verabschiedung des „Gesetzes der Volksrepublik China über ausländische Investitionen“ (AuslInvG).¹² Das Gesetz wird am 1. Januar 2020 in Kraft treten und die drei gegenwärtig gültigen Regelwerke ablösen.¹³ Vor Verabschiedung des Gesetzes gemäß den „Drei Gesetzen der Auslandsinvestitionen“ errichteten Unternehmen wird ein Übergangszeitraum von fünf Jahren gewährt,¹⁴ so dass bei nach der ursprünglichen Rechtslage errichteten Unternehmen jedenfalls kein akuter Handlungsbedarf besteht, das neue Regime in ihrer Organisationsstruktur umzusetzen. Für noch in diesem Jahr zu errichtende Joint-Ventures oder WFOEs stellt sich damit die nicht unerhebliche Frage, ob die Unternehmen noch die Möglichkeiten nutzen wollen, die das ursprüngliche Inbound-Investment-Regime bietet oder ihre Strukturen gleich an das ab dem nächsten Jahr in Kraft tretende AuslInvG anpassen.

Schon die bloßen Zahlen der Gesetzgebungshistorie des AuslInvG zeugen von einer gewissen Dynamik: Das frühere, dreigeteilte Regelwerk umfasste insgesamt 70 Artikel.¹⁵ Der Entwurf aus dem Jahr 2015 zielte durch umfassende Regelungen einzelner Spezialmaterien, wie etwa der Negativlisten oder der Staatssicherheitsprüfung, offensichtlich auf eine ganzheitliche Kodifikation zur Regulierung ausländischer Investitionen in der VR China ab. Im Vergleich zum Ursprungsregime wuchs der Umfang auf 170 Artikel, welche in 11 Kapitel gegliedert waren. Der Entwurf aus dem Jahr 2018 stellte demgegenüber mit lediglich 39 Artikeln eine erhebliche Verschlankung dar. Im zweiten Beratungsentwurf aus dem Januar 2019 wuchs der

Umfang nochmals auf 41 Artikel an. Die schließlich verabschiedete Fassung des AuslInvG weist im Vergleich zum Entwurf aus 2015 „nur“ 42 Artikel auf, welche – seit dem Entwurf aus dem Jahr 2018 unverändert – in 6 Kapitel unterteilt sind.

Anspruch des Beitrags ist es, einen Überblick über das neu erlassene AuslInvG zu schaffen. Der Artikel betrachtet dabei zunächst die nunmehr statuierte Inländerbehandlung des AuslInvG (Abschnitt II), bevor einzelne Teilmaterien des Gesetzes und ihre Entwicklung in der Gesetzgebungshistorie betrachtet werden (Abschnitt III). Zuletzt sollen einzelne Bestimmungen des AuslInvG auf ihren Zusammenhang mit dem Handelsstreit zwischen der VR China und den USA hin untersucht werden (Abschnitt IV.), bevor ein abschließendes Resümee erfolgt (Abschnitt V).

II. Gleichstellung ausländisch investierter Unternehmen

Die auf den ersten Blick bemerkenswerteste Neuerung des nun erlassenen AuslInvG ist zweifellos die Inländerbehandlung¹⁶, welche in § 4 AuslInvG statuiert und auf die im Folgenden im Hinblick auf ihre Bedeutung (1), die Inländerbehandlung „vor der Zulassung“ (2) und die Einschränkung der Inländerbehandlung durch Negativlisten (3) näher eingegangen wird. Außerdem ist zu fragen, welche Auswirkungen die Inländerbehandlung im Hinblick auf bestehende Vorteile ausländischer Investoren gegenüber rein chinesisch investierten Unternehmen hat (4).

An dieser Stelle sei bereits erwähnt, dass § 4 Absatz 4 AuslInvG zusätzlich bestimmt, dass im Falle der Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge zwischen der VR China und einem Drittstaat, die eine günstigere Behandlung als die des AuslInvG vorsehen, eine Behandlung nach Maßgabe des einschlägigen völkerrechtlichen Vertrages zu gewährleisten ist.

Hinsichtlich des zwischen Deutschland und der VR China bestehenden Abkommens über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen¹⁷ lässt sich in Bezug auf die Inländerbehandlung insoweit feststellen, dass das Schutzniveau durch das AuslInvG angehoben wird: Eine Inländergleichbehandlung vor der Zulassung sieht dieses Abkommen nicht vor,¹⁸ weshalb § 4 Absatz 4 AuslInvG für deutsche Unternehmen zum jetzigen Zeitpunkt keine Relevanz entfaltet.

Seit dem EU-China-Gipfel im Februar 2012 ist der Abschluss eines bilateralen Investitionsvertrages zwischen der EU und der VR China avisiert, welcher bis heute nicht zustande gekommen ist. Ob dieser gegenüber dem AuslInvG vorteilhaftere Regelungen enthalten wird, von denen im Rahmen des § 4 Absatz

¹⁰ NPC Observer, NPCSC Solicits Public Comments on Draft Foreign Investment Law, zuletzt aktualisiert am 2.1.2019. <<https://npcobserver.com/2018/12/26/npcsc-solicits-public-comments-on-draft-foreign-investment-law>> eingesehen am 9.6.2019. § 37 Gesetzgebungsgesetz schreibt vor, dass die Mindestzeit der Veröffentlichung 30 Tage beträgt. Die Zeit fiel hier demnach mehr als doppelt so lang aus wie gesetzlich notwendig.

¹¹ Gesetz der Volksrepublik China über ausländische Investitionen (Entwurf) (Zweiter Beratungsentwurf) (中华人民共和国外商投资法 (草案) (二次审议稿)) vom 29.1.2019. Originaltext unter <http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2019-01/29/content_2071221.htm> eingesehen am 9.6.2019.

¹² Gesetz der Volksrepublik China über ausländische Investitionen (中华人民共和国外商投资法) vom 15. März 2019. Im Folgenden: AuslInvG. Abgedruckt in diesem Heft auf S. 144 ff.

¹³ § 42 Absatz 1 AuslInvG.

¹⁴ § 42 Absatz 2 AuslInvG.

¹⁵ Das EJV-G wies 17 Artikel auf, das WFOE-G 25 Artikel und das CJV-G 28 Artikel.

¹⁶ 国民待遇.

¹⁷ Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik China über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, vom 03.08.2005, in Kraft seit dem 11.11.2005, Bundesgesetzblatt 2015 II 17, S. 733 ff.

¹⁸ Vgl. Artikel 2 Absatz 1 Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik China über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen.

4 AusInvG dann auch deutsche Unternehmen profitieren könnten, bleibt abzuwarten.

1. Bedeutung

Welche Folgen hat die nunmehr statuierte Inländerbehandlung?

Konkret bedeutet sie, dass für innerchinesische und ausländische Investitionen grundsätzlich die gleichen Normen gelten: Die Statuierung einer Inländergleichbehandlung bedeutet demnach nicht zwingend, dass ausländische Investoren hierdurch einem vorteilhafteren Regime unterfallen.¹⁹

Die bis dato bestehende Ungleichbehandlung ausländischer Investitionen kommt etwa in § 217 Gesellschaftsgesetz²⁰ zum Ausdruck, wonach auch auf ausländisch investierte GmbHs und AGs die Bestimmungen des Gesellschaftsgesetzes anwendbar sind, diese jedoch zurücktreten, soweit Normen mit spezifischem Zusammenhang zu ausländischen Investitionen bestehen. Dies sind insbesondere das EJV-, CJV- und WFOE-Gesetz nebst den entsprechenden konkretisierenden Bestimmungen, die für inländische Unternehmen keine Bedeutung haben. Nach Inkrafttreten des AusInvG gelten für ausländisch investierte Unternehmen, die nach dem neuen Recht errichtet wurden, die inländischen Bestimmungen des Gesellschaftsgesetzes demnach ohne, dass diese durch die drei Investitionsgesetze verdrängt werden könnten.

Selbiges gilt hinsichtlich der Bestimmungen des Partnerschaftsgesetzes, für im Bezug auf Unternehmen mit ausländischer Beteiligung im Jahr 2009 konkretisierende Bestimmungen durch den Staatsrat erlassen wurden.²¹ Die Bestimmungen des Partnerschaftsgesetzes gelten nach Inkrafttreten des AusInvG grundsätzlich unmittelbar auch für ausländische Unternehmen.

Folge des § 4 AusInvG ist, dass ausländische Investitionen vollständig den vorgenannten und anderen gesetzlichen Bestimmungen unterworfen werden, die die Aktivitäten ausländischer und chinesischer Unternehmen nunmehr gleichermaßen regulieren. Die vormals zu nutzenden Investitionsvehikel – EJV, CJV oder WFOEs – werden spätestens nach Ablauf der fünfjährigen Übergangsphase wegfallen. Die nunmehr kodifizierte Gleichbehandlung wird aus Sicht des Nationalen Volkskongresses auch mit der Schaffung von Marktbedingungen begründet, die durch mehr Transparenz, Vorhersehbarkeit und gerechten Wettbewerb eine insbesondere qualitativ höherwertige Entwicklung des Marktes begünstigen sollen.²²

¹⁹ Siehe hierzu auch unten, Abschnitt II.4.

²⁰ Gesellschaftsgesetz der Volksrepublik China (中华人民共和国公司法) vom 29. Dezember 1993 in der Fassung vom 28. Dezember 2013. Originaltext und deutsche Übersetzung in ZChinR 2014, S. 254 ff.

²¹ Siehe hierzu: LIU Xiaoxiao, Partnerschaftsunternehmen als neues Vehikel für Auslandsinvestitionen in China, in: ZChinR 2010, S. 37–40.

²² WANG Chen (王晨), Erklärung zum „Gesetz der Volksrepublik China über ausländische Investitionen (关于《中华人民共和国外商投资法(草案)》的说明) vom 8. März 2019; <www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2019-03/15/content_2083626.htm> eingesehen am 9.6.2019.

2. Inländerbehandlung „vor der Zulassung“

Die Inländerbehandlung besteht dem Wortlaut des AusInvG nach schon „vor der Zulassung“²³. Bereits in dieser Phase wird ausländischen Investoren nach § 4 Absatz 2 AusInvG eine Behandlung zuteil, die nicht negativ von der Behandlung inländischer Investoren abweichen darf.

Der Terminus „Inländerbehandlung vor der Zulassung“ dürfte bekannter unter dem englischsprachigen Arbeitsbegriff des „Pre-establishment national treatment“ aus dem Bereich internationaler Investitionsabkommen sein. Dabei wird mit verschiedenen Variationen grundsätzlich zwischen der Inländerbehandlung nach der Zulassung und solcher vor der Zulassung unterschieden. Eine Inländerbehandlung nach der Zulassung erlaubt dem sich verpflichtenden Staat etwa, bis zum Zeitpunkt des Markteintritts inländische und ausländische Unternehmen unterschiedlich zu behandeln, etwa besondere Marktzugangsbedingungen für ausländische Unternehmen aufzustellen. Dem Gaststaat verbleibt demnach ein größerer Ermessensspielraum hinsichtlich des Markteintritts ausländischer Unternehmen aus dem Raum des anderen Vertragsstaates. Selbst wenn jedoch eine Inländerbehandlung vor der Zulassung vereinbart ist, kann der Gaststaat sich vorbehalten, diese nur auf einzelne Industriesektoren zu beschränken. Die hier zur Verfügung stehenden Instrumente sind einerseits Positivlisten, andererseits Negativlisten: Während die restriktiveren Positivlisten eine Inländergleichbehandlung nur für einzelne, in den Listen genannte Industriesektoren gewähren, nennen Negativlisten spiegelbildlich nur diejenigen Sektoren, die von einer Gleichbehandlung ausgenommen sind.

Dennoch reduziert eine Inländerbehandlung schon vor der Zulassung erheblich die Kontrollmöglichkeiten des Gaststaates hinsichtlich des Markteintritts von Unternehmen des anderen Vertragsstaates.²⁴

Wie in bilateralen Investitionsverträgen können Rechtsvorschriften auch auf Ebene des nationalen Rechts den Marktzugang beschränken oder deregulieren. Das ursprüngliche Inbound-Investment-Regime sah dabei vor, dass ausländisch investierte Unternehmen vor dem Markteintritt zu genehmigen sind.²⁵ Der Gründung des Unternehmens war insoweit ein Genehmigungserfordernis vorangestellt, welchem inländische Unternehmen nicht unterlagen. Eine Inländerbehandlung vor der Zulassung lag beim ursprünglichen Regime demnach nicht vor.

Im Rahmen der sechsten Runde des U.S.-China Strategic and Economic Dialogue im Juli 2014 verkündete der chinesische Präsident Xi, dass in der Shanghai Free Trade Zone das Modell der Inländerbehandlung vor

²³ 准入前.

²⁴ Siehe hierzu und für einen Überblick über die hier beschriebenen und weitere mögliche Variationen *United Nations Conference on Development and Trade, NATIONAL TREATMENT, UNCTAD Series on issues in international investment agreements 1999*, S. 63 ff.

²⁵ Vgl. § 3 EJV-Gesetz, § 5 CJV-Gesetz, § 6 WFOE-Law.

der Zulassung mit Negativlisten erprobt werde.²⁶ Für ausländisch investierte Unternehmen galt in der Free Trade Zone nun, dass für sämtliche Sektoren, die nicht in den Negativlisten aufgeführt waren die Genehmigungspflicht entfiel. Anstelle der Genehmigungspflicht traten nunmehr bloße Berichtspflichten.²⁷

Das entsprechende Registrierungssystem fand jedoch nicht erst durch das AusInvG Eingang in die nationale chinesische Rechtsordnung: Bereits am 3. September 2016 wurden durch Änderungen der drei Auslandsinvestitionsgesetze die Genehmigungserfordernisse durch bloße Registrierungspflichten ersetzt, soweit diese nicht in Sektoren erfolgen, die durch Negativlisten erfasst sind.²⁸

Das neue AusInvG folgt diesem Modell: Die zuvor in den einzelnen Investitionsgesetzen bestimmten Berichtspflichten treten – insoweit weiterhin – an die Stelle der vorher bestimmten Genehmigungserfordernisse, so dass ausländischen Investoren schon in der Phase vor der Zulassung eine Inländerbehandlung – mit Ausnahme der durch Negativlisten betroffenen Industriesektoren – im gesamten chinesischen Staatsgebiet zugutekommt.

Die seit Längerem schon auf der Ebene bilateraler Investitionsverträge erkennbare Tendenz der VR China, die Inländerbehandlung vor der Zulassung als Standard zu betrachten,²⁹ hat somit nicht erst durch das AusInvG Eingang in die nationale Rechtsordnung gefunden.

3. Einschränkung durch Negativlisten

Die Inländerbehandlung erfährt gleichwohl eine Einschränkung durch Negativlisten.³⁰ Die Listen können für bestimmte Industriesektoren einerseits bestimmen, dass ausländische Investitionen nur beschränkt möglich sind und etwa von der Erfüllung zusätzlicher Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Am intensivsten wirken die Listen dort, wo sie ein Verbot für ausländische Investitionen vorsehen: Die Bereiche sind demnach für ausländische Investoren gesperrt. Soweit ausländische Investitionen inländischen Investitionen gleichgestellt werden sollen, ist festzustellen, dass dies nur für Bereiche gilt, die ausländischen Investoren offenstehen, wie § 4 Absatz 2 AusInvG auch ausdrücklich klarstellt.

²⁶ U.S. Department of Treasury, UPDATED: U.S.-China Joint Fact Sheet Sixth Meeting of the Strategic and Economic Dialogue, Pressemitteilung vom 11. Juli 2014. <<https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/jl2561.aspx>>, eingesehen am 9.6.2019.

²⁷ Siehe hierzu III.2.c.

²⁸ Decision of the Standing Committee of the National People's Congress on Amending Four Laws Including the Law of the People's Republic of China on Foreign-funded Enterprises vom 3. September 2016, in englischer Übersetzung unter <http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4849_0_7.html>, eingesehen am 1.7.2019.

²⁹ Qianwen Zhang, Opening Pre-Establishment National Treatment in International Investment Agreements: An Emerging New Normal in China, in: Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy 2016, S. 462.

³⁰ Das AusInvG spricht insoweit von Inländerbehandlung „plus Negativlisten“ (加负面清单), siehe hierzu unten, Abschnitt III.2.a.

4. Egalisierung bestehender Vorteile gegenüber rein chinesisch investierten Unternehmen?

Eine Gleichbehandlung kann begriffslogisch nicht nur darauf abzielen, bestehende Nachteile ausländischer Unternehmen gegenüber chinesischen Unternehmen auszugleichen, sondern kann grundsätzlich auch umfassen, dass etwaige Vorteile, die ausländisch investierten Unternehmen gegenüber ihren chinesischen Wettbewerbern zugutekommen, abgebaut werden könnten.

Ob die gewährte Inländergleichbehandlung aus Sicht ausländischer Investoren als positiv zu beurteilen ist kann demnach im Sinne einer Kosten-Nutzen-Rechnung nur ermittelt werden, wenn auch betrachtet wird, ob ausländische Investoren Vorteile, die der chinesische Staat ihnen im Gegensatz zu ihren inländischen Wettbewerbern gewährt, verlieren.

Steuerliche Anreize für ausländische Investoren sind im Rahmen der Umstellung der chinesischen Wirtschaft bereits vor mehr als zehn Jahren größtenteils weggefallen.³¹ Indes dürfte die Umstellung der internen Organisationsstruktur ausländischer Unternehmen nach Maßgabe des AusInvG spätestens nach Ablauf der fünfjährigen Übergangszeit Kosten für ausländische Unternehmen bedeuten, die ihre innerchinesischen Wettbewerber nicht zu tragen haben.

Eine davon unabhängige Frage ist hingegen der Einfluss, den die Kommunistische Partei Chinas (KPCh) auf ausländische Unternehmen in der VR China nimmt. So hat der Status als EJV, CJV oder WFOE ausländische Unternehmen oftmals vor einer Einflussnahme der KPCh bewahrt: Die entsprechenden Bestimmungen, wonach in jedem Unternehmen Organisationen der Kommunistischen Partei zu gründen sind, wurden seitens ausländischer Unternehmen lange als eher symbolisch betrachtet.³² Befürchtet wird, dass durch den Wegfall des Sonderstatus nun ein wichtiges – wenngleich von jeher schwaches – Argument, Vertretungen der KPCh aus ausländischen Unternehmen fernzuhalten, entfällt.³³ § 19 Gesellschaftsgesetz, welcher die Einrichtung von Organisationen der Kommunistischen Partei Chinas in Gesellschaften vorsieht, wurde zwar auch zuvor nicht durch entgegenstehende Bestimmungen des ursprünglichen Rechtsregimes verdrängt; in der Praxis wurde jedoch auf die Einrichtung solcher Organisationen in ausländischen Unternehmen und auf die Entfaltung entsprechender Parteiaktivitäten dem Anschein nach in erheblichem Umfang ver-

³¹ Jinyan Li, The Rise and Fall of Chinese Tax Incentives and Implications for International Tax Debates, Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper No. 5/2008, S. 33 f.

³² Martina, Michael, Exclusive: In China, the Party's push for influence inside foreign firms stirs fears, Reuters, 24. August 2017. <<https://www.reuters.com/article/us-china-congress-companies/exclusive-in-china-the-partys-push-for-influence-inside-foreign-firms-stirs-fears-idUSKCN1B40JU>>, eingesehen am 9.6.2019.

³³ China Law Blog, New China Foreign Investment Law: No Good News, Chinalawblog vom 23. April 2019. <<https://www.chinalawblog.com/2019/04/new-china-foreign-investment-law-not-good-news.html>>, eingesehen am 9.6.2019.

zichtet. Ein dahingehender Paradigmenwechsel aufgrund des AuslInvG kann dessen Wortlaut jedoch nicht entnommen werden.

Inwieweit derartige Entwicklungen tatsächlich eintreten, bleibt daher abzuwarten. Auch lässt der Wortlaut des § 4 Absatz 1 AuslInvG eine Besserbehandlung ausländischer Investoren weiterhin durchaus zu: Die Behandlung darf nur nicht unter den Standard der Behandlung inländischer Unternehmen fallen.³⁴ Festzuhalten bleibt insoweit, dass es dem chinesischen Gesetzgeber auch nach Erlass des AuslInvG weiter unbenommen bleibt, ausländische Unternehmen besser zu stellen als ihre inländischen Wettbewerber.

III. Kaum operative Regelungen, mehr Prinzipien

Die eingangs beschriebenen Schwankungen hinsichtlich des Umfangs des nun verabschiedeten Gesetzes im Vergleich zum Entwurf aus dem Jahr 2015 lassen bereits erahnen, dass zumindest teilweise ausfüllungsbedürftige Bestimmungen an die Stelle konkreter Regelungen getreten sind. Wie im Folgenden gezeigt wird, erfolgten die Einsparungen vor allem zu Lasten von Regelungskomplexen, die im Entwurf aus dem Jahr 2015 noch eine erheblich detailliertere Ausführung erhalten hatten. Namentlich handelt es sich hierbei um den Begriff der ausländischen Investition (1) und die Investitionssteuerung (2).

1. Begriff der ausländischen Investition

Anknüpfungspunkt für die Anwendung des AuslInvG ist das Vorliegen einer ausländischen Investition innerhalb des Territoriums der VR China.³⁵ Die Weite der Definition der ausländischen Investition ist demnach maßgeblich dafür, welche Rechtssubjekte den Bestimmungen des Gesetzes unterfallen. Welche Bedeutung diese Definition für die Praxis ausländischer Investitionen und insbesondere bestimmte in der Vergangenheit genutzte Investitionsformen hat, lässt sich gut in einem Vergleich des AuslInvG mit den Vorentwürfen ersehen.

a. Entwurf 2015

Im Entwurf aus dem Jahr 2015 war das zweite Kapitel mit den §§ 11 bis 19 für diese entscheidenden Normen vorgesehen. Definiert wurden der Begriff des ausländischen Investors,³⁶ des Unternehmens mit ausländischer Beteiligung³⁷ sowie der ausländischen Investition.³⁸ Bemerkenswert war insoweit, dass auch Unternehmen mit geringen Beteiligungen ausländischer Investoren dem Gesetz nach dem Entwurf unterfielen.³⁹ Im Fokus stand bei der Bestimmung darüber, ob ein Rechtssubjekt als ausländisch dem Gesetz unter-

fallen sollte, das Konzept der tatsächlichen Kontrolle,⁴⁰ welches in § 18 des Entwurfs legaldefiniert wurde: Einerseits wurde diese bei Inhaberschaft von über der Hälfte der Anteile, Anteilsrechte, Vermögensanteilen, Mitbestimmungsrechte oder anderen Rechtsinteressen angenommen.⁴¹ Andererseits ging das Gesetz auch vom Bestehen einer Kontrolle aus, wenn keine Inhaberschaft über fünfzig Prozent der betreffenden Rechte vorlag, aber etwa der ausländische Investor das Recht hatte, zumindest die Hälfte des Entscheidungsorgans des Unternehmens zu bestimmen,⁴² sicherstellen konnte, dass die von ihm nominierten Personen mindestens die Hälfte der Stellen im Entscheidungsorgan innehaben⁴³ oder falls durch Vertrag oder Treuhand entscheidender Einfluss auf das Unternehmen ausgeübt werden kann.⁴⁴

b. VIEs im Entwurf 2015

Das Kriterium der vertraglichen Kontrolle über ein Unternehmen führt auch nach § 15 Absatz 1 Ziff. 6 Entwurf 2015 dazu, dass das betreffende Unternehmen als ausländische Investition betrachtet wird.

Die betreffenden Stellen beziehen sich dabei mehr oder weniger offensichtlich auf die sog. „Variable Interest Entities“ (VIEs). Bei VIEs handelt es sich – sehr vereinfacht – um nach chinesischem Recht gegründete Gesellschaften, die zwar im Eigentum eines chinesischen Inländers stehen, deren tatsächliche Kontrolle jedoch durch verschiedene Vertragskonstruktionen ausländische Unternehmen innehaben.⁴⁵ Grund für diese Konstruktion ist die Tatsache, dass so durch ausländische Investoren in Bereiche investiert werden kann, die nach den Regeln des Marktzugangs – insbesondere der Negativlisten – für Ausländer eigentlich verschlossen sind.⁴⁶

Der Entwurf 2015 zog nun explizit auch die Ausübung der Kontrolle durch Verträge als Kriterium für die Einstufung als ausländische Investition heran. Diese rechtlich seit jeher fragwürdige Konstruktion sah sich durch den Entwurf demnach einem expliziten Verbot ausgesetzt,⁴⁷ zumindest soweit, als dass

⁴⁰ 实际控制. Siehe insoweit auch: Claus Luttermann, „Rechtsreform für ausländische Investitionen in China – Auf dem Weg zum einheitlichen „Foreign Investment Law“, in: NWB Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht IWB 2015, S. 187 f., sowie *Ministry of Commerce*, 关于《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》的说明, vom 19.1.2015. <<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/as/201501/20150100871010.shtml>>, dort S. 4, eingesehen am 9.6.2019.

⁴¹ § 18 Ziff. 1 Entwurf 2015.

⁴² § 18 Ziff. 2 1 Entwurf 2015.

⁴³ § 18 Ziff. 2 2 Entwurf 2015.

⁴⁴ § 18 Ziff. 2 3 Entwurf 2015.

⁴⁵ Christian Atzler/Kai Schlender/Rebecka Zinser, Der Entwurf für ein „Gesetz der Volksrepublik China für ausländische Investitionen“, ZChinR 2015, S. 254.

⁴⁶ Christian Atzler/Kai Schlender, „Vis à VIE“ – Ein Überblick über das Investitionsmodell der Variable Interest Entities, ZChinR 2016, S. 91 f.

⁴⁷ So auch die eindeutige Ansicht des gegenüber VIEs seit jeher kritischen *China Law Blog*, China VIEs Are Dead. Done. Over. Stick A Fork In Them., vom 22. Januar 2015. <<https://www.chinalawblog.com/2015/01/china-vies-are-dead-done-over-stick-a-fork-in-them.html>>, eingesehen am 9.6.2019.

³⁴ 不低于本国投资者及其投资的待遇.

³⁵ § 2 AuslInvG.

³⁶ § 11 Entwurf 2015.

³⁷ § 14 Entwurf 2015.

³⁸ § 15 Entwurf 2015.

³⁹ Vgl. § 14 Entwurf 2015.

das rein chinesisch investierte Unternehmen, welches durch Vertragsgestaltungen von einem ausländischen Investor kontrolliert wird, in einem Industriesektor angesiedelt ist, welcher von einem Verbot für ausländische Investition erfasst wurde.

c. Spätere Entwürfe und verabschiedetes Ausl-InvG

In den nun folgenden Entwürfen wurde das zweite Kapitel des Entwurfs 2015 radikal verschlankt: Aus dem Kapitel wurde ein Paragraph, namentlich § 2.⁴⁸

Der erste Entwurf des nun verabschiedeten Gesetzes aus 2018 statuierte zunächst grundsätzlich die Anwendbarkeit des Gesetzes, soweit eine ausländische Investition⁴⁹ vorliegt.⁵⁰ Umfasst waren demnach natürliche Personen, Unternehmen oder andere Organisationen, die in China direkte oder indirekte Investitionstätigkeiten durchführten und einen der in § 2 Absatz 2 Ziff. 1–3 genannten Tatbestände erfüllten. Dies war zunächst die alleinige oder gemeinsame Investition in ein neues Projekt, die Gründung eines ausländisch investierten Unternehmens oder die Erhöhung einer Investition.⁵¹ Des Weiteren wurde als ausländische Investition nach dem Entwurf 2018 die Erlangung von Aktien, Gesellschaftsanteilen, Vermögen oder anderen rechtlichen Interessen betrachtet.⁵² Zuletzt war das Gesetz dem Entwurf nach – im Sinne eines Auffangtatbestands – auch auf solche Investitionen anzuwenden, die durch Gesetz, Verwaltungsrechtsnorm oder den Staatsrat als solche definiert waren.⁵³

Im zweiten Entwurf des Gesetzes wurde der Paragraph nochmals angepasst: Aus der Definition heraus fielen Kapitalerhöhungen.⁵⁴ § 2 Absatz 2 Ziff. 2 des Entwurfes wurde dahingehend geändert, dass nicht nur die Erlangung von Aktien, Gesellschaftsanteilen, Vermögen oder sonstigen Rechten, dem Gesetz unterfiel, sondern grundsätzlich jegliche Form der Übernahme der Inhaberschaft vorgenannter Rechte.

Im letztlich verabschiedeten Gesetz finden sich demnach vier Tatbestandsmerkmale, die zu der Einstufung einer Investition als ausländische Investition führen: Zunächst die alleinige oder gemeinsame Errichtung eines ausländisch investierten Unternehmens,⁵⁵ welches nach der Legaldefinition in § 2 Absatz 3 Ausl-InvG ein Unternehmen bezeichnet, welches vollständig oder zum Teil von ausländischen Investoren investiert wurde und gemäß dem chinesischen Recht durch Eintragung und Registrierung innerhalb des chinesischen Gebietes errichtet wurde. Soweit hier von einer Teilinvestition die Rede ist, ist nochmals zu unterstreichen,

dass nach dem derzeitigen, nicht näher konkretisierten Gesetzeswortlaut eine Untergrenze, etwa für die vom ausländischen Investor gehaltenen Anteile an einer GmbH, nicht besteht. Dem Gesetz unterfallen weiter der Erwerb von Aktien, Gesellschaftsanteilen, Vermögensanteilen oder ähnlichen Rechten.⁵⁶ Als dritten Tatbestand nennt das Gesetz die alleinige oder gemeinsame Investition in ein neu errichtetes Projekt innerhalb Chinas.⁵⁷ Zuletzt bleibt auch der Auffangtatbestand bestehen, wonach auch durch Gesetz, Verwaltungsrechtsnormen oder den Staatsrat bestimmte Investitionen dem Anwendungsbereich des Gesetzes unterfallen.⁵⁸ Bemerkenswert ist insoweit, dass das AuslInvG keine Untergrenze dafür enthält, ab wann ein ausländisch investiertes Unternehmen den Bestimmungen unterfällt: So könnten – in Anbetracht des derzeitigen Fehlens konkretisierender Bestimmungen – auch geringe Anteile, die an chinesischen Unternehmen von ausländischen Investoren gehalten werden, dazu führen, dass das Unternehmen in den Anwendungsbereich des AuslInvG fällt.

d. Folgen für VIEs

Es lässt sich festhalten, dass im verabschiedeten AuslInvG das Konzept der tatsächlichen Kontrolle dem Wortlaut nach nicht mehr enthalten ist. Diese potentiell weitreichende Entscheidung des chinesischen Gesetzgebers wird jedoch durch den Auffangtatbestand in § 2 Absatz 2 Ziff. 4 AuslInvG relativiert. Wenn das nun verabschiedete Gesetz im Hinblick auf VIEs zunächst unbedenklicher erscheint, als der Entwurf aus dem Jahr 2015, bleibt es den normsetzenden Organen unbenommen, sowohl das Konzept der tatsächlichen Kontrolle als auch vertragliche Kontrollmechanismen ausländischer Investoren in (rein) chinesischen Unternehmen zum Maßstab für die Einstufung unternehmerischer Investitionen als ausländische Investition zu erheben.

Ob es tatsächlich zu einem Einbezug der VIEs unter die Vorschriften des AuslInvG kommt, lässt sich momentan freilich nicht mit Sicherheit sagen. Für einen Einbezug spricht, dass Bestimmungen aus dem Entwurf 2015 seit der Veröffentlichung des Entwurfs mehrfach in national geltendes Recht überführt worden.⁵⁹ Eine nachträgliche Regulierung von Investitionsformen, die anfangs nicht durch das Inbound-Investment-Regime erfasst waren, wäre zudem kein neues Phänomen im Recht der ausländischen Investitionen in China: Schon nach Erlass des EJV-Gesetzes 1979 nutzten vor allem Investoren aus Taiwan und Hongkong vertragliche Konstruktionen, um die vergleichsweise strengen Bestimmungen des EJV-Gesetzes zu umgehen, bis der chinesische Gesetzgeber 1988 das

⁴⁸ Die Nummerierung des Paragraphen blieb in den beiden Entwürfen aus 2018 und 2019 sowie im schließlich verabschiedeten Gesetz identisch.

⁴⁹ 外商投资.

⁵⁰ § 2 Absatz 1 Entwurf 2018.

⁵¹ § 2 Absatz 2 Ziff. 1 Entwurf 2018.

⁵² § 2 Absatz 2 Ziff. 2 Entwurf 2018.

⁵³ § 2 Absatz 2 Ziff. 3 Entwurf 2018.

⁵⁴ Vgl. § 2 Absatz 2 Ziff. 1 Entwurf 2018 und § 2 Absatz 2 Ziff. 1 Entwurf 2019.

⁵⁵ § 2 Absatz 2 Ziff. 1 AuslInvG.

⁵⁶ § 2 Absatz 2 Ziff. 2 AuslInvG.

⁵⁷ § 2 Absatz 2 Ziff. 3 AuslInvG.

⁵⁸ § 2 Absatz 2 Ziff. 4 AuslInvG.

⁵⁹ Dies gilt namentlich für die Negativlisten, s. hierzu unten, Abschnitt 2.a.

CJV-Gesetz erließ um auch diese Kooperationsformen als ausländische Investition zu erfassen.⁶⁰

Indes folgte dem Erlass des CJV-Gesetzes nicht das Ende von Contractual-Joint-Ventures: Diese wurden vielmehr legalisiert. Dass ein nachträglicher Einbezug ausländischer Investitionen in den Bereich des Inbound-Investment-Regimes nicht das Ende eines ausländisch investierten Unternehmens in China bedeutet, zeigt ein weiteres Beispiel: Der französische Einzel- und Großhandelsunternehmen *Carrefour* eröffnete bereits 1995 seinen erste Verkaufsstätte in China – entgegen den damals noch sehr strikten nationale Regeln im Bereich des Binnenhandels in Absprache mit lokalen Regierungen.⁶¹ Eine ausdrückliche Legalisierung der Aktivitäten erfolgte erst 2004,⁶² bis dahin wurden die Aktivitäten schlicht geduldet. Es finden sich jedoch auch Argumente für eine Beibehaltung des Status-Quo, also der Duldung der VIEs als nicht vom Inbound-Investment-Regime Chinas erfasst. Die Konstruktionen diene zwar offensichtlich der Umgehung geltenden chinesischen Rechts, jedoch sind VIEs bedeutender Bestandteil der chinesischen Wirtschaft:⁶³ Beispielhaft sei hier eines der führenden Internet-Unternehmen, *Alibaba*, genannt, welches sich der VIE-Konstruktion bedient. Weitere Beispiele aus diesem Industriesektor sind *Sina* und *Tudou*.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Frage, ob VIEs – mit potentiell weitreichenden Folgen – dem Anwendungsbereich des AusInvG unterworfen werden, derzeit nicht mit Sicherheit zu beantworten ist. Naheliegend wäre insoweit, dass das Konzept der Kontrolle aus dem Entwurf 2015 durch konkretisierende Bestimmungen des Staatsrates oder seiner Abteilungen in Zukunft doch implementiert wird. Das Ob und Wie der Erfassung bleibt bis zum Erlass konkretisierender Regelungen jedoch eine offene Frage.⁶⁴ Stärkstes Argument für die Beibehaltung des Status quo ist indes die enorme wirtschaftliche Relevanz, die einzelne VIEs für die chinesische Volkswirtschaft besitzen. An einer Regulierung, die de facto dazu führen würde, bedeutende VIEs von Finanzströmen aus dem Ausland zu trennen, kann dem chinesischen Gesetzgeber aus diesem Gesichtspunkt nicht gelegen sein.

⁶⁰ Lutz-Christian Wolff, Das internationale Wirtschaftsrecht der VR China – Eine Einführung in Grundlagen und Praxis des China-Geschäfts, Frankfurt am Main, 2. Auflage 2005, S. 153.

⁶¹ Ling Zhang, Wei, Dennis Yehua Wei, Foreign Hypermarket Retailers in China, Spatial Penetration, Local Embeddedness, And Structural Paradox, in: Geographical Review 105 (4), October 2015, S. 528–550, 532 f.

⁶² Lutz-Christian Wolff (Fn. 60), S. 170 f.

⁶³ China Accounting Blog, VIEs in the new foreign investment law, 14. März 2019. Online verfügbar unter: <<https://www.chinaaccountingblog.com/weblog/vies-in-the-new-foreign.html>>, eingesehen am 9.6.2019.

⁶⁴ Tatsächlich sah die Erklärung zum Entwurf aus 2015 (Fn. 110) drei Möglichkeiten der Regulierung von VIEs vor, vgl. insoweit *Christian Atzler/Kai Schlender/Rebecka Zinser* (Fn. 45), Der Entwurf für ein „Gesetz der Volksrepublik China für ausländische Investitionen“, ZChinR 2015, S. 254.

2. Investitionssteuerung

Wie im Folgenden gezeigt wird, beschränkten sich die Streichungen des im ausführlichen Entwurf des AusInvG aus dem Jahr 2015 nicht allein auf den Bereich der Definition der ausländischen Investition. Insbesondere im Bereich der Investitionssteuerung kam es ebenfalls zu erheblichen Kürzungen der Inhalte hinsichtlich der Steuerung des Marktzugangs (a), der staatlichen Sicherheitsüberprüfung (b) sowie der Berichts- und Informationspflichten ausländischer Investoren (c).

a. Steuerung des Marktzugangs

Schon im Entwurf des AusInvG aus dem Jahr 2018 wurden die vergleichsweise ausdifferenzierten Regelungen zur Steuerung des Marktzugangs des Entwurfs aus 2015 auf vier Paragraphen reduziert: § 27 des Entwurfs aus 2018 erhielt das Grundkonzept der Negativlisten, unterteilt in verbotene und beschränkte Sektoren, und ordnete bei Investitionen in Sektoren außerhalb der Negativlisten eine einheitliche Behandlung von In- und Ausländern an. Die zuvor detaillierten Regelungen zur Beantragung einer Zugangsgenehmigung der §§ 27 ff. des Entwurfs aus 2015 beschränkten sich im Entwurf 2018 auf § 29, wonach für ausländische Investitionen in beschränkten Bereichen eine Erlaubnis zu beantragen war.⁶⁵ In Abwesenheit anderslautender Gesetze oder Verwaltungsrechtsbestimmungen galt bei der Erteilung der Erlaubnis eine Gleichbehandlung von in- und ausländischen Investitionen.⁶⁶ Daneben sah der Paragraph vor, dass bei Zuständigkeit zweier Abteilungen innerhalb der zuständigen Behörde eine Abteilung zu bestimmen war, die über den Erlaubnis Antrag entschied.⁶⁷ Für den Fall der Zuständigkeit zweier Behörden war eine etwa durch Datenaustausch intensivierte, gemeinsame Behandlung des Antrags vorgesehen.⁶⁸

Im zweiten Entwurf aus 2019 erfolgte eine Streichung derjenigen Teile der Bestimmung, die die verwaltungsinternen Zuständigkeiten vorsahen und diese – potentiell – hätten reduzieren können. Im Übrigen wurde der Inhalt aus dem ersten Entwurf – trotz leichter Veränderungen im Satzbau – beibehalten⁶⁹ und fand wortgleich Eingang in § 30 des schließlich verabschiedeten AusInvG. Demnach sind in Bereichen, für die die Negativliste über die Zulassung ausländischer Investitionen ein Investitionsverbot bestimmt, ausländische Investitionen ausgeschlossen, § 30 Absatz 1 AusInvG. In Bereichen, für die die Negativliste über die Zulassung ausländischer Investitionen Investitionsbeschränkungen bestimmt, müssen ausländische Investoren bei der Vornahme von Investitionen die in der Negativliste bestimmten Voraussetzungen erfüllen, § 30 Absatz 2 AusInvG. Im Übrigen gilt die – bereits in § 4 AusInvG

⁶⁵ § 29 Absatz 1 Entwurf 2018.

⁶⁶ § 29 Absatz 2 Entwurf 2018.

⁶⁷ § 29 Absatz 3 Satz 1 Entwurf 2018.

⁶⁸ § 29 Absatz 3 Satz 2 Entwurf 2018.

⁶⁹ Vgl. § 29 Absatz 1, 2 Entwurf 2018 und § 29 Entwurf 2019.

statuierte – Inländergleichbehandlung, § 30 Absatz 3 AuslInvG.

Im Entwurf zum AuslInvG aus dem Jahr 2015 wurden der Steuerung des Marktzugangs anhand von Investitionskatalogen in den §§ 20 bis 47 insgesamt 27 Paragraphen gewidmet.⁷⁰

Der Entwurf sah vor, dass der Staatsrat⁷¹ für die Erstellung von Katalogen zuständig war, welche Durchführungsverbote⁷² oder Durchführungsbeschränkungen⁷³ enthalten sollten,⁷⁴ welche auch unter dem Begriff „Negativlisten“⁷⁵ bekannt sind. Im Übrigen sah der Entwurf aus 2015 vor, dass ausländische Investoren inländischen Unternehmen gleichgestellt werden.⁷⁶

Auf nationaler Ebene war die vorgesehene Reduzierung der Investitionskataloge auf solche mit Durchführungsverboten und Durchführungsbeschränkungen zu diesem Zeitpunkt neu: Die Konzeption der Investitionskataloge anhand von Negativlisten – also Katalogen, die Investitionen in bestimmten Sektoren verboten bzw. beschränkten, im Übrigen aber in nicht genannten Sektoren grundsätzlich eine Gleichbehandlung inländischer und ausländischer Investoren vorsahen – wurde zwar bereits 2013 in der Shanghai Free Trade Zone umgesetzt.⁷⁷ Im Übrigen wurden Investitionskataloge jedoch weiterhin anhand der bereits im Jahr 2002 kodifizierten Bestimmungen des Staatsrates in die Kategorien „gefördert“⁷⁸, „gestattet“⁷⁹, „beschränkt“⁸⁰ sowie „verboten“⁸¹ eingeteilt.⁸²

Ausländische Investitionen in Sektoren, die einem Durchführungsverbot unterlagen, waren nach dem Entwurf 2015 regelmäßig⁸³ verboten.⁸⁴ Sollte die vorzunehmende ausländische Investition hingegen in einen Sektor erfolgen, der im Katalog für Durchführungsbeschränkungen genannt wurde, waren hierfür zunächst

die entsprechenden Voraussetzungen⁸⁵ in dem betreffenden Investitionskatalog zu erfüllen.⁸⁶ Vorgesehen war sodann die Beantragung einer Zugangserlaubnis.⁸⁷

Zwischenzeitlich, das heißt nach Veröffentlichung des Entwurfes aus 2015, jedoch noch vor Veröffentlichung des Entwurfes 2018, machte das Handelsministerium am 28. Juli 2018 neue „Besondere Maßnahmen für den Zugang ausländischer Investitionen (Negativlisten)“⁸⁸ bekannt, die nunmehr auch dem Muster von Durchführungsverboten und Durchführungsbeschränkungen folgten.

Auch insoweit folgt das AuslInvG bereits landesweit etablierten Mustern.

Selbst soweit man die Inländerbehandlung aus Sicht ausländischer Investoren als begrüßenswert bewerten will,⁸⁹ dürfte somit wie zuvor entscheidend sein, inwieweit zukünftige Negativlisten Investitionshemmnisse für ausländische Investitionen reduzieren.

Erwähnenswert bleibt insoweit, dass auch für ausländische Investoren die Bestimmungen des Antimonopolgesetzes Geltung haben, § 33 AuslInvG, und insoweit eine den Marktzugang beschränkende Wirkung entfalten können. Auch die gesonderte Regelung für den Finanzbereich, der gemäß § 41 AuslInvG weiterhin vorrangigen Spezialvorschriften unterliegt, bildet für diesen Sektor eine im Vergleich intensivierte Beschränkung des Marktzugangs.

b. Staatliche Sicherheitsprüfung

Neben die zuvor gegenständlichen Negativlisten tritt im Hinblick auf die Regulierung ausländischer Investitionen in der VR China in Form der staatlichen Sicherheitsprüfung⁹⁰ ein weiterer Mechanismus, der den Zugang zum chinesischen Markt reguliert.

Im ersten Entwurf aus 2018 ist die staatliche Sicherheitsprüfung lediglich Gegenstand des § 33, welcher eine kurze Definition derjenigen Investitionen enthält, die der staatlichen Sicherheitsprüfung unterfallen.⁹¹ Dies sind solche Investitionen, die die staatliche Sicherheit tatsächlich oder potentiell gefährden.⁹² Weiter wird hierzu bestimmt, dass keine Rechtsmittel gegen die Entscheidung gegeben sind.⁹³ Die Bestimmung, welche im zweiten Entwurf aus 2019 in § 34 übernommen wurde, ist mit übereinstimmendem Wortlaut in § 35 des schließlich verabschiedeten AuslInvG enthalten. Die hier nur auf ausländische Investitionen zu beziehende staatliche Sicherheitsüberprüfung stellt in-

⁷⁰ Der Marktzugang wird neben den hier gegenständlichen Bestimmungen durch die nationale Sicherheitsprüfung beschränkt, welche im nächsten Abschnitt dargestellt wird.

⁷¹ § 23 Absatz 1 Entwurf 2015.

⁷² 禁止实施.

⁷³ 限制实施.

⁷⁴ §§ 23, 25 (Durchführungsverbote) bzw. 26 (Durchführungsbeschränkungen) Entwurf 2015.

⁷⁵ 负面清单.

⁷⁶ Christian Atzler/Kai Schlender/Rebecka Zinser (Fn. 45), Der Entwurf für ein „Gesetz der Volksrepublik China für ausländische Investitionen“, ZChinR 2015, S. 254.

⁷⁷ Spezielle Verwaltungsmaßnahmen der Shanghai Free Trade Zone der Volksrepublik China (Shanghai) für den Zugang ausländischer Investoren (Negativliste) (中国 (上海) 自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施 (负面清单) (2013 年)) vom 29. September 2013. Originaltext unter <<http://www.shanghai-free-trade-zone.org/a/zimaoqudongtai/zuixindongtai/2013/0930/151.html>>, eingesehen am 9.6.2019.

⁷⁸ 鼓励.

⁷⁹ 允许.

⁸⁰ 限制.

⁸¹ 禁止.

⁸² § 4 Bestimmungen zur Lenkung ausländischer Investitionen (指导外商投资方向规定) vom 11. Februar 2002. Originaltext unter <http://www.fdi.gov.cn/1800000121_23_67453_0_7.html>, eingesehen am 9.6.2019.

⁸³ Eine Ausnahme war lediglich für den Fall vorgesehen, dass der Staatsrat abweichende Bestimmungen traf, § 25 Absatz 2 Entwurf 2015.

⁸⁴ § 26 Absatz 1 Entwurf 2015.

⁸⁵ Denkbar sind in diesem Zusammenhang etwa bestimmte Beteiligungsquoten chinesischer Partner in einem Joint-Venture, s. Dominic Köstner, Die Auswirkungen der neuen Negativlisten auf Inbound-Investitionen in der Automobilindustrie, ZChinR 2018, S. 241 ff, 241.

⁸⁶ § 26 Absatz 2 Entwurf 2015.

⁸⁷ § 27 Absatz 2 Entwurf 2015.

⁸⁸ 外商投资准入特别管理措施 (负面清单) .

⁸⁹ Siehe hierzu oben, Kapitel II.

⁹⁰ 国家安全审查.

⁹¹ § 33 Absatz 1 Entwurf 2018.

⁹² 影响或者可能影响国家安全.

⁹³ § 33 Absatz 2 Entwurf 2018.

soweit eine wichtige Ausnahme vom Grundsatz der Inländerbehandlung dar.

Wie die Materie der Zugangsbeschränkungen durch Negativlisten war auch die staatliche Sicherheitsprüfung im Entwurf aus dem Jahr 2015 mit insgesamt 26 Paragraphen vergleichsweise ausführlich kodifiziert. Die §§ 48 bis 74 des vierten Abschnittes des Entwurfs 2015 fungierten dabei – anders als die Negativlisten – nicht als Investitionsbeschränkung in Bezug auf einzelne Sektoren, sondern regulierten ausländische Investitionen unabhängig vom betroffenen Sektor, wenn diese tatsächlich oder potentiell die staatliche Sicherheit gefährdeten.⁹⁴ Die Sicherheitsprüfung ging dabei der Prüfung für ausländische Investitionen in Sektoren mit Durchführungsbeschränkung vor: § 34 Entwurf 2015 bestimmte diesbezüglich, dass bei einer Prüfung für ausländische Investitionen in einen Sektor, der unter die Negativlisten fällt, auszusetzen ist, wenn während dieser Prüfung festgestellt wird, dass die Investition eine tatsächliche oder potentielle Gefahr für die staatliche Sicherheit darstellt.⁹⁵

Die §§ 50 ff. des Entwurfes aus 2015 regelten das für die staatliche Sicherheitsprüfung notwendige Verfahren, welches auf Antrag des ausländischen Investors beim Staatsrat durchgeführt⁹⁶ oder von Amts wegen eingeleitet werden konnte.⁹⁷ Auch konnten Wettbewerber und Industrieverbände den Antrag auf Einleitung der Sicherheitsüberprüfung stellen.⁹⁸ Faktoren für die Entscheidung in der Sicherheitsüberprüfung waren in § 57 des Entwurfes aus 2015 – nicht enumerativ – aufgezählt. Nach Abschluss der Sicherheitsüberprüfung erging demnach eine Entscheidung, die die Zulassung, die Zulassung unter Auflagen oder die Nicht-Zulassung der avisierten ausländischen Investition bestimmen kann.⁹⁹

Unklar ist das Verhältnis der nun kodifizierten Staatssicherheitsprüfung und bereits bestehenden Regularien, die ebenfalls der Aufrechterhaltung der staatlichen Sicherheit dienen: Vor 2011 fanden sich allenfalls vereinzelte Bestimmungen, die eine nationale Sicherheitsüberprüfung implizierten, so etwa in § 31 Antimonopolgesetz.¹⁰⁰ Den Beginn eines umfassenderen Ansatzes bildeten Mitteilungen des Staatsrates¹⁰¹ und des Handelsministeriums¹⁰² aus dem Jahr 2011. In

Bezug auf ausländische Investitionen trat 2015 namentlich § 59 des Staatssicherheitsgesetzes¹⁰³ hinzu, welcher statuiert, dass ausländische Investitionen in Schlüssel- und Internettechnologien, aber auch in allen anderen die Staatssicherheit betreffenden Bereichen einer Sicherheitsprüfung zu unterziehen sind. Zuletzt wurde mit dem Cybersicherheitsgesetz¹⁰⁴, welches seit dem 1. Juni 2017 in Kraft ist,¹⁰⁵ ein weiterer Baustein in der Konstruktion der staatlichen Sicherheitsprüfung hinzugefügt: § 35 Cybersicherheitsgesetz bestimmt, das beim Kauf von Netzwerkprodukten oder Netzwerkdienstleistungen in Schlüsselbereichen der Infrastruktur eine staatliche Sicherheitsprüfung durch die staatliche Internetbehörden und die entsprechenden Abteilungen des Staatsrats zu erfolgen hat.

Das im AusInvG statuierte Prinzip der Inländergleichbehandlung lässt den Schluss zu, dass die vorgenannten Staatssicherheitsbestimmungen direkt auch für ausländische Investitionen anzuwenden sind: Insofern besteht eine vergleichsweise hohe Schwelle für die Durchführung einer staatlichen Sicherheitsprüfung, welche grundsätzlich ab einer fünfzigprozentigen Beteiligung möglich ist.¹⁰⁶

Der Mechanismus kann in seiner derzeitigen Form aus Sicht des Schutzes der nationalen Sicherheit als ineffektiv bezeichnet werden: Schon die uneindeutige Zuteilung der Kompetenzen im bestehenden Sicherheitsprüfungsregime führt zu erheblichen Komplikationen beim Vollzug.¹⁰⁷ Zudem besteht keine Beschränkung auf tatsächlich sensible Sektoren: Vielmehr führt die Schwelle von fünfzig Prozent dazu, dass in sensiblen Sektoren, in denen eine unter fünfzigprozentige Beteiligung besteht keine Prüfung stattfindet. Insofern wird dem System erheblich mangelhafte Ressourcenallokation attestiert: Die vorhandenen Kapazitäten werden einerseits auf sämtliche Bereiche – außerhalb der Negativlisten – gestreut, soweit eine über fünfzigprozentige Beteiligung besteht. Sollte hingegen eine Investition in Form einer unter fünfzigprozentigen Beteiligung in einem tatsächlich sensiblen Bereich vorliegen, wird diese durch das bestehende System nicht erfasst.¹⁰⁸ Aus Sicht ausländischer Investoren besteht in der staatlichen Sicherheitsprüfung daher ein im

⁹⁴ § 48 Entwurf 2015.

⁹⁵ § 34 Entwurf 2015.

⁹⁶ § 50 Entwurf 2015.

⁹⁷ § 55 Absatz 1 Entwurf 2015.

⁹⁸ § 55 Absatz 2 Entwurf 2015.

⁹⁹ § 58 Entwurf 2015.

¹⁰⁰ Antimonopolgesetz der Volksrepublik China (中华人民共和国反垄断法) vom 30. August 2007, Originaltext und deutsche Übersetzung in: ZChinR 2007, S. 307 ff.

¹⁰¹ Mitteilung des Büros des Staatsrates über die Errichtung eines Systems zur Sicherheitsprüfung von ausländischen Investoren bei Fusionen mit nationalen Unternehmen (国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知) vom 3. Februar 2011. Originaltext unter <http://www.gov.cn/zwggk/2011-02/12/content_1802467.htm>, eingesehen am 9.6.2019.

¹⁰² Bestimmungen des Handelsministeriums zur Implementierung des Systems der Sicherheitsprüfung von ausländischen Investoren bei Fusionen mit nationalen Unternehmen (商务部实施外国投资者

并购境内企业安全审查制度的规定) vom 25. August 2011. Originaltext unter <<http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/b/c/201108/20110807713530.html>>, eingesehen am 9.6.2019.

¹⁰³ Gesetz der Volksrepublik China über die nationale Sicherheit (中华人民共和国国家安全法) vom 1. Juli 2015. Originaltext unter <http://www.gov.cn/zhengce/2015-07/01/content_2893902.htm>, eingesehen am 9.6.2019.

¹⁰⁴ Gesetz der Volksrepublik China über die Cybersicherheit (中华人民共和国网络安全法) vom 7. November 2016, Originaltext und deutsche Übersetzung in ZChinR 2018, S. 113 ff.

¹⁰⁵ § 79 Cybersicherheitsgesetz.

¹⁰⁶ § 4 Mitteilung des Staatsrats 2011.

¹⁰⁷ LIU Lei (刘磊), Studie zum System der staatlichen Sicherheitsprüfung ausländischer Investitionen (中国外国投资国家安全审查制度研究), in: Magazin der Jiangnan Universität für Sozialwissenschaften (江南社会学院学报), S. 13.

¹⁰⁸ Xingxing Li, National Security Review in Foreign Investments: A Comparative and Critical Assessment on China and U.S. Laws and Practices, in: Berkeley Business Law Journal 2015, S. 291 f.

Vergleich zu den Negativlisten eher nachrangiges Investitionshemmnis.

Fraglich bleibt jedoch, ob der Anwendungsbereich der staatlichen Sicherheitsprüfung nach Erlass des AuslInvG beibehalten wird: Mangels anderslautender Angaben im Entwurf 2015 konnte angenommen werden, dass zum Auslösen einer staatlichen Sicherheitsüberprüfung auf die in der Mitteilung des Staatsrats aus dem Jahr 2011 genannte fünfzigprozentige Beteiligung an einem Unternehmen abgestellt worden wäre und der Anwendungsbereich insoweit erheblich enger gewesen wäre, als etwa der der US-amerikanischen nationalen Sicherheitsprüfung.¹⁰⁹ Die Anwendung dieser Schwelle auch für ausländische Investitionen lässt sich jedoch nicht zwingend aus dem Wortlaut des Entwurfs 2015 ableiten. Zwar statuiert auch dieser in § 6 die Inländerbehandlung soweit Negativlisten nichts anderes vorsehen. Jedoch bestimmte – wie oben dargelegt – § 34 Entwurf 2015, dass die Sicherheitsprüfung den Negativlisten vorgeht.

Beachtenswert ist indes, dass § 34 Entwurf 2015, der das Verhältnis der Prüfung in Zusammenhang mit Investitionen in einen Sektor der Negativlisten und derjenigen der Staatssicherheit klarstellte, keinen Eingang in die Endfassung des AuslInvG gefunden hat. Demnach bliebe es dabei, dass der Staat bei ausländischen Investitionen außerhalb der Negativliste Inländerbehandlung gewährt und bei unter fünfzigprozentigen Beteiligungen eine Sicherheitsprüfung nicht erfolgt. § 35 AuslInvG statuiert insoweit, dass ein System der staatlichen Sicherheitsprüfung – speziell – für ausländische Investitionen zu erschaffen ist. Zwischen den Normen, die einerseits außerhalb der Negativlisten eine Gleichbehandlung statuieren und andererseits die Schaffung eines „lex specialis“ der nationalen Sicherheitsprüfung für ausländische Investitionen ankündigen, besteht ein gewisser Widerspruch. Trotz der statuierten Inländerbehandlung außerhalb der Negativlisten ist daher festzustellen, dass § 35 AuslInvG eine weitere¹¹⁰ Grundlage für die Schaffung eines Sicherheitsprüfungssystems speziell für ausländische Investitionen explizit geöffnet hat.

Anhand der zu erlassenden konkretisierenden Bestimmungen wird zu prüfen sein, ob in Zukunft ein System der staatlichen Sicherheitsprüfung für ausländische Unternehmen etabliert wird, welches im Vergleich zum derzeit bestehenden Regime die Investitionsumgebung in China für ausländische Investoren negativ beeinflusst.

c. Berichtspflichten ausländischer Investoren

Negativlisten und die staatliche Sicherheitsprüfung stellen sich als Mechanismen dar, die eine ausländi-

sche Investition bereits unterbinden können, bevor sie getätigt wird. Ihr Anwendungsbereich erfasst jedoch nur diejenigen ausländischen Unternehmen, die in einen von Negativlisten erfassten Industriesektor fallen oder (potentiell) sicherheitsrelevant im Sinne der Sicherheitsprüfung sind.

Die ausländischen Investoren obliegenden Berichtspflichten betreffen hingegen alle ausländischen Investitionen unabhängig vom Sektor oder der Sicherheitsrelevanz der getätigten Investition.¹¹¹ Vor dem Hintergrund der Inländergleichbehandlung vor der Zulassung treten die hier angesprochenen Informationspflichten an die Stelle der zuvor erforderlichen Genehmigung.

Wie die Negativlisten und die staatliche Sicherheitsprüfung wurde auch das hier betreffende 5. Kapitel des Entwurfs 2015 nur rudimentär in Form des § 31 in den Entwurf des AuslInvG aus 2018 überführt. Dieser fand sich inhaltsgleich in § 33 des zweiten Entwurfs aus 2019 sowie in § 34 des schließlich verabschiedeten AuslInvG. Demnach sind die betreffenden Informationen über das Unternehmensregistersystem¹¹² und das Publizitätssystem für Unternehmenskreditinformationen¹¹³ der zuständigen Abteilung durch den ausländischen Investor oder das ausländisch investierte Unternehmen zu übermitteln.¹¹⁴

Im Entwurf 2015 waren die betreffenden Pflichten des Kapitels 5 in den §§ 75 ff. in 20 Paragraphen vergleichsweise ausführlich normiert. Differenziert wurden im Entwurf drei Formen der Berichterstattung: Zuerst zu nennen sind die Berichte über ausländische Investitionsvorhaben,¹¹⁵ welche vor oder innerhalb von 30 Tagen nach Tätigung der ausländischen Investition durch den ausländischen Investor einzureichen waren.¹¹⁶

Daneben waren auch bestimmte Änderungen des ausländischen Investors anzeigepflichtig,¹¹⁷ wobei die Pflicht den ausländischen Investor selbst oder das ausländisch investierte Unternehmen traf.¹¹⁸ Zu den hier betreffenden Änderungen zählen etwa eine Änderung des Sitzes des ausländischen Investors oder eines Unternehmens mit ausländischer Beteiligung,¹¹⁹ Statusänderungen des ausländischen Investors wegen Verschmelzung, Insolvenz und weiterer Änderungen¹²⁰ oder eine Änderung den Investitionsbetrag betreffend.¹²¹

¹¹¹ *Ministry of Commerce*, Erklärung zum „Gesetz der Volksrepublik China über ausländische Investitionen (Konsultationsentwurf)“ (关于《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》的说明) vom 19. Januar 2015, S. 5.

¹¹² 企业登记系统.

¹¹³ 企业信用信息公示系统.

¹¹⁴ § 34 Absatz 1 AuslInvG.

¹¹⁵ Kapitel 5, Abschnitt 2 Entwurf 2015, §§ 85 ff.

¹¹⁶ § 85 Entwurf 2015.

¹¹⁷ Kapitel 5, Abschnitt 3 Entwurf 2015, §§ 89 ff.

¹¹⁸ § 89 Absatz 1 Entwurf 2015.

¹¹⁹ § 89 Absatz 2 Ziff. 1 Entwurf 2015.

¹²⁰ § 89 Absatz 2 Ziff. 2 Entwurf 2015.

¹²¹ § 89 Absatz 2 Ziff. 4 Entwurf 2015.

¹⁰⁹ *Meichen Liu*, The New Chinese Foreign Investment Law and Its Implication on Foreign Investors, *Northwestern Journal of International Law & Business* 2018, S. 301. Nach den amerikanischen Bestimmungen kann schon ab einer zehnprozentigen Beteiligung eines Sicherheitsprüfung erfolgen.

¹¹⁰ Wie oben erwähnt, bildet § 59 Staatssicherheitsgesetz bereits eine Basis hierfür.

Zuletzt waren Unternehmen mit ausländischer Beteiligung zu periodischen Berichten verpflichtet.¹²² Die Pflicht zur Abgabe eines Jahresberichts traf nach dem Entwurf alle ausländisch investierten Unternehmen,¹²³ während Quartalsberichte nur von solchen ausländischen investierten Unternehmen vorzulegen waren, die durch den ausländischen Investor kontrolliert werden und über einen Investitionsbetrag, Umsatz oder Betriebseinnahmen von über zehn Milliarden RMB verfügen oder mehr als zehn Tochterunternehmen betreiben.¹²⁴

Die im Entwurf 2015 statuierten Berichtspflichten bildeten – insbesondere im Hinblick auf die periodischen Berichte – eine weitere Ausnahme von der Inländerbehandlung, zumal bereits Verpflichtungen zur Berichterstattung existent waren, die in- und ausländische Unternehmen gleichermaßen betrafen.¹²⁵

Bemerkenswert ist, dass trotz der radikalen Kürzung des Inhalts des Kapitels über die Berichtspflichten auch zwei Bestimmungen hinzugefügt wurden: Erstens ist der Inhalt und Umfang der zu übermittelnden Informationen anhand des Grundsatzes der Notwendigkeit festzulegen,¹²⁶ wobei § 34 Absatz 2 AuslInvG keine Aussage dahingehend trifft, wer die notwendigen Informationen bestimmt. Auch wenn die Formulierung reichlich Raum für extensive Auslegungen lässt, ist hierin der Tendenz nach eine Reduzierung der zu übermittelnden Informationen ersichtlich. Zweitens dürfen bei gemeinsamer Informationsnutzung der zuständigen Stellen einmal übermittelte Informationen nicht nochmals angefordert werden.¹²⁷ Angesichts der bereits bestehenden Berichtspflichten für in- und ausländische Unternehmen dürfte dies die administrative Belastung innerhalb ausländisch investierter Unternehmen zumindest dahingehend reduzieren, dass bestimmte Informationen lediglich einmal übermittelt werden müssen. Die Hinzufügung dieser Bestimmungen ist aus Sicht ausländischer Unternehmen daher grundsätzlich begrüßenswert.

Gleichwohl lässt der vage Wortlaut und die Knappheit der Bestimmung keinen Rückschluss darauf zu, ob ausländische Investoren oder ausländisch investierte Unternehmen durch das noch zu schaffende System nicht doch durch quantitativ oder qualitativ intensivere Berichtspflichten gegenüber inländischen Unternehmen schlechter gestellt werden.

3. Warum wurde der Inhalt des Entwurfs 2015 reduziert?

Die sich nach Vorgesagtem aufdrängende Frage, warum der umfassende Entwurf aus dem Jahr 2015 mit seinen teils ausführlichen operativen Regelungen ra-

dikal zu einem vagen Regelungswerk gekürzt wurde, kann mangels expliziter Aussagen hierzu nur zurückhaltend beantwortet werden.

Im Gesetzgebungsverfahren wurde indes seitens des Verfassungs- und Gesetzeskomitees¹²⁸ (dem ehemaligen Rechtskomitee des Nationalen Volkskongresses¹²⁹, das 2018 umbenannt wurde) bereits erkannt, dass die Implementierung des nun verabschiedeten Gesetzes nicht ohne Weiteres erfolgen kann: Das Komitee wies insoweit auf die Notwendigkeit einer zügigen Verabschiedung konkretisierender Bestimmungen hin, um einen Vollzug des AuslInvG zu ermöglichen.¹³⁰ Sehenden Auges ein tatsächlich nur schwerlich implementierbares Gesetz zu verabschieden spricht dem ersten Anschein nach sicherlich für einen gewissen Zeitdruck bei der Verabschiedung des AuslInvG.

Tatsächlich hat das AuslInvG für chinesische Maßstäbe recht zügig die drei notwendigen Lesungen¹³¹ bis hin zur Abstimmung und Verabschiedung durchlaufen. Insoweit ließe sich einerseits festhalten, dass das neue Gesetz wichtige Verhandlungsmasse im Handelskonflikt mit den USA und der EU darstellt.¹³²

Nicht aus dem Blick geraten sollte, dass die vagen, ausfüllungsbedürftigen Formulierungen dem chinesischen Gesetzgeber die Möglichkeit geben, das AuslInvG – etwa durch Bestimmungen des Staatsrats – investorenfreundlicher zu kalibrieren – oder eine Verschärfung des Inbound-Investment-Regimes vorzunehmen.

Der Flexibilität des neuen Regimes kommt dabei zugute, dass die durch den Staatsrat zu erlassenden, konkretisierenden Verwaltungsrechtsnormen¹³³ lediglich einer Anhörung und einer Überprüfung bedürfen,¹³⁴ bevor sie verabschiedet werden können. Im Gegensatz hierzu unterliegen Gesetze bis zu ihrer Verabschiedung weit umfanglicheren Verfahrensvorschriften¹³⁵ und wären aus diesem Aspekt weniger geeignet, flexibel auf die – zuletzt durchaus dynamischen – Geschehnisse im Zusammenhang mit Auslandsinvestitionen zu reagieren, zumal eine Verabschiedung zunächst an die Sitzungsperioden des Nationalen Volkskongresses gebunden wäre. Nicht zu unterschätzen ist auch die Tatsache, dass der Staatsrat mit dem ihm unterstellten Handelsministerium im Vergleich zum Nationalen Volkskongress die fachlich kompetentere Stelle zur Anpassung des AuslInvG darstellt.

¹²⁸ 宪法和法律委员会.

¹²⁹ 全国人民代表大会法律委员会.

¹³⁰ *Verfassungs- und Gesetzeskomitee des 13. Nationalen Volkskongresses* (第十三届全国人民代表大会宪法和法律委员会), Mitteilung des Beratungsergebnisses zum „Gesetz der Volksrepublik China über ausländische Investitionen (Entwurf)“ (关于《中华人民共和国外商投资法(草案)》审议结果的报告) vom 12.3.2019. <http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2019-03/15/content_2083503.htm>, eingesehen am 9.6.2019.

¹³¹ § 29 Gesetzgebungsgesetz der Volksrepublik China (中华人民共和国立法法) vom 15. März 2000 in der Fassung vom 15. März 2015 (im Folgenden: Gesetzgebungsgesetz).

¹³² Siehe hierzu Kapitel IV.

¹³³ Siehe hierzu §§ 65 ff. Gesetzgebungsgesetz.

¹³⁴ § 67 f. Gesetzgebungsgesetz.

¹³⁵ § 7 ff. Gesetzgebungsgesetz.

¹²² Kapitel 5 Abschnitt 4 Entwurf 2015, §§ 92 ff.

¹²³ §§ 92, 93 Entwurf 2015.

¹²⁴ § 94 Entwurf 2015.

¹²⁵ Christian Atzler/Kai Schlender/Rebecka Zinser (Fn. 45), Der Entwurf für ein „Gesetz der Volksrepublik China für ausländische Investitionen“, ZChinR 2015, S. 257.

¹²⁶ § 34 Absatz 2 Satz 1 AuslInvG.

¹²⁷ § 34 Absatz 2 Satz 2 AuslInvG.

Auch ist anzumerken, dass die durch den Staatsrat erlassenen Normen faktisch einer Kontrolle im Hinblick auf ihre Gesetzesmäßigkeit nicht unterliegen: Wird der Staatsrat legislativ tätig, indem er die im AuslInvG vorgesehenen Ermächtigungen nutzt um konkretisierende Bestimmungen zu erlassen, hat er sich gleichwohl im Rahmen der gesetzlich bestimmten Grenzen zu halten. Aus Sicht des deutschen Rechtsanwenders wäre unter Umständen an die Möglichkeit zu denken, allzu belastende konkretisierende Bestimmungen, die den eingeräumten Spielraum zum Erlass konkretisierender Bestimmungen überschreiten, gerichtlich anzugreifen. Im chinesischen Kontext besteht diese Möglichkeit der Normenkontrolle jedoch nur der Theorie nach: Zwar statuiert das chinesische Gesetzgebungsgesetz in § 99 die Möglichkeit hierzu; bedeutsam ist indessen, dass die Normenkontrolle nicht den Gerichten, sondern dem Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses obliegt,¹³⁶ welcher im zentralisierten chinesischen Staat dem Staatsrat als Teil der Regierung nähersteht, als dies die – sicherlich ohnehin nur begrenzt unabhängigen – Gerichte tun. Eine dem deutschen Recht vergleichbare Klage, etwa auf Feststellung der Nichtigkeit einer Verwaltungsrechtsnorm, die die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage überschreitet, ist demnach de facto nicht gegeben.

Der erhöhten Flexibilität des chinesischen Gesetzgebers steht also faktisch nicht nachteilig entgegen, dass Durchführungsbestimmungen, die intensiver, unter Umständen gar über den gesetzlich eingeräumten Rahmen hinaus, in die Rechte ausländisch investierter Unternehmen eingreifen können, leichter angreifbar wären als formelle Gesetze.

Es bleibt festzuhalten, dass das verabschiedete Gesetz ein aus Sicht ausländischer Investoren vages, aus Sicht des chinesischen Gesetzgebers jedoch flexibles Regime darstellt, dessen tatsächliche Wirkung erst mit Erlass der ersten Verwaltungsrechtsnormen abschätzbar wird. Dass diese Art der zu konkretisierenden Gesetzgebung kein Novum ist, kann etwa anhand des 2007 erlassenen Antimonopolgesetzes belegt werden: Auch hier waren nach Erlass konkretisierende Normen der zuständigen Behörden von großer Bedeutung, um die tatsächlichen Auswirkungen des Regelwerks genauer bestimmen zu können.¹³⁷

Soweit das Gesetz bereits als eine Art Zugeständnis der chinesischen Seite im Handelskonflikt gewertet wird, ist dem zu entgegnen, dass das Gesetz zwar das Potential hat, Kritikpunkte von US- und EU-Seite am chinesischen Wirtschaftssystem auszuräumen. Im selben Maße hat das Gesetz jedoch das Potential, die Investitionsumgebung in der VR China für ausländische Investoren wesentlich unerfreulicher zu gestalten. Auch ist anzumerken, dass Kernelemente – etwa die Inländerbehandlung vor der Zulassung oder die Negativlisten – bereits in nationales Recht umgesetzt oder

avisiert wurden, bevor der Handelskonflikt zwischen der VR China und den USA Fahrt aufnahm.

Hinsichtlich eines engeren Zusammenhangs mit dem Handelskonflikt werden im folgenden Kapitel einzelne Bestimmungen des AuslInvG beleuchtet.

IV. Zusammenhang mit dem Handelsstreit

Die Verabschiedung des AuslInvG fällt in eine Zeit zunehmender Kritik an der Behandlung ausländischer Unternehmen in China seitens der EU und der USA.

Im Folgenden soll dargestellt werden, inwieweit einzelne Bestimmungen des AuslInvG als Reaktion des chinesischen Gesetzgebers auf die andauernden Handelsstreitigkeiten betrachtet werden können.

Vorweg nicht unerwähnt bleiben darf in diesem Zusammenhang, dass in den die Verabschiedung begleitenden Dokumenten ausdrückliche Verweise auf den aktuellen Handelskonflikt nicht ersichtlich sind und die nachfolgenden Ausführungen unter diesem Vorbehalt betrachtet werden müssen.

1. Immaterialgüterrechte und Technologietransfers

Kritik am Schutz von Immaterialgüterrechten und „erzwungenen“ Technologietransfers bildet auch im aktuellen Handelskonflikt zwischen der VR China und den USA unter Präsident Trump sowie der EU einen Schwerpunkt.

Seitens der USA wird in diesem Zusammenhang das Investitionsumfeld in der VR China als ein System aus Gesetzen, aber auch untergesetzlichen Rechtsvorschriften sowie politischen Richtlinien wahrgenommen, welches über das für die nationale Sicherheit notwendige Maß hinaus unfreiwillige Technologietransfers bedingt.¹³⁸ Auch Vertreter der Europäischen Union bezeichneten die Notwendigkeit von Technologietransfers für einen Markteintritt in China als inakzeptabel und leiteten in diesem Zusammenhang ein Streitbeilegungsverfahren vor der WTO ein.¹³⁹

Der Schutz von Immaterialgüterrechten wurde zwar sowohl im Entwurf von 2015¹⁴⁰ – in einem Artikel mit einem Satz – als auch in Kommentierungen zum Entwurf¹⁴¹ angesprochen. Anders als zuvor findet sich mit § 22 AuslInvG im nun verabschiedeten Gesetz jedoch eine im Vergleich zum Entwurf ausführlichere Bestimmung mit ausdrücklichem Bezug zum erzwungenen Transfer von Technologie: Explizit wird Verwaltungsbehörden untersagt, mittels Verwaltungsmaßnahmen

¹³⁸ *US Chamber of Commerce*, Priority Recommendations for U.S.-China Trade Negotiations from the U.S. Chamber of Commerce and American Chamber of Commerce in China, 16. Januar 2019, S. 68.

¹³⁹ *European Commission*, EU steps up WTO action against China's forced technology transfers, Nachricht vom 18. Dezember 2018; <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1963>>, Zuletzt eingesehen am 9.6.2019.

¹⁴⁰ § 116 Entwurf 2015 lautete: 国家依法保护外国投资者、外国投资企业的知识产权.

¹⁴¹ *Ministry of Commerce*, 关于《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》的说明, vom 19.1.2015. <<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/as/201501/20150100871010.shtml>>, eingesehen am 9.6.2019.

¹³⁶ Siehe hierzu im Einzelnen: *Björn Ahl*, Zur Revision des Gesetzgebungsgesetzes der Volksrepublik China, in: ZChinR 2015, S. 245 ff.

¹³⁷ *Markus Masseli*, Das Antimonopolgesetz der Volksrepublik China, in: ZChinR 2007, 276 f.

einen Technologietransfers zu erzwingen.¹⁴² In einer Kommentierung des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses zu einem Entwurf des AusInvG findet sich diese Formulierung wortgleich als Zitat Xi Jinpings wieder.¹⁴³

Die Bestimmung des § 22 Absatz 2 Satz 3 AusInvG weist kaum zu übersehende Überschneidungen mit der vorgebrachten Kritik an erzwungenen Technologietransfers auf. Dem Wortlaut nach ließe sich die Bestimmung demnach als Zugeständnis des chinesischen Gesetzgebers an die aus dem Westen vorgebrachte Kritik werten. Fraglich bleibt insoweit, ob dies auch in tatsächlicher Hinsicht anzunehmen ist: Würden – vor Verabschiedung des AusInvG – Technologietransfers durch hoheitlichen Akt erzwungen?

Wer in den jeweils aktuellen Fassungen des dreigeteilten Auslandsinvestment-Regimes nach Rechtsgrundlagen sucht, die eine Behörde ermächtigen, Technologie zwangsweise vom jeweiligen Eigentümer an andere Rechtssubjekte zu transferieren, wird nicht fündig.

Dem erzwungenen Technologietransfer durch Verwaltungshandeln kam zwar zu Beginn der Reform- und Öffnungsära erhebliche Relevanz zu, diese nahm jedoch stetig ab, so dass gegenwärtig dem Zwang zum Technologietransfer durch Verwaltungsmaßnahmen keinerlei Bedeutung mehr zugemessen werden kann – oder, wie *Dickinson* treffend formuliert: „China’s New Foreign Investment Law and Forced Technology Transfer: Same As it Ever Was.“ Ein Zwang zum Technologietransfer besteht indes weiter aufgrund rechtlicher Bestimmungen.¹⁴⁴

Insoweit wäre aus Sicht ausländischer Investoren sicherlich wünschenswert gewesen, einen Zwang zum Technologietransfer nicht nur dann auszuschließen, wenn dieser mittels Verwaltungsmaßnahmen erfolgt.

In diesem Zusammenhang – dem Schutz von Immaterialgüterrechten ausländischer Investoren – kann auch § 23 AusInvG genannt werden, welcher eine Geheimhaltungspflicht nach dem Recht für Geschäftsgeheimnisse enthält, der Mitarbeiter von Verwaltungsbehörden bei der Erfüllung ihrer Amtspflichten unterliegen. Ob die in diesem Kontext bestehenden Probleme durch die Bestimmung des § 23 AusInvG behoben oder zumindest abgemildert werden, wird sich erst auf längere Sicht zeigen.

¹⁴² § 22 Absatz 2 Satz 3 AusInvG.

¹⁴³ Das Zitat lautet auch hier: „Verwaltungsbehörden und ihre Mitarbeiter dürfen Verwaltungsmaßnahmen nicht missbrauchen, um Technologietransfer zu erzwingen (行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让技术)“, *WANG Chen* (王晨) (Fn. 22).

¹⁴⁴ *China Law Blog*, China’s New Foreign Investment Law and Forced Technology Transfer: Same As it Ever Was, vom 21. März 2019. <<https://www.chinalawblog.com/2019/03/chinas-new-foreign-investment-law-and-forced-technology-transfer-same-as-it-ever-was.html>>, eingesehen am 9.6.2019.

2. Öffentliche Aufträge

§ 16 Satz 1 AusInvG bestimmt, dass ausländisch investierte Unternehmen an der „öffentlichen Beschaffung“¹⁴⁵ teilnehmen.

Die Bestimmung kann insoweit als Reaktion auf Kritik seitens der USA gewertet werden, die erhebliche Beschränkungen in diesem Bereich ausmacht.¹⁴⁶ Schon in dieser Kritik wird jedoch deutlich, dass der Ursprung der Beschränkung in der Definition „nationaler Waren“ liegt. Das Problem erfasst insoweit auch den Bereich des erzwungenen Technologietransfers, als dass die Situation bestand, dass bestimmte Unternehmen nur lokale, nationale Produkte zu verwenden hatten.¹⁴⁷

3. Reziprozität

Ebenfalls in Zusammenhang mit dem Handelskonflikt kann § 40 AusInvG gesehen werden: Dieser bestimmt, dass bei diskriminierenden Verboten, Beschränkungen oder ähnlichen Maßnahmen im Bereich der Investitionen gegen die VR China entsprechende Maßnahmen gegen den betreffenden Staat erlassen werden können. Der gegenwärtige Handelskonflikt war insbesondere durch die Verhängung von Strafzöllen geprägt, deren Legitimität und Angemessenheit von chinesischer Seite wiederholt kritisiert wurde. Ob die Bestimmung aufgrund des aktuellen Handelsstreits oder aus grundsätzlichen Erwägungen angesichts einer zunehmend dynamischeren globalen Handelsumgebung in das AusInvG eingefügt wurde, lässt sich zumindest anhand der Gesetzesmaterialien nicht eindeutig klären.

4. Bewertung

Ist das AusInvG ein Produkt des gegenwärtigen Handelsstreits zwischen der VR China und der USA sowie der EU? Die Frage ist differenziert zu beantworten: Einige Bestimmungen weisen einen offensichtlichen Zusammenhang mit dem Handelskonflikt auf. Auch die zügige Verabschiedung des Gesetzes spricht dafür, dass die chinesische Seite dieses im Handelsstreit noch „fruchtbar“ machen wollte. Nicht außer Acht gelassen werden sollte jedoch, dass das bisher dreigeteilte Regime aus den siebziger und achtziger Jahren des vorangegangenen Jahrhunderts stammt. Angesichts der im Vergleich zum damaligen Zeitpunkt stark veränderten internationalen Umgebung schien eine Anpassung des Inbound-Investment-Regimes daher ohnehin angezeigt und war zudem schon vor Ausbruch des Handelskonflikts avisiert worden. Das komplette Gesetzeswerk als Reaktion auf den aktuellen Handelsstreit zu werten dürfte daher in der Sache zu weit gehen.

¹⁴⁵ 政府采购.

¹⁴⁶ *US Chamber of Commerce* (Fn. 138), S. 12. *European Commission* (Fn. 139).

¹⁴⁷ *China Law Blog* (Fn. 144).

V. Resümee

Das neue AuslInvG ist ein Meilenstein in dem teils seit 40 Jahren bestehendem Inbound-Investment-Regime der VR China. Gleichwohl waren viele entscheidende Weichen – etwa der Wegfall des Genehmigungserfordernisses oder die Beschränkung der Negativlisten von vier auf zwei Kategorien – bereits vor Erlass des AuslInvG Teil der chinesischen Rechtsordnung. Insoweit bleibt festzustellen, dass der Wind für ausländische Investoren in China auch weiterhin in Richtung Marktöffnung weht.

Ob die zuständigen chinesischen Behörden sich durch konkretisierende Bestimmungen entscheiden, gegen den Wind zu segeln, bleibt indes abzuwarten. Das AuslInvG bietet hierfür die entsprechenden Stellschrauben in demselben Maße, wie es tatsächlich eine weitere Öffnung des chinesischen Marktes zu bewirken vermag.

* * *

Course tentatively charted to market liberalization – The new Foreign Investment Law of the People's Republic of China

The Foreign Investment Law adopted on 15 March 2019 represents the conclusion of the reform of China's foreign investment regime, a scheme which was largely put into place in the 1980s. As early as 2015 a first draft was put forward by the Ministry of Commerce. After some of its provisions were transferred into national law, two further – and significantly more streamlined – drafts followed in 2018 and at the beginning of 2019. Adopted in the midst of the recent trade conflict between China and the U.S., the Foreign Investment Law consists of many provisions that may improve the market environment for foreign investors. Its vague wording, however, leaves one in anticipation of future implementing measures. The article argues that the Chinese legislature has, in omitting concrete specifications, created a flexible regime capable of responding to challenges posed in the context of global trade. At the same time, one sees in the legislation certain references to the ongoing trade conflict.