

Ausländische Investitionen in China nach der neuen gesetzlichen Regelung: Neugründungen und Reorganisation bestehender Unternehmen

Jörg-Michael Scheil¹

Abstract

Seit dem 1. Januar 2020 gilt eine neue Rechtsgrundlage für ausländische Investitionen in China. Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes über ausländische Investitionen traten die bisherigen Sondergesetze über 100-prozentige ausländische Tochtergesellschaften, Equity Joint Ventures und Cooperative Joint Ventures außer Kraft. Zukünftig gilt ein einheitliches Gesellschaftsrecht für ausländische und einheimische Investoren. Der folgende Beitrag stellt die grundlegenden Konzepte des neuen Gesetzes vor und beschreibt dessen Auswirkungen auf die Gründung und Reorganisation ausländisch investierter Unternehmen. Da bestehenden Gesellschaften eine fünfjährige Übergangszeit eingeräumt wurde, werden Fragen der Anpassung an die neue Organstruktur diskutiert, einschließlich derjenigen Fragen, die zu Konflikten zwischen den Gesellschaftern führen können. In diesem Zusammenhang wird auch die Registrierungspraxis der lokalen Behörden als ein wichtiger Einflussfaktor in diesem Übergangsprozess angesprochen.

I. Einleitung

Seit 1. Januar 2020 gilt in der Volksrepublik China eine neue Rechtsgrundlage für Investitionen aus dem Ausland. Mit dem Gesetz über ausländische Investitionen (im Folgenden: „GAI“)² leitet China eine neue Phase der Reform seiner Wirtschaft ein, die sich vor dem Hintergrund steigender globaler Spannungen im Welt-handelsgefüge sowie der von COVID-19 erschütterten Weltwirtschaft abspielt.

Seit den 1980er Jahren gab es für Gesellschaftsgründungen einheimischer und ausländischer Investoren in China unterschiedliche Rechtsrahmen. Bei Gründung eines lokalen Investitionsvehikels in der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) oder der Aktiengesellschaft (AG) mussten ausländische Investoren vorrangig die Sonderbestimmungen über sogenannte *Equity Joint Venture*³ (EJV), *Contractual* oder *Cooperative Joint Venture*⁴ (CJV), *Wholly Foreign-*

*Owned Enterprises*⁵ (WFOE) oder *Foreign-Invested Companies Limited by Shares* (zusammen die „FIE-Gesetze“) befolgen. Diese Gesellschaften wurden in Abgrenzung zu den Gesellschaftsformen, die ausschließlich chinesischen Gesellschaftern vorbehalten waren, als „ausländisch investierte Unternehmen“ bezeichnet („Foreign-invested enterprises“ oder „FIEs“).

Die Differenzierung nach Staatsangehörigkeit der Investoren mag in der Anfangszeit der Reform- und Öffnungspolitik politisch erklärbar gewesen sein. Ausländische Investitionen genossen auf ganzer Breite eine besondere Förderung, vor allem in steuerlicher Hinsicht. Im Zuge fortschreitender Integration Chinas in die globale Handels- und Wirtschaftsordnung nach dem Beitritt zur WTO war diese Differenzierung immer weniger zu rechtfertigen, da sich der Grundsatz der Inländerbehandlung in den Vordergrund schob. Im gesamten chinesischen Rechtssystem lässt sich beobachten, dass die früher bekannten Sondervorschriften für die Betätigung ausländischer Marktteilnehmer abgelöst werden.

Mit Inkrafttreten des GAI verlieren die FIE-Gesetze inkl. der dazugehörigen Durchführungsvorschriften automatisch ihre Wirksamkeit.⁶ Sämtliche Unternehmensneugründungen unterliegen von nun an einem neuen Regelungsregime, das einheitlich für alle In-

¹ Rechtsanwalt, Dr. iur., Partner der Sozietät Schulz Noack Bärwinkel, Hamburg / Shanghai / Ho Chi Minh City. Der Verfasser dankt seinem Kollegen RA Felix Engelhardt, Shanghai, für die wertvolle Unterstützung bei diesem Beitrag.

² 中华人民共和国外商投资法, verabschiedet auf der 2. Sitzung des 13. Nationalen Volkskongresses am 15. März 2019, chinesisch-deutsch in: ZChinR 2019, S. 144 ff.; siehe hierzu Marco Otten, Windrichtung Marktöffnung, Segel nicht gesetzt – Das neue Auslandsinvestitionsgesetz der Volksrepublik China, ZChinR 2019, S. 119 ff. (122).

³ Gesetz über gemeinschaftlich betriebene Unternehmen mit ausländischer Kapitalbeteiligung (中华人民共和国中外合资经营企业法), in Kraft getreten am 8.7.1979, zuletzt geändert am 3.9.2016, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.1.279350.

⁴ Gesetz über chinesisch-ausländische kooperativ betriebene Unternehmen (中华人民共和国中外合作经营企业法), in Kraft getreten am 13.4.1998, zuletzt geändert am 4.11.2017, chinesisch-englisch ab-

rufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.1.304341.

⁵ Gesetz über ausländisch kapitalisierte Unternehmen (中华人民共和国外商独资企业法), in Kraft getreten am 12.4.1986, zuletzt geändert am 3.9.2016, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.1.279350.

⁶ § 42 Abs. 1 Satz 2 GAI.

vestoren gilt. Bestehenden FIEs, die nach der alten Rechtslage errichtet wurden, wird eine Übergangsfrist von fünf Jahren zur Anpassung an die neuen Verhältnisse gegeben.⁷

Dieser Artikel stellt die Rahmenbedingungen für Neugründungen (II.) sowie Reorganisationen (III.) bestehender FIEs nach dem neuen Gesetz vor und beleuchtet einige Aspekte, die bei der Wahl von Rechtsform und Struktur relevant sein können. Offene Fragen werden im abschließenden Fazit aufgeworfen (IV.).

II. Neugründungen

1. Überblick zur Rechtslage seit 1. Januar 2020

Seit Januar 2020 unterliegen sämtliche ausländische Investitionen dem GAI in Verbindung mit der ebenfalls am 1. Januar 2020 in Kraft getretenen Durchführungsverordnung zum GAI (im Folgenden auch: „GAI-DV“)⁸. Ergänzt werden diese Regelungen durch die Interpretation des Obersten Volksgerichts zu einigen Fragen der Anwendung des GAI (im Folgenden „GAI-Interpretation“)⁹. Hinzu kommen diverse ebenfalls am 1. Januar 2020 in Kraft getretene Vorschriften auf Ebene der Verwaltung, insbesondere die „Mitteilung der Staatlichen Verwaltung für Marktregulierung“¹⁰ (SAMR) zur effektiven Umsetzung des GAI betreffend Registrierung von Informationen zu ausländischen Informationen¹¹ (im Folgenden „Registrierungsmittelung“) sowie die vom chinesischen Handelsministerium („MOFCOM“) und der SAMR gemeinsam erlassenen „Maßnahmen zur Mitteilung von Informationen zu ausländischen Investitionen“¹² (im Folgenden „Berichtsmaßnahmen“). Schließlich ist das von China seit 2013 genutzte System verschiedener Listen zur Beschränkung und Förderung von Auslandsinvestitionen sowie zur Regulierung des Marktzugangs von nach wie vor zentraler industriepolitischer Bedeutung.

Das Gesellschaftsgesetz der Volksrepublik China¹³ und das Partnerschaftsunternehmensgesetz¹⁴ finden als Quellen des eigentlichen materiellen Gesellschafts-

rechts unmittelbar Anwendung auf ausländisch investierte Gesellschaften.

Die FIE-Gesetze enthielten sowohl investitionsrechtliche als auch rein gesellschaftsrechtliche Regelungen. Als speziellere Vorschriften gingen die FIE-Gesetze dem Gesellschaftsgesetz vor, wengleich dessen Bestimmungen subsidiär zur Ausfüllung von Lücken herangezogen werden konnten.¹⁵

Mit Blick auf originäre Investitionsvorhaben ist im Vorfeld kurz festzustellen, ob das jeweilige Vorhaben in den Anwendungsbereich des GAI fällt. Gemäß § 2 Abs. 1, 2 GAI wird unter „ausländische Investition“¹⁶ jede direkte oder indirekte Investitionstätigkeit ausländischer natürlicher Personen, ausländischer Unternehmen oder ausländischer Organisationen (zusammen „ausländische Investoren“) auf dem Staatsgebiet der Volksrepublik China verstanden. Anders als noch im ursprünglichen Entwurf zur GAI-DV geregelt,¹⁷ verzichtet deren letztendlich erlassene Fassung auf eine klare Bestimmung zu der Frage, ob im Ausland ansässige Unternehmen, die vollständig in chinesischer Hand sind und in China investieren (sog. „round-tripping“), auf Antrag von den Beschränkungen des GAI freigestellt werden können.

Das GAI listet beispielhaft verschiedene Fallgruppen auf, worunter u. a. auch die Errichtung von ausländisch investierten Unternehmen durch ausländische Investoren allein oder mit anderen Investoren fällt. § 2 Abs. 3 GAI definiert „ausländisch investierte Unternehmen“ als solche, welche in China gemäß chinesischem Recht gegründet und registriert und die entweder vollständig oder teilweise durch ausländische Investoren investiert wurden. Aufgrund der Verwendung des Begriffs „indirekt“ wird der Kreis denkbarer Investitionsformen äußerst weit gezogen. In Zusammenschau mit dem in § 2 Abs. 2 Nr. 2 GAI geregelten Erwerb „anderer ähnlicher Rechte und Interessen“¹⁸ an chinesischen Unternehmen durch ausländische Investoren kann vermutet werden, dass sich der Gesetzgeber dadurch die Möglichkeit offenhalten wollte, neuartige Formen von Investitionen sowie das praktisch sehr bedeutsame, jedoch kontrovers diskutierte Modell der sogenannten „Variable Interest Entities“ (VIE)¹⁹ in Zukunft mit zu regeln. Die Frage, wer unter den Begriff der „anderen Investoren“ im o. g. Sinne fällt, wird durch § 3 GAI-DV dergestalt beantwortet, dass natürliche Personen mit chinesischer Staatsangehörigkeit dazuzurechnen sind. Dadurch wird klargestellt, dass die Neugründung von Joint Ventures durch chinesische Staatsangehörige und ausländische Investoren nunmehr auf nationaler Ebene grundsätzlich möglich ist. Zuvor war die Beteiligung chinesischer natürlicher Personen an ausländisch investierten Unternehmen lediglich in be-

⁷ § 42 Satz 3, 4 GAI, § 44 GAI-DV.

⁸ Durchführungsverordnung zum Gesetz über ausländische Investitionen (中华人民共和国外商投资法实施条例), verabschiedet vom Staatsrat am 12. Dezember 2019, chinesisch-deutsch in dieser Ausgabe, S. 57 ff.

⁹ 最高人民法院关于适用《中华人民共和国外商投资法》若干问题的解释 vom 26.12.2019, chinesisch-deutsch in dieser Ausgabe, S. 71 ff.

¹⁰ 市场监管总局.

¹¹ 市场监管总局关于贯彻落实《外商投资法》做好外商投资企业登记注册工作的通知 vom 28.12.2019, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.338483.

¹² 外商投资信息报告办法 vom 30.12.2019 (Berichtsmaßnahmen), chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.338441.

¹³ 中华人民共和国公司法 vom 26.10.2018, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.1.324551, chinesisch-deutsch in der Fassung vom 28.12.2013 in: ZChinR 2014, S. 254 ff.

¹⁴ 中华人民共和国合伙企业法 vom 27.8.2006, chinesisch-deutsch in: ZChinR 2006, S. 407 ff.

¹⁵ § 217 Gesellschaftsgesetz.

¹⁶ 外商投资.

¹⁷ § 35 Entwurf GAI-DV.

¹⁸ 其他类似权益.

¹⁹ Siehe §§ 14 Abs. 2, 18 und 19 des 1. Entwurfs zum GAI aus 2015, chinesisch-deutsch in: ZChinR 2015, S. 285 ff., die sich detailliert mit Fragen der faktischen Kontrolle von Investitionen befassen.

grenzten Ausnahmefällen zulässig, wie etwa in der Shanghai Pudong Freihandelszone oder im Bereich der Übernahme eines chinesischen durch ein ausländisches Unternehmen.²⁰ Investitionen durch chinesische Staatsangehörige mit Wohnsitz im Ausland unterfallen ebenso dem GAI wie Investitionen aus Hongkong und Macau (§ 48 Abs. 1, 3 GAI-DV). Für Investoren aus Taiwan findet weiterhin das „Gesetz der Volksrepublik China zum Schutz von Investitionen taiwanesischer Landsleute“²¹ Anwendung, dessen geänderte Fassung ebenfalls am 1. Januar 2020 in Kraft trat.²²

Investitionen durch bereits bestehende ausländisch investierte Unternehmen in China werden schließlich gemäß § 47 GAI-DV ebenfalls nach dem GAI geregelt.

Das GAI führt nun ausdrücklich in Gesetzesform ein Konzept zur Verwaltung von Auslandsinvestitionen ein, welches in § 4 GAI als „Steuerungssystem der Inländerbehandlung vor der Zulassung plus Negativliste“²³ bezeichnet wird. Dies bedeutet, dass im Grundsatz Inländergleichbehandlung²⁴ für ausländische Investoren besteht, sollte die beabsichtigte Investitionstätigkeit nicht unter die „Special Management Measures for the Market Entry of Foreign Investment (Negative List)“²⁵ (im Folgenden „Negativliste“) bzw. die „Special Management Measures for the Market Entry of Foreign Investment in Pilot Free Trade Zones (Negative List)“²⁶ (im Folgenden „FHZ-Negativliste“) fallen. Die Marktregulierung mithilfe der genannten Listen besteht schon seit einigen Jahren, ist insofern also keine Neuheit. Allerdings wurden die Listen über die Jahre sukzessive reduziert und zusätzliche Sektoren für ausländische Investitionen geöffnet.²⁷ Dabei ist zu beachten, dass unabhängig von der Anwendung dieser Listen weiterhin sektorenspezifische Lizenzen und Genehmigungen für den Betrieb eines Unternehmens in einem bestimmten Bereich erforderlich sein können.²⁸ Zudem stellen die eben genannten Negativlisten nur eine erste Hürde beim Markteintritt in China dar.

Ausländische Investoren müssen sich bei der strategischen Planung zur Unternehmensgründung ebenfalls an der für inländische und ausländische Investoren gleichermaßen geltenden (und weitaus umfangreicheren) „Negative List for Market Access“²⁹ ausrichten.

In § 35 GAI und § 40 GAI-DV wird die Einführung eines Systems zur Überprüfung von ausländischen Investitionen, die die nationale Sicherheit betreffen oder betreffen können,³⁰ geregelt. Auf dieser Grundlage haben Chinas Nationale Kommission für Entwicklung und Reform („NDRC“) und MOFCOM gemeinsam am 19. Dezember 2020 die „Maßnahmen zur Sicherheitsüberprüfung von ausländischen Investitionen“³¹ erlassen. Zuvor existierte bereits ein solches System, welches jedoch lediglich auf zwei Mitteilungen des Staatsrates³² sowie Verwaltungsvorschriften von MOFCOM³³ beruhte. In den am 18.1.2021 in Kraft getretenen Maßnahmen wird ein präventives System zur Kontrolle von Investitionen in bestimmte Sektoren eingeführt. Dazu zählen u. a. Investitionen im Rüstungssektor sowie Investitionen in wichtige Agrarprodukte, in wichtige Energien und natürliche Ressourcen, wichtige Infrastrukturen oder wichtige Informationstechnologie und Internetprodukte/-dienstleistungen, wenn der ausländische Investor dadurch eine faktische Kontrolle über chinesische Unternehmen aus diesen Sektoren erlangt. Durchgeführt und verwaltet wird die Sicherheitsüberprüfung von einem durch NDRC und MOFCOM eingerichteten Arbeitsmechanismus.

Von erheblicher Bedeutung für die Finanzierung neu zu gründender, ausländisch investierter Unternehmen ist neben der gleichberechtigten Teilhabe an staatlichen Unterstützungsleistungen, Steuervergünstigungen etc. (§ 6 Abs. 1 GAI-DV) schließlich auch die ausdrückliche Gestattung der gesellschaftsrechtlichen Finanzierung im Wege der Ausgabe von Aktien, Unternehmensanleihen oder anderen Sicherheiten sowie

²⁰ Provisions on Foreign Investors' Merger with and Acquisition of Domestic Enterprises (关于外国投资者并购境内企业的规定) vom 22.6.2009, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.119571.

²¹ 中华人民共和国台湾同胞投资保护法 vom 28.12.2019, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.1.338316.

²² Xinhua, Law amended to encourage investment from Taiwan, <http://www.xinhuanet.com/english/2019-12/28/c_138663329.htm> (abgerufen am 11.1.2021).

²³ 准入前国民待遇加负面清单.

²⁴ Siehe zu Einzelheiten der Gleichbehandlung §§ 6, 13, 14, 15–17, 23, 35, 41 GAI-DV.

²⁵ 外商投资准入特别管理措施 (负面清单) (2020 年版) vom 23.6.2020, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.343474.

²⁶ 自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施 (负面清单) (2020 年版) vom 23.6.2020, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.343473.

²⁷ Die letzte Revision im Juni 2020 führte zu einer Verkleinerung der Negativliste von 40 auf 33 Sektoren und der FHZ-Negativliste von 37 auf 30 Sektoren.

²⁸ Vgl. § 35 GAI-DV.

²⁹ 市场准入负面清单 (2020 年版) vom 10.12.2020, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.349000.

³⁰ 国家建立外商投资安全审查制度, 对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查.

³¹ 外商投资安全审查办法 vom 19.12.2020, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.349133.

³² Notice of the General Office of the State Council on the Establishment of the Security Review System for Mergers and Acquisitions of Domestic Enterprises by Foreign Investors (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 3.2.2011, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.349133, und Notice of the General Office of the State Council on Printing and Distributing the Trial Measures for the National Security Review of Foreign Investment in Pilot Free Trade Zones (国务院办公厅关于印发自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法的通知) vom 8.4.2015, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.2.247115.

³³ Provisions of the Ministry of Commerce on the Implementation of the Security Review System for Mergers and Acquisitions of Domestic Enterprises by Foreign Investors (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 25.8.2011, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.157812.

durch öffentliche oder nichtöffentliche Ausgabe sonstiger Finanzierungsinstrumente im In- und Ausland (§§ 17 GAI, 18 GAI-DV). Dieses offene Bekenntnis zu einer deutlich ausgedehnten und flexibleren Finanzierung könnte eine steigende Anzahl an Börsengängen durch ausländisch investierte Unternehmen zur Folge haben, wobei allerdings noch weitere rechtliche und praktische Hindernisse zu beseitigen wären.

§ 25 GAI adressiert das Problem der Änderung sog. politischer Zusagen³⁴. Hierunter sind nach § 27 GAI-DV schriftliche Zusagen lokaler Behörden im Rahmen ihrer Kompetenzen gemeint, in denen ausländischen Investoren bestimmte Investitionsanreize oder Vergünstigungen versprochen werden. Häufig werden diese Zusagen im Rahmen eines Investitionsvertrags abgegeben, den ein lokaler Industriepark mit neuen Investoren abschließt. Sehr zu begrüßen ist die klarstellende Regelung in § 28 GAI-DV, wonach Zuständigkeitsänderungen oder andere verwaltungsinterne Veränderungen nicht als Vorwand genommen werden sollen, zuvor abgegebene Zusagen zu widerrufen oder die entsprechenden Investitionsverträge zu beenden. Notwendige Änderungen müssen stattdessen aufgrund des nationalen oder öffentlichen Interesses sowie im Rahmen der einschlägigen Verfahren und Zuständigkeiten gemacht werden. Nach § 25 GAI muss betroffenen Unternehmen in diesen Fällen eine faire, angemessene und zeitnahe Entschädigung³⁵ für den Verlust gewährt werden, der sich aus der beschlossenen Änderung ergibt.

§ 22 Abs. 2 GAI normiert den Grundsatz der freiwilligen technologischen Zusammenarbeit nach allgemeinen geschäftlichen Grundsätzen im Zuge ausländischer Investitionsprojekte. Keine Behörde darf ihre administrativen Befugnisse ausnutzen, um den Transfer von Technologie zu erzwingen. § 24 GAI-DV stellt ergänzend klar, dass ein solcher Zwang auch nicht in verdeckter Form ausgeübt werden darf. Diese Regelungen bedingen zwar unmittelbar keine Änderung der bisherigen Rechtslage.³⁶ Es besteht aber die Hoffnung, dass sie dem Problem des indirekt erzwungenen Technologietransfers dennoch wirksam begegnen.

Das GAI behandelt im dritten Kapitel den Schutz geistigen Eigentums. Da das GAI indes selbst keine Regelungen zur Umsetzung dieses Schutzes enthält, sind weiterhin die Einzelgesetze des IP-Rechts für die inhaltliche Ausgestaltung maßgeblich. Der Wortlaut des GAI kann also lediglich als generelle Absichtserklärung des chinesischen Gesetzgebers angesehen werden, die durch Gerichte und Behörden bei der Anwendung des Rechts berücksichtigt werden muss. In der jüngeren Vergangenheit hat der Gesetzgeber auf dem Gebiet des Gewerblichen Rechtsschutzes erkenn-

bar seinen Reformwillen manifestiert.³⁷ Die Revision des Patentgesetzes³⁸ wurde nach zweiter Lesung im Juni 2019 zur öffentlichen Stellungnahme vorgelegt³⁹ und inzwischen am 17. Oktober 2020 verabschiedet. Der Rahmen für die gerichtliche Festsetzung von Schadensersatz durch die Gerichte im Falle von Patentverletzungen wird deutlich nach oben angepasst. Ferner ist eine Revision des Markengesetzes am 1. November 2019 in Kraft getreten. Sie bringt für Markeninhaber u. a. einen weiter verbesserten Schutz gegen bösgläubige Anmeldungen Dritter.⁴⁰ Auf dem Gebiet des Urheberrechts wurde am 26. April 2020 ein neuer Gesetzesentwurf dem Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses vorgelegt und die zweite Lesung im August 2020 abgeschlossen.⁴¹ Inzwischen wurde auch diese Revision am 11. November 2020 verabschiedet. Das neugefasste Gesetz tritt am 1. Juni 2021 in Kraft. Zunächst in Beijing, Shanghai und Guangzhou, danach auch in anderen Städten wurden besondere Gerichte für den Gewerblichen Rechtsschutz eingerichtet.⁴² Obwohl das System des Gewerblichen Rechtsschutzes in China sich insgesamt entwickelt und verbessert, bestehen nach wie vor strukturelle Defizite zulasten ausländischer Rechtsinhaber.

2. Optionen für eine Neugründung

Maßstab für Unternehmensgründungen unter ausländischer Beteiligung sind ab dem 1. Januar 2020 nicht mehr die drei außer Kraft getretenen FIE-Gesetze. Das GAI und dessen Umsetzungsvorschriften enthalten jedoch selbst keine detaillierten Vorgaben zur Rechtsform, Organisationsstruktur, internen Willensbildung usw. für ausländisch investierte Unternehmen. Vielmehr verweist § 31 GAI hinsichtlich der zentralen gesellschaftsrechtlichen Fragen auf das chinesische Gesellschaftsgesetz, das chinesische Partnerschaftsunternehmensgesetz⁴³ sowie andere relevante Gesetze. Nach neuer Rechtslage stehen die nachfolgend aufgelisteten Optionen zur Verfügung. Die einzelnen Voraussetzungen und verfahrensrechtlichen Aspekte werden unten unter 3. näher beleuchtet.

a. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Die erste denkbare und praktisch wohl auch bedeutendste Handlungsoption stellt die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁴⁴ („GmbH“) ge-

³⁴ 政策承诺.

³⁵ § 28 GAI-DV.

³⁶ Überblick über bisherige Rechtslage und Praxis bei *Dan Prud'homme*, Reform of China's „Forced“ Technology Transfer Policies, <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/07/reform-chinas-forced-technology-transfer-policies>> (abgerufen am 9.1.2021).

³⁷ Siehe dazu ausführlich *Tian XU/Felix Engelhardt*, Aktuelle Entwicklungen im Recht des Geistigen Eigentums in der Volksrepublik China, ZChinR 2020, S. 126 ff.

³⁸ Vgl. dazu *Jörg-Michael Scheil*, Neuer Patentrechtsentwurf und IP-Gerichte – Neueste Entwicklungen im chinesischen Patentrecht, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 2015, Heft 8/9, S. 263.

³⁹ <<https://npcobserver.com/legislation/patent-law/>> (abgerufen am 11.1.2021).

⁴⁰ Vgl. dazu *Jörg-Michael Scheil*, Auswirkungen des neuen chinesischen Markenrechts auf ausländische Markeninhaber, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 2014, Heft 5, S. 218.

⁴¹ <<https://npcobserver.com/legislation/copyright-law/>> (abgerufen am 11.1.2021).

⁴² *Jörg-Michael Scheil*, a. a. O. (Fn. 38), S. 263.

⁴³ Siehe Fn. 14.

⁴⁴ 有限责任公司.

mäß den §§ 23 ff. Gesellschaftsgesetz dar. Die Entscheidung für eine GmbH-Gründung wird in den Fällen in Betracht kommen, in denen nach alter Rechtslage ein Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit⁴⁵ zweckmäßig oder gesetzlich vorgeschrieben war. Letzteres traf auf EJV zu.⁴⁶ Für WFOE und CJV bestand insofern ein gewisser Gestaltungsspielraum,⁴⁷ wengleich in der Praxis auch hier die Wahl zumeist auf die GmbH fiel.

b. Aktiengesellschaft

Als zweite mögliche Unternehmensform nach dem Gesellschaftsgesetz kommt die Aktiengesellschaft⁴⁸ („AG“) nach den §§ 76 ff. Gesellschaftsgesetz in Betracht. Ausländisch investierte AGen (sog. „Foreign-Invested Companies Limited by Shares“ oder „FICLS“) wurden mit stetiger Zunahme der Fusions- und Übernahmeaktivitäten in China für ausländische Investoren immer interessanter und eröffnen mit Blick auf eine mögliche spätere Börsennotierung in China oder im Ausland ein reizvolles Finanzierungsinstrument. Zwar waren die typischen Fallgruppen in der Praxis bisher eher die Umwandlung einer EJV-GmbH in eine AG⁴⁹ bzw. der Erwerb einer chinesischen AG durch ein ausländisches Unternehmen. Jedoch eröffnet das chinesische Recht – insbes. mit Blick auf § 17 GAI und § 18 GAI-DV – ausländischen Investoren ausdrücklich auch die Möglichkeit der Neugründung einer AG. Die zuvor erlassenen Sonderregelungen der „Vorübergehenden Bestimmungen zur Gründung von ausländisch investierten Aktiengesellschaften“⁵⁰ sind seit 1. Januar 2020 nicht mehr in Kraft, sodass insofern eine Gleichstellung mit inländischen AGen festzustellen ist.

c. Partnerschaftsunternehmen

Möglich ist auch die Gründung eines Partnerschaftsunternehmens. Hier bietet das einschlägige Partnerschaftsunternehmensgesetz die Wahl zwischen einem gewöhnlichen Partnerschaftsunternehmen⁵¹ (vergleichbar mit einer deutschen OHG), einem Partnerschaftsunternehmen besonderer Art⁵² (vergleichbar mit der deutschen Partnerschaft) sowie einem Partnerschaftsunternehmen mit beschränkter Haftung⁵³ (vergleichbar mit einer deutschen KG) an. Bereits seit 2010 können ausländische Unternehmen oder ausländische natürliche Personen geschäftliche Aktivitäten

in Form eines Partnerschaftsunternehmens durchführen.⁵⁴ Diese Maßnahmen finden ihre Rechtsgrundlage in § 108 Partnerschaftsunternehmensgesetz, behalten also wohl vorerst trotz des latenten Widerspruchs zum Grundsatz der Inländerbehandlung des GAI noch ihre Geltung. Als Vehikel ohne eigene Rechtspersönlichkeit wird ein Partnerschaftsunternehmen vor allem für diejenigen Unternehmen in Betracht kommen, die sich nach alter Rechtslage in einem CJV zusammenschlossen hatten.

d. Repräsentanz

Der Vollständigkeit halber soll hier noch kurz die Möglichkeit der Errichtung einer Repräsentanz⁵⁵ in China erwähnt werden. Diese häufige Form des „Erstkontakts“ mit dem chinesischen Markt in Gestalt einer ständigen Vertretung vor Ort erfreut sich in verschiedenen Sektoren nach wie vor einiger Beliebtheit und wurde durch die Reform des Rechts ausländischer Investitionen nicht berührt. Die nicht mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Repräsentanz hat wegen des verhältnismäßig geringen Gründungs- und Verwaltungsaufwands gerade auch in den Branchen Bedeutung, die im Zuge der Kürzung der Negativlisten noch nicht entsprechend liberalisiert wurden.⁵⁶ Obschon die Repräsentanz auf nichtoperative, das ausländische Mutterunternehmen unterstützende Tätigkeiten beschränkt ist, können dadurch beträchtliche Vorteile im Vergleich zu einer Koordinierung ausschließlich aus dem Ausland geschaffen werden, wie beispielsweise der Aufbau von geschäftlichen Netzwerken, Analyse des Marktes oder gezieltes Marketing.

3. Gründungsvoraussetzungen und Verfahren

a. Materiell-rechtliche Voraussetzungen

In diesem Abschnitt soll keine vertiefte Darstellung der einzelnen materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Gründung von GmbH, AG und Partnerschaft erfolgen, sondern das Hauptaugenmerk auf die wesentlichen rechtsformübergreifenden Unterschiede zur alten Rechtslage gerichtet werden. Zweckmäßigerweise werden zudem viele der Änderungen bei Betrachtung der Reorganisation bestehender Unternehmen (siehe unten III.) behandelt, da sich dort die direkte Gegenüberstellung von alter und neuer Rechtslage besonders anbietet.

Zunächst ist festzuhalten, dass ausschließlich FIE nach wie vor den Restriktionen der Negativlisten unter-

⁴⁵ Vgl. § 3 Abs. 1 Gesellschaftsgesetz.

⁴⁶ § 4 Abs. 1 EJV-Gesetz.

⁴⁷ Vgl. § 8 WFOE-Gesetz sowie § 2 Abs. 2 CJV-Gesetz.

⁴⁸ 股份有限公司.

⁴⁹ Siehe § 95 Gesellschaftsgesetz und § 8 Abs. 2 der Maßnahmen zur ersten öffentlichen Aktienausgabe und zum Börsengang (首次公开发行股票并上市管理办法) vom 10.7.2020, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.343967.

⁵⁰ 商务部关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定 vom 25.10.2018, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.317671.

⁵¹ 普通合伙企业.

⁵² 普通合伙企业.

⁵³ 有限合伙企业.

⁵⁴ Maßnahmen zur Verwaltung der Gründung von Partnerschaftsunternehmen auf chinesischem Staatsgebiet durch ausländische Unternehmen oder Individuen (外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业管理办法) vom 25.11.2009, chinesisch-deutsch in: ZChinR 2010, S. 73 ff.

⁵⁵ 常驻代表机构; Administrative Regulations on the Registration of Permanent Representative Organizations of Foreign Enterprises (外国企业常驻代表机构登记管理条例) vom 18.9.2018, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.2.322431.

⁵⁶ Wie etwa in der Tabakindustrie, dem Postwesen, der Internetmedienindustrie oder der Rechtsberatung.

liegen (siehe oben). Folglich ist zwingend erforderlich, dass der beabsichtigte Geschäftsgegenstand nicht in die Kategorie „verboten“ fällt und das Unternehmen ggf. die Voraussetzungen der „beschränkten“ Branchen erfüllt. Dabei muss jedoch erwähnt werden, dass die in den Listen genannten Bereiche stetig reduziert wurden. Zuletzt am 24. Juni 2020 wurde eine aktualisierte Fassung der Negativliste veröffentlicht.⁵⁷ Die Zahl der verbotenen oder beschränkten Branchen ist in dieser neuesten Fassung von 40 auf 33 gesunken.⁵⁸ In diesem Zusammenhang ist interessant, dass seit der letzten Reform auf Antrag der Staatsrat die Befugnis hat, auf Einzelfallbasis bestimmte Investitionen von den Verboten und Beschränkungen der Negativliste zu befreien.⁵⁹

Das Oberste Volksgericht hat sich in seiner GAI-Interpretation mit einigen Auslegungsfragen zum GAI beschäftigt, darunter auch mit der Frage der zivilrechtlichen Wirksamkeit bestimmter Investitionsverträge. Macht eine Partei gerichtlich die Unwirksamkeit eines solchen Vertrags wegen fehlender Genehmigung oder Registrierung geltend, so gibt das Gericht dem nicht statt, wenn es sich um ein nicht in der Negativliste aufgeführtes Geschäftsfeld handelt.⁶⁰ Umgekehrt erklärt das Gericht den Investitionsvertrag für unwirksam, wenn die Investition in eine kraft Negativliste verbotene Branche fällt.⁶¹ Wird in einen laut Negativliste beschränkten Bereich investiert, so ist auch in diesem Fall die Unwirksamkeit des Investitionsvertrags festzustellen, sollte nicht der ausländische Investor vor dem Urteil die Voraussetzungen der jeweiligen Beschränkung nachträglich erfüllen.⁶²

Mit Aufhebung der FIE-Gesetze fallen außerdem zahlreiche Barrieren, die das Gesellschaftsgesetz bzw. das Partnerschaftsgesetz nicht vorsehen. In Zukunft bestehen grundsätzlich⁶³ keine Mindestkapitalanforderungen mehr. Das Unternehmen muss lediglich über ausreichend finanzielle Mittel für den beabsichtigten Geschäftsbetrieb verfügen und das registrierte Kapital gemäß den Vorgaben in der Gesellschaftssatzung einzahlen.⁶⁴ Das starre Verhältnis von registriertem Kapital und Gesamtinvestition für FIEs⁶⁵ wird nach

neuem Recht ebenso gelockert wie die enumerative Beschränkung der tauglichen Einlagen für ausländische Investoren. Nach alter Rechtslage bestanden insofern teils erhebliche Einschränkungen.⁶⁶

b. Gründungsverfahren

Der Gleichbehandlungs- bzw. Inländerbehandlungsgrundsatz des GAI hat neben der materiell-rechtlichen Komponente auch prozessuale Auswirkungen. Nach den FIE-Gesetzen unterlagen bis 2016 alle Gesellschaftsverträge der Unternehmen mit ausländischer Beteiligung einer staatlichen Genehmigung. Ein solches Erfordernis fehlte für inländische Investitionen. Nach dem GAI ist eine solche Genehmigung bei ausländischen Investitionen nun grundsätzlich nicht mehr erforderlich, sofern das Projekt nicht unter die Negativliste fällt.

Für die eigentliche Unternehmensregistrierung ist die Marktregulierungsbehörde SAMR zuständig,⁶⁷ die insofern die Kompetenzen des früheren Industrie- und Handelsverwaltungsamts SAIC übernommen hat. Diese führt das Unternehmensregister, stellt die Unternehmenslizenzen aus und übernimmt die Registrierung aller registerpflichtigen Änderungen bei den Unternehmen.

Auch Inhalt und Umfang der Antragsunterlagen für die Gründung haben eine Änderung erfahren. Wird ein Equity Joint Venture zwischen einem ausländischen Investor und einem chinesischen Partner gegründet, so muss der Joint-Venture-Vertrag den Behörden nicht mehr zur Prüfung und Genehmigung eingereicht werden, sofern das Projekt nicht auf der Negativliste auftaucht. Anders gestaltet sich die Situation beim Erwerb von Anteilen an inländischen Unternehmen. Hier muss, wie aus der Praxis bekannt, der Anteilskaufvertrag unverändert bei den Registerbehörden eingereicht werden.

Dem Abbau vorgelagerter Genehmigungsanforderungen steht allerdings im Gegenzug eine Zunahme der nachgelagerten Berichtspflichten für ausländisch investierte Unternehmen gegenüber. Bestimmte Grunddaten und regelmäßige sowie anlassbedingte Aktualisierungen sind an das Online-System der Handelsbehörden und das sog. *Enterprise Credit Information Publicity System*⁶⁸ zu melden. Dazu zählen neben Gründungsberichten auch laufende Berichte über gesellschaftsrechtliche Änderungen, Löschungen und Jahresberichte.⁶⁹ Dieses Berichtssystem für ausländisch investierte Unternehmen ist im Gesamtkontext des Publikationssystems für unternehmensbezogene Kreditinformationen zu sehen. Dieses ist ein seit 2014

⁵⁷ <https://www.europeanchamber.com.cn/en/press-releases/3253/stance_on_the_updated_negative_list_for_foreign_investment> (abgerufen am 11.1.2021).

⁵⁸ <[https://static.europeanchamber.com.cn/upload/medianews/attachments/Comparison_of_Special_Administrative_Measures_for_the_Access_of_Foreign_Investment_Negative_List_2019_2020_Version_Comparison_\[87\].pdf](https://static.europeanchamber.com.cn/upload/medianews/attachments/Comparison_of_Special_Administrative_Measures_for_the_Access_of_Foreign_Investment_Negative_List_2019_2020_Version_Comparison_[87].pdf)> (abgerufen am 11.1.2021).

⁵⁹ Ziffer 5 der Anmerkungen zur Negativliste (Version 2020).

⁶⁰ § 2 GAI-Interpretation.

⁶¹ § 3 GAI-Interpretation.

⁶² § 4 GAI-Interpretation.

⁶³ Ausnahmen bestehen in wenigen speziellen Bereichen wie etwa bei Finanzdienstleistern.

⁶⁴ §§ 26 – 28 Gesellschaftsgesetz.

⁶⁵ Interim Provisions of the State Administration for Industry and Commerce on the Ratio of the Registered Capital to the Total Investment of a Sino-Foreign Equity Joint Venture Enterprise (国家工商行政管理总局关于中外合资经营企业注册资本与投资总额比例的暂行规定) vom 17.2.1987, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.3200.

⁶⁶ Siehe nur die Anforderungen gemäß §§ 24–26 der Ausführungsbestimmungen zum EJV-Gesetz (中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例) vom 20.9.1983 in der Fassung vom 2.3.2019 („EJV-AB“), chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.2.330888.

⁶⁷ § 37 GAI-DV.

⁶⁸ <<http://www.gsxt.gov.cn/index.html>> (abgerufen am 11.1.2021).

⁶⁹ § 8 Berichtsmaßnahmen.

eingeführtes Online-System⁷⁰, in dem verschiedene Verwaltungsbehörden Basisdaten zu allen Unternehmen in China miteinander und mit der Öffentlichkeit teilen. Neben den Basisdaten werden hier auch für Compliance relevante Sachverhalte wie z. B. Untersuchungen und Verwaltungssanktionen verzeichnet. Durch die Zugriffsmöglichkeit sämtlicher relevanter Behörden auf das System können FIEs einen Teil desjenigen Verwaltungsaufwands einsparen, der vormals für die Einreichung laufender Berichte bei unterschiedlichen Behörden entstand. Unternehmen sind aber verpflichtet, hierfür wahre, akkurate und vollständige Angaben zu machen.⁷¹ Sollten falsche bzw. unzureichende Angaben gemacht und nach Aufforderung der zuständigen Behörde nicht rechtzeitig berichtigt werden, so droht ein Bußgeld von 100.000 bis 500.000 RMB.⁷²

4. Kriterien für die Entscheidung zwischen den Optionen

Welche Rechtsform sich letztlich als geeignet anbietet und wie diese im Einzelfall ausgestaltet werden sollte, hängt naturgemäß von verschiedenen Faktoren ab.

Im Rahmen der grundsätzlichen Entscheidung zum „Ob“ einer Investition in China darf der „Katalog für ausländische Investitionen in geförderten Industrien“⁷³ nicht außer Acht gelassen werden. Diese als Gegenpol zu den Negativlisten zu verstehende, ebenfalls der Umsetzung des GAI dienende Liste wurde zuletzt am 27. Dezember 2020 überarbeitet und trat in dieser Form am 27. Januar 2021 in Kraft.⁷⁴ Der Katalog spiegelt die wesentlichen wirtschaftspolitischen Ziele Chinas wider. In den nun insgesamt 471 geförderten Industrien versucht der chinesische Staat durch verschiedene Anreize wie Steuervergünstigungen oder Vorzugsbehandlung bei Erwerb von Landnutzungsrechten ausländische Investoren anzulocken. Besonderer Fokus wird dabei auf die drei Kernbereiche Hightech-Produktion (v. a. Automobil, Internet- und Kommunikationstechnologie, Elektroindustrie), produktionsbezogene Dienstleistungen (z. B. Logistik, Automatisierung, Finanzdienstleistungen) sowie Investitionen in Zentral-, West- und Nordostchina gelegt.

Mit Blick auf die Wahl der konkreten Rechtsform ist und bleibt die GmbH wohl das mit Abstand am häufigsten gewählte Gesellschaftsmodell für inländische wie ausländische Investoren. Das liegt nicht zuletzt an deren rechtlicher Verselbstständigung und der von ihren Eigentümern getrennten Haftungsmasse. Die Registrierung einer GmbH stellt sich im Vergleich zur AG

in verfahrensrechtlicher Hinsicht als relativ unkompliziert dar und auch die Compliance-Anforderungen werfen im Vergleich zur AG weniger Probleme auf. Ein Ausstieg aus dem Unternehmen ist durch bloße Anteilsübertragung (ggf. mit Zustimmung einer einfachen Mehrheit der Gesellschafter⁷⁵) möglich.

Auch wenn die Neugründung einer AG durch ausländische Investoren bisher eine praktisch eher untergeordnete Rolle gespielt hat, sollen deren Vorzüge gleichwohl kurz angerissen werden. Dies gilt vor allem deswegen, weil für ausländisch investierte AGEN seit 1. Januar 2020 nicht mehr die strengeren Regelungen vom 25. Oktober 2018⁷⁶ maßgeblich sind. Die AG stellt das einzige Investitionsvehikel dar, das ausländischen Investoren in China eine Notierung an einer der beiden Aktienbörsen Shanghai oder Shenzhen ermöglicht. Die Haftung der Gesellschafter ist auf von diesen gezeichnete Aktien beschränkt. Eine Übertragung der von den Gründern gehaltenen Aktien ist innerhalb eines Jahres ab dem Tag der Gründung bzw. dem Tag der Börsennotierung unzulässig.⁷⁷ Dividenden können kraft entsprechender Satzungsregelung auch abweichend von Aktienanteilen ausgeschüttet werden.⁷⁸ Allerdings gelten für die AG eine Vielzahl umfangreicher Berichts-, Informations- und Offenbarungspflichten. Börsennotierte Gesellschaften unterliegen der Überwachung durch die chinesische Börsenaufsicht.

Ein ausländisch investiertes Partnerschaftsunternehmen (*Foreign-invested partnership enterprise*, „FIPE“) hat den Vorzug eines im Vergleich zur GmbH oder AG zügigen Gründungsprozesses ohne jegliche Mindestkapitalanforderungen. Dem steht jedoch das grundsätzliche Risiko einer unbeschränkten Haftung der Partner gegenüber, sollte das Vermögen der Partnerschaft nicht zur Befriedigung der Gläubiger ausreichen.⁷⁹ Ferner kann gemäß Ziff. 4 Satz 2 der Anmerkungen zur Negativliste (Version 2020) ein FIPE nicht in Bereichen errichtet werden, in denen bestimmte Anforderungen an Beteiligungsverhältnisse bestehen. Eine Beteiligung von Ausländern als Partner an einer chinesischen Rechtsanwaltskanzlei ist nach wie vor verboten.⁸⁰

III. Reorganisation bestehender Unternehmen

1. Rechtsgrundlagen und Zeitrahmen

Ausländisch investierte Unternehmen, die sich vor dem 1. Januar 2020 in China gegründet haben, können vorerst ihre alte Rechtsform und Gesellschaftsstruktur beibehalten (§ 42 Abs. 2 Satz 1 GAI, § 44 Abs. 1 Satz 2 GAI-DV). Allerdings müssen bis zum 1.1.2025 alle nötigen Änderungen zur Anpassung an das neue System abgeschlossen sein (§ 42 Satz 3, 4 GAI, § 44 Abs. 1 GAI-DV). Sollte dies nicht geschehen, droht § 44 Abs. 2 GAI-DV mit der bislang einzigen Sanktion, dass

⁷⁰ Rechtsgrundlage sind die Interim Regulations on the Disclosure of Enterprise Information (企业信息公示暂行条例) vom 7.8.2014, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.2.231857.

⁷¹ § 39 Abs. 2 GAI-DV.

⁷² § 37 GAI.

⁷³ 鼓励外商投资产业目录, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.349460.

⁷⁴ <https://www.ndrc.gov.cn/xxgk/zcfb/fzggwl/202012/t20201228_1260594.html> (abgerufen am 11.1.2021).

⁷⁵ § 71 Abs. 1 Satz 2 Gesellschaftsgesetz.

⁷⁶ Siehe Fn. 50.

⁷⁷ § 141 Abs. 1 Satz 1, 2 Gesellschaftsgesetz.

⁷⁸ § 166 Abs. 4 Gesellschaftsgesetz.

⁷⁹ § 39 Partnerschaftsunternehmensgesetz.

⁸⁰ Nr. 18 der Negativliste (Version 2020).

zukünftige Anträge auf gesellschaftsrechtliche Änderungen von der SAMR nicht mehr bearbeitet werden und die mangelnde Anpassung durch das entsprechende Unternehmen öffentlich gemacht wird. Durch diese verhältnismäßig milde Rechtsfolge wird die Existenz bestehender FIEs nicht gefährdet und sie können weiterhin ihren Geschäften im registrierten Umfang in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen nachgehen.

In China existiert bis dato kein besonderes Gesetz zur Umwandlung von Gesellschaften. Im Gesellschaftsgesetz adressieren lediglich §§ 9 und 95 den Wechsel von einer GmbH in eine AG und andersherum, ohne dabei jedoch detaillierte Vorgaben in materiell-rechtlicher oder prozeduraler Hinsicht aufzustellen. Zieht man die tatsächlichen Verhältnisse in Betracht, so handelt es sich bei der Umwandlung von EJV, CJV und WFOE in eine der Formen nach dem Gesellschafts- bzw. Partnerschaftsunternehmensgesetz streng genommen nicht um eine Änderung der Rechtsform, sondern lediglich um eine Anpassung der internen Organisation sowie entsprechender Verträge und anderer relevanter Dokumente.

Für die praktische Durchführung der Anpassung stellen sich jedoch noch zahlreiche Fragen, die die bisher erlassenen Vorschriften nur unzureichend beantworten.

Im Folgenden soll ein Überblick darüber gegeben werden, wie sich die neue Rechtslage für bestehende FIEs auswirkt⁸¹ und welche Maßnahmen auf Grundlage der bisher erlassenen Normen vorgenommen werden müssen. Dies soll exemplarisch am Beispiel von Joint Ventures gezeigt werden, da dort die Änderungen am deutlichsten zu spüren sind und WFOEs tatsächlich seit einiger Zeit bereits in vielerlei Hinsicht dem vom Gesellschaftsgesetz vorgeschriebenen Regime entsprechen. Wegen der überragenden praktischen Bedeutung wird zudem der Blick ausschließlich auf das Gesellschaftsgesetz gelenkt, was jedoch nicht bedeuten soll, dass ein Partnerschaftsunternehmen keine realistische Option für ausländisch investierte Unternehmen darstellt.

2. Organisationsrechtliche Änderungen

Entscheidungsorgane in ausländisch investierten Unternehmen und deren Entscheidungskompetenzen sind durch das GAI umgestaltet worden. Die folgende Tabelle liefert eine Gegenüberstellung der wesentlichen Unterschiede in der Organstruktur nach alter und neuer Rechtslage:

	Nach dem EJV-Gesetz	Nach dem CJV-Gesetz	Nach dem Gesellschaftsgesetz
Höchstes willensbildendes Organ	Vorstand (Board of Directors)	Vorstand oder Joint-Management-Komitee	Gesellschafterversammlung
Rechte und Pflichten des höchsten Organs	entscheidet über alle grundlegenden Fragen, wie Satzungsänderung, Erhöhung und Herabsetzung des Stammkapitals, Verschmelzung, Auflösung usw.	entscheidet über alle grundlegenden Fragen, wie Satzungsänderung, Erhöhung und Herabsetzung des Stammkapitals, Fusion, Auflösung usw.	Rechte und Pflichten spezifischer geregelt als in dem EJV-/CJV-Gesetz
Abstimmungsregeln	einstimmige Zustimmung der anwesenden Mitglieder für die grundlegenden Fragen und satzungsmäßig bestimmten Angelegenheiten	einstimmige Zustimmung der anwesenden Mitglieder oder der Mitglieder des Joint-Management-Komitees	Entscheidung mit Stimmen von $\frac{2}{3}$ der Anteilinhaber
Anzahl der Direktoren	≥ 3 Mitglieder	≥ 3 Mitglieder oder Mitglieder des Joint-Management-Komitees	3–13 Vorstandsmitglieder (bei kleinen Gesellschaften ein geschäftsführender Direktor und kein Vorstand)
Beschlussfähigkeit	$\geq \frac{2}{3}$ der Mitglieder	$\geq \frac{2}{3}$ der Mitglieder oder Mitglieder des Joint-Management-Komitees	kann von den Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden
Amtszeit der Direktoren	4 Jahre	nicht länger als 3 Jahre	nicht länger als 3 Jahre
Gesetzlicher Vertreter	Vorsitzender des Vorstands	Vorsitzender des Vorstands oder Direktor des Management-Komitees	Vorsitzender des Vorstands, Exekutivdirektor oder der Geschäftsführer

Die hierdurch bereits sehr deutlich hervortretenden Unterschiede können anhand eines typischen Equity Joint Venture am besten illustriert werden:

a. Rechtslage nach dem EJV-Gesetz

In den vor 2020 gegründeten EJVs war der Verwaltungsrat das oberste Satzungsorgan.⁸² Die Direktoren für den Verwaltungsrat wurden durch Verhandlungen der Joint-Venture-Partner unter Beachtung ihrer Anteilsverhältnisse bestimmt.⁸³ Bei einer hälftigen Verteilung der Gesellschaftsanteile wurde typischerweise ein paritätisch besetzter Vorstand mit insgesamt vier Direktoren eingesetzt. Als Vorsitzender des Vorstands wurde im Regelfall einer der Direktoren benannt, dem die Satzung gewöhnlich auch die Funktion als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft zuwies.⁸⁴

Satzungsmäßig wurden diejenigen Angelegenheiten aufgelistet, die ausschließlich der Vorstand entscheiden darf. Dabei sah das Gesetz vor, dass nachstehende

⁸¹ Vgl. den gesetzlichen Regelfall einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung für WFOEs nach § 18 der Ausführlichen Durchführungsvorschriften zum Gesetz über ausländisch kapitalisierte Unternehmen (中华人民共和国外资企业法实施细则), erlassen am 19.2.2014, in Kraft getreten am 1.3.2014, außer Kraft getreten am 1.1.2020, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.2.248922.

⁸² § 30 EJV-AB.

⁸³ § 31 Satz 2 EJV-AB.

⁸⁴ § 34 Satz 1 EJV-AB.

Angelegenheiten einen einstimmigen Beschluss des Vorstands erfordern:

- Satzungsänderungen
- Kapitalerhöhungen
- Verschmelzungen mit anderen Rechtsträgern
- Auflösung der Gesellschaft⁸⁵

Für sonstige Angelegenheiten genügte eine einfache Stimmenmehrheit, sofern die Satzung im Einzelfall nicht weitere Angelegenheiten dem Erfordernis der einstimmigen Beschlussfassung unterwarf. Außerhalb der einstimmig zu beschließenden Fragen konnten die Gesellschafter die relevanten Quoren frei bestimmen.

Aus der paritätischen Besetzung des Vorstands konnten sich verschiedene praktische Probleme ergeben. Bei Auswahlentscheidungen mit mehreren Alternativen (z. B. Besetzung einer bestimmten Managementposition) konnte eine Pattsituation entstehen, wenn weder die Kandidaten der chinesischen noch die der ausländischen Partei eine einfache Mehrheit fanden und deshalb gar keine Neubesetzung möglich war. Bei Alternativentscheidungen kam es dagegen schlicht zur Ablehnung des Antrags, wenn sich bei einer mit einfacher Mehrheit zu entscheidenden Frage die Stimmen der ausländischen und der chinesischen Seite konträr gegenüberstanden.⁸⁶ Dies konnte dazu führen, dass notgedrungen der Status quo fortgeführt werden musste. Ein Weg zur Vermeidung solcher Konflikte bestand darin, dem Vorsitzenden einen Stichtentscheid zu gewähren.

War der Vorstand nicht paritätisch besetzt, führte dies dann zu Komplikationen, wenn das Gesetz oder die Satzung für bestimmte Fragen Einstimmigkeit vorschrieb. Zum Beispiel konnte ein Mehrheitsgesellschafter, der 80 % der Anteile am registrierten Kapital hielt und vier Direktoren in einem fünfköpfigen Vorstand stellte, durch den alleinigen Direktor der anderen Partei und dessen Vetorecht blockiert werden.

In den meisten EJVs wurde zudem eine Geschäftsführung bestellt, die aus einem alleinigen Geschäftsführer oder einem Geschäftsführer und einem oder mehreren stellvertretenden Geschäftsführern (Deputy General Manager) bestand.⁸⁷ In Joint-Venture-Verhandlungen war es gang und gäbe, ein Gleichgewicht bei der Besetzung der Positionen anzustreben. Stellte die chinesische Seite den Vorsitzenden des Vorstands, so verlangte die ausländische Seite die Geschäftsführerposition, worauf die chinesische Seite dann im Gegenzug einen eigenen Deputy General Manager vorschlagen wollte.

In den Aufgabenbereich der Geschäftsführung fiel die Führung der täglichen Geschäfte.⁸⁸ Diese war je-

doch an in der Satzung festgelegte Zuständigkeiten des Vorstands beschränkt und musste daher im Vorfeld bestimmter Entscheidungen dessen Zustimmung einholen. Ferner bestand eine Trennung zwischen Geschäftsführungsbefugnis und gesetzlicher Vertretung, was nicht selten zur Folge hatte, dass der Firmenstempel im Büro des Vorstandsvorsitzenden verwahrt wurde und der Geschäftsführer dort einen Antrag auf dessen Verwendung stellen musste. Dass dieses Vorgehen in hohem Maße ineffizient war und dadurch zu einer Verkomplizierung des operativen Geschäfts führte, liegt auf der Hand.

b. Rechtslage nach dem Gesellschaftsgesetz

Das höchste Organ bei ab dem 1. Januar 2020 gegründeten EJVs ist nunmehr die Gesellschafterversammlung.⁸⁹ Sofern diese noch nicht eingesetzt wurde, muss dies durch Satzungsänderung geschehen. Diese setzt sich aus der Gesamtheit aller Gesellschafter zusammen⁹⁰ und entscheidet über diejenigen Grundsatzangelegenheiten, die zuvor in die Kompetenz des Vorstands fielen.⁹¹ Dafür ist nun ein Beschluss mit einer $\frac{2}{3}$ -Mehrheit der in der Gesellschafterversammlung vertretenen Stimmrechte erforderlich.⁹² Dem Vorstand obliegt es, Vorlagen für die zur Entscheidung stehenden Grundsatzangelegenheiten zu entwerfen.⁹³ Die Einberufung der Gesellschafterversammlung erfolgt durch den Vorstandsvorsitzenden.⁹⁴

Es ist nicht zu übersehen, dass die erwähnte $\frac{2}{3}$ -Mehrheit einem Mehrheitsgesellschafter mit mindestens 67 % der Stimmen ein Kontrollrecht verschafft, was in einem EJV nach altem Recht nicht möglich war. Ein Minderheitsgesellschafter wird daher alles daransetzen, bei den Verhandlungen zur Gesellschaftssatzung besondere Schutzmechanismen aufzunehmen, wie z. B. die Vereinbarung einer höheren qualifizierten Mehrheit für bestimmte Angelegenheiten. Zwar enthält § 43 Satz 1 Gesellschaftsgesetz eine Öffnungsklausel, wonach das Beratungs- und Abstimmungsverfahren der Gesellschafterversammlung in der Satzung oder anderen internen Regelungen festgelegt werden kann. Und obwohl Gerichte vereinzelt die Zulässigkeit der Vereinbarung qualifizierter Mehrheiten über der $\frac{2}{3}$ -Schwelle bestätigt haben,⁹⁵ muss dieser Problemkreis noch weiter durch entsprechende Vorschriften bzw. gerichtliche Auslegungen geklärt werden.

Als Geschäftsorgan steht der Vorstand unterhalb der Gesellschafterversammlung⁹⁶ und verfügt im Vergleich zur alten Rechtslage über eingeschränkte Kompetenzen.⁹⁷ In der Gesellschaft kann ein Management

⁸⁵ § 33 Abs. 1 Nr. 1–4 EJV-AB.

⁸⁶ Vgl. hierzu auch *Vivienne Bath*, *The Company Law and Foreign Investment Enterprises in the PRC – Parallel systems of Chinese-Foreign Regulation*, *University of New South Wales Law Journal*, Volume 30 (3), 2007, S. 774 ff. (782).

⁸⁷ § 35 EJV-AB.

⁸⁸ § 36 Satz 1 EJV-AB.

⁸⁹ § 36 Satz 2 Gesellschaftsgesetz.

⁹⁰ § 36 Satz 1 Gesellschaftsgesetz.

⁹¹ § 37 Abs. 1 Nr. 7, 9 und 11 Gesellschaftsgesetz.

⁹² § 43 Abs. 2 Gesellschaftsgesetz.

⁹³ Vgl. § 46 Nr. 1, 6 und 7 Gesellschaftsgesetz.

⁹⁴ § 40 Abs. 1 Satz 2 Gesellschaftsgesetz.

⁹⁵ Vgl. etwa das Urteil des Shanghaier Gerichts der Mittelstufe Nr. 2 vom 18. Oktober 2012, Aktenzeichen (2012) Hu Er Zhong Min Si (Shang) Zhong Zi Nr. 896 [(2012) 沪二中民四(商)终字第896号].

⁹⁶ § 44 Gesellschaftsgesetz.

⁹⁷ § 46 Nr. 1–11 Gesellschaftsgesetz.

eingesetzt werden,⁹⁸ bei dessen genauerer Ausgestaltung die Gesellschafter Gestaltungsfreiheit haben.⁹⁹ Der Vorstand ernennt und entlässt die Manager,¹⁰⁰ welche diesem gegenüber verantwortlich sind.¹⁰¹ Zu den Hauptaufgaben des Managements zählen die Leitung der Produktion und Operation der Gesellschaft sowie die Ausführung von Beschlüssen des Vorstands.¹⁰² Außerdem trägt das Management die Verantwortung für diejenigen Mitarbeiter, die nicht vom Vorstand eingestellt und entlassen werden.¹⁰³

In kleinen Gesellschaften oder Gesellschaften mit einer relativ kleinen Zahl an Gesellschaftern kann anstelle eines Vorstands, der mindestens drei Mitglieder haben muss, auch ein Exekutivdirektor eingesetzt werden.¹⁰⁴ In der Praxis findet dies oft bei WFOEs mit nur einem ausländischen Gesellschafter statt. Dem Exekutivdirektor kommen in diesem Fall die Befugnisse des Vorstands zu. Zur Vereinfachung der internen Entscheidungsstrukturen kann der Exekutivdirektor außerdem gleichzeitig zum Geschäftsführer ernannt werden.¹⁰⁵

In jeder GmbH muss zudem ein Aufsichtsrat gebildet werden, der – ähnlich der Fallgestaltung eines einzigen Exekutivdirektors – bei kleinerem Geschäftsumfang oder einer geringen Zahl von Gesellschaftern auf einen einzelnen Aufsichtsführer reduziert werden kann.¹⁰⁶ Der Aufsichtsrat bzw. Aufsichtsführer wird von der Gesellschafterversammlung ernannt, sofern er nicht zugleich die Funktion des Arbeitnehmervertreters ausübt.¹⁰⁷ Der Aufsichtsrat ist für die Überwachung der Rechtmäßigkeit der Tätigkeit der Gesellschaft¹⁰⁸ sowie ihrer anderen Organe und finanziellen Angelegenheiten¹⁰⁹ zuständig. Der Aufsichtsrat hat das Recht, bei Verletzungen von Gesetzen, Verordnungen oder der Gesellschaftssatzung durch einen Exekutivdirektor oder einen führenden Manager Klage bei Gericht zu erheben.¹¹⁰ Direktoren oder Manager der Gesellschaft dürfen schließlich nicht gleichzeitig Aufsichtsführer sein.¹¹¹

3. Finanzierung der Gesellschaft

a. Kapitaleinlagen

Wie weiter oben bereits erwähnt, ist die Struktur und Einbringungsfrist der Kapitaleinlagen nach dem GAI in Verbindung mit dem Gesellschaftsgesetz wesentlich

flexibler als nach der alten Rechtslage. Nach dem Gesellschaftsgesetz können grundsätzlich neben Bareinlagen alle Sacheinlagen mit gewerblichen Schutzrechten, Landnutzungsrechten oder anderen Vermögenswerten vereinbart werden, deren Wert in Währung festgestellt werden kann und die nach dem Recht übertragen werden können.¹¹² Der früher bestehende *numerus clausus* der tauglichen Einlageklassen sowie bestimmte Obergrenzen für den Anteil immaterieller Einlagen besteht nun nicht mehr. Zu der in § 27 Abs. 2 Satz 1 Gesellschaftsgesetz genannten Bewertung der Einlagen ist klarzustellen, dass darunter nicht die vormals zwingend vorgeschriebene Einreichung von Bewertungsberichten (*asset appraisals*) bei der Registrierung gemeint ist. Insofern können die Gesellschafter Zeit und Kosten sparen.

Nach dem Gesellschaftsgesetz selbst bestehen keine Fristen für die Einbringung des Kapitals durch die Gesellschafter, sodass die Festsetzung sehr langer Einbringungsfristen vereinbart werden kann. Nach alter Rechtslage galt eine Obergrenze von zwei Jahren, wobei im Falle der Einzahlung in Raten die erste Rate mindestens 20 % betragen musste.¹¹³

b. Fremdfinanzierung

Bei der Darlehensfinanzierung eines FIE gibt es ebenfalls tendenziell eine größere Flexibilität, die ihre Rechtsgrundlage aber in anderen Vorschriften findet.

Ausländisch investierte Unternehmen müssen seit Jahrzehnten besondere Eigenkapitalquoten und Beschränkungen der Fremdfinanzierung in Form von kommerziellen Auslandskrediten oder Gesellschafterdarlehen beachten, sofern diese in Devisen gewährt wurden. Bei einer Gesamtinvestition bis zu 3 Mio. USD war grundsätzlich eine Eigenkapitalquote von 70 % vorgeschrieben,¹¹⁴ d. h., eine Gesamtinvestition von 3 Mio. USD musste durch registriertes Kapital (also haftendes Eigenkapital) von mindestens 2.100.000 USD gedeckt sein. Die Differenz von 900.000 USD konnte als Darlehen aufgenommen werden. Zwar war es rein chinesischen Unternehmen nicht möglich, auf direktem Wege Auslandskredite aufzunehmen. Andererseits galten für diese aber nicht die oben genannten Eigenkapitalquoten.

Die chinesische Volksbank hat im Jahre 2017 eine grundlegende Regelung für eine neue Berechnungsmethode erlassen, die nun grundsätzlich für einheimische und ausländisch investierte Unternehmen gilt.¹¹⁵ Nach dem neuen Modell der „gesamten Investition“ („*Macro-*

⁹⁸ § 49 Gesellschaftsgesetz.

⁹⁹ Der chinesische Wortlaut des § 49 Satz 1 Gesellschaftsgesetz lässt grammatikalisch offen, ob es sich um einen oder mehrere Manager handelt.

¹⁰⁰ § 49 Satz 1 Gesellschaftsgesetz.

¹⁰¹ § 49 Satz 2 Gesellschaftsgesetz.

¹⁰² § 49 Nr. 1 Gesellschaftsgesetz.

¹⁰³ § 49 Nr. 7 Gesellschaftsgesetz.

¹⁰⁴ § 50 Satz 1 Gesellschaftsgesetz.

¹⁰⁵ § 50 Satz 2 Gesellschaftsgesetz.

¹⁰⁶ § 51 Abs. 1 Satz 2 Gesellschaftsgesetz.

¹⁰⁷ § 51 Abs. 2 Gesellschaftsgesetz.

¹⁰⁸ § 53 Nr. 2 Gesellschaftsgesetz.

¹⁰⁹ § 53 Nr. 1 Gesellschaftsgesetz.

¹¹⁰ § 53 Abs. 6 i. V. m. § 151 Gesellschaftsgesetz.

¹¹¹ § 51 Abs. 4 Gesellschaftsgesetz.

¹¹² § 27 Abs. 1 Gesellschaftsgesetz.

¹¹³ § 26 Gesellschaftsgesetz i. d. F. vom 27. Oktober 2005, aufgehoben bereits durch Entscheidung des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses zur Revision des Gesellschaftsgesetzes vom 28. Dezember 2013.

¹¹⁴ Interim Provisions of the State Administration for Industry and Commerce on the Ratio of the Registered Capital to the Total Investment of a Sino-Foreign Equity Joint Venture Enterprise (Fn. 65).

¹¹⁵ Notice of the People's Bank of China on Matters concerning the Macro-Prudential Management of Full-Covered Cross-Border Financing (中国人民银行关于全口径跨境融资宏观审慎管理有关事宜的通知) (No. 9 [2017] of the People's Bank of China, January 11, 2017),

Prudential Management Model“) wird eine komplexe Berechnungsmethode angewandt, die sich an der aktuellen Finanzlage der Gesellschaft orientiert.¹¹⁶ Folgende Übersicht zeigt den Unterschied zwischen zulässiger Fremdfinanzierung nach dem alten und dem neuen Modell:

Gesamtinvestition registriertes Kapital	Mögliche Fremdfinanzierung bisher	Nach neuem System
3,0 Mio. USD 2,1 Mio. USD	0,9 Mio. USD	5,25 Mio. USD
10,0 Mio. USD 5,0 Mio. USD	5,0 Mio. USD	12,5 Mio. USD

Statt der Aufnahme von Fremdkapital in Höhe von maximal 900.000 USD können FIE nach dem neuen Modell und vorbehaltlich der Gesamtberechnung der Risikofaktoren jetzt Kredite in Devisen von bis zu 5,25 Mio. USD einholen, sofern das aktuelle Nettovermögen genau dem registrierten Kapital entspricht.

c. Verteilung der Gewinne

Mehr Flexibilität ist zukünftig auch hinsichtlich der Verteilung von Gewinnen gegeben. Zwar ist für die Ausschüttung von Dividenden an die Gesellschafter nach dem Gesellschaftsgesetz grundsätzlich der Anteil am tatsächlich eingebrachten registrierten Kapital entscheidend.¹¹⁷ Auch im Falle einer Kapitalerhöhung haben die vorhandenen Gesellschafter ein bevorzugtes Zeichnungsrecht, das sich ebenfalls nach dem Anteil am eingebrachten Kapital richtet.¹¹⁸ Nach § 34 Satz 3 Gesellschaftsgesetz können mit einstimmigem Beschluss der Gesellschafter jedoch abweichende Regeln festgesetzt werden. Dies führt zu gesteigerter Gestaltungsfreiheit insbesondere für EJVs, die nach bisheriger Rechtslage einer zwingenden Gewinnverteilung nach Anteilsverhältnissen unterworfen waren.¹¹⁹

4. Verfahren der Reorganisation

a. Gesellschaftsrechtliche Aspekte

Die Neuverhandlung der Satzung eines vor 2020 gegründeten Joint Ventures mit dem Ziel, dieses in Übereinstimmung mit den neuen Regelungen des GAI und des Gesellschaftsgesetzes zu bringen, beinhaltet einigen Sprengstoff. Die Reorganisation wird zudem für ausländisch investierte Unternehmen Transaktionskosten mit sich bringen, die die chinesische Konkurrenz

chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.289350.

¹¹⁶ Die zulässige Auslandsverbindlichkeitsquote errechnet sich dabei wie folgt: Net assets × the leverage rate of cross-border financing (i. e. 2) × the macro-prudential adjustment parameters (i. e. 1.25). Die mögliche Fremdfinanzierung folgt daher nicht mehr statisch den registrierten Kapitalwerten, sondern ändert sich nach den aktuellen Bilanzkennzahlen und entspricht im Ergebnis jeweils dem 2,5-fachen Wert des Nettovermögens. Derzeit haben FIEs noch ein Wahlrecht, welche Berechnungsmethode sie anwenden.

¹¹⁷ § 34 Satz 1 Gesellschaftsgesetz.

¹¹⁸ § 34 Satz 2 Gesellschaftsgesetz.

¹¹⁹ § 76 Nr. 3 EJV-AB.

so nicht aufzuwenden hat.¹²⁰ Macht- und Kontrollverhältnisse im Unternehmen werden neu geordnet, was in vielen Fällen der ursprünglichen Vereinbarung diametral entgegenstehen kann. Der wohl beste Weg für ausländische Mehrheitsgesellschafter wird sein, Regelungen zur einstimmigen Zustimmung abzuschaffen und das Modell der einfachen Mehrheit mit einer qualifizierten $\frac{2}{3}$ -Mehrheit nur besonders wichtigen Angelegenheiten vorzubehalten. So lässt sich der Vorteil der Stimmenmehrheit praktisch nutzbar machen. Auf der anderen Seite sollten Minderheitsgesellschafter das System der einstimmigen Beschlussfassung möglichst weitgehend beibehalten, da auf diesem Wege deren Interessen am besten geltend gemacht werden können.

Die Voraussetzungen für eine wirksame Vereinbarung der neuen Satzungsstruktur werden sich nach den Mehrheitserfordernissen der jeweiligen Satzung richten, d. h., es wird in EJVs ein einstimmiger Beschluss des Vorstands erforderlich sein. Hier lassen sich Pattsituationen dann nicht vermeiden, wenn ein Minderheitsgesellschafter versucht, die für ihn ungünstige Einführung der $\frac{2}{3}$ -Mehrheit zu blockieren. Auf diese Konstellation sollten sich ausländische Partner eines bestehenden Joint Ventures bereits jetzt gründlich vorbereiten.

Was das Schicksal von vor der Restrukturierung getroffenen Vereinbarungen zur Anteilsübertragung oder Gewinnverteilung anbelangt, regelt § 46 GAI-DV, dass diese selbst nach vollendeter Anpassung an die neue Rechtslage ihre Wirksamkeit behalten.

b. Behördliches Verfahren

Gemäß § 45 GAI-DV sollen detaillierte Umsetzungsmaßnahmen für die Anpassung alter FIEs an das neue System von der SAMR erlassen und veröffentlicht werden. Zudem wird der SAMR der Auftrag erteilt, Richtlinien hierfür aufzustellen und den Übergangsprozess für betroffene Unternehmen möglichst zu erleichtern.

Soweit ersichtlich sind bisher keine spezifischen Maßnahmen nach den soeben genannten Vorgaben erlassen worden. Daher kann zu diesem Zeitpunkt das Verfahren allein nach den bisher erlassenen und veröffentlichten Vorschriften, insbesondere den Berichtsmaßnahmen¹²¹ und der Registrierungsmitteilung¹²², beurteilt werden. Die Berichtsmaßnahmen sehen die Übermittlung von insgesamt vier Arten von Berichten vor, wozu auch Änderungsberichte zählen,¹²³ die über das Online-Unternehmensregistersystem eingereicht werden müssen.¹²⁴ Der Änderungsbericht muss Änderungen der Basisinformationen des Unternehmens (falls anwendbar), Informationen zu den Investoren des Unternehmens sowie zu den diese faktisch beherrschenden Personen (*actual controller*) und weitere Informationen enthalten.¹²⁵ Die Offenbarung der

¹²⁰ Marco Otten, a. a. O. (Fn. 2), S. 122.

¹²¹ Siehe Fn. 12.

¹²² Siehe Fn. 11.

¹²³ § 8 Berichtsmaßnahmen.

¹²⁴ § 11 Satz 1 Berichtsmaßnahmen.

¹²⁵ § 12 Berichtsmaßnahmen.

hinter den Investoren stehenden Personen ist eine offensive Maßnahme der chinesischen Regierung gegen undurchsichtige Beteiligungsstrukturen. § 25 Berichtsmaßnahmen präzisiert die Sanktionsvorschrift des § 37 GAI dahingehend, dass ein Bußgeld von 100.000 RMB bis 300.000 RMB bei nicht fristgerechter Berichtigung mangelhafter Berichte verhängt werden und in besonders schweren Fällen sogar von 300.000 RMB bis 500.000 RMB reichen kann.

c. Verfahrensregeln zur fünfjährigen Übergangszeit

Die Ziff. 10 bis 13 der Regierungsmitteilung behandeln verschiedene Fragen betreffend die fünfjährige Übergangszeit gemäß §§ 42 GAI, 44 GAI-DV. Unter Ziff. 10 wird festgestellt, dass bereits vor dem 1. Januar 2020 gemäß dem GAI errichtete FIEs und FIPEs nicht der gesetzlichen Pflicht zur Registrierung von Änderungen hinsichtlich ihrer Rechtsform unterworfen sind. Ziff. 10 führt weiter aus, dass vor dem Stichtag errichtete CJVs und WFOEs ohne Rechtspersönlichkeit innerhalb der fünfjährigen Übergangsfrist einen Antrag auf Reorganisation in ein Partnerschaftsunternehmen stellen können. Nach Ziff. 11 der Registrierungsmitteilung müssen vor dem 1.1.2020 errichtete FIEs die notwendigen gesellschaftsrechtlichen Änderungen innerhalb von fünf Jahren durchführen. Sollte eine Diskrepanz zwischen der Satzung und zwingenden Vorschriften des Gesellschaftsgesetzes bestehen, muss die Satzung geändert und ein Antrag auf Registrierung der Änderung gestellt werden. Ferner stellt die Registrierungsmitteilung in Ziff. 12 klar, dass während der fünfjährigen Übergangszeit getroffene Beschlüsse von kompetenziell nach neuer Rechtslage nicht mehr zuständigen Organen (z.B. der Vorstand in einem EJV) gleichwohl bei der Registrierung bearbeitet werden. Ziff. 13 der Registrierungsmitteilung wiederholt schließlich die Rechtsfolge nicht rechtzeitiger Anpassung aus § 44 Abs. 2 GAI-DV, nämlich dass zukünftig gestellte Registrierungsanträge nicht mehr bearbeitet werden und die unterlassene Anpassung öffentlich gemacht werden soll.

IV. Fazit

Das GAI eröffnet für Investitionen aus dem Ausland ein insgesamt offeneres Investitionsumfeld mit mehr Gestaltungsfreiheit. Unternehmensgründungen sollen in den meisten Fällen unbürokratischer und einheitlicher werden. Die inhaltliche Prüfung gesellschaftsrechtlicher Dokumente und Verträge durch chinesische Behörden wird reduziert.

Es ist aber nicht zu verkennen, dass auch mit den nun praktizierten Negativlisten erhebliche Investitionsbeschränkungen in Schlüsselbranchen bestehen bleiben und dass China weiterhin eine konsequente, an den eigenen strategischen Entwicklungsinteressen orientierte Industriepolitik betreibt. Mit den allgemein gehaltenen Formulierungen und der (noch) mangelnden Erfahrung mit der behördlichen und gerichtlichen Um-

setzung der neuen Gesetze ist zudem noch beträchtliche Rechtsunsicherheit verbunden. Zu viele kritische Fragen können zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht zufriedenstellend beantwortet werden. Wie und in welchem Umfang werden FIEs einer Sicherheitsüberprüfung unterworfen? Wird es weitere Sanktionen bei der nicht rechtzeitigen Anpassung bestehender FIEs geben? Was geschieht mit den unzähligen Verwaltungsvorschriften, Maßnahmen, Mitteilungen, Richtlinien etc., die über viele Jahre als das Grundgerüst des Systems ausländischer Investitionen aufgebaut wurden? Zwar wurden bereits einige der genannten Regelungen widerrufen oder aufgehoben.¹²⁶ Jedoch existieren über verschiedene Behörden verteilt noch zahlreiche Vorschriften und Dokumente, die nicht mit der neuen Rechtslage im Einklang stehen.

Bei der Neugründung von Unternehmen sollten ausländische Investoren sich die erweiterten Gestaltungsmöglichkeiten des neuen Rechtsrahmens vor Augen führen und diese als festen Bestandteil in die Verhandlungen zu Joint-Venture-Verträgen einführen. Für bestehende Gesellschaften gilt, dass nicht der zeitlich verfügbare Rahmen von fünf Jahren ausgereizt werden sollte, sondern ausländische Investoren sich mit den notwendigen Umstellungen so früh wie möglich vertraut machen und hierfür zeitnah einen Umsetzungsplan aufstellen sollten, vor allem dann, wenn im weiteren Verlauf noch Verhandlungen mit chinesischen Partnern anstehen.

¹²⁶ Siehe nur Entscheidung von MOFCOM über den Widerruf einiger Regelungen (商务部关于废止部分规章的决定 [2019]) vom 28.12.2019, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.338473, und Mitteilung von MOFCOM zur Aufhebung einiger Rechtsakte (商务部公告 2019 年第 59 号 商务部关于废止部分规范性文件的公告) vom 25.12.2019, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.338262.

* * *

Foreign Investment in China under the New Regulatory Regime: Reestablishment and Reorganization of Existing Companies

Since January 1, 2020, a new legal framework has governed foreign investment in China. With the entry into force of the Foreign Investment Law, the previously known special laws regulating wholly foreign-owned enterprises, equity joint ventures and cooperative joint ventures have been abolished. From now on, the same regime of corporate law in China applies to both foreign and domestic investors. This article introduces the basic concepts of the new law and describes its impact on the establishment and reorganization of foreign-invested enterprises. Since a five-year transition period has been granted to existing companies, matters of adaptation to the new governance structure are discussed, including those matters that may potentially lead to disputes between shareholders. In this context, the registration practice of the competent Chinese authorities in this field is addressed as an important parameter in the transition process.