

Finanzierungsmöglichkeiten ausländisch investierter Gesellschaften in China

Dominic Köstner¹

Abstract

Der Beitrag beleuchtet vor dem Hintergrund der strengen Devisenkontrollvorschriften der VR China eine Reihe von Finanzierungsmöglichkeiten chinesischer Tochtergesellschaften durch ihre ausländischen Gesellschafter. Dabei wird insbesondere detailliert auf die Gewährung von Gesellschafterdarlehen und die verschiedenen Möglichkeiten zur Berechnung der gesetzlich normierten Höchstgrenzen eingegangen. Im Gegenzug können auch bei der Aufnahme von Bankdarlehen innerhalb Chinas devisenkontrollrechtliche Aspekte eine Rolle spielen. Dies ist dann der Fall, wenn zur Besicherung des Darlehens Sicherheiten der ausländischen Muttergesellschaft herangezogen werden. Der Beitrag widmet sich auch diesem Sonderproblem der Finanzierung mit Auslandsbezug.

I. Einleitung

Bei der Neugründung oder dem Erwerb einer chinesischen Kapitalgesellschaft durch einen ausländischen Investor stellen sich nicht zuletzt Fragen zur zukünftigen Finanzierung der Gesellschaft. Aber auch im aktuellen Umfeld strikter Covid-Restriktionen in der VR China und den dadurch verursachten Cashflow-Problemen vieler Unternehmen wächst das Bedürfnis nach einer kurzfristigen Zurverfügungstellung von Kapital.

Vor dem Hintergrund der strengen Vorschriften zur Devisenkontrolle in der VR China sind die Möglichkeiten der grenzüberschreitenden Zurverfügungstellung von Eigen- und Fremdkapital jedoch stark eingeschränkt und durch eine Fülle von Spezialgesetzen geregelt. Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die diversen Finanzierungsoptionen und deren jeweilige zentrale Herausforderungen. Während der erste Teil des Aufsatzes (hierzu Abschnitt II.) die Möglichkeiten der Finanzierung durch den ausländischen Gesellschafter näher beleuchtet, befasst sich der zweite Teil (hierzu Abschnitt III.) mit der Aufnahme von Fremdkapital durch die chinesische Tochtergesellschaft. Der Beitrag schließt mit einem Fazit zu den einzelnen Finanzierungsoptionen (hierzu Abschnitt IV.).

II. Finanzierung durch den Gesellschafter

Der ausländische Gesellschafter hat grundsätzlich zwei Möglichkeiten, die Gesellschaft mit Finanzmitteln aus-

zustatten. Neben der Zurverfügungstellung in Form von Eigenkapital kann der Investor der Gesellschaft ein Gesellschafterdarlehen gewähren.²

1. Eigenkapital

Zunächst kann der Gesellschaft Eigenkapital in Form von Stammkapital zur Verfügung gestellt werden. Das Stammkapitalkonzept chinesischer Gesellschaften mit beschränkter Haftung³ ist in Grundzügen mit demjenigen deutscher Kapitalgesellschaften vergleichbar; im Vordergrund steht die Errichtung eines Haftungsfonds unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes.⁴ Auch steht dem Gesellschafter die Wahl zwischen Bar- und/oder Sacheinlagen offen. Sowohl die Stammkapitalziffer als auch die Art der Aufbringung (in Form von Bar- und/oder Sacheinlage) sind in der Satzung der chinesischen Tochtergesellschaft festzulegen.

Demgegenüber ist der Grundsatz einer Mindesthaftsumme dem chinesischen Gesellschaftsrecht nach der Neufassung des Gesellschaftsgesetzbuches aus dem Jahr 2013⁵ grundsätzlich fremd. Lediglich in bestimm-

² Die Beurteilung der in der Praxis mitunter anzutreffenden Weiterbelastung von Kosten der Tochtergesellschaft an die ausländische Mutter über die Konstruktion von Dienstleistungsverträgen ist stark einzelfallbezogen und soll in diesem Beitrag nicht näher thematisiert werden.

³ Zu dem am 1. Januar 2020 in Kraft getretenen Gesetz über ausländische Investitionen (中华人民共和国外商投资法) (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.1.330426 [EN]) sowie die Auswirkungen auf den Erwerb und die Neugründung von chinesischen Gesellschaften vgl. auch Michael Scheil, Ausländische Investitionen in China nach der neuen gesetzlichen Regelung, in: ZChinR 2021, S. 5 ff.

⁴ Zur Funktion des Stammkapitals bei der deutschen GmbH vgl. etwa Christian Schwandtner, MüKo GmbHG, § 5, Rn. 29.

⁵ In diesem Zusammenhang sei auch auf das Circular of the State Council on Issuing the Reform Proposals for the Registered Capi-

¹ Dr., LL. M. (King's College London); Rechtsanwalt und Partner bei GvW Graf von Westphalen in Shanghai. Er ist spezialisiert auf Gesellschaftsrecht/M & A sowie die Beratung ausländischer Mandanten zu rechtlichen und strategischen Themen im operativen Geschäft in China. Der Autor dankt Rechtsanwältin Yan Huanlei für die wertvolle Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

ten Branchen sowie bei Gesellschaften mit einem speziellen Gesellschaftszweck sehen Spezialgesetze ein Mindeststammkapital vor.⁶

Darüber hinaus wurden die gesetzlichen Bestimmungen zur Aufbringung des satzungsmäßigen Stammkapitals im Zuge der Reform aus dem Jahr 2014 auch in zeitlicher Hinsicht gelockert.⁷ Es steht dem Gesellschafter nunmehr frei, in der Satzung ein beliebiges Datum für den spätestmöglichen Zeitpunkt zur Einlageleistung zu bestimmen, wobei dieser Zeitraum maximal der Dauer der Gesellschaft entsprechen darf.

Ein gravierender Unterschied zwischen der Eigenkapitalausstattung chinesischer und deutscher Kapitalgesellschaften besteht darin, dass der Gesellschafter einer chinesischen Gesellschaft Eigenkapital ausschließlich in Form von Stammkapital⁸ zur Verfügung stellen kann. Die Möglichkeit der Einzahlung in die Kapitalrücklage besteht – anders als in Deutschland – nicht.

Die Konsequenz ist eine im Vergleich zur Finanzverfassung deutscher Kapitalgesellschaften sehr viel unflexiblere Eigenkapitalfinanzierung chinesischer Gesellschaften. Dem Investor steht zunächst nur das im Rahmen der Gründung satzungsmäßig festgelegte Stammkapital zur Verfügung. Stellt sich später heraus, dass das Stammkapital zu niedrig kalkuliert war oder ergibt sich nachträglich ein zusätzlicher Finanzierungsbedarf der Gesellschaft, bleibt dem Gesellschafter im Rahmen der Eigenkapitalfinanzierung lediglich die – mit diversen administrativen Hürden verbundene – Erhöhung des satzungsmäßigen Stammkapitals.

tal Registration System (国务院关于印发注册资本登记制度改革方案的通知) vom 7. Februar 2014 (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.2.218783 [EN]) hingewiesen sowie auf das Circular of the Ministry of Commerce on Improving Foreign Investment Review Administration (商务部关于改进外资审核管理工作的通知) vom 17. Juni 2014 (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.228339 [EN]) speziell in Bezug auf ausländisch investierte Gesellschaften.

⁶ So etwa verlangen die Administrative Regulations of the People's Republic of China on Foreign-invested Banks (Revised in 2019) (中华人民共和国外资银行管理条例 (2019年修订)) des Staatsrates vom 30. September 2019 (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.2.336652 [EN]) für ausländisch investierte Banken ein Mindeststammkapital von einer Milliarde RMB. Die Provisions on Investment Companies Established by Foreign Investors (Revised in 2015) (关于外商投资举办投资性公司的规定 (2015年修订)) des Ministry of Commerce vom 28. Oktober 2015 (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.293227 [EN]) fordern bei ausländisch investierten Investitionsgesellschaften ein Mindeststammkapital von 30 Millionen USD.

⁷ Vgl. hierzu das bereits erwähnte Circular of the State Council on Issuing the Reform Proposals for the Registered Capital Registration System (国务院关于印发注册资本登记制度改革方案的通知) vom 7. Februar 2014 (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.2.218783 [EN]). Zuvor galt etwa für WFOEs eine Mindestaufbringung von 20 % des Stammkapitals und eine Höchstgrenze für die Aufbringung des restlichen Teils von zwei Jahren ab dem Zeitpunkt der Gründung.

⁸ Der Begriff „Stammkapital“ wird hier einheitlich für die Eigenkapitalfinanzierung von Kapitalgesellschaften unterschiedlicher Form (GmbHs und AGs) verwandt.

Hintergrund dieses rigiden Systems ist das Ziel der VR China, den Kapitalfluss in das Land strikt zu kontrollieren.⁹ Die Geschäftsbanken in der VR China treten insoweit als Kontrolleure auf, indem Gutschriften des von der ausländischen Muttergesellschaft überwiesenen Stammkapitals auf dem Konto der chinesischen Tochter nur nach entsprechender Prüfung erfolgen.¹⁰

Da die Satzung und somit die Stammkapitalziffer ein behördliches Eintragungsverfahren durchlaufen, wird auf diese Weise sichergestellt, dass nicht über den Umweg einer der Höhe nach nicht beschränkten Einzahlung in die Kapitalrücklage zusätzliches Eigenkapital zur Verfügung gestellt wird.

2. Gesellschafterdarlehen

Neben der Zurverfügungstellung von Eigenkapital (in Form von Stammkapital) kann der Gesellschafter der Gesellschaft auch ein Darlehen gewähren. Um jedoch zu verhindern, dass die strengen Devisenkontrollvorschriften im Rahmen der Eigenkapitalfinanzierung durch die Gewährung von Gesellschafterdarlehen unterlaufen werden, setzt der chinesische Gesetzgeber den ausländischen Investoren auch bei der Gesellschafterfremdfinanzierung enge Grenzen. So steht insbesondere die Entscheidung über die Darlehenssumme nicht im freien Ermessen der Parteien, sondern wird durch gesetzlich normierte Höchstgrenzen bestimmt.¹¹

a) Gesetzliche Entwicklung und Überblick

Ursprünglich sah das Gesetz mit der sog. „Borrowing-Gap-Methode“¹² lediglich ein Instrument zur Bestimmung dieses Darlehenshöchstbetrags in ausländischer Währung vor.¹³ Danach bestimmt sich die maxima-

⁹ Vgl. hierzu etwa das grundlegende Circular of the State Council on Further Strengthening and Improving the Administration on Foreign Exchange Receipts and Disbursements (国务院关于加强和改进外汇收支管理的通知) vom 18. April 2001 (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.2.36308 [EN]) sowie die Administrative Regulations of the People's Republic of China on Foreign Exchange (Revised in 2008) (中华人民共和国外汇管理条例 (2008年修订)) des State Council and vom 5. August 2008 (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.2.107240 [EN]).

¹⁰ Konkret sind hier eine Reihe von Schritten vorzunehmen: Die sog. „foreign exchange registration for domestic direct investment“ (境内直接投资外汇登记) durch die Bank steht am Anfang; sodann erfolgt die Eröffnung eines „foreign currency capital account“ (外汇资本金账户) und eines „renminbi basic deposit account“ (人民币基本存款账户), von welchem dann die laufenden Ausgaben und im Einzelnen freizugebenden Investitionen unter Heranziehung des auf dem „foreign currency capital account“ liegenden Stammkapitals getätigt werden. Hinzu kommt oftmals noch ein separates „foreign exchange settlement account“ (外汇结算账户), auf welchem Zahlungseingänge etwa von Kunden aus dem Ausland eingehen.

¹¹ Gleiches gilt für Darlehen von Dritten aus dem Ausland, siehe hierzu Abschnitt III.

¹² Im Chinesischen wird hier typischerweise von 投注差模式 gesprochen, also dem Differenzmodell zwischen Total Investment Amount und Stammkapital.

¹³ Diese Borrowing-Gap-Methode basiert auf den Tentative Regulations of the State Administration for Industry and Commerce on the Proportion of the Registered Capital to the Total Amount of Investment of Sino-foreign Equity Joint Ventures (国家工商行政管理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. Fe-

le Höhe der Darlehensvaluta in Abhängigkeit von der Stammkapitalziffer der Gesellschaft (siehe hierzu im Detail in Abschnitt II.2.b). Am 22. Januar 2017 veröffentlichte die chinesische Zentralbank ein Circular, wonach die Borrowing-Gap-Methode nach Ablauf einer einjährigen Übergangsfrist (nach entsprechender Reevaluierung der Devisenkontrollbehörde) durch die sog. „Net-Asset-Methode“ ersetzt werden würde.¹⁴ Hier errechnet sich der Verfügungsrahmen zur Darlehensgewährung vereinfacht gesprochen in Abhängigkeit von den Nettovermögenswerten der Tochtergesellschaft (siehe hierzu im Detail in Abschnitt II.2.c).

Seither hat es, soweit ersichtlich, keine weiteren offiziellen Verlautbarungen zum Ausgang dieser „Reevaluierung“ bzw. der zukünftigen Anwendbarkeit der Borrowing-Gap-Methode gegeben. In der Praxis lassen die jeweils zuständigen Unterbehörden der Devisenkontrollbehörde (State Administration of Foreign Exchange, „SAFE“) auch nach nunmehr fünf Jahren nach Veröffentlichung des Circular durch die Zentralbank die Borrowing-Gap-Methode weiterhin neben der Net-Asset-Methode zu.

Investoren stehen derzeit mithin beide Methoden zur Verfügung. Gleichwohl kann die Borrowing-Gap-Methode in gewisser Weise als „Auslaufmodell“ bezeichnet werden – so geht wohl auch die Mehrzahl der Marktteilnehmer davon aus, dass die Borrowing-Gap-Methode jedenfalls in den kommenden Jahren auch in der Anwendungspraxis der Behörden von der Bildfläche verschwinden wird.

Aufgrund der langen Historie und der relativ einfachen Berechnungsweise entscheiden sich jedoch auch heute noch eine ganze Reihe von ausländischen Investoren bei der Gründung einer Gesellschaft für die Borrowing-Gap-Methode.

Bei der Wahl der Methode ist zu beachten, dass ein Wechsel zwischen den Varianten grundsätzlich nicht möglich ist. Hat sich der Gesellschafter also einmal für die Net-Asset-Methode entschieden, ist ein späterer Wechsel zur Berechnung der Darlehenssumme anhand der Borrowing-Gap-Methode ausgeschlossen. Umgekehrt können sich jedoch Unternehmen, die sich zu Beginn für die Borrowing-Gap-Methode entschieden haben, einmalig für einen (unwiderruflichen) Wechsel zur Net-Asset-Methode aussprechen.

b) Borrowing-Gap-Methode

aa) Überblick Die Borrowing-Gap-Methode war lange Zeit die einzige Möglichkeit zur Bestimmung eines Höchstbetrags von Gesellschafterdarlehen. Gesetzliche

Grundlage sind die am 17. Februar 1987 veröffentlichten „Tentative Regulations of the State Administration for Industry and Commerce on the Proportion of the Registered Capital to the Total Amount of Investment of Sino-foreign Equity Joint Ventures“.¹⁵ Deren Artikel 6 stellt klar, dass die Verordnung – entgegen ihres Titels – nicht nur für Gemeinschaftsunternehmen chinesischer und ausländischer Investoren gilt, sondern auch auf Gesellschaften mit ausschließlich ausländischen Investoren Anwendung findet.

bb) Berechnungsmethode Unter der Borrowing-Gap-Methode bestimmt sich die maximale Höhe zur Aufnahme von Fremdkapital (einschließlich Gesellschafterdarlehen) aus dem Ausland als das Delta zwischen dem Stammkapital der Gesellschaft und dem ebenfalls satzungsmäßig festgelegten Gesamtinvestitionsbetrag (sog. „Total Investment Amount“). Dieser Total Investment Amount kann gleich dem oder größer als das Stammkapital sein und unterliegt bestimmten gesetzlichen Verhältnisforderungen. Die folgende Tabelle stellt diese Verhältnisforderungen im Einzelnen dar:

Gesamtinvestitionsbetrag	Erforderliches Stammkapital
Bis zu USD 3 Mio.	Mindestens 70 %
Über USD 3 Mio. bis USD 10 Mio.	Mindestens 50 % (mind. jedoch USD 2.1 Mio.)
Über USD 10 Mio. bis USD 30 Mio.	Mindestens 40 % (mind. jedoch USD 5 Mio.)
Über USD 30 Mio.	Mindestens ein Drittel (mind. jedoch USD 12 Mio.)

Anders als in Bezug auf das Stammkapital besteht seitens des Gesellschafters keine Verpflichtung, den in der Satzung festgelegten Gesamtinvestitionsbetrag der Gesellschaft auch tatsächlich zur Verfügung zu stellen. Es ist jedoch zu beachten, dass ein vollständiges Ausschöpfen des satzungsmäßigen Gesamtinvestitionsbetrags nur dann möglich ist, wenn das Stammkapital auch in voller Höhe aufgebracht wurde; andernfalls erfolgt eine Pro-rata-Kürzung entsprechend des Fehlbetrags des aufgebrachten zum satzungsmäßigen Stammkapital.

cc) Mehrfache Darlehensgewährungen Der Gesellschafter wird oftmals ein Interesse daran haben, der Gesellschaft nicht nur einmalig ein Darlehen zur Verfügung stellen zu können, sondern dies wiederholt zu tun. Dies setzt im Anwendungsbereich der Borrowing-Gap-Methode (bei Ausschöpfung des Darlehenshöchstbetrags) jedoch zwingend voraus, dass der jeweilige Gesellschafterdarlehensvertrag eine Laufzeit von nicht mehr als einem Jahr hat und innerhalb dieses Jahres auch tatsächlich die Rückzahlung der

bruar 1987 (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.3200 [EN]).

¹⁴ Circular of the People’s Bank of China on Matters relating to 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) vom 12. Januar 2017 (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.289350 [EN]).

¹⁵ 国家工商行政管理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 (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.3200 [EN]).

Darlehensvaluta sowie der aufgelaufenen Zinsen erfolgt.

c) Net-Asset-Methode

aa) Überblick Alternativ steht chinesischen Unternehmen seit 2017 die Net-Asset-Methode zur Verfügung. Diese wurde erstmals 2015 im Rahmen eines Pilotprojekts in der Shanghai Pilot Free Trade eingeführt und zuletzt durch das bereits erwähnte, am 12. Januar 2017 von der chinesischen Zentralbank veröffentlichte Circular normiert. Die Methode steht gleichermaßen chinesischen Gesellschaften mit und ohne ausländische Anteilseigner zur Verfügung.¹⁶ Das erklärte Ziel der Vorschriften ist unter anderem, den Handlungsspielraum für chinesische Unternehmen im Rahmen der grenzüberschreitenden Finanzierung zu erweitern.

bb) Berechnungsmethode Das neue Konzept bestimmt den maximalen Verfügungsrahmen für Darlehen aus dem Ausland in Abhängigkeit von bestimmten Bilanzkennziffern sowie einer Reihe von Risikomultiplikatoren. Nach Ziffer III des Circular darf die unter Anwendung bestimmter Risikofaktoren berechnete Gesamtfinanzierungssumme des Unternehmens einen bestimmten Höchstbetrag nicht überschreiten, wobei auch bei der Kalkulation dieses Höchstbetrags Risikofaktoren herangezogen werden.

Dabei berechnet sich der Höchstbetrag für die Aufnahme von ausländischen Darlehensverbindlichkeiten aus dem Produkt (i) des Nettovermögens des Darlehensnehmers, (ii) der sog. „Leverage Ratio“ und (iii) dem sog. „MP Adjustment Parameter“. Sowohl die Leverage Ratio als auch der MP Adjustment Parameter sind gesetzlich vorgegeben. Die Leverage Ratio liegt demnach für Unternehmen bei 2, für Finanzinvestoren, die keine Banklizenz haben, bei 1 und für Banken bei 0,8;¹⁷ der MP Adjustment Parameter liegt derzeit bei 1.

Die Gesamtfinanzierungssumme wiederum ist das Produkt aus (i) der Summe aller vorhandenen grenzüberschreitenden Finanzierungen der Gesellschaft, unabhängig davon, ob diese in RMB oder ausländischer Währung zur Verfügung gestellt wurden, (ii) einem laufzeitbezogenen Risikofaktor (Faktor 1 bei Darlehenslaufzeiten von über einem Jahr und Faktor 1,5 bei Laufzeiten von einem Jahr oder weniger) und (iii) einem finanzierungstypenbezogenen Risikofaktor (hier wird zwischen bilanzwirksamen Finanzierungen und solchen Finanzierungen unterschieden, die sich nicht in der Bilanz der Gesellschaft niederschlagen, wobei

derzeit für beide Arten ein einheitlicher Faktor von 1 gilt).¹⁸

Die Hebung oder Senkung der einzelnen Risikofaktoren erlaubt es der Behörde nunmehr, den Kapitalfluss aus dem Ausland situationsabhängig zu steuern. So hat die SAFE im März 2020 den MP Adjustment Parameter von 1 auf 1,25 erhöht, um auf diesem Wege den möglichen Darlehenshöchstbetrag, den chinesische Unternehmen im Ausland ziehen können, entsprechend zu erhöhen. Damit reagierte die SAFE auf den erhöhten Kapitalbedarf chinesischer Unternehmen im Zuge der Covid-19-Pandemie.¹⁹ Dieser Faktor wurde zwischenzeitlich wieder auf 1 reduziert;²⁰ es bleibt jedoch abzuwarten, wie die Behörden auf die aktuellen und massiven Corona-Restriktionen in der VR China im Frühjahr 2022 reagieren werden.

cc) Revolvierende Darlehen Die Net-Asset-Methode ermöglicht das Ausreichen revolvierender Darlehen. Im Gegensatz zur Borrowing-Gap-Methode besteht mithin die Möglichkeit, innerhalb eines Höchstbetrags beliebige Teilbeträge abzurufen und zurückzuzahlen. Dieser Aspekt stellt sicherlich einen der großen Vorteile der Net-Asset-Methode gegenüber der Borrowing-Gap-Methode dar.

d) Besonderheiten bei Darlehen mit längerer Laufzeit

Bei sog. „mittel- und langfristigen Darlehen“²¹ bedarf es, unabhängig von der gewählten Berechnungsmethode des Darlehenshöchstbetrags, zusätzlich zur Freigabe durch die SAFE grundsätzlich noch einer weiteren behördlichen Genehmigung seitens der National Development and Reform Commission („NDRC“)²². Nach einem Circular vom 14. September 2015²³ müssen Darlehen aus dem Ausland mit einer Laufzeit von über

¹⁸ Hinzu kommt bei Darlehen in Fremdwährung ein „exchange rate risk conversion factor“ von 0,5.

¹⁹ Circular of the People's Bank of China and the State Administration of Foreign Exchange on Adjusting the Macro-prudential Adjustment Parameter for Full-covered Cross-border Financing (中国人民银行、国家外汇管理局关于调整全口径跨境融资宏观审慎调节参数的通知) issued by the People's Bank of China and the State Administration of Foreign Exchange vom 11. März 2020 (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.340385 [EN]).

²⁰ Circular of the People's Bank of China and the State Administration of Foreign Exchange on Adjusting the Macro-prudential Adjustment Parameter for Enterprise Cross-border Financing (中国人民银行、国家外汇管理局关于调整企业跨境融资宏观审慎调节参数的通知) issued by the People's Bank of China and the State Administration of Foreign Exchange vom 7. Januar 2021 (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.350076 [EN]).

²¹ 中长期国际商业贷款.

²² Die NDRC erteilt ein sog. „Certificate for Filing and Registration of Issuance of Foreign Debts by Enterprises“ (企业发行外债备案登记证明).

²³ Circular of the National Development and Reform Commission on Promoting the Administrative Reform of the Record-filing and Registration System for the Issuance of Foreign Debts by Enterprises (国家发展改革委关于推进企业发行外债备案登记制管理改革的通知) vom 14. September 2015 (chinesisch-englisch abrufbar unter:

¹⁶ In Bezug auf nicht ausländisch investierte Gesellschaften bezieht sich das Instrument dann auf die Aufnahme von Darlehen bei Geschäftsbanken oder sonstigen Dritten im Ausland.

¹⁷ Vgl. hierzu Artikel 6 des Circular of the People's Bank of China on Matters relating to 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) (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.289350 [EN]).

einem Jahr vorab bei der NDRC angemeldet und sodann bei Erhalt der Valuta angezeigt werden. Kommt das Darlehen in mehreren Tranchen zur Auszahlung, ist nach dem Erhalt jeder Tranche eine Anzeige zu machen.

Zwar gibt es Stimmen in der Praxis, die eine NDRC-Freigabe bei ausländisch investierten Gesellschaften für nicht zwingend erforderlich halten. Da sich diese Auffassung aber nicht ausdrücklich im Wortlaut des entsprechenden Circular wiederfindet, ist zur Reduzierung von Compliance-Risiken eine solche zusätzliche Freigabe empfehlenswert.²⁴

3. Exkurs: Cross-Border Cash-Pooling

Nur am Rande sei hier auch die Möglichkeit erwähnt, chinesische Tochtergesellschaften in ein internationales Cash-Pooling-System aufzunehmen. Dies war vor dem Hintergrund der strikten Devisenkontrollvorschriften über Jahre hinweg kaum möglich und beginnt erst langsam, in der VR China Fuß zu fassen. Für die Zukunft ist aufgrund einiger Vorteile gegenüber den übrigen in diesem Beitrag dargestellten Finanzierungsinstrumenten mit einer Zunahme solcher grenzüberschreitender Cash-Pooling-Systeme zu rechnen.

Derzeit existieren mit der Mitteilung der chinesischen Zentralbank aus dem Jahr 2015²⁵ und dem am 15. März 2019 von der SAFE erlassenen „Circular of the State Administration of Foreign Exchange on Issuing the Administrative Provisions on the Centralized Operation of Cross-border Funds of Multinational Companies“²⁶ (sog. „Circular 7“) zwei sich teilweise überlappende gesetzliche Regelungen betreffend die Beteiligung chinesischer Unternehmen an einem internationalen Cash-Pooling-System.

Ziel eines Cash-Pooling-Systems ist ein konzerninterner Liquiditätsausgleich, indem zu entsprechenden Referenzzeitpunkten Geld (in Form von Bankguthaben) von den Cash-Pool-Teilnehmern mit Liquiditätsüberschuss auf ein beim Cash-Pool Leader angesiedeltes sog. „Master-Account“ überwiesen und anschließend denjenigen Cash-Pool-Teilnehmern mit Finanzbedarf zur Verfügung gestellt wird. Dadurch entsteht bei den Cash-Pool-Teilnehmern mit Liquiditätsüberschuss eine Darlehensforderung gegen den Cash-Pool Leader und im umgekehrten Fall eine Darlehensverbindlichkeit.

<lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.257040 [EN].

²⁴ Die NDRC empfiehlt auf Ihrer Website eine Einreichung der Unterlagen spätestens 45 Tage vor dem geplanten Ausreichen des Darlehens.

²⁵ Notice of the People's Bank of China on Further Facilitating Multinational Enterprise Groups in Operation of the Cross-Border Bilateral RMB Cash Pooling Business (中国人民银行关于进一步便利跨国企业集团开展跨境双向人民币资金池业务的通知) vom 5. September 2015 (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.258851 [EN]).

²⁶ 国家外汇管理局关于印发《跨国公司跨境资金集中运营管理规定》的通知 (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.330475 [EN]).

Im Falle eines chinesischen Cash-Pool-Teilnehmers mit im Ausland belegenem Cash-Pool Leader fließt daher in Szenario 1 Geld über die Grenze ins Ausland in Form eines Darlehens an die (typischerweise) Muttergesellschaft und in Szenario 2 Geld in die VR China in Form eines Gesellschafterdarlehens der Mutter.

Jeder dieser Vorgänge unterfiele für sich genommen den devisenkontrollrechtlichen Bestimmungen und entsprechenden Vorabkontrollen der SAFE, was ein effektives Cash-Pooling faktisch unmöglich machen würde. Circular 7²⁷ eröffnet daher zunächst die Möglichkeit, die Verfügungsrahmen der einzelnen chinesischen Cash-Pool-Teilnehmer bezüglich Darlehensaufnahmen aus dem Ausland und Darlehensgewährungen ins Ausland zu konsolidieren und auf diesem Wege einen gemeinsamen aggregierten Verfügungsrahmen für alle chinesischen Cash-Pool-Teilnehmer zu schaffen.

Unter Circular 7 ist der Cash-Pool Leader verpflichtet, diese konsolidierten Verfügungsrahmen für Darlehensaufnahme und -ausgabe zu Beginn des Cash-Pooling (und sodann bei Hinzutritt bzw. Abgang eines chinesischen Cash-Pool-Teilnehmers) bei der SAFE anzuzeigen, ohne dass es einer Anzeige jeder einzelnen Transaktion bedarf.

Die Flexibilität des Cash-Pooling unter dem Circular 7 hat jedoch einen Preis: So stehen den chinesischen Cash-Pool-Teilnehmern für die Zeit ihrer Teilnahme am Cash-Pool kein Zugang zu sonstigen Gesellschafterdarlehen oder Darlehen von ausländischen Kreditinstituten zur Verfügung. Artikel 16 der „Administrative Provisions on the Centralized Operation of Cross-border Funds of Multinational Companies“ geht sogar so weit, dass bestehende Finanzierungen vor der Aufnahme in den Cash-Pool vollständig zurückgeführt sein müssen.

III. Finanzierung durch Dritte

Neben der Gesellschafterfinanzierung steht ausländisch investierten Gesellschaften in der VR China grundsätzlich auch der Zugang zu Fremdkapital von Kreditinstituten und sonstigen Dritten zur Verfügung.²⁸ Im Folgenden soll auch hierzu anhand der Betrachtung von Bankdarlehen ein kurzer Überblick gegeben und auf ein oftmals unterschätztes Sonderproblem bei der Besicherung von Onshore-Bankdarlehen eingegangen werden.

1. Onshore-Bankdarlehen

Ausländisch investierten Gesellschaften steht der Zugang zu chinesischen Bankdarlehen ohne weitere Einschränkungen offen. In Ermangelung eines grenzüberschreitenden Elements bei der Darlehensauszahlung sind hier keine Restriktionen seitens der SAFE zu beachten.

²⁷ In Verbindung mit dem dazugehörigen Annex „Administrative Provisions on the Centralized Operation of Cross-border Funds of Multinational Companies“.

²⁸ Das Thema „Unternehmensanleihen“ ist für ausländisch investierte Unternehmen bislang von untergeordneter Bedeutung und wird daher in diesem Beitrag nicht näher beleuchtet.

Ein Sonderproblem der grenzüberschreitenden Finanzierung von chinesischen Gesellschaften tritt jedoch bei der Besicherung eines Onshore-Bankdarlehens durch die ausländische Muttergesellschaft auf.²⁹ Dies spielt immer dann eine Rolle, wenn der Darlehensgeber für die Kreditgewährung eine Sicherheit verlangt, die chinesische Tochtergesellschaft jedoch über keine oder nicht ausreichende Vermögenswerte verfügt. Tritt der Gesellschafter dann als Sicherungsgeber für die Darlehensverbindlichkeit der chinesischen Tochtergesellschaft auf, stellen sich ebenfalls devisenkontrollrechtliche Fragen. Maßgeblich ist das „Circular of the State Administration of Foreign Exchange on Promulgation of the Provisions on the Administration of Foreign Exchange for Cross-border Guarantee“ der SAFE vom 1. Juni 2014.³⁰

Theoretisch stehen den Parteien zwei Konstrukte der Sicherheitenstellung zur Verfügung. Im sog. „Drei-Parteien-Modell“ (vgl. Schaubild 1) erfolgt die Sicherheitenstellung durch die ausländische Konzerngesellschaft direkt im Verhältnis zur darlehensgebenden Bank in der VR China.

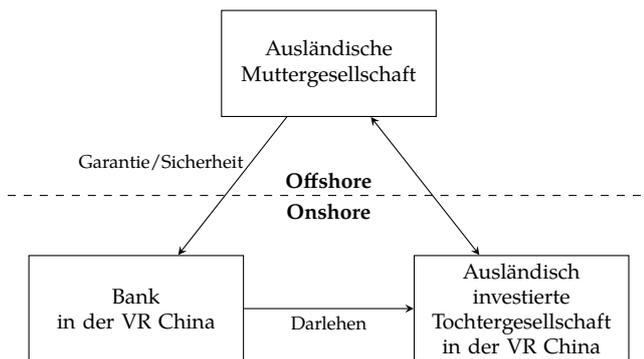


Schaubild 1

In der Praxis häufiger anzutreffen ist jedoch das sog. „Vier-Parteien-Modell“ (vgl. Schaubild 2). Hier erfolgt die Sicherheitenstellung nicht unmittelbar im Verhältnis von ausländischem Sicherheitengeber und chinesischem Darlehensgeber, sondern typischerweise unter Einschaltung einer ausländischen Niederlassung derjenigen Bank, die das Darlehen in der VR China an die Gesellschaft ausreicht. Im Verhältnis der beiden Banken bestehen wiederum Abreden für den Fall der Sicherheitenverwertung.

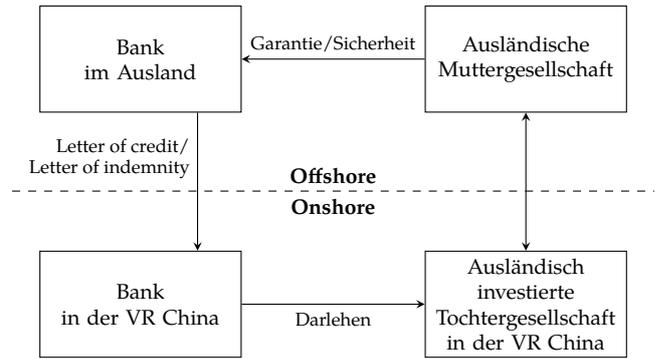


Schaubild 2

Zwar fließt in beiden Konstrukten zu keinem Zeitpunkt unmittelbar Geld von der ausländischen Muttergesellschaft an die chinesische Tochter; im Eintritt des Sicherungsfalls käme es jedoch zu einer Verwertung der Sicherheiten des Gesellschafters durch den im Ausland belegenen Sicherungsnehmer und die anschließende Weiterreichung der Erlöse an den in der VR China belegenen Darlehensgeber und damit letztlich zu einem Devisenzufluss aus dem Ausland.

Vor diesem Hintergrund behandelt die chinesische Devisenkontrollbehörde bereits die Sicherheiten-gewährung als einen möglichen Finanzierungstatbestand. Zwar wird die Höhe der Sicherheit nicht unmittelbar dem (nach der Borrowing-Gap- bzw. Net-Asset-Methode errechneten) möglichen Höchstbetrag ausländischer Darlehen der chinesischen Tochtergesellschaft zugerechnet, es erfolgt jedoch gemäß der „Operational Guidance for Administration of Foreign Exchange for Cross-border Guarantee“³¹ eine Anrechnung für den Fall, dass die ausstehende besicherte Darlehensforderung die Summe des Nettovermögens des Darlehensnehmers übersteigt.

Aus verwaltungsrechtlicher Sicht ist schließlich zu beachten, dass es nach Artikel 18 der „Circular of the State Administration of Foreign Exchange on Promulgation of the Provisions on the Administration of Foreign Exchange for Cross-border Guarantee“ im Gegensatz zu einer direkten Darlehensaufnahme im Ausland keiner vorherigen Beantragung der Freigabe durch den Darlehensnehmer bei der SAFE bedarf; vielmehr wird hier die darlehensgebende Bank selbst tätig und zeigt die beabsichtigte Besicherung im Ausland bei der SAFE an.

2. Offshore-Bankdarlehen

Bei Bankdarlehen aus dem Ausland stellen sich für ausländisch investierte wie für rein chinesische Gesellschaften die gleichen Herausforderungen. Die unter Abschnitt II. dargestellten Beschränkungen gelten für Gesellschafterdarlehen und Darlehen von Dritten in gleichem Maße.

Die nach der Borrowing-Gap-Methode bzw. der Net-Asset-Methode berechnete Höchstsumme gilt für alle Arten der Darlehensfinanzierung aus dem Ausland und umfasst daher neben Gesellschafterdarlehen auch

²⁹ Man spricht hier auch von „domestic loans under overseas guarantee“ (外保内贷).

³⁰ 国家外汇管理局关于发布《跨境担保外汇管理规定》的通知 (chinesisch-englisch abrufbar unter: <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], Indexnummer CLI.4.225812 [EN]).

³¹ 跨境担保外汇管理操作指引.

Darlehen von Banken und sonstigen Dritten, wobei die Genehmigung der SAFE darlehensbezogen einzuholen ist. Soweit ein ausländisch investiertes Unternehmen mithin neben einem Gesellschafterdarlehen auch ein Bankdarlehen aus dem Ausland in Anspruch nehmen möchte, wären zwei Anträge bei der SAFE einzureichen. Aus praktischer Sicht ist zudem zu beachten, dass ebenso wie beim Gesellschafterdarlehen zum Erhalt der Darlehenssumme aus einem Bankdarlehen aus dem Ausland ein weiteres spezielles Bankkonto in der VR China zu eröffnen ist.³²

³² Ein sog. 外债专用账户.

IV. Fazit

Die grenzüberschreitende Finanzierung ausländisch investierter Gesellschaften ist nur innerhalb eines engen regulatorischen Rahmens möglich und lässt die Flexibilität, die etwa deutsche Unternehmen im Inland gewohnt sind, missen. Investoren sind daher sowohl im Gründungs- bzw. Erwerbsstadium einer chinesischen Tochtergesellschaft als auch im Vorfeld eines sich abzeichnenden Finanzierungsbedarfs gut beraten, frühzeitig die unterschiedlichen Optionen auszuloten und die entsprechenden Vorbereitungen zu treffen, um nicht unversehens in einen Finanzierungsengpass zu geraten. Insbesondere im Bereich des Gesellschafterdarlehens sind Unternehmen aufgerufen, die Vor- und Nachteile der beiden Berechnungsmethoden sorgfältig gegeneinander abzuwägen.

* * *

Financing possibilities for foreign-invested companies in China

Against the background of the strict foreign exchange controls applicable in the People's Republic of China, the article examines various possibilities for the financing of Chinese subsidiaries by their foreign shareholders. Particular emphasis is placed on the granting of shareholder loans and the different manners for calculating the maximum amounts permitted by law. At the same time, issues regarding foreign exchange control may also play a role when a foreign-invested subsidiary takes out a domestic bank loan; this is the case when collateral from the foreign parent company is used to secure the loan. The article also considers this particular aspect of cross-border financing.