
KURZE BEITRÄGE

Nationale Sicherheitsprüfung in China: Neue Hürden für ausländische Investitionen?

YANG Juan¹

Abstract

Bevor eine einheitliche Rechtslage am Ende des Jahres 2020 geschaffen wurde, existierte die nationale Sicherheitsprüfung für ausländische Investitionen bereits seit kurz nach Beginn der Reform- und Öffnungsära in China. Während die formalen Aspekte der Prüfung nun in unterschiedlichem Maße geregelt sind, fehlen die materiellen Kriterien weiterhin. Ebenfalls nicht vorhanden sind Kontrollmechanismen. Gegen die nationale Sicherheitsprüfung kann weder Verwaltungswiderspruch noch Verwaltungsklage erhoben werden. Jedoch sind die hinderlichen Auswirkungen der Prüfung auf ausländische Investitionen nicht zu übertreiben. Insbesondere unter Berücksichtigung der langfristigen Öffnungspolitik ist davon auszugehen, dass die nationale Sicherheitsprüfung in der Zukunft nur in extrem kritischen Fällen eingesetzt wird.

I. Einleitung

Die nationale Sicherheitsprüfung (im Folgenden: NSP) ist ein wichtiges Rechtsinstitut im Bereich der ausländischen Investitionen. Eine solche existierte zwar schon seit kurz nach der Reform und Öffnung in China. Die im Jahr 2020 erlassenen Sicherheitsprüfungsmaßnahmen für ausländische Investitionen² (im Folgenden Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020) schaffen aber zum ersten Mal auf der nationalen Ebene eine einheitliche Rechtsgrundlage für verschiedene Investitionsformen. Sie zielen – dem Gesetzeszweck nach – nicht darauf ab, neue Hürden für ausländische Investitionen aufzubauen. Der Zweck ist vielmehr, Gefahren für die nationale Sicherheit effektiv vorzubeugen oder zu beseitigen und gleichzeitig ausländische Investitionen aktiv zu fördern.³

Dieser Aufsatz blickt zunächst in die Evolutionsgeschichte der NSP zurück (II.). Nach einer detaillierten Beleuchtung der Inhalte der Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (III.) wird erörtert, ob die Einführung eines Widerspruchsverfahrens und einer gerichtlichen Kontrolle sinnvoll wäre (IV.). Anschließend wird auf die Praxis der NSP eingegangen (V.). Dort werden auch die Gründe für die begrenzte Anzahl der öffentlich zugänglichen Fälle analysiert. Schließlich werden die Ergebnisse zusammengefasst (VI.).

II. Evolution der nationalen Sicherheitsprüfung

Die NSP hat drei Entwicklungsphasen durchlaufen. Sie wurde zuerst nur auf die Gründung neuer Unternehmen angewandt, dann – separat von den Unternehmensgründungen – auf Merger & Acquisition und schließlich einheitlich auf beide Fälle. Dieser Entwicklungspfad wird durch inländische und ausländische Faktoren beeinflusst.

1. Historische Entwicklung der nationalen Sicherheitsprüfung

In der ersten Phase, die von 1978 bis 2002 andauerte, wurde die NSP nur auf die Gründung neuer Unternehmen durch ausländische Investoren angewandt. Die NSP wurde in die damalige Gründungsgenehmigung eingebettet. In den Durchführungsbestimmungen zu den drei Gesetzen über ausländisch investierte Unternehmen wurde die „Gefährdung der nationalen Sicherheit“ bzw. die „Untergrabung der Souveränität“ als möglicher Grund für die Verweigerung der Genehmigung ausländischer Investitionen verankert.⁴ Die im Jahr 1995 erlassenen Vorläufigen Bestimmungen

⁴ § 5 Durchführungsbestimmungen zum Gesetz über Joint Ventures mit ausländischer Beteiligung auf Kapitalbasis (中外合资经营企业法实施条例) v. 20.9.1983, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], CLI.2.1785(EN); § 5 Durchführungsbestimmungen zum Gesetz über Gesellschaften mit ausschließlicher ausländischer Beteiligung (外资企业法实施细则) v. 12.12.1990, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], CLI.2.4904(EN); § 9 Durchführungsbestimmungen zum Gesetz über Joint Ventures mit ausländischer Beteiligung auf Vertragsbasis (中外合作经营企业法实施细则) v. 4.9.1995, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], CLI.2.12924(EN).

¹ Dr. iur. (Göttingen). Die Autorin ist Mitarbeiterin am Ostasiatischen Seminar der Universität zu Köln. Sie bedankt sich bei Prof. Dr. Knut Benjamin Pißler für wertvolle Hinweise bei der Erstellung des Beitrags und zudem bei Herrn Marco Otten für das Korrekturlesen.

² 外商投资安全审查办法 v. 19.12.2020, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], CLI.4.349133(EN).

³ § 1 Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (Fn. 2).

zur Lenkung ausländischer Investitionen⁵ teilten ausländische Investitionsprojekte in vier Kategorien ein, nämlich „gefördert“, „zugelassen“, „beschränkt“ und „verboten“. Projekte, die aus Sicht der chinesischen Regierung die nationale Sicherheit gefährdeten, wurden der Kategorie der verbotenen Investitionen zugeordnet.⁶

Die zweite Phase erstreckte sich auf den Zeitraum von 2003 bis 2014. Mit dem Beitritt zur WTO öffnete China vermehrt Marktsektoren für das Ausland. In diesem Prozess wurden Merger & Acquisition eine wichtige Form für ausländische Investitionen und bildeten einen neuen Regulierungsbereich.⁷ Die vorläufigen Bestimmungen für den Erwerb von inländischen Unternehmen durch ausländische Investoren⁸ von 2003 sahen vor, dass zuständige Behörden von ausländischen Investoren verlangen konnten, über deren Übernahmeverhaben zu berichten, soweit diese die nationale Wirtschaftssicherheit⁹ beeinträchtigen konnten. Dabei hatten die Behörden auch die Kompetenz, den Erwerb inländischer Unternehmen aufgrund einer Gefährdung der nationalen Wirtschaftssicherheit zu verbieten.¹⁰ Ähnliche Regelungen enthielten auch die im Jahr 2006 erlassenen Bestimmungen zur Übernahme inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren.¹¹ Weitere Fortschritte brachte die Mitteilung des Generalbüros des Staatsrates über die Einrichtung des Sicherheitsprüfungssystems für Übernahmen von inländischen Unternehmen durch ausländische Investoren von 2011¹² (im Folgenden: Mitteilung 2011). Dadurch wurde zum ersten Mal ein selbstständiges und praxisgerechtes System für die nationale Sicherheitsprüfung eingerichtet.¹³ Geregelt waren der Anwendungsbereich der nationalen Sicherheitsprüfung, die Gegenstände der Prüfung, die zuständigen Behörden sowie das entsprechende Verfahren. Diese Mitteilung hatte einen tiefgreifenden Einfluss auf die spätere Ge-

setzung. Viele Begriffe und Vorschriften hatten dort ihren Ursprung.

Die dritte Phase begann 2015 und dauert bis heute an. In der im Jahr 2015 vom Generalbüro des Staatsrates erlassenen Mitteilung über die Erprobungsmaßnahmen zur Prüfung der nationalen Sicherheit ausländischer Investitionen in Pilot-Freihandelszonen¹⁴ wurden Unternehmensgründung und -erwerb erstmals einheitlich behandelt. Jedoch beschränkte sich ihr geografischer Anwendungsbereich nur auf Pilot-Freihandelszonen. Auf nationaler Ebene sehen heute sowohl das Gesetz zur nationalen Sicherheit von 2015¹⁵ als auch das Gesetz über ausländische Investitionen von 2019¹⁶ nur vage vor, dass der Staat ein System zur nationalen Sicherheitsprüfung einrichtet. Detaillierte Regelungen befinden sich erst in den Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020. Seitdem ist ein einheitliches Prüfungssystem für ausländische Investitionen existent.

2. Interne und externe Entwicklungstreiber

Für die Einführung der NSP werden die folgenden Gründe angeführt: Die Entwicklung der NSP unterliegt sowohl internen als auch externen Einflussfaktoren. In den ersten zwei Phasen wurde sie als Reaktion auf eine sich ändernde wirtschaftliche Umgebung eingeführt. Die Regelungen waren verstreut und uneinheitlich.¹⁷ Deshalb gab es ein Bedürfnis nach Systematisierung. Auf internationaler Ebene ist die NSP übliche Praxis.¹⁸ Verschiedene Länder haben hierzu entsprechende Mechanismen eingerichtet.¹⁹ Nicht selten wurden chinesische Investitionen aus dem Grund der nationalen Sicherheit im Ausland untersagt.²⁰ Hierdurch wurde in China die Sorge ausgelöst, dass chinesische Investoren im Ausland diskriminiert werden.²¹ Manche Wissenschaftler hielten es für notwendig, ein vergleichbares

⁵ § 4 Vorläufige Bestimmungen zur Lenkung ausländischer Investitionen (指导外商投资方向暂行规定) v. 20.6.1995, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], CLI.2.12656.

⁶ § 7 Abs. 1 Nr. 1 Vorläufige Bestimmungen zur Lenkung ausländischer Investitionen (指导外商投资方向暂行规定) v. 20.6.1995.

⁷ LI Yuwen/BIAN Cheng, A new dimension of foreign investment law in China – evolution and impacts of the national security review system, in: Asia Pacific Law Review, 2016, S. 152–154.

⁸ § 19 Abs. 2 Vorläufige Bestimmungen für den Erwerb von inländischen Unternehmen durch ausländische Investoren (外国投资者并购境内企业暂行规定) v. 7.3.2003, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], CLI.4.44880.

⁹ 国家经济安全.

¹⁰ § 20 Vorläufige Bestimmungen für den Erwerb von inländischen Unternehmen durch ausländische Investoren (外国投资者并购境内企业暂行规定) v. 7.3.2003.

¹¹ § 12 Bestimmungen zur Übernahme inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren (关于外国投资者并购境内企业的规定) v. 8.9.2006, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], CLI.4.78465.

¹² 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 v. 3.2.2011, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], CLI.2.145049(EN).

¹³ LI Yuwen/BIAN Cheng (Fn. 7), S. 160–161.

¹⁴ 自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法 v. 8.4.2015, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], CLI.2.247115(EN).

¹⁵ § 59 Gesetz zur nationalen Sicherheit (国家安全法) v. 1.7.2015, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], CLI.1.250527(EN).

¹⁶ § 35 Gesetz über ausländische Investitionen (外商投资法) v. 15.3.2019, chinesisch-deutsch in: ZChinR 2019, S. 144 ff.

¹⁷ Ähnliche Meinung vgl. QI Tong (漆彤), Zur gerichtlichen Überprüfung von Entscheidungen der nationalen Sicherheitsprüfung über ausländische Investitionen (论外商投资国家安全审查决定的司法审查), in: Zeitschrift der Universität Wuhan (武汉大学学报), Mai 2020, S. 142.

¹⁸ Ähnliche Meinung vgl. LI Yuwen/BIAN Cheng (Fn. 7), S. 173.

¹⁹ Zu den ausführlichen Beispielen vgl. Antworten des Büros für den Arbeitsmechanismus der Sicherheitsprüfung ausländischer Investitionen auf die Fragen zu den Sicherheitsprüfungsmaßnahmen für ausländische Investitionen (外商投资安全审查工作机制办公室就《外商投资安全审查办法》答问), <http://www.scio.gov.cn/xwfbh/gbwxwfbh/xwfbh/fzggw/Document/1694981/1694981.htm>; Perma-Link: <https://perma.cc/5J7B-RH6P>.

²⁰ Ausführliche Informationen vgl. ZHANG Hailing/SHAO Heping (张怀岭/邵和平), Die Logik und institutionelle Umsetzung der Sicherheitsprüfung ausländischer Investitionen im Kontext der Gegenseitigkeit (对等视阈下外资安全审查的建构逻辑与制度实现), in: Zeitschrift für Sozialwissenschaften (社会科学), 2021, Nr. 3, S. 42; LI Yuwen/BIAN Cheng (Fn. 7), S. 154–155.

²¹ Vgl. ZHANG Hailing/SHAO Heping (张怀岭/邵和平) (Fn. 20), S. 48–49.

Prüfungssystem einzuführen, und sehen dies als Anforderung des Gegenseitigkeitsprinzips.²² Nach hier vertretener Meinung kann jedoch nicht Ziel sein, Diskriminierung mit Diskriminierung zu beantworten; vielmehr sollte sich die NSP strikt auf die ihr immanente Materie – die Wahrung der nationalen Sicherheit – beschränken.

III. Wesentliche Inhalte der Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020

Viele formelle Aspekte, einschließlich des Anwendungsbereichs, der zuständigen Behörde und des eigentlichen Prüfungsverfahrens, sind in unterschiedlichem Detailgrad durch die Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 geregelt. Hingegen sind die konkreten materiellen Prüfungsmaßstäbe nicht geregelt.

1. Sachlicher Anwendungsbereich der nationalen Sicherheitsprüfung

Die NSP erfasst ausländische Investitionen in bestimmten Sektoren. Unter den Begriff der ausländischen Investitionen fallen nicht nur gesellschaftsrechtlich relevante Handlungen wie Unternehmensgründung und -erwerb, sondern auch „weitere Formen“ von Investitionen.²³ Der Gesetzgeber verzichtete darauf, die „weiteren Formen“ ausführlich zu definieren. Fraglich ist, ob vertragliche Arrangements, wie etwa die Variable-Interest-Entity-Struktur (VIE-Struktur), betroffen sind. Die VIE-Struktur ist dadurch gekennzeichnet, dass die ausländische Holdinggesellschaft keinen Gesellschaftsanteil an dem inländischen Unternehmen besitzt, dieses aber durch eine Reihe von vertraglichen Vereinbarungen faktisch kontrolliert und der ausländischen Holdinggesellschaft die wirtschaftlichen Erträge des chinesischen Unternehmens zugutekommen.²⁴ Nach hier vertretener Meinung gehören vertragsbasierte Investitionen zu den „weiteren Formen“, da sonst die NSP sehr leicht umgangen werden könnte.²⁵ Sachenrechtliche Handlungen, wie etwa Erwerb von Immobilien, fallen nach der wohl herrschenden Meinung ebenfalls unter die „weiteren Formen“.²⁶

²² ZHANG Hailing/SHAO Heping (张怀岭/邵和平) (Fn. 20), S. 42–43.

²³ § 2 Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (Fn. 2).

²⁴ Christian Atzler/Kai Schlender, „Vis à VIE“ – Ein Überblick über das Investitionsmodell der Variable Interest Entities, in: ZChinR 2016, S. 97–99; TANG Qi (唐旗), Zur Regulierung des Modells der „Kontrolle durch Vereinbarung“ (论对“协议控制”模式的监管), in: Ankündigung des Wertpapiermarkts (证券市场导报), April 2012, S. 18.

²⁵ Das Handelsministerium hat auch in § 9 Bestimmungen des Handelsministeriums über die Anwendung des Sicherheitsprüfungssystems bei Übernahmen inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren von 2011 (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) klargestellt, dass ausländische Investoren die Sicherheitsprüfung nicht mithilfe von vertragsbasierter Kontrollierung umgehen dürfen, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], CLI.4.157812(EN).

²⁶ REN Qing (仁清), Drei Schlüsselbegriffe im Entwurf des Gesetzes über ausländische Investitionen (《外国投资法(草案)》中的三个关键词), in: Kommentar zum Chinesischen Recht (中国法律评论), 2015 Nr. 5, S. 71.

Die von der NSP betroffenen Sektoren lassen sich in zwei Gruppen unterteilen. Die erste Gruppe betrifft die nationale Verteidigung. Sie umfasst den Rüstungssektor, diesen unterstützende Sektoren sowie andere Sektoren mit Bezug zur nationalen Verteidigung und Investitionen in der Umgebung einer Militäreinrichtung oder einer Einrichtung im Rüstungssektor. Diese Gruppe unterliegt ohne Weiteres der NSP.²⁷ Die zweite Gruppe umfasst wichtige Agrarprodukte, wichtige Energiemittel und Ressourcen, wichtige Infrastruktur, wichtige Transportdienstleistungen, wichtige kulturelle Produkte und Dienstleistungen, wichtige Informationstechnologie- und Internetprodukte sowie -dienstleistungen, wichtige Finanzdienstleistungen, Schlüsseltechnologien und andere wichtige Bereiche.²⁸ Was wichtig ist bzw. was Schlüsseltechnologie bedeutet, ist offengelassen. Anhaltspunkte können sich in verschiedenen Gesetzen finden. Beispielsweise sieht § 26 der Maßnahmen für die Verwaltung von Bankkarten-Clearing-Instituten von 2016²⁹ vor, dass Übernahmen von inländischen Bankkarten-Clearing-Instituten durch ausländische Investoren der NSP unterliegen. Die zweite Gruppe unterliegt nur dann der NSP, wenn ausländische Investoren faktische Kontrolle über die Zielunternehmen erlangen. Das meint vor allem den Erwerb von mehr als 50 % der Anteile an der jeweiligen Gesellschaft. Diese Voraussetzung ist ebenfalls erfüllt, wenn die erworbenen Anteile zwar den Schwellenwert unterschreiten, es den ausländischen Investoren aber möglich ist, wesentlichen Einfluss auf die Entscheidung der Geschäftsorgane auszuüben, oder wenn andere Fälle vorliegen, in denen die ausländischen Investoren die geschäftliche Entscheidungsfindung des chinesischen Zielunternehmens, sein Personal, seine Finanzen und Technologie erheblich beeinflussen können.³⁰

2. Zuständige Behörde

Das Büro für den Arbeitsmechanismus³¹ der Sicherheitsprüfung ist für Organisation, Koordination und Leitung der NSP zuständig. Es ist bei der Nationalen Kommission für Entwicklung und Reform (im Folgenden NKER) eingerichtet und arbeitet unter der Leitung der NKER sowie des Handelsministeriums. Es übernimmt sowohl die Prüfungs- als auch die Beratungsaufgaben.³² Die Zusammensetzung des Büros und das Abstimmungsverfahren sind nicht näher geregelt. Laut der Mitteilung 2011 war vorgesehen, dass interministerielle Konferenzen zur Sicherheitsüberprüfung abgehalten werden.³³ Die Konferenzen wurden von der NKER und dem Handelsministerium geleit-

²⁷ § 4 Abs. 1 Ziffer 1 Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (Fn. 2).

²⁸ § 4 Abs. 1 Ziffer 2 Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (Fn. 2).

²⁹ 银行卡清算机构管理办法 v. 6.6.2016, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], CLI.4.271987(EN).

³⁰ § 4 Abs. 2 Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (Fn. 2).

³¹ 工作机制办公室.

³² § 3 und 5 Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (Fn. 2).

³³ Mitteilung 2011 Punkt 3 Abs. 1 (Fn. 12).

tet.³⁴ Die Mitteilung 2011 sah außerdem vor, dass einschlägige Behörden an den Konferenzen teilnehmen, je nachdem, welche Branchen und Sektoren von der Übernahme durch ausländische Investoren betroffen waren.³⁵ Ob diese Arbeitsweise fortgesetzt wird, bleibt aber unklar.

3. Das Prüfungsverfahren

Ausländische Investoren oder betroffene inländische Parteien sind zur Anmeldung verpflichtet, wenn die jeweilige Investition in den Anwendungsbereich der NSP fällt. Die Anmeldung muss vor Vollzug der Investition erfolgen.³⁶ Bei Unterlassen der Anmeldung kann das Büro für den Arbeitsmechanismus die Beteiligten auffordern, innerhalb einer bestimmten Frist die Anmeldung vorzunehmen.³⁷ Sind bestimmte Behörden, Unternehmen, gesellschaftliche Körperschaften oder die Öffentlichkeit der Meinung, dass eine ausländische Investition die nationale Sicherheit beeinträchtigt oder beeinträchtigen würde, können sie dem Büro für den Arbeitsmechanismus vorschlagen, das Prüfungsverfahren einzuleiten.³⁸

Nach Eingang der zu prüfenden Unterlagen hat das Büro für den Arbeitsmechanismus innerhalb von 15 Tagen zu entscheiden, ob das Prüfungsverfahren zu eröffnen ist. Hält es die Prüfung für nicht notwendig, darf die Investition vollzogen werden.³⁹ Andernfalls wird das Prüfungsverfahren eingeleitet. Die Prüfung wird in eine allgemeine Prüfung und eine Sonderprüfung unterteilt. Die allgemeine Prüfung dauert 30 Tage. Ist das Büro für den Arbeitsmechanismus der Meinung, dass die Investition die nationale Sicherheit nicht beeinträchtigt oder beeinträchtigen könnte, wird die Investition freigegeben. Ist die Investition hingegen sicherheitsrelevant, wird die Sonderprüfung eingeleitet.⁴⁰ Die Sonderprüfung dauert 60 Tage. Die Frist kann in besonderen Fällen verlängert werden.⁴¹ Wird festgestellt, dass die Investition die nationale Sicherheit gefährdet oder gefährden könnte, wird der Investitionsvollzug entweder verboten oder nur unter bestimmten Bedingungen gestattet.⁴² Während des Prüfungsverfahrens kann das Büro für den Arbeitsmechanismus die betroffenen Parteien auffordern, weitere Unterlagen nachzureichen. Dafür aufgewendete Zeit wird nicht in die Fristen eingerechnet.⁴³ Verändert der Investor während der Prüfung sein Investitionsvorhaben, werden die Fristen neu berechnet. Gibt der Investor während der Prüfung die Investition auf, wird das Prüfungsverfahren beendet.⁴⁴

Ist eine dem Ergebnis der Sonderprüfung nach verbotene Investition bereits vollzogen, müssen die erworbenen Anteile oder Vermögenswerte innerhalb einer bestimmten Frist veräußert werden oder andere erforderliche Maßnahmen vorgenommen werden, um den Zustand vor der Investition wiederherzustellen und die negativen Auswirkungen zu beseitigen.⁴⁵

4. Die Prüfungskriterien

Die zentrale Frage der Prüfung ist, ob infolge der Investition die nationale Sicherheit beeinträchtigt wird oder beeinträchtigt werden könnte. Sowohl tatsächliche als auch voraussichtliche Beeinträchtigungen können dazu führen, dass das Büro für den Arbeitsmechanismus die Investition verbietet oder nur unter bestimmten Bedingungen erlaubt.

Der Inhalt und Umfang der nationalen Sicherheit hat sich in der Vergangenheit deutlich erweitert.⁴⁶ § 4 Abs. 2 Staatssicherheitsgesetz von 1993⁴⁷ stellte nicht abschließend vier Gruppen von konkreten beeinträchtigenden Handlungen auf. Die erste Gruppe umfasste die Verschwörung zur Untergrabung der Staatsgewalt, die Zerschlagung des Staates und den Umsturz des sozialistischen Systems. Die zweite Gruppe umfasste die Spionage. Die dritte Gruppe umfasste Diebstahl, heimliche Beschaffung, Kauf oder rechtswidrige Weitergabe von Staatsgeheimnissen und die vierte Gruppe umfasste Anstiftung, Verlockung oder Bestechung eines Staatsfunktionärs zum Verrat. § 2 Staatssicherheitsgesetz von 2015⁴⁸ zählt nicht mehr (negativ) die Sicherheit beeinträchtigende Handlungen auf, sondern definiert (positiv) die nationale Sicherheit mit einer Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen. Sie bezeichnet einen Zustand, in dem die Regierung, die Souveränität, die Einheit, die territoriale Integrität, das Wohlergehen der Bevölkerung, die nachhaltige wirtschaftliche und soziale Entwicklung und andere wichtige Interessen des Staates verhältnismäßig frei von Gefahr sind und weder von innen noch von außen bedroht werden, sowie die Fähigkeit, eine dauerhafte Sicherheit aufrechtzuerhalten. Zudem werden im Kapitel 2 des Gesetzes (§§ 15 bis 34) verschiedene Bereiche genannt, in denen zur Wahrung der nationalen Sicherheit Aufgaben wahrzunehmen sind. Betroffen sind beispielsweise fundamentale Interessen der Bevölkerung, Politik, Territorium, Militär, Wirtschaft, Finanzen, Ressourcen, Nahrungsmittel, Kultur, Technologie und so weiter.⁴⁹

⁴⁵ § 12 Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (Fn. 2).

⁴⁶ CAI Baogang (蔡宝刚), Über die Rechtsstaatstheorie der nationalen Sicherheit in Xi Jinpings Gedanken zur Rechtsstaatlichkeit (论习近平法治思想中的国家安全法治理论), in: Rechtswissenschaften (法学), 2022, Nr. 1, S. 10.

⁴⁷ 国家安全法 v. 22.2.1993, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], CLI.1.6133(EN).

⁴⁸ 国家安全法 v. 1.7.2015 (Fn. 15).

⁴⁹ Weitere Bereiche sind Netzwerke (also das Internet) sowie Information, regionale Autonomie der nationalen Minderheiten, Religion, Anti-Terrorismus, Ökologie, Nuklear[-technik], Interessen im Welt-raum, in internationalen Meeresbodengebieten sowie Polarregionen und Interessen der Bürger sowie Organisationen im Ausland.

³⁴ Mitteilung 2011 Punkt 3 Abs. 2 (Fn. 12).

³⁵ Mitteilung 2011 Punkt 3 Abs. 2 (Fn.12).

³⁶ § 4 Abs. 1 Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (Fn. 2).

³⁷ § 16 Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (Fn. 2).

³⁸ § 15 Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (Fn. 2).

³⁹ § 7 Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (Fn. 2).

⁴⁰ § 8 Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (Fn. 2).

⁴¹ § 9 Abs. 2 Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (Fn. 2).

⁴² § 9 Abs. 1 Nr. 2 Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (Fn. 2).

⁴³ § 10 Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (Fn. 2).

⁴⁴ § 11 Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 (Fn. 2).

Die Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 enthalten keine Hinweise zur Konkretisierung der nationalen Sicherheit sowie ihrer (möglichen) Beeinträchtigung. Nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 der Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 hat die anmeldungspflichtige Person eine Erklärung zu den Auswirkungen der ausländischen Investition auf die nationale Sicherheit einzureichen. Über die Frage, welche Inhalte die Erklärung umfassen soll, kann sich die betroffene Partei einzelfallbezogen beim Büro für den Arbeitsmechanismus beraten lassen.⁵⁰

5. Bewertung: Positive und negative Aspekte

Im Vergleich zur Mitteilung 2011 ist das Prüfungsverfahren nach den Sicherheitsprüfungsmaßnahmen 2020 für die betroffenen Parteien vorhersehbarer und verlässlicher geworden. Der stufenweise gestaltete Prozess trägt dazu bei, für die nationale Sicherheit irrelevante Transaktionen möglichst früh auszufiltern. Die Fristsetzung schafft Rechtssicherheit und macht die Verfahrensdauer für den Investor berechenbar. Jedoch werden viele unbestimmte Rechtsbegriffe wie etwa „weitere Formen“, „erheblicher Einfluss“ und „spezielle Fälle“ verwendet. Ebenfalls hat der Gesetzgeber offengelassen, nach welchen materiellen Kriterien die Entscheidung zu treffen ist. Dadurch wird der zuständigen Behörde ein breiter Ermessensspielraum eingeräumt. Dies erschwert aber dem Investor die Vorbereitung der Antragsunterlage und die Einschätzung des späteren Prüfungsergebnisses.

IV. Fehlende Nachprüfbarkeit der Entscheidung über die Beeinträchtigung der nationalen Sicherheit

Neben den vorgenannten Erwägungen stellt sich ebenfalls als ungünstig für ausländische Investoren die Abwesenheit von Kontrollmechanismen dar. Laut § 35 Abs. 2 des Gesetzes über ausländische Investitionen⁵¹ ist die rechtlich getroffene Entscheidung über die nationale Sicherheit nicht mit Rechtsmitteln angreifbar. Das bedeutet, dass gegen die Entscheidung weder Verwaltungswiderspruch noch Verwaltungsklage erhoben werden kann. Die Vorschrift hat dementsprechend während der Gesetzgebung und nach Erlass des Gesetzes eine heftige Diskussion entfacht.

Zunächst ist fraglich, ob ein Verwaltungswiderspruch als Rechtsmittel sinnvoll wäre. Dies ist eher zu verneinen.⁵² Das Büro für den Arbeitsmechanismus ist bei der NKER eingerichtet und arbeitet unter der Leitung der NKER und des Handelsministeriums. Es ist an

deren Anweisungen gebunden. Für die Prüfung eines Widerspruchs zuständig wäre das Büro für legislative Angelegenheiten bei der NKER.⁵³ Obwohl Geprüfter und Prüfer hier in zwei getrennten Abteilungen ansässig sind, sind sie in dieselbe Hierarchie eingegliedert. Die Effektivität einer derartigen Prüfung innerhalb einer Behörde darf daher bezweifelt werden.

Des Weiteren wird diskutiert, ob die NSP einer gerichtlichen Prüfung unterworfen werden soll. Die ablehnende Meinung⁵⁴ hält die NSP für zu politisch. Das Rechtsgut, nämlich die nationale Sicherheit, sei ein ausfüllungsbedürftiger Begriff. Dafür gebe es keine einheitlichen und deutlichen Kriterien. Zudem sei die Prüfung fachlich hoch anspruchsvoll und kompliziert. Gerichte seien nicht in der Lage, die Entscheidung sachgerecht zu prüfen. Schließlich sei die Prüfung intransparent. Die betroffenen Parteien erhielten nur das Ergebnis, nicht aber eine Begründung. Dies würde die gerichtliche Kontrolle weiter erschweren. Nach einer anderen Meinung⁵⁵ zeigen alle diese Argumente nur, dass die materielle Entscheidung nicht nachprüfbar ist. Von der materiellen Entscheidung sei das Prüfungsverfahren zu unterscheiden. Ob das Prüfungsverfahren gesetzmäßig durchgeführt worden sei, sei eine reine Rechtsfrage und sollte sich nicht einer gerichtlichen Prüfung entziehen können. Nach hier vertretener Meinung ist zunächst der zweiten Auffassung zuzustimmen. Insbesondere sollte nachprüfbar sein, ob die betroffene Transaktion unter den Anwendungsbereich der NSP fällt und ob die gesetzlichen Fristen eingehalten sind. Bei der Verlängerung der Frist im Verfahren zur Prüfung von Sonderfällen sollte gerichtlich geprüft werden können, ob die Verlängerung verhältnismäßig, also geeignet, erforderlich und angemessen ist. Des Weiteren ist zu überlegen, ob die materielle Entscheidung ebenfalls bis zu einem gewissen Grad nachprüfbar sein sollte, wenn sie in willkürlicher Weise erfolgt. Hier könnte das Gericht von der betroffenen Partei verlangen, hinreichend substantiiert vorzutragen. Soweit Staatsgeheimnisse betroffen sind, könnte die Öffentlichkeit ausgeschlossen und die Parteien zur Geheimhaltung angewiesen werden.

V. Praktische Bedeutung der NSP

Obwohl das NSP-System schon seit langer Zeit existiert, sind bisher nur wenige Fälle bekannt geworden. In diesem Teil werden zuerst zwei Fälle dargestellt. Dann wird auf die möglichen Gründe der begrenzten Anwendung der NSP eingegangen.

⁵⁰ SHI Hua/WANG Huaqian (师华/王华倩), Eine Analyse über die Praxis der nationalen Sicherheitsprüfung im Fall von vertraglicher Kontrolle ausländischer Investoren (外资协议控制模式国家安全审查实践操作探析), in: Internationale Betriebswirtschaftslehre (国际商务研究) 2002, Nr. 2, S. 51–52.

⁵¹ 外商投资法 v. 15.3.2019 (Fn. 16).

⁵² Ähnliche Meinung vgl. QI Tong (漆彤) (Fn. 17), S. 148; SU Mingming (苏明明), Untersuchung der Verfahrensvorschriften nationaler Sicherheitsprüfung aus der Sicht eines Investors (投资者视角下国家安全审查程序规范探究), in: Handel und Industrie der modernen Zeit (现代商贸工业), 2021, Nr. 25, S. 122.

⁵³ 法制工作机构. § 4 Maßnahmen der NKER zur Durchführung von Verwaltungswidersprüchen (国家发展和改革委员会行政复议实施办法) v. 30.4.2006, chinesisch-englisch abrufbar unter <lawinfochina.com> [北大法律英文网]/<pkulaw.cn> [北大法宝], CLI4.77205(EN).

⁵⁴ SUN Nanshen/PENG Yue (孙南申/彭岳), Verbesserung der nationalen Sicherheitsprüfung bei Übernahmen durch ausländische Investoren (外资并购国家审查制度的立法改进与完善措施), in: Meer des Lernens (学海), 2014, Nr. 3, S. 148–149.

⁵⁵ WANG Dongguang (王东光), Nationale Sicherheitsprüfung: Die Verrechtlichung der Politik und die Politisierung des Rechts (国家安全审查: 政治法律化与法律政治化), in: 中外法学 (Zeitschrift der Universität Peking), 2016, Nr. 5, S. 132; QI Tong (漆彤) (Fn. 17), S. 146–147.

1. Prüfung der Übernahme von Xugong Construction Machinery Group (Xugong) durch Carlyle Group (Carlyle)

Im ersten Fall handelt es sich um die Prüfung der Übernahme von Xugong Construction Machinery Group (Xugong) durch die Carlyle Group (Carlyle).⁵⁶ Carlyle ist ein US-amerikanisches Unternehmen, während Xugong ein staatliches chinesisches Unternehmen ist. Im Oktober 2005 unterzeichnete Carlyle einen Vertrag mit Xugong, nach welchem es 85 % der Anteile an Xugong zum Preis von US\$ 375 Million erwirbt. Diese Transaktion hat bei der chinesischen Regierung die Sorge um die nationale Wirtschaftssicherheit ausgelöst. Denn Xugong war damals schon das führende Unternehmen im Baumaschinensektor. Zwar modifizierte Carlyle mehrmals sein Investitionsvorhaben, erlangte jedoch keine Genehmigung vom Handelsministerium, welches seinerzeit für die Prüfung der Übernahme inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren zuständig war. Drei Jahre später kündigte Carlyle das Scheitern der Übernahme an, weil sein Übernahmevertrag mit Xugong schon abgelaufen war.

2. Prüfung der Übernahme der Zhongbai Group (Zhongbai) durch Yonghui Superstores (Yonghui)

Der zweite Fall ist die Übernahme der Zhongbai Group (Zhongbai) durch Yonghui Superstores (Yonghui).⁵⁷ Beide Firmen sind im Einzelhandelssektor tätig. Im März 2019 kündigte Yonghui ihr Vorhaben an, durch ein öffentliches Angebot ihren Anteil an Zhongbai von 29,86 % bis auf 40 % zu erhöhen. Wäre die Übernahme erfolgt, wäre Yonghui die größte Einzelaktionärin von Zhongbai geworden. Im November wurde beiden mitgeteilt, dass das Sonderprüfungsverfahren im Rahmen der Sicherheitsprüfung eingeleitet wurde. Im Dezember kündigte Yonghui die Aufgabe der Übernahmeabsicht an. Die Unternehmerin Yonghui ist eine in Shanghai gelistete Aktiengesellschaft. Manche Beobachter meinen, dass sie deswegen als ausländische Investorin qualifiziert wurde, weil ihr größter Aktionär, der 19,99 % der Anteile an Yonghui besitzt, ein Unternehmen aus Hongkong ist.⁵⁸ Ob das Unternehmen aus Hongkong Yonghui faktisch kontrollierte und ob es nach der erfolgreichen Übernahme über die Tochtergesellschaft Yonghui die (zukünftige) Enkelgesellschaft Zhongbai faktisch kontrolliert hätte, lässt sich anhand der vorliegenden Informationen nicht beurteilen. Ebenfalls unbekannt ist, warum der Einzelhandelssektor als relevant im Sinne der Sicherheitsprüfung eingestuft

⁵⁶ Zu Details des Falls vgl. LI Yuwen/BIAN Cheng (Fn. 7), S. 156–157; MU Yaping/XIAO Xiaoyue (慕亚平/肖小月), Chinas nationale Sicherheitsprüfung bei Übernahmen durch ausländische Investoren (我国外资并购中的国家安全审查制度), in: Juristische Studien (法学研究), 2009, Nr. 5, S. 54.

⁵⁷ Zu den Details des Falls vgl. <https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_4934834>, zuletzt abgerufen am 19.10.2022.

⁵⁸ Simple Guide to Deal with the National Security Review Procedure in China. <<https://advance.lexis.com/api/document?collection=news&id=urn:contentItem:5Y6R-B821-F03R-N0R9-00000-00&context=1516831>>, zuletzt abgerufen am 18.10.2022.

wurde. Dieser Sektor fällt nicht explizit unter den Anwendungsbereich der Mitteilung 2011.

3. Mögliche Gründe für den eingeschränkten Anwendungsbereich der NSP

Als mögliche Gründe für den eingeschränkten Anwendungsbereich der NSP lässt sich zunächst anführen, dass die nur gelegentliche praktische Bedeutung der NSP ihren Ursprung in ihrem Verhältnis zu anderen Rechtsinstituten hat: Die NSP war bislang in diesen Rechtsinstituten inhärent, ohne dass sie nach außen sichtbar wurde. Die Negativliste (früher der verbotene und der beschränkte Katalog im „Katalog zur Leitung der Branchen mit ausländischen Investitionen“⁵⁹), die Übernahme- und Fusionskontrolle und die NSP sind drei wichtige Markteintrittsbeschränkungen für ausländische Investitionen. Die Negativliste verbietet bzw. beschränkt ausländische Investitionen in bestimmten Branchen. Die Übernahme- und Fusionskontrolle sichert den Wettbewerb. Die NSP schützt die nationale Sicherheit, welche sehr weit und abstrakt definiert ist. Die drei Rechtsinstitute ergänzen sich, überschneiden sich und konkurrieren sogar miteinander. Die Konkurrenz besteht insbesondere zwischen der Negativliste und der NSP. Soll ein sensibler Sektor vor der Gefährdung ausländischer Investitionen geschützt werden, steht dieser häufig schon in der Negativliste oder den vorgenannten Katalogen. Da sie hoch transparent und hinreichend konkret sind, verfügen sie über einen starken Signaleffekt. Zahlreiche potenziell kritische Fälle wurden bereits auf diese Weise im Entstehen verhindert.⁶⁰

Ein weiterer Grund für den eingeschränkten Anwendungsbereich/die praktische Bedeutung der NSP könnte in der Kontinuität der Öffnungspolitik zu sehen sein. So hat es sich die chinesische Regierung über Jahrzehnte zur Aufgabe gemacht, ausländische Investitionen aktiv zu nutzen.⁶¹ Auch der Zweck des Gesetzes über ausländische Investitionen besteht darin, „die Öffnung des Landes weiter voranzutreiben, (und) ausländische Investitionen aktiv zu fördern (...)“.⁶² Die Ermessensausübung bei der Festlegung des Inhalts der nationalen Sicherheit im Einzelfall wird daher unweigerlich durch diese Politik beeinflusst. Soweit die Öffnungspolitik unverändert bleibt, ist ein deutlicher Anstieg der Anzahl von NSP-Fällen nicht zu erwarten, weil dies im Widerspruch zum Gesetzeszweck stünde.

VI. Ergebnisse

Seit den ersten Schritten Chinas bei der Nutzung ausländischer Investitionen ist die nationale Sicherheit dem Gesetzgeber ein Anliegen. Sie wurde lange Zeit durch verstreute Bestimmungen gewährleistet. Ein ein-

⁵⁹ 外商投资产业指导目录.

⁶⁰ Ähnliche Meinung vgl. LI Yuwen/BIAN Cheng (Fn. 7), S. 172–173.

⁶¹ 积极利用外资. Diese Aufgabe bleibt bis jetzt unverändert. Vgl. Arbeitsberichte der Regierung (政府工作报告) in 2020, 2021 und 2022. Sie sind abrufbar unter <<http://www.gov.cn/index.htm>>.

⁶² Art. 1 Gesetz über ausländische Investitionen (Fn. 16) (外商投资法) v. 15.3.2019.

heitliches Regime auf der nationalen Ebene ist erst im Jahr 2020 geschaffen worden. Die Sicherheitsprüfungsmaßnahmen von 2020 sehen ein praktikables Verfahren vor, räumen aber der Prüfungsbehörde bei der Definition des Begriffs der nationalen Sicherheit einen nach hier vertretener Auffassung zu weiten Ermessensspielraum ein. Ebenfalls kritisch zu sehen ist die fehlende Überprüfbarkeit der jeweiligen Entscheidung. Zumindest sollten die formellen Aspekte der NSP einer gerichtlichen Prüfung zugänglich gemacht werden. In der Praxis kam die NSP nur selten zum Einsatz. In der Zukunft wird zu beobachten sein, ob sich diese Praxis verändert.

* * *

National Security Review in China: New Obstacles for Foreign Investment?

Even before the establishment of a unified legal system at the end of 2020, national security review had already existed for foreign investment in China, having been put in place shortly after the beginning of the era of reform and opening-up. While the formal aspects of national security review are now regulated to varying degrees, substantive criteria continue to be absent. Also absent are oversight mechanisms. Neither administrative appeal nor administrative lawsuit can be filed against a national security review determination. However, the extent to which national security review hinders foreign investment should not be exaggerated. Taking into consideration particularly the long-term policy of opening-up, it can be assumed that national security review will be used only in extremely critical cases in the future.