

Chinesische Outbound-Investitionen in Deutschland

Rechtlicher Rahmen, Fälle und Analysen

herausgegeben von
Yuanshi Bu

Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Yuanshi Bu ist Inhaberin des Lehrstuhls für Internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Gefördert durch die Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung.

ISBN 978-3-16-153725-7

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	XI
-----------------------------	----

Teil I

Chinesische Outbound-Kontrollen

Yuanshi Bu

Einleitung in die Kontroll- und Genehmigungsmechanismen für chinesische Auslandsinvestitionen	3
--	---

Hui Zheng / Qi Ge

Chinese Outbound-Investment Approval Regime.....	15
--	----

Malte J. Hiort

Auswirkungen der chinesischen Outbound Kontrolle auf den M&A Prozess in Deutschland	41
--	----

Teil II

Einzelne Problemschwerpunkte im deutschen und chinesischen Recht

Holger Adam / Xin Xu

Deutsch-Chinesische Vertragsverhandlungen.....	57
--	----

Qun Huang / Simon Werthwein

Unternehmensneugründung.....	67
------------------------------	----

Christian Atzler / Kai Schlender

Private M&A: Auktionsverfahren, Due Diligence, Vertragsgestaltung.....	89
--	----

Laurenz Wieneke / Stephan Schulz

Strukturierungsfragen beim Erwerb der Kontrolle über deutsche börsennotierte Unternehmen durch chinesische Investoren 109

Hui Zhao / Yifan Zhu

M&A in Deutschland durch chinesische Privatunternehmen..... 141

Katja Neumüller

Börsengänge chinesischer Unternehmen in Deutschland..... 153

Stefan Simon

Rechtliche und praktische Herausforderungen des deutschen Arbeitsrechts für chinesische Investoren 173

Simon Sonnenberg

Aufenthaltsrechtliche Problemstellungen bei der Erwerbstätigkeit chinesischer Investoren in Deutschland, insbesondere im Bereich der selbstständigen Tätigkeit gem. § 21 AufenthG 187

Matthias Meyer / Frederik Born / Sophia Yang

Besondere Aspekte von chinesischen Unternehmen beim Unternehmenskauf in Deutschland im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten 225

Oliver Kirschner / Xiaowen Ye

Post-Merger Integration und Corporate Governance bei chinesischen Outbound-Investitionen in Deutschland 243

Xuyang Huo

Die chinesischen staatseigenen Unternehmen und ihre Auslandsinvestitionen 255

Daniel Metzger

Inbound-Investitionskontrolle in Deutschland 275

Teil III Fallstudien

Ulrich-Nicolaus Kranz

Fallstudie: Übernahme der Kiekert AG durch North Lingyun Group..... 295

Renate Neumann-Schäfer / Thomas Gilles / Kai Schlender

Fallstudie: Übernahme von Putzmeister durch Sany..... 319

Jeffrey Y. Chen / Christian Atzler / Kai Schlender

Case study: Weichai acquisition of Kion 331

Verzeichnis chinesischer Rechtsquellen..... 341

Verzeichnis der Autoren 351

Einleitung in die Kontroll- und Genehmigungsmechanismen für chinesische Auslandsinvestitionen

Yuanshi Bu

I. Einführung

Chinesische Investitionen in Deutschland sind ein in jüngster Zeit verstärkt zu beobachtendes Phänomen, das bis hinein in die Berichterstattung der Alltagspresse Beachtung findet. Die Umsetzung derartiger Investitionen setzt die Überwindung rechtlicher Hindernisse, die sowohl aus dem chinesischen als auch aus dem deutschen Recht stammen können, voraus. Der vorliegende Beitrag versucht, die historische Entwicklung der im chinesischen Recht verankerten Kontroll- und Genehmigungsmechanismen über Auslandsinvestitionen zu skizzieren. Die geltende Rechtslage und ihre Auswirkung auf grenzüberschreitende Transaktionen werden in den folgenden zwei Beiträgen näher erörtert. Zunächst werden der Bestand und das Entwicklungspotential chinesischer Investitionen in Deutschland kurz erfasst.

II. Bestandsaufnahme und Entwicklungspotential

I. Bestandsaufnahme

Die aktuellen Zahlen unterschiedlicher Quellen belegen eine klar aufsteigende Tendenz chinesischer Investitionen, sowohl weltweit als auch deutschlandbezogen. Nach der Statistik der chinesischen Behörden beliefen sich die gesamten Investitionsvolumina aus China 2012 auf 87.8 Milliarden USD, eine Steigerung von § 17.6% zum Vorjahr.¹ Nach Angaben der Deutschen Bundesbank beliefen sich die unmittelbaren chinesischen Di-

¹ *MOFCOM/SAFE*, Statistical Bulletin of China's Outward Foreign Direct Investment of 2012, 2013, S. 3.

rekinvestitionen nach Deutschland im Jahr 2012 auf 1,557 Mrd. €, was einer Steigerung um 21,5% zum Vorjahr entsprach.²

Jüngst hat sich eine dahingehende Tendenz herauskristallisiert, dass chinesische Investitionen zunehmend von ärmeren Ländern in die reicheren Länder wandern und vom Naturressourcensektor in die Immobilienbranche und die verarbeitende Industrie fließen; die Erlangung von Marken und Technologien rückt zudem immer mehr in den Vordergrund.³

2. Entwicklungspotential

Im Laufe der Vorbereitung dieses Sammelbands erfuhr die Verfasserin ständig über neue Investitionsprojekte aus China in Deutschland. Neben den öffentlich berichteten Transaktionen gibt es noch Fälle, die entweder nicht erfolgreich zustande kamen oder die Schwelle der statistischen Relevanz unterschritten, so dass die gesamte Anzahl der intendierten und vollzogenen Investitionsvorhaben weit größer als die statistisch erfasste ist.

Gerne werden Prognosen erstellt, wie nachhaltig diese Entwicklung sein wird. Denn chinesische Unternehmenskäufe in Europa waren in den letzten Jahren zeitlich günstig gelegen. Wegen der Finanzkrise sind heimische Unternehmen wirtschaftlich angeschlagen und suchen nach neuen Finanzierungsquellen. China war von der Krise nur marginal betroffen. Die riesigen Devisenreserven Chinas erzeugen im Inland einen Aufwertungs- und zugleich Inflationsdruck. Da die Investition in Staatsanleihen nur spärliche Rendite abwirft, lohnt es sich allein aus der Sicht der Risikodiversifikation, alternative Anlageformen für chinesische Devisenreserven zu finden und zu fördern. Allerdings handelt es sich bei dem für Auslandskäufe vorteilhaften Wechselkurs der chinesischen Währung und der staatlichen Förderung in Form der Darlehensvergabe um zwei Variablen, die sich kurzfristig in die negative Richtung ändern könnten, sodass die Nachhaltigkeitsfrage nach wie vor offenbleibt.

Die Tragfähigkeit chinesischer Auslandsinvestitionen hängt von dem Zusammenspiel einiger maßgeblicher Faktoren ab. Eine wesentliche Rolle spielt die im Jahr 2000 von der politischen Führung beschlossene, langfris-

² Die Datensätze chinesischer Auslandsinvestitionen werden neben den chinesischen offiziellen Statistiken mehrfach von unterschiedlichen Institutionen, u.a. von der UNCTAD in den jährlichen World Investment Report, vom China Global Investment Tracker der Heritage Foundation & American Enterprise Institute und von A Capital erfasst. Dies zeigt das große Interesse für dieses Thema, bringt aber auch Schwierigkeiten mit der Datenauswertung, weil die Datensätze wegen des unterschiedlichen Zugriffsgegenstandes nicht stimmig sind. Zu dieser Problematik vgl. *Jungbluth*, Aufbruch nach Westen – Chinesische Direktinvestitionen in Deutschland, 2. Aufl., 2013, S. 80.

³ *MOFCOM/SAFE* (Fn. 1), S. 6ff.

tig angelegte „*Going-Out-Strategie*“⁴, die die damals primär auf die Anziehung ausländischer Investoren nach China abzielende Öffnungspolitik – „*Bringing-In-Strategie*“ –, ergänzen sollte. Unter den hinter der „*Going-Out-Strategie*“ verborgenen Motiven ist, bezogen auf Deutschland, die Verschaffung des Zugangs zu Marken und Technologien für chinesische Investitionsaktivitäten am bedeutendsten.⁵ Wie in einigen Beiträgen dieses Bands erwähnt (s. vor allem der Beitrag von *Zheng/Ge*, S. 15 (18ff.)), wurde seit Januar 2014 das Genehmigungsverfahren über Auslandsinvestitionsprojekte von den zuständigen Ministerien abermals wesentlich vereinfacht, was ebenfalls als ein wohlwollendes Signal für die Förderung chinesischer Auslandsinvestitionen verstanden werden kann. In einem Land wie China, wo die Politik die Gestaltung des Wirtschaftslebens maßgeblich beeinflussen kann, ist die Bekennung der politischen Führung auf der nationalen und lokalen Ebene zur „*Going-Out-Strategie*“ die allererste Voraussetzung für eine nachhaltige Entwicklung des chinesischen Auslandsengagements.

Ein weiterer wesentlicher Faktor ist das immer stärker wahrzunehmende betriebswirtschaftliche Bedürfnis zahlreicher chinesischer privater und staats eigener Unternehmen, angesichts der heftigen Konkurrenz auf dem Heimatmarkt, Kundenbasis und Prestige im Ausland auszubauen und in Übersee neue Wachstumsstellen zu suchen. Gemessen am Gesamtwirtschaftsvolumen wird das Potential an Auslandsinvestitionen aus China hoch eingeschätzt. Denn obwohl China inzwischen weltweit zur zweitgrößten Wirtschaftsmacht aufgestiegen ist, machen Auslandsinvestitionen aus China bis 2012 nur 2.3% am globalen Bestand aus.⁶

3. SOE als Hauptakteure der M&A Transaktionen

Auf der chinesischen Seite sind die bisherigen Hauptakteure bei Investitionen, insbesondere M&A Transaktionen in Deutschland, staatseigene Unternehmen, die sog. SOE (*State-Owned Enterprise*). 2011 machten Auslandsinvestitionen von chinesischen privaten Unternehmen zwar bereits

⁴ Diese Strategie wurde im März 2000 zum ersten Mal während der 3. Sitzung des 9. Nationalen Volkskongresses vorgebracht, im Oktober 2000 auf der 5. Plenartagung des 15. Parteitag der Kommunistischen Partei beschlossen und im 15. Fünf-Jahres-Plan der Zentralkommission der Kommunistischen Partei festgelegt. Einzelheiten vgl. *Jiang Shixue*, *Chinese Investment in the EU*, Working Paper Series On European Studies, Institute of European Studies Chinese Academy of Social Sciences, Vol. 8, No. 1, 2014.

⁵ *Jungbluth* (Fn. 2), S. 28.

⁶ *MOFCOM/SAFE* (Fn. 1), S. 4.

einen Anteil von 44% aus.⁷ Nach einer Einschätzung betrug der Anteil der privaten Investoren bei Projekten über USD 100 Mio. nur 6%.⁸ Dies hat zwei Gründe: Zum einen sind SOEs finanzstark und erhalten auch leichter günstigere Darlehen von chinesischen, meistens ebenfalls staatlich kontrollierten Banken und werden bei der Überwindung regulatorischer Vorgaben bevorzugt. Zum zweiten erfolgt die Evaluation über die Unternehmensführung bei SOEs nicht nur aus rein wirtschaftlicher Sicht, sondern auch aus politischer Sicht.⁹ Mit der Hervorhebung der strategischen Bedeutung der „*Going-Out-Politik*“ in Staatsmedien entsteht ein politischer Druck für die Geschäftsführung von SOEs, sich zu internationalisieren. Mittlerweile werden beispielsweise die Gesamtvolumina der Auslandsinvestitionen chinesischer Unternehmen vom MOFCOM auch nach Provinzen, in denen die Investoren ihren Sitz haben, aufgeschlüsselt statistisch erfasst.¹⁰ Es liegt nah, dass diese Daten als ein Parameter für die Leistungsbewertung der Provinzregierung herangezogen werden könnten. Dieser Druck auf die lokalen Regierungen kann wieder an die ortssässigen SOEs weitergereicht werden.¹¹

4. Private Unternehmen und Einzelperson (Unternehmer)

Bei den privaten Unternehmen sind die Motive zum Teil anders als bei SOEs. Bei ihnen steht das Bedürfnis, wirtschaftliche oder politische Risiken zu diversifizieren, im Vordergrund, weil hinreichende Rechtssicherheit in China noch fehlt. Berichte über die Verurteilung privater Unternehmer wegen Wirtschaftsstraftaten in den letzten Jahren führen zur Beunruhigung in den betroffenen Kreisen und zur Vertiefung des bestehenden Misstrauens gegenüber der chinesischen Rechtsordnung. Fernerhin wird zunehmend auch von den politischen Entscheidungsträgern in China erkannt, dass gerade private chinesische Investoren im Ausland favorisiert werden

⁷ Pressekonferenz der NDRC über die Stellungnahme zur Umsetzung der Förderung und Anleitung privater Unternehmen in aktiver Verfolgung von Auslandsinvestitionen vom 9.8.2012, abrufbar unter: <china.goabroad.com/zh/article/2171>.

⁸ China Global Investment Tracker, abrufbar unter: www.heritage.org/research/reports/2012/01/chinese-investment-slower-growth-in-china-foreign-investments-in-2011.

⁹ S. dazu ausführlich den Beitrag von *Huo*, S. 255, in diesem Band.

¹⁰ Gegenwärtig sind Investitionen aus Provinzen im Landesinneren noch gering. Ganz vorne stehen Guangdong, Shandong, Jiangsu, Liaoning und Zhejiang.

¹¹ Beispielsweise wurde am 11.2.2014 eine Stellungnahme zur Umsetzung der weiteren Beschleunigung der Förderung multinationaler Shanghai-er staatseigener Unternehmen (关于进一步加快培育上海国有跨国公司的实施意见) verabschiedet. Das Ziel ist, dass sich fünf bis acht Shanghai-er staatseigene Unternehmen innerhalb von drei bis fünf Jahren zu den Top 100 der chinesischen multinationalen Unternehmen entwickeln sollen. Zur Bewertung der Leistung der Geschäftsführung werden die Auslandsinvestitionen berücksichtigt.

und Vorbehalte gegenüber SOEs noch herrschen, wie in einer der Fallstudien berichtet wird.¹² Dementsprechend wurde im Juni 2012 ein Rechtsakt zur Förderung und Anleitung privater Unternehmen bei Auslandsinvestitionen erlassen.¹³

Bei den privaten Haushalten hat sich eine Tendenz der Wirtschaftsmigration in der oberen Mittelschicht Chinas entwickelt. Zu den beliebten Zielländern zählen die USA, Kanada, Australien und Singapur.¹⁴ Deutschland hat diesen Popularitätsgrad noch nicht erreicht.¹⁵ Der Grund liegt darin, dass die Schwelle für Wirtschaftsmigration hoch angesetzt ist. Die beliebteste Form – der Immobilienerwerb – reicht für die Erlangung eines langfristigen Niederlassungsrechts nicht aus (vgl. ausführlich den Beitrag von *Sonnenberg*, S. 187ff., in diesem Band). Wegen der Sprachbarriere kommt Deutschland hauptsächlich nur für diejenigen, die vorher in Deutschland studiert haben, für Wirtschaftsmigration in Betracht. Dennoch wird mit der Lockerung des Aufenthaltsrechts in Deutschland und der EU durch die Einführung der blauen Karte ein stärkerer Anreiz für die Einwanderung von Fachkräften gesetzt.

5. Standortvorteile Deutschlands

Wie sich die rechtlichen Kontrollmechanismen im Zielland auf chinesische Auslandsinvestitionen auswirken, stellt den Gegenstand des anderen Teils des vorliegenden Forschungsprojekts dar;¹⁶ das Thema wird auch in diesem Band bezogen auf Deutschland eingehend untersucht (s. den Beitrag von *Metzger*, S. 275ff.). Allgemein kann man sagen, dass in Deutschland eine weitgehend liberale Einstellung gegenüber Investitionen aus dem Ausland (Nicht-EU Drittstaaten) im internationalen Vergleich herrscht. Politisch motivierte Untersagungen chinesischer Unternehmenskäufe, wie man sie aus den Erfahrungen mit den USA kennt, geschehen (noch) nicht in Deutschland. Die renommierte *China Academy of Social Science* (CASS) stuft 2013 Deutschland als das Land mit den niedrigsten allgemei-

¹² S. *Neumann-Schäfer/Gilles/Schlender*, S. 319 (324), in diesem Band.

¹³ Stellungnahme zur Umsetzung der Förderung und Anleitung privater Unternehmen in aktiver Verfolgung von Auslandsinvestitionen (关于鼓励和引导民营企业积极开展境外投资的实施意见).

¹⁴ *Jeremy Page*, Plan B für Chinas Reiche: Auswandern nach USA oder Europa, *The Wall Street Journal* vom 22.2.2012.

¹⁵ Im Jahr 2012 gab es nur etwa 19.000 Zuzüge aus China nach Deutschland, davon nur ein Bruchteil auf Grund wirtschaftlicher Interessen, vgl. *Li*, in: *Kreienbrink* (Hrsg.): *Fachkräftemigration aus Asien nach Deutschland und Europa*, wird der Zudrang chinesischer Einwanderer nach Deutschland in Grenzen bleiben, S. 44, 47.

¹⁶ Dabei handelt es sich um eine Dissertation von *Daniel Metzger*, die voraussichtlich Ende 2014 veröffentlicht wird.

nen und rechtlichen Risiken für chinesische Investoren ein.¹⁷ Die guten Außenbeziehung zwischen beiden Ländern und die Strukturreform in Deutschland begünstigen zusätzlich Investitionen aus China.

III. Kontroll- und Genehmigungsmechanismen in China

1. Fragestellung

Es ist dem Fachpublikum längst bekannt, dass der Realisierung chinesischer Auslandsvorhaben erhebliche regulatorische Hürden entgegenstehen. Allein an der großen Anzahl der einschlägigen Rechtsakte¹⁸ wird die Komplexität und Vielschichtigkeit der chinesischen Kontroll- und Genehmigungsmechanismen bezüglich Auslandsinvestitionen chinesischer Unternehmen ersichtlich. Wie in den nachfolgenden Beiträgen mehrfach detailliert geschildert wird, können bis zu fünf Fachbehörden auf unterschiedlichen exekutiven Hierarchieebenen und chinesische Außenvertretungen einbezogen werden. Es mag sein, dass die Herbeiführung der Genehmigungen keine ernsthafte Schwierigkeit für große SOEs darstellt. Trotzdem wird vielfach erkannt, dass die Erlangung dieser Genehmigungen einen großen Arbeitsaufwand erfordert, Verzögerungen in der Abwicklung von Transaktionen verursacht und als ein wesentlicher Risikofaktor, zumindest von den beteiligten ausländischen Parteien, wahrgenommen wird. Zum Ausgleich ist oft von der Zahlung eines „China-Premium“ oder einer „Break-up Fee“ im Falle einer Genehmigungsablehnung die Rede.¹⁹ Nicht selten scheiterten Projekte gerade aufgrund der regulatorischen Hürden.

Diese rechtlichen Nachteile für chinesische Investoren sind den betroffenen chinesischen Normgebern durchaus bewusst. Mit den sich seit 2004 anbahnenden Reformrunden soll die Regulierung chinesischer Auslandsinvestitionen weiter vereinfacht werden. Dennoch ist eine ersatzlose Aufhebung der Genehmigungsanforderungen nicht absehbar. Fernerhin lässt das Verhältnis zwischen den beteiligten Behörden noch Fragen offen.

¹⁷ Country-risk Rating of Overseas Investment from China (中国海外投资国家投资评级) 2013, Deutschland erhält als das einzige Land unter insgesamt 26 Ländern die Einstufung AAA, Australien, Kanada, Frankreich, Südkorea, die USA, Italien und Großbritannien erhalten die Einstufung AA.

¹⁸ Vgl. den Anhang dieses Sammelbandes „Verzeichnis der chinesischen Rechtsquellen“ und *Bernasconi-Osterwalder/Johnson/Zhang* (Hrsg.), *Chinese Outward Investment: An emerging policy framework – A Compilation of primary sources*, 2012, die insgesamt 89 Rechtsquellen auflisten.

¹⁹ Vgl. weitergehend *Atzler/Schlender*, S. 89 (107) und *Zheng/Ge*, S. 15 (16), in diesem Band.

Es drängt sich daher die Frage auf, weshalb die staatliche Kontrolle über Tätigkeiten chinesischer Unternehmen im Ausland als unverzichtbar angesehen wird. Schließlich ist in einer auch in China vorherrschenden Marktwirtschaft zu erwarten, dass der Investor selbst bei der Planung eines Auslandsprojekts Nutzen und Risiken hinreichend abwägt und eine betriebswirtschaftlich durchdachte Entscheidung trifft. Denn ihn trifft die negative Wirtschaftsfolge unmittelbar, falls das Projekt fehlschlägt. Um die gegenwärtigen Kontroll- und Genehmigungsmechanismen Chinas über Auslandsinvestitionen nachzuvollziehen, ist ein Rückblick auf ihre historische Entstehung und Entwicklung hilfreich.

2. Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte

Die Entwicklung der Regulierung von Auslandsinvestitionen chinesischer Investoren wird in der Literatur in vier Phasen eingeteilt.²⁰ In der ersten Phase zwischen 1979-1982 war eine Genehmigung vom Staatsrat bei allen Auslandsprojekten stets erforderlich, unabhängig von deren Form und Investitionsbetrag. 1983 wurde das Ministerium für Außenwirtschaft und -handel (Vorgängerin des heutigen Handelsministeriums „MOFCOM“) vom Staatsrat als die zuständige Genehmigungsbehörde designiert. Es fehlte allerdings zu dieser Zeit eine Rechtsgrundlage für die Durchführung des Genehmigungsverfahrens.²¹ In der danach folgenden zweiten Phase bis 1992 wurden zwei Rechtsakte zur Regelung der Gründung von Nicht-Handelsgesellschaften im Ausland geschaffen.²² Damit wurde das Genehmigungsverfahren rechtlich formalisiert. Die Grundzüge der Genehmigungsmechanismen in der heutigen Gestalt entstanden in der dritten Phase zwischen 1993 und 1998.²³ Zum ersten Mal wurde die Planungskommission (Vorgängerin der heutigen Reform- und Entwicklungskommission „NDRC“) in den Genehmigungsprozess einbezogen. Zu Beginn der vierten Phase seit 1999 lag der Schwerpunkt der Regulierung auf der Verlagerung der Verarbeitungsindustrie von chinesischen Firmen der Leichtindustrie-, Textil- und elektronischen Haushaltsgerätebranche ins Ausland,²⁴ die zu

²⁰ Abteilung für Internationale Wirtschaftliche Zusammenarbeit des Ministeriums für Außenwirtschaft und -handel/Forschungskolleg für Internationalen Handel und Wirtschaftliche Zusammenarbeit, in: Wissenschaftliche Entscheidungen 2003/3, 51.

²¹ Abteilung für Internationale Wirtschaftliche Zusammenarbeit (Fn. 20), 51.

²² Diese sind die Mitteilung über die Genehmigungscompetenz und Grundsätze über die Gründung von Nicht-Handel-Gemeinschaftsunternehmen im Ausland, Hong Kong und Macau (关于在国外和港澳地区举办非贸易性合资经营企业审批权限和原则的通知) vom Mai 1984; Vorläufige Bestimmungen über das Genehmigungsverfahren und Verwaltungsmaßnahmen über die Gründung von Nicht-Handelsgesellschaften im Ausland (关于在境外开办非贸易型企业的审批程序和管理办法的试行规定) vom Juli 1985.

²³ Abteilung für Internationale Wirtschaftliche Zusammenarbeit (Fn. 20), 51.

²⁴ Abteilung für Internationale Wirtschaftliche Zusammenarbeit (Fn. 20), 51.

der Zeit die dominierende Form der chinesischen Auslandsinvestitionen darstellte.

Eine Deregulierung von Auslandsinvestitionen chinesischer Unternehmen wurde von der Wirtschaft bereits seit Ende der 90er Jahre ständig gefordert, konnte aber nur sukzessiv durchgesetzt werden. Die bislang gelungenen Reformen in den Jahren 2004 und 2014 erfolgten nicht im Alleingang, sondern waren Bestandteil der beiden von der Parteiführung beschlossenen Liberalisierungsrunden des gesamten Wirtschaftssystems.²⁵

Mit der Änderung der Denomination des Kontrollmittels soll die Haltung der Normgeber zur Liberalisierung der Genehmigungsanforderung zum Ausdruck gebracht werden. So wurde 2004 mit der Verabschiedung der sog. Verordnung Nr. 5 des MOFCOM²⁶ und der Verordnung Nr. 21 der NDRC²⁷ die ursprüngliche Bezeichnung der regulatorischen Anforderung „Genehmigung“ (审批) durch die „Verifizierung und Bewilligung“ (核准) ersetzt, welche sich wiederum bei der letzten Reformrunde 2014 größtenteils in eine Anzeige- und Registrierungspflicht (备案) umgewandelt hat. Die Frage, ob damit eine inhaltliche Wesensänderung einhergeht, ist noch nicht vollständig geklärt. Denn zum einen zeigen die Rechtsnormen und die Praxis, dass es sich bei der „Verifizierung und Bewilligung“ keineswegs um eine gebundene Entscheidung im Gegensatz zur „Genehmigung“ handelt, bei der die Ermessensausübung zulässig ist. Zum anderen erscheint eine materielle behördliche Prüfung bei der Bearbeitung der Anzeige- und Registrierungsanträge nicht ganz ausgeschlossen.²⁸ Wenn dem so wäre, würde das Ziel der Anzeigeanforderung, chinesische Auslandsinvestitionen nur statistisch präzise zu erfassen, darüber hinausgehen und die Anzeigepflicht könnte faktisch zur Genehmigung „aufgewertet“ werden.

In den Medienberichterstattungen wird die Anzeigepflicht als eine *ex-post* Mitteilung interpretiert, der Wortlaut der einschlägigen Regelung legt jedoch das Gegenteil nahe.²⁹ Auch würde eine *ex-post* Mitteilung die Devisenkontrolle unterlaufen.³⁰ Da der Sinngehalt der Anzeige- und Registrie-

²⁵ Die Reform 2004 war eine Umsetzung des Beschlusses der 3. Plenartagung des 16. Parteitags vom Oktober 2003 über die Reform des Investitionssystems. Zur Intensivierung der Wirtschaftsreform wurde im November 2013 auf der 3. Plenartagung des 18. Parteitags die Förderung der Auslandsinvestitionen von Unternehmen und privaten Haushalten beschlossen.

²⁶ Interim Measures for the Administration of Examination and Approach of the Overseas Investment Projects vom 09.10.2004.

²⁷ Circular on Relevant Issues in Improving Outbound Investment Project Administration vom 8. Juni 2009.

²⁸ KWM Newsletter vom 24.04.2014.

²⁹ Zheng/Ge, S. 15 (18ff.), in diesem Band.

³⁰ Tong Gang, Auslandsinvestition und Exportkredit 2014/3, abrufbar unter: www.article.chinalaw-info.com/ArticleHtml/Article_82132.shtml.

rungspflicht alles andere als klar ist und nicht durch ein spezielles Einzelgesetz im engeren Sinne geregelt ist, könnte sich die als Erleichterung angedachte Reform schnell wegen der nicht regulierten Ermessensausübung zum Nachteil der betroffenen Wirtschaftsträger entwickeln, wie es aus anderen Zusammenhängen bekannt ist.³¹ Jedenfalls spiegelt die Wahl der Begriffe mit vagem Inhalt den Vorbehalt der beteiligten Behörden gegenüber einer Machtaufgabe wieder. Wie zu Recht hingewiesen, handelt es sich bei der staatlichen Kontrolle der VR China über Auslandsinvestitionen um ein Produkt der in einem hohen Grad zentralisierten Planwirtschaft,³² geprägt durch die Intransparenz, Ineffizienz und Widersprüchlichkeit des Verfahrens, die den rechtsstaatlichen und marktwirtschaftlichen Grundsätzen widersprechen.

3. Rechtfertigung

Die chinesischen Kontroll- und Genehmigungsmechanismen wurden eingeführt, um chinesische Unternehmen vor Unerfahrenheit und Leichtsinns bei Auslandsengagements zu schützen. Auch sollte vermieden werden, dass chinesische Investoren einander überbieten. Zur Rechtfertigung der Aufrechterhaltung der staatlichen Kontrolle über Auslandsinvestitionen wird häufig das mangelnde Risikobewusstsein chinesischer Unternehmen angeführt.³³ Der Grund für die mangelnde Umsichtigkeit liegt aber darin, dass die moderne Unternehmensverfassung in China noch nicht etabliert ist und der traditionelle einzelpersonendominierende Geschäftsführungsstil ins Ausland mit übertragen wird.³⁴

Dieses Defizit kann aber nicht durch eine staatliche Kontrolle aufgehoben werden. Die angeblich hohe Quote der gescheiterten Auslandsprojekte (nach einer Umfrage des MOFCOM lag diese 2007 sogar bei 70%)³⁵ und der fehlgeschlagenen Großprojekte³⁶ verdeutlicht geradezu die defizitäre präventive Wirkung der Kontroll- und Genehmigungsmechanismen. Den Genehmigungsbehörden ist es auch nicht immer gelungen, koordiniertes Verhalten unter chinesischen Interessenten zu erreichen, wenn breiteres

³¹ Wang Lanming, Chinese Public Administration 2014/1, 7.

³² Abteilung für Internationale Wirtschaftliche Zusammenarbeit (Fn. 20), 50.

³³ Berichten zufolge wird in manchen Fällen auf die Beiziehung von externen Transaktionsanwälten verzichtet. Zhang Libin, Modern SOE Research 2012/4, 42.

³⁴ Zhu Ningbo, Southeast University of Science and Technology Journal 2013/3, 89.

³⁵ Zhu Ningbo (Fn. 34), 86.

³⁶ Vgl. etwa folgende Presseberichte bzw. Fälle: Chinesischer Bauriese Covec scheitert mit der Autobahn nach Warschau, Wall Street Journal vom 4.6.2012; Insolvenz des Flugzeugbauers Fairchild Dornier und Insolvenz der Hirschfelder Leinen und Textil GmbH, vgl. Wirtschaftswoche vom 30.9.2004, S. 56; Insolvenz Grosse International Technology GmbH, abrufbar unter: www.china-investiert.de/hisun/.

Interesse für ein und dasselbe Projekt besteht.³⁷ Die Genehmigungsanforderung könnte sogar kontraproduktiv wirken, falls eine Konkurrenz zwischen chinesischen Interessenten vorkommt. In einem Fall wurde vereinbart, dass der chinesische Interessent zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn er die Genehmigungen nicht erlangt.³⁸ Eine solche Vereinbarung steht gerade nicht im Interesse des chinesischen Staats und hätte vermieden werden können, wenn die Genehmigungsanforderung nicht bestünde.

Zudem ist eine Verbesserung des Risikobewusstseins bei chinesischen Unternehmen zu beobachten. Einen Beleg hierfür liefert die Tatsache, dass eine stets wachsende Anzahl von chinesischen Kanzleien (derzeit über 30), die dem Beratungsbedarf chinesischer Mandanten bei ihren Auslandstätigkeiten entgegenkommen wollen, im Ausland Niederlassungen eröffnen.

Selbst wenn man anerkennt, dass die Kontrolle über Auslandstätigkeiten bei SOEs zur Abwendung des Abflusses von Staatsvermögen infolge von ineffizienter Geschäftsführung, mangelndem Risikobewusstsein, Korruption und illegaler Gewinnverlagerung erforderlich ist, erscheint die Forderung nach dem Abbau der rechtlichen Hindernisse für private Unternehmen berechtigt. Für die chinesischen Normgeber geht es bei Auslandsprojekten allerdings nie nur um rein betriebswirtschaftliche Entscheidungen, sondern stets auch um das Image der VR China in den betreffenden Drittstaaten. Nach dieser Argumentationslinie wird das Staatsimage Chinas mit geschädigt, wenn ein Projekt eines chinesischen Investors keine Früchte trägt.³⁹ Fraglich ist aber, ob zur Imagepflege die bestehende Genehmigungslast überschießend wirkt, wenn man bedenkt, dass sich die Filterfunktion der Vorabprüfung der Behörden bezüglich der Qualität der Auslandsprojekte noch nicht bewiesen hat. Zu begrüßen ist vielmehr der neue Ansatz, mehr Gewicht auf die Beachtung von *Corporate Social Responsibility* und Compliance zu legen. So wurde die Stellungnahme zum Aufbau der Unternehmenskultur von chinesischen Unternehmen im Ausland (中国境外企业文化建设若干意见) unter anderem vom MOFCOM, dem Außenministerium und der NDRC 2012 verabschiedet. In den einschlägigen Bestimmungen des MOFCOM zu Genehmigungsverfahren wird dieser Punkt auch angesprochen⁴⁰.

Schließlich rührt die Kontrolle über Auslandsinvestitionen von der vorsichtigen Haltung gegenüber einer Liberalisierung der Kontrolle der chine-

³⁷ Beispiele: Die Übernahme von Putzmeister durch SANY (s. den Beitrag von Neumann-Schäfer/Gilles/Schlender, S. 319, in diesem Band) und die Übernahme von RDA Microelectronics, Inc., wobei die Vorabgenehmigung sowohl der Shanghai Pudong Science and Technology Investment als auch der Tsinghua Unigroup erteilt wurde.

³⁸ Der zweite Fall in Fn. 37; vgl. Zheng/Ge, S. 15 (18f.), in diesem Band.

³⁹ Zhu Ningbo (Fn. 34), 88.

⁴⁰ § 20 der Verwaltungsmaßnahmen über Auslandsinvestitionen, erlassen am 6.9.2014, in Kraft getreten am 6.10.2014.

sischen Regierung über den internationalen Kapitalverkehr her.⁴¹ Zu berücksichtigen ist, dass die Förderung der Auslandsinvestitionen zu Beginn der Jahrtausendwende noch das Ziel verfolgte, den Außenhandel anzukurbeln und mehr Devisen zu erwirtschaften. Zwar steht die Vermehrung der Devisen seit geraumer Zeit nicht mehr im Fokus, die Lockerung der Devisenkontrolle wird aber nur schrittweise nach erfolgreicher Erprobung von Pilotprojekten vorangetrieben. Solange die Devisenkontrolle bleibt, wird auch die Kontrolle über Auslandsinvestitionen in gewissem Maße weiterhin aufrechterhalten. Die Balance des Kapitalkontos bleibt bis heute ein Versagungsgrund für Auslandsinvestitionsprojekte.

4. Defizite

Das größte Defizit bei der staatlichen Kontrolle Chinas über Auslandsinvestitionen liegt sicherlich in den mehrfachen Genehmigungen und der mangelnder Koordination zwischen den Behörden. Trotz der klaren normativen Abgrenzung der Kompetenzen ist eine faktische Überschneidung nach wie vor vorhanden.⁴² Auch können die Genehmigungen nicht zur Zeiteinsparung parallel beantragt werden. Es wird daher immer wieder angeregt, die Genehmigungskompetenz auf eine Behörde zu zentralisieren.⁴³ Eine Zentralisierung innerhalb der einzelnen Behörden ist mit der neuen Reformrunde in Gang gesetzt worden. So sind gegenwärtig die Unterbehörden der NDRC auf der Provinzebene nur zuständig für Anzeigen und die Genehmigungsbefugnisse stehen ausschließlich der NDRC zu.

⁴¹ *Yu Jinsong/Chen Zhengjian*, Jurist 2013/2, 44.

⁴² So sollte die NDRC vor der 2014-Reform nur das Investitionsvorhaben und MOFCOM das investierende chinesische Unternehmen prüfen. Daher war die Genehmigung der NDRC nicht erforderlich, solange der Investor im Ausland nur eine Tochtergesellschaft einschließlich SPV gründet ohne ein konkretes Investitionsprojekt (vgl. den Nachweis in Fn. 28). Diese Kompetenzaufteilung wurde kritisiert, da eine Trennung zwischen dem Investitionsvorhaben und dem Investor nicht immer möglich ist. Nach der 2014-Reform soll die NDRC auch noch die Eignung des Investors prüfen, damit soll nach Aussage der NDRC verhindert werden, dass chinesische Investoren ihre Kompetenz überschätzen und Projekte übernehmen, die sie nicht bewältigen können. Vgl. Interview der NDRC zu den neuen Maßnahmen (国家发展改革委负责人就发布实施《境外投资项目核准和备案管理办法》有关问题答记者问). In der Praxis richtet sich das MOFCOM bei seiner Entscheidung nach der vorherigen Entscheidung der NDRC in derselben Sache, solange Genehmigungen von beiden Behörden erforderlich sind. Die SAFE ist in ihrer Entscheidung wiederum abhängig von der Entscheidung des MOFCOMs. S. auch *Tong Gang* (Fn. 30).

⁴³ Bereits in einer 2003 von einer Genehmigungsbehörde durchgeführte Umfrage (Fn. 20, S. 58) befürworteten 89,5% eine Kompetenzzentralisierung. In der Literatur war die Anregung viel früher vgl. *Chen Yehong*, Wirtschaftsrechtssystem 1995/10, 30; in der neueren Literatur: *Yu Jinsong/Chen Zhengjian* (Fn. 41), 47.

Ein weiterer Mangel liegt in der Zersplitterung und Lückenhaftigkeit der bestehenden Rechtsnormen. Es fehlt noch ein einheitliches Gesetz zur Regelung von Auslandsinvestitionen. Die geltenden einschlägigen Rechtsnormen der zuständigen Behörden stimmen in wesentlichen Punkten und Schlüsselterminologien⁴⁴ nicht immer miteinander überein.⁴⁵ Auch sind Auslandsinvestitionen von natürlichen Personen nur sehr rudimentär geregelt.⁴⁶

Darüber hinaus ist eine Reihe von wichtigen Fragen noch nicht abschließend geklärt. Beispielsweise ist offen, ob nur ein einziger chinesischer Investor für dieselbe Zielgesellschaft oder dasselbe Zielprojekt die Vorabgenehmigung erhält. Offiziell handelt es sich dabei eigentlich nicht um eine Genehmigung, sondern um eine Anzeige. Die Sinnhaftigkeit dieser Vorabgenehmigungen wird zunehmend in Frage gestellt.⁴⁷

IV. Zukunftsperspektive

Trotz der rasanten Entwicklung befinden sich chinesische Auslandsinvestitionen noch in einem Anfangsstadium. Chinesische Investoren sind noch relativ unerfahren und mit der Führung international agierender Unternehmen und den üblichen Abläufen internationaler Unternehmenstransaktionen noch nicht vertraut. Die Kommunikation zwischen chinesischen und ausländischen Akteuren erweist sich noch als schwierig. Wegen der Informationsdefizite verpassen sich chinesische Investoren und passende Investitionsprojekte oft. Zudem besteht ein großer Nachholbedarf bei den teils ineffizienten Entscheidungsmechanismen chinesischer Investoren. Die Wichtigkeit der Auslandsinvestitionen wird allmählich anerkannt, indem zunehmend bei größeren Unternehmen eine Abteilung für Auslandsinvestition eingerichtet wird. Rechtlich wird sich zeigen, ob die jüngst eingeführte Erleichterung der Kontroll- und Genehmigungsmechanismen den Weg chinesischer Investoren bei ihren Auslandstätigkeiten weiter ebnet. Die Entwicklungen dürften weiterhin spannend bleiben.

⁴⁴ Z.B. weichen die Regelungen des MOFCOM und der NDRC bezüglich des Begriffs der sensitiven Branchen und Regionen voneinander ab.

⁴⁵ *Zheng/Ge*, S. 15 (18, 20), in diesem Band.

⁴⁶ *Zheng/Ge*, S. 15 (32), in diesem Band.

⁴⁷ S. etwa *Zheng/Ge*, S. 15 (18f.), in diesem Band.