



Astrid Waser / Till Haechler\*

## Einführung einer Schweizer Investitionskontrolle



### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Aufgreifkriterien
  1. Geltungsbereich
  2. Genehmigungspflichtige Übernahmen
    - 2.1 Übernahmen
    - 2.2 Sektorübergreifende Genehmigungspflicht
    - 2.3 Sektorspezifische Genehmigungspflicht
    - 2.4 Bagatellschwelle
    - 2.5 Ausdehnung der Genehmigungspflicht
    - 2.6 Beurteilung der Meldepflicht
- III. Genehmigungskriterien
- IV. Genehmigungsverfahren
- V. Kooperation mit anderen Staaten
  1. Gegenseitige Ausnahme von der Investitionsprüfung
  2. Austausch von Daten im Einzelfall
- VI. Rechtsschutz
- VII. Würdigung und Ausblick

### I. Einleitung

Zahlreiche Staaten haben in den letzten Jahren Investitionskontrollregime eingeführt oder ihre bestehenden Regelungen verschärft. In der EU beispielsweise verfügen bereits eine Mehrheit der 27 Mitgliedstaaten über eine staatliche Investitionskontrolle («*FDI Screening*») und die übrigen Mitgliedstaaten sind daran, in nächster Zeit eine solche einzuführen. Erklärtes Ziel der EU-Kommission ist, dass in absehbarer Zeit alle Mitgliedstaaten der EU über ein Kontrollregime zur systematischen Überprüfung von ausländischen Investitionsvorhaben verfügen<sup>1</sup>. Sämtliche EU-Nachbarländer der Schweiz haben bereits entsprechende Gesetze in Kraft. Deutschland etwa kennt seit 2013 eine sektorübergreifende und sektorspezifische Investitionsprü-

fung, welche seither laufend verschärft und auf neue Bereiche ausgedehnt wurde<sup>2</sup>.

Die Schweiz hat sich diesem internationalen Trend lange entzogen, obwohl es bereits früh entsprechende Vorstösse gab<sup>3</sup>. Während anfänglich vor allem deutsche Investoren Anlass zu politischen Befürchtungen gaben, waren es in den 1980er Jahren japanische Kapitalgeber und in den 2000er Jahren arabische Staatsfonds<sup>4</sup>. Heute stehen hingegen chinesische (und jüngst russische) Investoren im Zentrum der politischen Aufmerksamkeit. Mit der Übernahme von Syngenta durch ChemChina im Jahr 2016 wurde der Ruf nach staatlichen Investitionskontrollen erneut laut und entsprechend zahlreich waren die diesbezüglichen Vorstösse<sup>5</sup>.

Einer dieser Vorstösse war die von Ständerat Beat Rieder dem Parlament eingereichte Motion «*Schutz der Schweizer Wirtschaft durch Investitionskontrollen*»<sup>6</sup>. Die Motion beauftragte den Bundesrat, die gesetzlichen Grundlagen für eine Investitionskontrolle ausländischer Direktinvestitionen in Schweizer Unternehmen zu schaffen, indem er

\* Dr. iur. ASTRID WASER, LL.M., Rechtsanwältin, Partnerin bei Lenz & Staehelin in Zürich; TILL HAECHLER, MLaw, LL.M., Substitut bei Lenz & Staehelin in Zürich.

<sup>1</sup> European Commission, Report from the Commission to the European Parliament and the Council, First Annual Report on the Screening of Foreign Direct Investments into the Union, abrufbar unter [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/november/tradoc\\_159935.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/november/tradoc_159935.pdf) (zuletzt besucht am 28. Juli 2022).

<sup>2</sup> Seit der Corona-Pandemie gehören auch Pharmaunternehmen zu den als besonders sicherheitsrelevant geltenden Sektoren. Davor wurden bereits Medienunternehmen als neuer Bereich erfasst, vgl. § 55 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 8–11 der deutschen Aussenwirtschaftsverordnung vom 2. August 2013 (BGBl. I S. 2865; 2021 I 4304); vgl. auch VERA JUNGKIND/CARSTEN BORMANN, Verschärfung des Aussenwirtschaftsrechts vor dem Hintergrund der COVID-19 Pandemie, Schutz von Hochtechnologie und Gesundheitssektor durch Investitionskontrollverfahren, NZG 2020, 619 ff., 620 f.

<sup>3</sup> Nationalrat Heinrich Weber fragte den Bundesrat bereits 1923, ob er denn nicht Instrumente schaffen wolle, um Unternehmen, die unter den «massgebenden Einfluss ausländischen Kapitals» gelangen, zu schützen (Kleine Anfrage Nationalrat Weber, Auslandskapital in der Schweizerindustrie, Protokoll der Bundesversammlung, NR 2. Sitzung vom 30. Januar 1923, 7).

<sup>4</sup> Siehe z.B. Interpellation Nationalrat Pelli, Ausländische Versuche der Übernahme volkswirtschaftlich zentraler Unternehmen wie der UBS. Strategie des Bundesrates (Nr. 08.3414), eingereicht am 13. Juni 2008.

<sup>5</sup> Z.B. Interpellation Nationalrätin Graf, Die Übernahme von Syngenta durch ChemChina wirft Fragen auf (Nr. 16.3299), eingereicht am 27. April 2016; Postulat Ständerat Stöckli, Investitionsprüfung bei ausländischen Investitionen (Nr. 18.3233), eingereicht am 15. März 2018; Postulat Ständerat Bischof, Ausländische Firmenübernahmen in der Schweiz. Ist die heutige Schrankenlosigkeit noch haltbar? (Nr. 18.3376), eingereicht am 16. März 2018.

<sup>6</sup> Motion Ständerat Rieder, Schutz der Schweizer Wirtschaft durch Investitionskontrollen (Nr. 18.3021), eingereicht am 26. Februar 2018.

unter anderem eine Genehmigungsbehörde für die der Investitionskontrolle unterworfenen Geschäfte einsetzt.

Der Bundesrat erachtete die Einführung einer Investitionskontrolle als «weder zielführend noch notwendig» und sah mit einer Investitionskontrolle auch die traditionelle Offenheit der Schweiz gefährdet. Ausserdem seien die Unternehmen, die in kritischen Bereichen der öffentlichen Leistungserbringung tätig sind, heute bereits gegen unerwünschte Übernahmen geschützt, indem sie im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder spezialgesetzlich geregelt sind. Der Bundesrat beantragte daher die Ablehnung der Motion<sup>7</sup>.

Sowohl der Ständerat als auch der Nationalrat nahmen in Folge jedoch die Motion an und beauftragten den Bundesrat mit der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfes zur Einführung einer Schweizer Investitionskontrolle<sup>8</sup>.

Diesem Auftrag ist der Bundesrat nun nachgekommen und hat am 18. März 2022 den Vorentwurf für ein «Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen (Investitionsprüfgesetz, IPG)», einen Erläuternden Bericht<sup>9</sup> und eine im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO erfolgte Regulierungsfolgenabschätzung<sup>10</sup> publiziert. Die Vernehmlassung des Vorentwurfs («VE-IPG») dauert bis zum 9. September 2022. Der Bundesrat hält aber an seiner ablehnenden Haltung fest und spricht sich weiterhin gegen die Einführung einer Investitionsprüfung aus<sup>11</sup>. Auch die in Auftrag gegebene Regulierungsfolgenabschätzung kommt zum Schluss, dass bereits zahlreiche Instrumente bestehen, mit denen möglichen Gefährdungen und Bedrohungen, insbesondere für die kritischen Infrastrukturen, begegnet werden kann<sup>12</sup>.

Der Bundesrat hat im Vorentwurf entsprechend eine zielgerichtete und administrativ schlanke Investitionsprüfung vorgesehen, um damit die Offenheit und Attraktivität der Schweiz als Investitionsstandort zu wahren.

Der vorliegende Artikel stellt den Vorentwurf des Bundesrates vor, unterzieht diesen einer kritischen Würdi-

gung und weist auf mögliche Verbesserungen hin. Dazu werden zunächst die Aufgreifkriterien (II.) und die Genehmigungskriterien (III.) thematisiert. Anschliessend wird das vorgeschlagene Genehmigungsverfahren (IV.) dargelegt sowie mögliche Kooperationen mit anderen Staaten (V.) diskutiert, um schliesslich auf die Bestimmungen zum Rechtsschutz (VI.) einzugehen. Das Ganze wird abgerundet durch eine Würdigung und einen Ausblick (VII.).

## II. Aufgreifkriterien

Das Ziel der Investitionsprüfung soll die Verhinderung einer Bedrohung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit durch Übernahmen von inländischen Unternehmen durch ausländische Investoren sein. Zu diesem Zweck werden im Gesetz in Bezug auf den Geltungsbereich diejenigen Käufer und Zielunternehmen definiert, die unter die Investitionskontrolle fallen und festgelegt, welche Transaktionen von der Investitionskontrolle erfasst werden. Ausgehend von diesem Geltungsbereich legt das Gesetz in einem zweiten Schritt diejenigen Übernahmen fest, die einer Meldepflicht unterliegen.

### 1. Geltungsbereich

Das Investitionsprüfgesetz gilt für *Übernahmen von inländischen Unternehmen* des privaten und des öffentlichen Rechts durch *ausländische Investoren*<sup>13</sup>. Die relevanten Begriffe werden im Vorentwurf definiert.

Als *Übernahme* gilt jeder Vorgang, durch den ein oder mehrere Investoren unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein Unternehmen oder Teile davon erlangen, insbesondere durch Fusion, Erwerb einer Beteiligung oder bedeutender Aktiven oder durch Abschluss eines Vertrags. Der Begriff der Übernahme orientiert sich am kartellrechtlichen Kontrollbegriff<sup>14</sup>. Erlangung der Kontrolle meint dabei alle denkbaren Arten und Mittel zur Begründung der Kontrolle. Die ausländischen Investoren müssen die Möglichkeit erlangen, die wesentlichen Fragen der Geschäftsführung und die allgemeine Geschäftspolitik zu bestimmen<sup>15</sup>. Hervorzuheben ist ferner, dass gemäss Erläuterndem Bericht auch der Kontrollenerwerb über Teile von Unternehmen als Übernahme gilt, z.B. der Erwerb bedeutender Aktiven wie Anlagen, Maschinen oder Patente<sup>16</sup>. Der Vorentwurf geht indes weiter als das Kartellgesetz, da anscheinend auch Aktiven ohne eigene Marktpräsenz oder klar definierbaren

<sup>7</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 16. Mai 2018 zur Motion Rieder vom 26. Februar 2018 (Nr. 18.3021).

<sup>8</sup> Die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats hat die eingereichte Motion vorberaten und mit 7 zu 5 Stimmen die Annahme der Motion beantragt. Der Ständerat nahm die Motion am 17. Juni 2019 mit 22 zu 18 Stimmen (und 2 Enthaltungen) an. Die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats beantragte daraufhin mit 15 zu 9 Stimmen die Motion abzulehnen. Der Nationalrat nahm die Motion am 3. März 2020 mit 96 zu 82 Stimmen (und 15 Enthaltungen) allerdings an.

<sup>9</sup> Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens über das Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen vom 18. Mai 2022, Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF («Erläuternder Bericht»).

<sup>10</sup> NICLAS MEYER/MARKUS BRAUN/CHRISTOPHER HUDDLESTON, RFA zur Einführung einer Investitionsprüfung, Regulierungsfolgenabschätzung für die Vernehmlassung, in: Grundlagen für die Wirtschaftspolitik Nr. 34, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bern 2022.

<sup>11</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 2.

<sup>12</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 4.

<sup>13</sup> Art. 2 Abs. 1 VE-IPG.

<sup>14</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 16; vgl. Art. 4 Abs. 3 lit. b KG.

<sup>15</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 16.

<sup>16</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 16.

Marktumsatz wie beispielsweise Maschinen unter das Gesetz fallen sollen. Gemäss dem Erläuternden Bericht soll damit verhindert werden, dass ein Unternehmen bedeutende Aktiven verkauft, ohne die es seiner bisherigen wirtschaftlichen Tätigkeit nicht mehr nachgehen kann<sup>17</sup>. In der Praxis dürfte eine solch weitgehende Definition von Übernahmen indes zu Anwendungsschwierigkeiten führen, da bei Aktiven ohne definierbaren Marktumsatz die Meldepflicht nicht klar feststellbar ist. Entsprechend sollte in Bezug auf den Begriff der *Übernahmen* nach der hier vertretenen Auffassung auf die Definition im Kartellgesetz abgestellt werden, die Aktiven ohne eigene Marktpräsenz oder klar definierbaren Marktumsatz nicht erfasst<sup>18</sup>.

Als *Unternehmen* gelten Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von der Rechts- oder Organisationsform<sup>19</sup>. In Anlehnung an Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG erfolgte eine weit gefasste Definition von Unternehmen<sup>20</sup>. Als *inländisches Unternehmen* soll dagegen nur ein Unternehmen gelten, das im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist. Der Vorentwurf stellt zur Definition des inländischen Unternehmens zwei Varianten für die Vernehmlassung zur Diskussion. Als erste Variante sollen alle Unternehmen, die im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind, als inländisches Unternehmen gelten. Die zweite Variante knüpft ebenfalls an dieser Voraussetzung an, nimmt jedoch Unternehmen aus, die Teil einer Unternehmensgruppe mit Hauptsitz und Hauptverwaltung ausserhalb der Schweiz sind<sup>21</sup>.

Als *ausländische Investoren* gelten (i) Unternehmen, deren Hauptsitz und Hauptverwaltung ausserhalb der Schweiz sind, (ii) vermögensfähige Gesellschaften, die von einer oder mehreren Personen im Ausland oder durch einen anderen Staat kontrolliert werden und (iii) grundsätzlich unmittelbar als Investor auftretende natürliche Personen ohne Schweizer Bürgerrecht<sup>22</sup>. Vorausgesetzt wird weiter die Absicht, ein inländisches Unternehmen zu übernehmen<sup>23</sup>.

Bei dieser Definition ist der Begriff des Unternehmens weit zu verstehen<sup>24</sup> und als ausländische Investorin gilt daher z.B. auch eine im schweizerischen Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft, sofern sie zu einem Konzern gehört, dessen Konzernobergesellschaft den Hauptsitz *und* die Hauptverwaltung ausserhalb der Schweiz hat. Nicht erfasst wird dagegen eine ausländische Tochtergesellschaft, deren Konzernobergesellschaft den Hauptsitz *und/oder* die Hauptverwaltung in der Schweiz hat. Unter Hauptsitz ist der statutarische und mit Hauptverwaltung der tatsächliche Sitz des Unternehmens zu verstehen, von wo aus die zentrale Geschäftstätigkeit erfolgt<sup>25</sup>. Bei Unternehmen, die Teil einer Unternehmensgruppe sind, wird auf den Ort des Hauptsitzes und der Hauptverwaltung der Konzernobergesellschaft abgestellt<sup>26</sup>.

Bei der Definition der ausländischen Investoren verwendet der Vorentwurf neben dem Unternehmensbegriff auch den Begriff der *vermögensfähigen Gesellschaft*, welcher jedoch nicht weiter definiert wird. Gemäss Erläuterndem Bericht<sup>27</sup> sollen dadurch unter anderem auch Fondsgesellschaften erfasst werden. Aufgrund des vorgesehenen weiten Unternehmensbegriffs wären nach der hier vertretenen Auffassung Fondsgesellschaften bereits erfasst, wie dies auch im Kartellgesetz der Fall ist<sup>28</sup>. Entsprechend könnte im Entwurf auf den Begriff der vermögensfähigen Gesellschaften verzichtet werden und stattdessen von *Unternehmen* gesprochen werden, die von einer oder mehreren Personen im Ausland oder durch einen anderen Staat kontrolliert werden. Hervorzuheben ist, dass diese Definition auch Unternehmen erfasst, deren Hauptsitz und/oder Hauptverwaltung in der Schweiz sind.

## 2. Genehmigungspflichtige Übernahmen

Der Vorentwurf sieht eine sektorübergreifende und eine sektorspezifische Genehmigungspflicht vor, wobei für alle Übernahmen eine *de minimis* Ausnahme (Bagatellschwelle) besteht. Genehmigungen müssen vor dem Vollzug der Übernahme eingeholt werden<sup>29</sup>. Dies bedeutet, dass eine Übernahme erst nach Erhalt der Genehmigung vollzogen werden darf und bis zum Zeitpunkt der Genehmigung deren zivilrechtliche Wirksamkeit aufgeschoben bleibt<sup>30</sup>.

<sup>17</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 16.

<sup>18</sup> Vgl. BSK KG-REINERT/VISCHER, Art. 4 Abs. 3 N 10.

<sup>19</sup> Art. 3 lit. b VE-IPG.

<sup>20</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 16.

<sup>21</sup> Art. 3 lit. c VE-IPG; Erläuternder Bericht (FN 9), 19.

<sup>22</sup> Art. 3 lit. d VE-IPG; nicht als ausländische Investoren gelten natürliche Personen aus EU/EFTA-Mitgliedstaaten, die gestützt auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit oder das Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) beabsichtigen, ein inländisches Unternehmen zu übernehmen, um in der Schweiz eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben zu können.

<sup>23</sup> Art. 3 lit. d VE-IPG.

<sup>24</sup> Im Sinne der Definition in Art. 3 lit. b VE-IPG; Erläuternder Bericht (FN 9), 18.

<sup>25</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 18.

<sup>26</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 18.

<sup>27</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 18.

<sup>28</sup> Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 2 N 64.

<sup>29</sup> Art. 4 Abs. 1 VE-IPG.

<sup>30</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 5 VE-IPG.

## 2.1. Übernahmen

Die Genehmigungspflicht erstreckt sich auf alle *Übernahmen* von *inländischen Unternehmen* durch *ausländische Investoren*. Aufgrund des weiten Begriffs der *Übernahmen* werden dabei wie dargelegt auch Transaktionen erfasst, die lediglich die Übernahme eines Teils eines Unternehmens oder von bedeutenden Aktiven umfassen.

## 2.2. Sektorübergreifende Genehmigungspflicht

Die sektorübergreifende Genehmigungspflicht erstreckt sich auf alle Übernahmen inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren, die *«unmittelbar oder mittelbar von einer staatlichen Stelle kontrolliert»* werden<sup>31</sup>. Der Vorentwurf enthält keine Definition dieser staatsnahen Unternehmen. Gemäss Erläuterndem Bericht kommt in Bezug auf die Definition von staatsnahen Unternehmen derselbe Kontrollbegriff wie beim Übernahmegriff zur Anwendung. Die ausländische staatliche Stelle muss die Möglichkeit haben, die wesentlichen Fragen der Geschäftsführung und die allgemeine Geschäftspolitik zu bestimmen, wobei es nicht darauf ankommt, ob sie von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch macht<sup>32</sup>.

Die Definition ausländischer Staatsunternehmen ist damit weit gefasst, da sie auch die blosser Möglichkeit der Einflussnahme auf den Investor genügen lässt. Der Vorentwurf geht dabei insbesondere über das im schweizerischen Übernahmerecht verbreitete Verständnis staatlicher Kontrolle hinaus<sup>33</sup>, entspricht aber grundsätzlich den im Kartellrecht geltenden Regeln<sup>34</sup>.

Eine weite Definition der staatsnahen Unternehmen ist auch rechtsvergleichend keine Besonderheit. So genügt gemäss der Definition der OECD die blosser Möglichkeit der staatlichen Einflussnahme auf den Investor, um als Staatsunternehmen zu qualifizieren<sup>35</sup>. Auch in Deutschland findet im Rahmen der Investitionskontrolle ein weites Verständnis des Kontrollbegriffs im Zusammenhang mit staatlichen Unternehmen Anwendung. So hält die deutsche Aussenwirtschaftsverordnung<sup>36</sup> fest, dass staat-

liche Kontrolle *«insbesondere aufgrund der Eigentümerstruktur oder in Form einer Finanzausstattung durch die Regierung»* ausgeübt werden kann<sup>37</sup>.

In der Praxis dürfte es aber sicherlich in der Anfangsphase relativ anspruchsvoll sein, zwischen privaten und staatlichen Investoren zu unterscheiden. Unternehmen werden deshalb darauf angewiesen sein, von den Behörden entsprechende Beratung zu erhalten<sup>38</sup>.

## 2.3. Sektorspezifische Genehmigungspflicht

Für Übernahmen inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren besteht neben der sektorübergreifenden Genehmigungspflicht auch eine sektorspezifische Genehmigungspflicht. Dabei wird unterschieden zwischen Übernahmen inländischer Unternehmen, (i) die in Bereichen tätig sind, welche die nationale Sicherheit im engeren Sinne betreffen, wie der Lieferung von Rüstungsgütern, dem Betrieb inländischer Kraftwerke oder der Lieferung von zentralen sicherheitsrelevanten IT-Systemen für schweizerische Behörden<sup>39</sup> und (ii) von inländischen Unternehmen, die kritische Infrastrukturen betreiben<sup>40</sup>. Dazu zählen etwa Universitätsspitäler, Betreiber von inländischen Telekommunikationsnetzen oder Unternehmen im Bereich der Forschung, Entwicklung, Produktion und des Vertriebs von Arzneimitteln oder Impfstoffen. Übernahmen solcher inländischer Unternehmen (ii) sind nur meldepflichtig, sofern diese in den vergangenen zwei Geschäftsjahren durchschnittlich mindestens 100 Millionen Franken Jahresumsatz oder im Fall von Banken Bruttoerträge erwirtschaftet haben<sup>41</sup>. Für die Berechnung der Bruttoerträge wird gemäss Erläuterndem Bericht<sup>42</sup> auf die unter dem Kartellgesetz geltende Berechnungsmethode abgestellt.

Die Liste der von der Investitionsprüfung erfassten Unternehmen erscheint im internationalen Vergleich relativ kurz. Zur Konkretisierung des Sicherheitsbegriffs nahm z.B. die deutsche Bundesregierung 2017 eine «beispielhafte» Liste von Sektoren in die Aussenwirtschaftsver-

<sup>31</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. a VE-IPG.

<sup>32</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 18.

<sup>33</sup> Die Übernahmekommission (UEK) hatte bereits wiederholt die Frage zu beurteilen, ob öffentlich-rechtliche Körperschaften, die mindestens eine 50 %-Beteiligung am Anbieter halten, in gemeinsamer Absprache mit dem Anbieter handeln. Gemäss UEK ist eine öffentlich-rechtliche Körperschaft nur dann dem Anbieter zuzurechnen, wenn diese *«auf die Übernahme der Zielgesellschaft oder auf vorangegangene Entscheidungen der Anbieterin tatsächlich Einfluss nimmt oder in allgemeiner Weise auf strategische Entscheidungen der Anbieterin einwirkt»* (UEK, Verfügung 624/02 vom 7. März 2016, E. 11, Öffentliches Kaufangebot von CNAC Saturn (NL) B.V. an die Aktionäre von Syngenta AG).

<sup>34</sup> Vgl. hierzu BSK KG-REINERT/VISCHER, Art. 9 N 236 ff.

<sup>35</sup> OECD, OECD-Leitsätze zu Corporate Governance in staatseigenen Unternehmen, Paris 2016, 15 f.

<sup>36</sup> Aussenwirtschaftsverordnung vom 2. August 2013 (BGBl. I S. 2865; 2021 I 4304; nachfolgend «AWV»).

<sup>37</sup> § 55a Abs. 1b Satz 2 AWV, wobei im Rahmen der deutschen Investitionskontrolle die Frage der staatlichen Kontrolle erst im Rahmen der materiellen Prüfung (d.h. nicht des Aufgreifens) zu berücksichtigen ist.

<sup>38</sup> Die Erfahrungen in ausländischen Jurisdiktionen zeigen, dass die Prüfung der Staatsnähe anspruchsvoll ist und oftmals auch informelle Verbindungen (etwa personeller oder finanzieller Art) eine Rolle spielen können, TOBIAS A. HEINRICH/FARHAD JALINOUS/JAKOB STAUDT, «Chinesische Wälle» – Grenzgänge zwischen nationalen Sicherheitsinteressen und Technologie-Protektionismus, AG 5/2019, 145 ff., 160.

<sup>39</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. b VE-IPG.

<sup>40</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c VE-IPG.

<sup>41</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c VE-IPG.

<sup>42</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 21.

ordnung auf, die als besonders sicherheitsrelevant gelten<sup>43</sup>. Diese umfasst – Stand heute – 27 Ziffern<sup>44</sup>.

Trotz des vergleichsweise eng definierten Art. 5 VE-IPG wird bei der Ausarbeitung des Gesetzesentwurfes weiter zu prüfen sein, ob tatsächlich alle der darin aufgeführten Sektoren und Infrastrukturen eines zusätzlichen Schutzes vor ausländischen Investitionen bedürfen oder ob der Anwendungsbereich nicht noch weiter reduziert werden könnte<sup>45</sup>.

## 2.4. Bagatellschwelle

Eine generelle Ausnahme von der Meldepflicht (Bagatellschwelle) besteht für die Übernahme von kleinen inländischen Unternehmen, die in den vergangenen zwei Geschäftsjahren durchschnittlich weniger als 50 Vollzeitstellen umfasst und einen weltweiten Jahresumsatz von weniger als 10 Millionen Franken erwirtschaftet haben<sup>46</sup>. In Bezug auf die 50 Vollzeitstellen ist unklar, ob auch diesbezüglich eine konzernweite Betrachtung zu erfolgen hat. Eine entsprechende Präzisierung im Gesetz oder zumindest in der Botschaft wäre deshalb zu begrüssen.

Der Bundesrat begründet die Bagatellschwelle im Erläuternden Bericht unter anderem damit, dass die Suche nach geeigneten Investoren durch kleine Unternehmen wie Start-ups nicht eingeschränkt werden soll, damit deren Innovationstätigkeit nicht gehemmt wird. Zudem soll die Bagatellschwelle dabei helfen, die Investitionsprüfung vor einer Überlastung durch Bagatellfälle zu bewahren<sup>47</sup>.

## 2.5. Ausdehnung der Genehmigungspflicht

Im Vorentwurf ist vorgesehen, dass der Bundesrat weitere Kategorien von inländischen Unternehmen für maximal zwölf Monate der Genehmigungspflicht unterstellen kann, sofern die Gewährleistung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit dies erfordert<sup>48</sup>. Dies umfasst z.B. auch die Senkung einer bestehenden Umsatzschwelle<sup>49</sup>. Diese Klausel ist zur Bewältigung aussergewöhnlicher Situationen gedacht<sup>50</sup>. Die Schaffung zusätzlicher Flexibilität ist mit Blick auf die schwer vorhersehbaren und sich stetig wandelnden Sicherheitsrisiken verständlich, sollte unseres Erachtens aber im Interesse der wirtschaftlichen Offenheit nur zurückhaltend genutzt werden.

## 2.6. Beurteilung der Meldepflicht

Der Vorentwurf sieht in seiner aktuellen Form keine Möglichkeit vor, mittels einer Beratungsanfrage die Meldepflicht vor Einreichen einer Meldung durch die Bewilligungsbehörde verbindlich prüfen zu lassen. Dies im Gegensatz zur kartellrechtlichen Regelung, die vorsieht, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission entsprechende Beratungen von Unternehmen vornehmen kann<sup>51</sup>, die in der Praxis auch relativ häufig genutzt werden. Insbesondere in den ersten Jahren nach Inkrafttreten der neuen Regelung werden sich in der Praxis Anwendungsfragen stellen, für welche eine Beratung notwendig sein wird. Unsicherheiten werden etwa hinsichtlich der Frage bestehen, ob ein Investor staatlich kontrolliert ist, oder ob ein Unternehmen einer genehmigungspflichtigen Industrie angehört<sup>52</sup>.

Der schweizerische Gesetzgeber könnte sich bezüglich der Ausgestaltung einer entsprechenden Beratungsmöglichkeit auch von seinem deutschen Äquivalent inspirieren lassen. Gemäss Aussenwirtschaftsverordnung ist es möglich eine Unbedenklichkeitsbescheinigung einzuholen, um Rechtssicherheit hinsichtlich einer allfälligen Meldepflicht zu erhalten<sup>53</sup>. Diese kann bereits vor Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags eingeholt werden, sofern die wesentlichen Elemente der Transaktion feststehen<sup>54</sup>.

## III. Genehmigungskriterien

Mit dem Investitionsprüfgesetz sollen Übernahmen inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren verhindert werden, welche die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährden oder bedrohen<sup>55</sup>. Dementsprechend genehmigt das SECO eine Übernahme, wenn kein Grund zur Annahme besteht, dass die öffentliche Ordnung oder Sicherheit durch die Übernahme gefährdet oder bedroht ist<sup>56</sup>. Bestehen Bedenken, kann eine Genehmigung einer Übernahme an zweckmässige Auflagen oder Bedingungen geknüpft werden, sofern durch deren Erfüllung die Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit beseitigt wird<sup>57</sup>.

<sup>43</sup> § 55a AWW; ausführlich zu den einzelnen Fallgruppen: CHRISTOPH HÖLSCHER, Unternehmenskauf und Investitionskontrolle, EWS 2017, 251 ff., 252 ff.

<sup>44</sup> Vgl. § 55a Abs. 1 Ziff. 1 bis 27 AWW.

<sup>45</sup> Beispielsweise erscheint es zweifelhaft, ob es aus Sicherheitsperspektive notwendig ist, die Pharmaindustrie gesamthaft einer Investitionsprüfung zu unterstellen, vgl. Art. 4 Abs. c Ziff. 2 VE-IPG.

<sup>46</sup> Art. 4 Abs. 2 VE-IPG.

<sup>47</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 21.

<sup>48</sup> Art. 4 Abs. 3 VE-IPG.

<sup>49</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 22.

<sup>50</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 22.

<sup>51</sup> Vgl. Art. 23 Abs. 2 KG.

<sup>52</sup> Vgl. Art. 4 VE-IPG.

<sup>53</sup> Vgl. MATTHIAS ANNWEILER, Die Auswirkungen der AWW-Novelle auf Unternehmenstransaktionen, Verschärfung ohne den gewünschten Effekt?!, NZG 2019, 528 ff., 528.

<sup>54</sup> Vgl. DOMINIK ABRAND/JAN NEHRING-KÖPPL, Die Neuregelung der Kontrolle von Unternehmenstransaktionen, Beitrag zur Reform der sektorübergreifenden Investitionskontrolle gem. §§ 55–59 AWW, IWRZ 2/2018, 63 ff., 66.

<sup>55</sup> Art. 1 VE-IPG.

<sup>56</sup> Art. 5 Abs. 1 VE-IPG.

<sup>57</sup> Art. 5 Abs. 4 VE-IPG.

Gemäss Erläuterndem Bericht wird das Risiko für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit als Produkt aus Eintrittswahrscheinlichkeit und potentielltem Schadensausmass verstanden. Massgeblich für die Eintrittswahrscheinlichkeit ist dabei, ob der ausländische Investor<sup>58</sup> einen guten Ruf geniesst und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bietet und inwiefern er Zugriff auf kritische Bereiche des inländischen Unternehmens erhält. Das potentielle Schadensausmass hängt davon ab, welche Verwundbarkeit mit dem Übernahmeobjekt verbunden ist und was passieren würde, wenn ein Investor diese Verwundbarkeit effektiv ausnutzen würde. Geht eine dieser Grössen gegen Null, tendiert auch das Risiko aus einer Übernahme gegen Null<sup>59</sup>.

Der Vorentwurf enthält zur Konkretisierung eine nicht abschliessende Aufzählung von Kriterien<sup>60</sup>, nämlich ob (a) sich der ausländische Investor an Aktivitäten beteiligt oder beteiligt hat, die sich nachteilig auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Schweiz oder anderer Staaten auswirken oder ausgewirkt haben; (b) der ausländische Investor oder sein Heimatstaat versucht oder versucht hat, mittels Spionage Informationen über das inländische Unternehmen zu erwerben; (c) der ausländische Investor Spionage betreibt oder betrieben hat; (d) gegen den ausländischen Investor direkt oder indirekt Sanktionen nach dem Embargogesetz<sup>61</sup> verhängt worden sind; (e) die Dienstleistungen, Produkte oder Infrastrukturen des inländischen Unternehmens innert nützlicher Frist ersetzt werden können; (f) der ausländische Investor durch die Übernahme Zugang zu zentralen sicherheitsrelevanten Informationen oder zu besonders schützenswerten Daten nach dem Datenschutzgesetz<sup>62</sup> erhält; (g) durch die Übernahme wesentliche Wettbewerbsverzerrungen entstehen.

Mit diesem letzten Kriterium kann die Genehmigungsbehörde auch prüfen, ob durch die Übernahme *«wesentliche Wettbewerbsverzerrungen entstehen»*<sup>63</sup>. Im Erläuternden Bericht stellt der Bundesrat dazu klar, dass Wettbewerbsverzerrungen nur dann zu berücksichtigen sind, wenn ihnen eine sicherheitspolitische Relevanz zukommt<sup>64</sup>. Damit sollte feststehen, dass unter diesem Kriterium lediglich sicherheitspolitische Aspekte geprüft werden können und wettbewerbspolitische Fragen im Rahmen der Fusionskontrollverfahren geprüft werden müssen.

Fraglich ist allerdings, inwiefern der staatlichen Natur des Investors auch im Rahmen der materiellen Prüfung Rechnung zu tragen sein wird. Rechtsvergleichend kann hierzu die diesbezügliche Investitionskontrollpraxis in den USA von Interesse sein. Die zuständige Prüfbehörde CFIUS<sup>65</sup> legt bei staatlichen Investitionen etwa ein Augenmerk darauf, ob sich die Geschäftspolitik des staatlichen Investors an kommerziellen Zielen orientiert, ob die Ziele und Strukturen des staatlichen Investors transparent sind und ob sich der staatliche Investor an regulatorische Vorgaben hält<sup>66</sup>. Es wird sich in der Praxis zeigen, ob die schweizerische Prüfbehörde ähnliche Überlegungen in ihre Prüfung einbeziehen wird.

Insgesamt hat sich der Bundesrat mit der vorgeschlagenen Regelung für sicherheitspolitische und nicht industriepolitische Genehmigungskriterien entschieden. Dies im Unterschied zu parlamentarischen Vorstössen, in welchen die Investitionskontrolle teils als «Reziprozitäts-Test» verstanden wurde, um schweizerischen Investoren namentlich in gewissen Ländern reziproken Marktzugang zu verschaffen<sup>67</sup>. Der Kriterienkatalog von Art. 5 Abs. 2 VE-IPG zeigt zudem, dass der Bundesrat dem Sicherheitsbegriff ein (auch im internationalen Vergleich) relativ enges Verständnis zu Grunde legt und nicht anderen Gesetzgebern in der Breite der möglichen Interventionsbereiche gefolgt ist<sup>68</sup>.

#### IV. Genehmigungsverfahren

Zur Einleitung des Genehmigungsverfahrens reicht der ausländische Investor ein Gesuch beim SECO ein<sup>69</sup>. Bis zur Genehmigung besteht für genehmigungspflichtige Übernahmen grundsätzlich ein Vollzugsverbot, da einerseits die zivilrechtliche Wirksamkeit einer bewilli-

<sup>58</sup> Bzw. die Verwaltung und Geschäftsführung des ausländischen Investors sowie dessen letztlich berechtigten Eigentümer.

<sup>59</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 22.

<sup>60</sup> Art. 5 Abs. 2 VE-IPG.

<sup>61</sup> Bundesgesetz über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen (Embargogesetz, EmbG) vom 22. März 2002 (SR 946.231).

<sup>62</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992 (SR 235.1).

<sup>63</sup> Art. 5 Abs. 2 lit. g VE-IPG.

<sup>64</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 24.

<sup>65</sup> Committee on Foreign Investment in the United States.

<sup>66</sup> Guidance by the U.S. Department of the Treasury of 8 December 2008, Concerning the National Security Review Conducted by the Committee on Foreign Investment in the United States, 73 Federal Register, 74571.

<sup>67</sup> Vgl. etwa Voten Ständerat Bischof, AB 2019 S 439; Ständerat Rieder, AB 2019 S 444; und ferner Bericht des Bundesrates vom 13. Februar 2019, Grenzüberschreitende Investitionen und Investitionskontrollen, in Erfüllung der Postulate 18.3376 Bischof vom 18. März 2018 und 18.3233 Stöckli vom 15. März 2018, 47 f.; kritisch zur Reziprozität auch die Interpellation Nationalrat Vogt, Übernahmen schweizerischer Unternehmen durch chinesische Staatsfirmen. Sind Investitionen durch ausländische Staatsbetriebe für die Schweiz wichtig? Besteht und was nützt der Schweiz Reziprozität? (Nr. 17.3671), eingereicht am 18. September 2017.

<sup>68</sup> Gerade die Rechtsentwicklung in Deutschland belegt, dass andere Jurisdiktionen weiter gehen. So war z.B. die letzte Bundesregierung der Ansicht, dass Investitionen in Technologieunternehmen zukünftig untersagt werden können, *«ohne dass zwingend ein ausgeprägter Bezug»* zur öffentlichen Sicherheit vorliegen muss, vgl. Gesetzesbegründung BT-Drucksache 181/20, 17; vgl. dazu auch MAUSCH-LIOTTA/SÄTTLER, Heidelberg Kommentar, § 55 AWW N 39 f.

<sup>69</sup> Art. 6 Abs. 1 VE-IPG.

gungspflichtigen Übernahme bis zu ihrer Genehmigung zivilrechtlich aufgeschoben ist und andererseits Verwaltungssanktionen für den Vollzug ohne Genehmigung vorgesehen sind<sup>70</sup>. Nicht geregelt ist, ob wie im Kartellrecht ausnahmsweise ein vorzeitiger Vollzug auf Antrag bewilligt werden kann<sup>71</sup>.

Das Genehmigungsverfahren ist in zwei Phasen gegliedert. In Phase I wird innerhalb eines Monats ab Eingang des Gesuchs entschieden, ob die Übernahme direkt genehmigt werden kann oder ein Prüfverfahren (Phase II) einzuleiten ist. Zuständig ist das SECO, das im Einvernehmen mit den mitinteressierten Verwaltungseinheiten und nach Anhörung des Nachrichtendienstes des Bundes entscheidet<sup>72</sup>. Gemäss Erläuterndem Bericht wird der Nachrichtendienst des Bundes regelmässig Abklärungen zum Investor bei ausländischen Partnerdiensten vornehmen<sup>73</sup>. Bei den mitinteressierten Verwaltungseinheiten handelt es sich um Einheiten der zentralen Bundesverwaltung, die vom SECO fallweise bezeichnet werden<sup>74</sup>. In jedem Fall als mitinteressiert gelten das Staatssekretariat des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten und das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport<sup>75</sup>. Ein Prüfverfahren wird auch eingeleitet, falls zwischen dem SECO und den mitinteressierten Verwaltungseinheiten keine Einigung zustande kommt<sup>76</sup>. Der Entscheid über die Einleitung eines Prüfverfahrens wird dem ausländischen Investor und dem inländischen Unternehmen schriftlich eröffnet, stellt gemäss Art. 7 Abs. 4 VE-IPG aber keine Verfügung dar. Diese Bestimmung wurde wohl im Hinblick auf den entsprechenden Lehrstreit im Kartellrecht<sup>77</sup> aufgenommen und soll klarstellen, dass die Einleitung eines Prüfverfahrens nicht anfechtbar ist.

Das Prüfverfahren (Phase II) dauert drei Monate. Ob die Übernahme genehmigt werden kann, entscheidet grundsätzlich das SECO im Einvernehmen mit den mitinteressierten Verwaltungseinheiten und nach Anhörung des Nachrichtendienstes des Bundes<sup>78</sup>. Der Bundesrat entscheidet auf Antrag des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung über die Genehmigung, falls das SECO oder eine mitinteressierte Verwaltungseinheit sich gegen die Genehmigung der Übernahme ausspricht oder das SECO und die mitinteressierten Verwaltungseinheiten der Ansicht sind, dass

der Entscheid von erheblicher politischer Tragweite ist<sup>79</sup>. Gemäss Erläuterndem Bericht kann eine Genehmigung unter Auflagen oder Bedingungen nur in diesen beiden Fällen erfolgen<sup>80</sup>. Es ist somit der Bundesrat und nicht das SECO zuständig, um über nicht vorbehaltlose Genehmigungen zu entscheiden.

Die an der Übernahme beteiligten Personen sind verpflichtet, dem SECO wahrheitsgetreu die Auskünfte zu erteilen und die Unterlagen einzureichen, die für eine umfassende Prüfung notwendig sind<sup>81</sup>. Darunter fallen insbesondere der ausländische Investor und das inländische Unternehmen, aber z.B. auch die letztlich berechtigten Eigentümer eines ausländischen Investors<sup>82</sup>. Nicht erfasst werden dagegen nicht beteiligte Dritte.

Wird innerhalb der ein- bzw. dreimonatigen Frist kein Entscheid getroffen, gilt die Übernahme als genehmigt<sup>83</sup>. Das SECO kann die Fristen allerdings verlängern, falls der ausländische Investor oder das inländische Unternehmen die Prüfung behindert haben oder erforderliche Informationen einer ausländischen Behörde ausstehend sind<sup>84</sup>.

## V. Kooperation mit anderen Staaten

### 1. Gegenseitige Ausnahme von der Investitionsprüfung

Der Bundesrat kann Übernahmen durch ausländische Investoren aus bestimmten Staaten vom Geltungsbereich des Investitionsprüfgesetzes ausnehmen, sofern die öffentliche Ordnung und Sicherheit gewährleistet ist<sup>85</sup>. Das Ziel von solchen Abkommen ist die gegenseitige Ausnahme von der Investitionsprüfung<sup>86</sup>. Gemäss Erläuterndem Bericht wird bis zum Vorliegen der Botschaft vertieft abgeklärt, welche Ausnahmekriterien geeignet wären, bzw. ob es solche überhaupt gibt. Angedachte Kriterien sind, dass der Partnerstaat, mit welchem eine solche gegenseitige Ausnahme vereinbart werden soll, ebenfalls über die Institution der Investitionsprüfung verfügt und mit diesem Staat eine enge Zusammenarbeit besteht, welche dem Ziel der Investitionsprüfung dient<sup>87</sup>.

<sup>70</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 5 und Art. 17 f. VE-IPG.

<sup>71</sup> Vgl. Art. 32 Abs. 2 KG.

<sup>72</sup> Art. 7 Abs. 1 VE-IPG.

<sup>73</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 25.

<sup>74</sup> Art. 10 Abs. 1 VE-IPG.

<sup>75</sup> Art. 10 Abs. 2 VE-IPG.

<sup>76</sup> Art. 7 Abs. 2 VE-IPG.

<sup>77</sup> Vgl. BSK KG-BORER, Art. 32 N 107.

<sup>78</sup> Art. 8 Abs. 1 VE-IPG.

<sup>79</sup> Art. 8 Abs. 2 VE-IPG: Der Bundesrat entscheidet spätestens an der ersten Bundesratssitzung nach Ablauf der dreimonatigen Frist (Art. 8 Abs. 3 VE-IPG), weshalb sich der Entscheid unter Umständen um mehrere Wochen verzögern kann (insbesondere während den sitzungsfreien Wochen im Sommer oder Ende Dezember/Anfang Januar; Erläuternder Bericht [FN 9], 26).

<sup>80</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 26.

<sup>81</sup> Art. 12 VE-IPG.

<sup>82</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 28.

<sup>83</sup> Art. 9 Abs. 1 VE-IPG.

<sup>84</sup> Art. 9 Abs. 2 VE-IPG.

<sup>85</sup> Art. 2 Abs. 3 VE-IPG.

<sup>86</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 13.

<sup>87</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 15.

Auch ausländische Staaten haben solche Kooperationen vorgesehen, so nehmen sich z.B. die EU-Mitgliedstaaten vor dem Hintergrund des EU-Binnenmarktes gegenseitig weitgehend von ihren Investitionsprüfregimen aus<sup>88</sup>. In Deutschland beispielsweise unterstehen nur unionsfremde Erwerber<sup>89</sup> der sektorübergreifenden Investitionsprüfung. Erwerber gelten als unionsfremd, wenn sie weder in der EU<sup>90</sup> noch in der EFTA<sup>91</sup> ansässig sind. Investoren aus dem EFTA-Mitglied Schweiz sind daher von der sektorübergreifenden Investitionsprüfung in Deutschland ausgenommen<sup>92</sup>.

In Bezug auf die Ausnahmen ist zu erwarten, dass der Bundesrat im Interesse des offenen Investitionsklimas weitgehende Ausnahmen für Investoren aus volkswirtschaftlich wichtigen und sicherheitspolitisch gleichgesinnten Handelspartnern vorsehen wird. Ausgangspunkt könnte etwa das bestehende Netz von Freihandelsabkommen bilden. In zahlreichen modernen Freihandelsabkommen der Schweiz wird auch der Marktzutritt von Investitionen geregelt<sup>93</sup>. Namentlich die Freihandelsabkommen mit Singapur<sup>94</sup>, Japan<sup>95</sup>, sowie das EFTA-Übereinkommen<sup>96</sup> enthalten Regeln über den Marktzugang von Investoren. Bemerkenswerterweise verfügt die Schweiz allerdings mit der wirtschaftlich wichtigen EU über kein bilaterales Abkommen über den Marktzutritt von Investitionen<sup>97</sup>.

## 2. Austausch von Daten im Einzelfall

Ein weiteres Ziel von Kooperationsabkommen mit anderen Staaten bildet der Austausch von Daten im Einzelfall<sup>98</sup>. Die Bekanntgabe von Daten im Einzelfall an eine zuständige ausländische Behörde ist auf Anfrage erlaubt, sofern die betroffenen Unternehmen damit einverstanden sind oder, unter anderem, ein völkerrechtlicher Vertrag besteht, der eine entsprechende Kooperation

vorsieht und die Parteirechte und das Amtsgeheimnis gewahrt werden<sup>99</sup>. Diesbezüglich erscheint die Kooperationsmöglichkeit des SECO sehr weitgehend, ohne dass die betroffenen Unternehmen eine Möglichkeit haben, sich einem Datenaustausch zu widersetzen. Über die generelle Gefährdungs- und Bedrohungslage darf sich das SECO mit den zuständigen ausländischen Behörden auch ohne ein Abkommen austauschen<sup>100</sup>.

## VI. Rechtsschutz

Gegen Verfügungen des Bundesrates betreffend den Entscheid im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens nach dem Investitionsprüfgesetz ist die Beschwerde zulässig<sup>101</sup>. Jedoch ist in Fällen von erheblicher politischer Tragweite die gerichtliche Überprüfung auf die Einhaltung von Verfahrensgarantien oder das Vorliegen eines Ermessensmissbrauchs beschränkt<sup>102</sup>. Beschwerdelegitimiert sind zudem nur der ausländische Investor und das inländische Zielunternehmen<sup>103</sup>.

Es ist wohl nicht damit zu rechnen, dass es in der Praxis zu einer Vielzahl von Beschwerdeverfahren gegen Untersagungsverfügungen kommen wird<sup>104</sup>. Die Erfahrungen z.B. in Deutschland oder den USA zeigen, dass Investoren von einer Investition frühzeitig Abstand nehmen, falls die jeweilige Prüfbehörde Bedenken äussert, um so einer formellen Untersagungsverfügung zuvorzukommen<sup>105</sup>. Noch seltener sind eigentliche Beschwerdeverfahren<sup>106</sup>. In einer Anfangsphase kann es aber sehr wohl sein, dass – abhängig von der Nachvollziehbarkeit der Praxis der Prüfbehörden – gewisse Gerichtsentscheide notwendig sein werden, um den Anwendungsbereich und die Auslegung des Gesetzes zu klären. Dazu könnten auch allfällige Beschwerden gegen Genehmigungen unter Auflagen oder Bedingungen beitragen.

<sup>88</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 12.

<sup>89</sup> § 55 Abs. 1 AWV.

<sup>90</sup> § 2 Abs. 18 und 19 des deutschen Aussenwirtschaftsgesetzes vom 6. Juni 2013 (BGBl. I S. 1482).

<sup>91</sup> § 55 Abs. 2 Satz 4 AWV.

<sup>92</sup> MAUSCH-LIOTTA/SATTLER, Heidelberger Kommentar, § 55 AWV N 74.

<sup>93</sup> MATTHIAS OESCH, Aussenwirtschaftsrecht: Grundlagen, in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.): Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, 1261 ff., Rz. 30.27.

<sup>94</sup> Art. 37 ff. Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und der Republik Singapur vom 26. Juni 2002 (SR 0.632.316.891.1); dazu ANDREAS ZIEGLER, Internationales Wirtschaftsrecht, Eine Einführung (unter Einschluss des Aussenwirtschaftsrechts der Schweiz), 2. Aufl., Bern 2017, Rz. 768 f.

<sup>95</sup> Art. 84 ff. Abkommen über Freihandel und wirtschaftliche Partnerschaft zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Japan vom 19. Februar 2009 (SR 0.946.294.632).

<sup>96</sup> Art. 23 ff. Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) vom 4. Januar 1960 (SR 0.632.31); dazu THOMAS COTTIER/MATTHIAS OESCH, International Trade Regulation, Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland, Cases, Materials and Comments, Bern 2005, 987 ff. m.w.H.

<sup>97</sup> COTTIER/OESCH (FN 96), 987.

<sup>98</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 13.

<sup>99</sup> Art. 15 Abs. 2 VE-IPG.

<sup>100</sup> Art. 15 Abs. 1 VE-IPG.

<sup>101</sup> Vgl. VE-IPG, 7. Abschnitt: Schlussbestimmungen.

<sup>102</sup> Art. 16 Abs. 3 VE-IPG.

<sup>103</sup> Art. 16 Abs. 2 VE-IPG.

<sup>104</sup> Vgl. auch Erläuternder Bericht (FN 9), 12.

<sup>105</sup> Ein Fall aus dem Jahr 2018 illustriert dies. Damals prüfte das deutsche Wirtschaftsministerium die Übernahme der Leifeld Metal Spinning AG durch die chinesische Investorengruppe Yantai Taihai. Leifeld stellt Werkzeugmaschinen für die Automobilindustrie her. Die Prüfbehörde befürchtete, die von Leifeld entwickelte Technologie könnte möglicherweise auch in der militärischen Nuklearwirtschaft anwendbar sein. Die Investoren kamen einer Untersagung zuvor, indem sie vorzeitig vom Vollzug der Übernahme absahen, vgl. dazu JANA K. DAMMANN DE CHAPTO/NIKLAS BRÜGGEMANN, Aktuelle Entwicklungen im Investitionskontrollrecht – Der «Fall Leifeld» und die öffentliche Sicherheit, NZKart 2018, 412 ff., 415.

<sup>106</sup> Vgl. für Deutschland MAREN LANGHORST/JOHANNA FOURNIER, Germany, in: Gutachten über Beschränkungen von Investitionen, Australia, Austria, Canada, France, Germany, European Union, The Netherlands, Norway, Poland, Singapore, Sweden, United Kingdom, United States, Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Lausanne 2018, 45 ff., 54.

## VII. Würdigung und Ausblick

Der Bundesrat schlägt mit dem Vorentwurf eine (gerade im internationalen Vergleich) schlanke und zielgerichtete Investitionsprüfung vor mit einem relativ engen Anwendungsbereich und einer relativ kurzen und präzisen Liste der erfassten Sektoren. Überdies stellen die Umsatzen-schwellen sicher, dass kleine Unternehmen grundsätzlich nicht erfasst werden. Auch die klaren zeitlichen Vorgaben<sup>107</sup> sind sinnvoll, um Rechtsunsicherheiten bezüglich der materiellen Prüfung abzufedern.

Einige technische Anpassungen erscheinen wie dargelegt allerdings angezeigt. Zudem wäre es begrüssenswert, wenn der Gesetzgeber ausländischen Investoren die Möglichkeit einräumen würde, vorab eine verbindliche behördliche Auskunft über eine allfällige Genehmigungspflicht einholen zu können, wie dies namentlich auch das Kartellrecht oder das deutsche Investitionskontrollrecht vorsehen.

Die Auswirkungen des Investitionsprüfgesetzes auf die schweizerische M&A-Praxis sind zum jetzigen Zeitpunkt noch schwierig abzuschätzen. Der Bundesrat rechnet damit, dass mit dem vorliegenden Entwurf – je nach Variante – rund 23 bzw. 45 Übernahmen pro Jahr geprüft werden müssen<sup>108</sup>. Abhängig von den Anpassungen im Entwurf des Gesetzes und in den parlamentarischen Diskussionen kann die Zahl der notwendigen Meldungen und damit auch die Relevanz für die M&A-Praxis indes noch stark variieren.

Erfahrungen mit ausländischen Investitionskontrollen zeigen, dass in der Regel sehr detaillierte Informationen über die involvierten Unternehmen erforderlich sind, um nur schon beurteilen zu können, ob überhaupt eine Genehmigungspflicht besteht. Auch ein allfälliges Inkrafttreten des Investitionsprüfgesetzes wird wohl dazu führen, dass zukünftige Käufer unter Umständen erhebliche zeitliche und finanzielle Ressourcen aufwenden müssen, um derartige Abklärungen durchführen zu lassen. Bereits im Rahmen einer Due Diligence wird spezifisch darauf zu achten sein, ob möglicherweise eine Genehmigungspflicht auslösende Umstände auf Seiten des Zielunternehmens oder der potentiellen Käufer vorliegen. Auch bei der Bildung von Investorengruppen ist besonderes Augenmerk darauf zu legen, ob die einzelnen Investoren möglicherweise Anlass zu Sicherheitsbedenken geben könnten (etwa wegen ihrer Staatsnähe). Aufgrund des Vollzugsverbots wird sich auch die Frage stellen, inwiefern sicherheitsrelevante Informationen über das Zielunternehmen dem ausländischen Investor gegenüber offengelegt werden dürfen<sup>109</sup>.

Die international bestehenden Investitionsprüfverfahren haben bereits heute eine bedeutende Auswirkung einerseits auf die zeitliche Dimension von M&A-Verfahren und andererseits auf die Ausgestaltung der M&A-Verträge.

Die Prüfung von Meldepflichten erweist sich bei grossen internationalen Transaktionen als äusserst aufwändig, da sich die Kriterien – im Gegensatz zu den fusionskontrollrechtlichen Meldepflichten – stark von Staat zu Staat unterscheiden und in vielen Staaten wie beispielsweise in Deutschland<sup>110</sup> oder den USA<sup>111</sup> bereits der Erwerb von Minderheitsbeteiligungen meldepflichtig ist. Im Gegensatz zur Fusionskontrolle gibt es zudem in der EU für die Investitionskontrollmeldungen keinen «One-Stop-Shop», mit welchem grosse Transaktionen nur bei einer Behörde gemeldet werden könnten. Die EU schaffte 2019 mit der «Screening-Verordnung»<sup>112</sup> zwar einen unionsweiten Rechtsrahmen für die Investitionskontrollregime der Mitgliedstaaten. Diese sieht unionsrechtliche Mindestanforderungen<sup>113</sup> an die Investitionskontrollen der Mitgliedstaaten sowie einen Kooperationsmechanismus vor. Letzterer erlaubt es einzelnen Mitgliedstaaten, sich in die Investitionskontrollverfahren von anderen Mitgliedstaaten einzubringen<sup>114</sup>. Die Einführung einer auf Unionsebene zentralisierten Investitionskontrolle sieht die Verordnung allerdings nicht vor.

Zu beachten ist auch, dass unter bestimmten ausländischen Investitionskontrollen bereits ein bloss loser Bezug zur entsprechenden Jurisdiktion für ein Aufgreifen genügt. Besonders weitreichend erscheint das 2022 in Kraft getretene Prüfregime im Vereinigten Königreich. Für das Entstehen einer Genehmigungspflicht in den erfassten Sektoren kann es z.B. bereits genügen, dass ein Zielunternehmen im Vereinigten Königreich «Tätigkeiten ausübt» oder «Waren und Dienstleistungen liefert», ohne dass es im Vereinigten Königreich über Vermögenswerte verfügen muss<sup>115</sup>. Überdies nimmt insbesondere auch das US-amerikanische Investitionskontroll-

menbedingungen für ausländische Direktinvestitionen in Deutschland, Compliance-Berater 10/2019, 357 ff., 361.

<sup>110</sup> In Deutschland gilt eine allgemeine Prüfeintrittsschwelle von 25 % der Stimmrechte am Zielunternehmen bzw. 20 % oder 10 % für besonders sicherheitssensible Sektoren, vgl. § 56 Abs. 1 AWV.

<sup>111</sup> Vgl. für einen Überblick auch über die Handhabung von «minority investments» durch CFIUS: Linklaters, Foreign Investment and Minority Shareholdings: A Race to the Bottom, abrufbar unter <<https://www.linklaters.com/en/insights/publications/2020/september/foreign-investment-and-minority-shareholdings-a-race-to-the-bottom>> (zuletzt besucht am 26. Juli 2022).

<sup>112</sup> Verordnung (EU) Nr. 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABL 2019 L 79, 1 ff.

<sup>113</sup> Vgl. insbesondere Art. 3 und 4 der Screening-Verordnung; ausführlich zur Screening-Verordnung: MATTHIAS LEHMANN/MARCO KRETZSCHMAR, Investitionskontrolle in Europa: Zwischen wirtschaftlichem Zweck, politischem Nutzen und rechtlicher Machbarkeit, FIW-Policy Brief Nr. 48, Oktober 2020, 4 ff.

<sup>114</sup> Art. 6 der Screening-Verordnung.

<sup>115</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 3 des National Security and Investment Act 2021.

<sup>107</sup> Art. 9 Abs. 1 VE-IPG.

<sup>108</sup> Erläuternder Bericht (FN 9), 32.

<sup>109</sup> So für die deutsche Investitionskontrolle: ANDREAS HAAK/MARIA BRAKALOVA/BARBARA THIEMANN, Kuka war gestern – Neue Rah-

verfahren regelmässig Einfluss auf M&A-Transaktionen ohne direkte amerikanische Beteiligung<sup>116</sup>. Ein Beispiel dafür ist die Übernahme des deutschen Roboterherstellers Kuka AG durch die chinesische Midea Group im Jahr 2016. Um eine Genehmigung der US-amerikanischen Prüfbehörde CFIUS zu erhalten, sah sich Kuka gezwungen das US-Flugzeuggeschäft zu verkaufen<sup>117</sup>.

Ausländische Kontrollregime haben gezeigt, dass es in Zweifelsfällen ratsam ist, eine Transaktion zu melden, um ein nachträgliches Aufgreifen zu verhindern. In den USA etwa ist ein Trend feststellbar, Investitionskontrollverfahren über bereits vollzogene Übernahmen einzuleiten. Betroffen davon waren etwa die Dating-Plattform «Grindr»<sup>118</sup> oder das Videoportal «TikTok»<sup>119</sup>. Trotz der im Grundsatz privaten Natur dieser Investitionen entstand im Nachhinein die Befürchtung, dass der chinesische Staat aufgrund dieser Investitionen auf sensible Daten von US-Bürgern zugreifen könnte.

In ausländischen Investitionskontrollregimen stellen oftmals unklar definierte Prüfzeiten eine Herausforderung für Investoren dar. Insbesondere der europäische Kooperationsmechanismus kann zu Verzögerungen bei der Prüfung von Investitionen in EU-Mitgliedstaaten führen, was bei der Planung einer M&A-Transaktion mit einem Bezug zu einem EU-Mitgliedstaat berücksichtigt werden muss<sup>120</sup>.

Für die M&A-Praxis bedeuten die langen Fristen, dass bei Fusionen, die möglichst rasch vollzogen werden sollen, Meldungen bereits in der Verhandlungsphase geplant und vorbereitet werden müssen. Gerade bei der Durchführung von mehreren parallel laufenden Investitionskontrollverfahren ist es ratsam, die entsprechenden Verfahren möglichst früh einzuleiten (oder entsprechende Unbedenklichkeitsbescheinigungen einzuholen), um frühzeitig Rechtssicherheit hinsichtlich der Zulässigkeit einer Transaktion zu erhalten<sup>121</sup>. Die teilweise langen und zeitlich nicht klar begrenzten Prüfverfahren müssen zudem von den Parteien auch bei der Festlegung der Long-Stop-Dates berücksichtigt werden.

Die zunehmenden Investitionskontrollverfahren bewirken jedoch nicht nur Unsicherheiten in zeitlicher Hinsicht, sondern auch bezüglich der materiellen Prüfung einer Transaktion. Fehlende Praxis und Öffentlichkeit der Entscheide, unbestimmte Rechtsbegriffe und insbesondere politische Aspekte, die bei der Investitions- im Gegensatz zur Fusionskontrollprüfung eine Rolle spielen können, schaffen Rechtsunsicherheit. In materieller Hinsicht erscheinen die Prüfkriterien ausländischer Investitionskontrollregime zwar auf den ersten Blick oft vergleichbar: In Deutschland werden Investitionen etwa daraufhin geprüft, ob «*voraussichtliche Beeinträchtigungen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit*» bestehen<sup>122</sup>. In Österreich erfolgt die Beurteilung unter dem Kriterium der «*Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung*»<sup>123</sup>. In den USA ist das Prüfkriterium der «*national security*» massgebend<sup>124</sup>. Allerdings ist die Auslegung des jeweiligen Sicherheitsbegriffs stark von den nationalen politischen Befindlichkeiten und Sicherheitsbedürfnissen abhängig.

Diese Unsicherheiten sind auch in den M&A-Verträgen abzubilden und in der vertragsspezifischen Risikoverteilung zwischen Käufer und Verkäufer zu regeln. Die Genehmigungen durch die ausländischen Prüfbehörden sind als entsprechende Vollzugsbedingungen in die Verträge aufzunehmen<sup>125</sup>. Zudem können zur Linderung von zeitlichen Verzögerungen Regelungen über einen teilweisen Vollzug oder Hold-Separate Bestimmungen aufgenommen werden. Dabei ist es ratsam, frühzeitig auch mögliche Auflagen und Bedingungen der Behörden zu prüfen<sup>126</sup>. In Deutschland beispielsweise werden regelmässig öffentlich-rechtliche Verträge mit der Prüfbehörde abgeschlossen, um allfällige sicherheitsrelevante Bedenken zu adressieren<sup>127</sup>. In den USA können mit CFIUS sog. «*mitigation measures*» vereinbart werden<sup>128</sup>. Bei der Formulierung von Auflagen und Bedingungen besteht in ausländischen Jurisdiktionen regelmässig erheblicher Gestaltungsspielraum: Aus der weit entwickelten CFIUS-Praxis sind Beschränkungen der Kontrollausübung (z.B. behördliche Genehmigungsvorbehalte in Bezug auf Geschäftsführungs- und Personalentscheide) oder Vorgaben hinsichtlich des Datenaustausches zwi-

<sup>116</sup> LEHMANN/KRETZSCHMAR (FN 113), 3.

<sup>117</sup> TOBIAS A. HEINRICH/FARHAD JALINOUS, Grenzkontrollen am Ende der Seidenstrassen, Betrachtungen zu Investitionskontrollverfahren durch das Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS), AG 15/2017, 526 ff., 528.

<sup>118</sup> JAMES K. JACKSON, The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS), Report of February 14, 2020, Congressional Research Service Report for Members and Committees of Congress, 21 f., abrufbar unter <<https://sgp.fas.org/crs/natsec/RL33388.pdf>> (zuletzt besucht am 28. Juli 2022).

<sup>119</sup> Vgl. NICOLE SPERLING, Trump Officially Orders TikTok's Chinese Owner to Divest, New York Times (14. August 2020), abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2020/08/14/business/tiktok-trump-bytedance-order.html> (zuletzt besucht am 28. Juli 2022).

<sup>120</sup> Vgl. HEINRICH/JALINOUS/STAUDT (FN 38), 156.

<sup>121</sup> Vgl. HEINRICH/JALINOUS/STAUDT (FN 38), 158.

<sup>122</sup> § 55a Abs. 1 AWV.

<sup>123</sup> § 3 des österreichischen Bundesgesetzes über die Kontrolle von ausländischen Direktinvestitionen (BGBl. I Nr. 87/2020).

<sup>124</sup> Vgl. JONATHAN WAKELY/ANDREW INDORF, Managing National Security Risk in an Open Economy: Reforming the Committee on Foreign Investment in the United States, Harvard National Security Journal, Volume 9, Issue 2, 2018, 1 ff., 28.

<sup>125</sup> Vgl. MARIAN NIESTEDT/NINA KUNIGK, Novelle des Aussenwirtschaftsrechts – Verschärfung der Investitionskontrolle, NJW 202, 2504 ff., 2509.

<sup>126</sup> Vgl. auch Art. 5 Abs. 4 VE-IPG.

<sup>127</sup> HAAK/BRAKALOVA/THIEMANN (FN 109), 360 f.; SVEN SATTLER/URS DANIEL ENGELS, Die Revision des Investitionsprüfungsrechts 2020/21, EuZW 2021, 485 ff., 486.

<sup>128</sup> HEINRICH/JALINOUS (FN 117), 530 f.

schen dem ausländischen Investor und dem inländischen Zielunternehmen bis hin zu Abspaltungen von Geschäftseinheiten bekannt<sup>129</sup>.

Insgesamt wird sich die Schweizer Regelung, falls sie in der vorgeschlagenen Form verabschiedet wird, in das Regelungsumfeld der ausländischen Nachbarstaaten einreihen und damit bei zukünftigen M&A-Transaktionen gleichsam zu berücksichtigen sein. Erst die Entscheidungspraxis der Schweizer Behörden wird jedoch zeigen, welche Auswirkungen die geplante Gesetzgebung auf Investitionen in der Schweiz konkret haben wird.

<sup>129</sup> HEINRICH/JALINOUS (FN 117), 530 f.

Anzeige

Nils Harbeke | Patrick Scherrer

# Unternehmens- steuerrecht

**in a nutshell**

Das Unternehmenssteuerrecht ist eine Querschnittsmaterie und erstreckt sich über diverse Einzelgesetze wie die Gewinnsteuergesetzgebung von Bund und Kantonen, die Mehrwertsteuer, die Verrechnungssteuer und Stempelabgaben. Diese Nutshell bietet einen kompakten und praxisnahen Überblick.

2020, 261 Seiten, broschiert  
ISBN 978-3-03891-166-1  
CHF 45.–

[www.dike.ch/1661](http://www.dike.ch/1661)



DIKE 