



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF

Bern, den 18. Mai 2022

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

Erläuternder Bericht
zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

Übersicht

Das Parlament hat den Bundesrat mit der Annahme der Motion 18.3021 Rieder «Schutz der Schweizer Wirtschaft durch Investitionskontrollen» beauftragt, gesetzliche Grundlagen für eine Prüfung¹ von ausländischen Direktinvestitionen zu schaffen. Der vorliegende Vorentwurf für ein Investitionsprüfgesetz geht auf diesen Auftrag zurück. Der Bundesrat spricht sich weiterhin gegen die Einführung einer Investitionsprüfung aus: Gemäss seiner Beurteilung ist das Kosten-Nutzen-Verhältnis ungünstig und das bestehende Regelwerk ausreichend.

Ausgangslage

Die Schweiz zählt sowohl zu den weltweit grössten Empfängern von ausländischen Investitionen als auch zu den weltweit grössten Investoren im Ausland. Die Politik der Offenheit gegenüber Investitionen aus dem Ausland ist für den Wirtschaftsstandort Schweiz von zentraler Bedeutung und kann als eigentliches Erfolgsmodell bezeichnet werden. Diese Politik gewährleistet den schweizerischen Unternehmen den Zufluss von Kapital und Wissen und trägt so zur Wertschöpfung sowie zum Erhalt und zur Schaffung von Arbeitsplätzen bei.

Bei der Einführung einer Investitionsprüfung soll deshalb darauf geachtet werden, dass die Offenheit der Schweiz gegenüber ausländischen Investitionen sowie die Attraktivität als Investitionsstandort grundsätzlich gewahrt bleibt. Entsprechend soll die Investitionsprüfung, wie vom Parlament in der Debatte zur Motion 18.3021 Rieder zum Ausdruck gebracht, zielgerichtet, griffig und administrativ schlank ausgestaltet werden. Wichtig erscheint ferner, dass sich die Regelung zur Investitionsprüfung durch eine möglichst hohe Transparenz, Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit auszeichnet und die Zuständigkeiten klar geregelt sind. Die Investitionsprüfung soll zudem mit den bereits bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar sein.

Inhalt der Vorlage

Das Ziel der Investitionsprüfung soll die Verhinderung einer Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit durch Übernahmen von inländischen Unternehmen durch ausländische Investoren sein. Es wird davon ausgegangen, dass die hauptsächlichsten Gefährdungen oder Bedrohungen von Investoren mit einer staatlichen Nähe ausgehen. Entsprechend sollen Übernahmen durch ausländische staatliche oder staatsnahe Investoren in allen Branchen einer Genehmigungspflicht unterliegen. Zusätzlich wird definiert, in welchen besonders kritischen Bereichen für alle ausländischen, staatliche und private, Investoren bei Übernahmen von inländischen Unternehmen eine Genehmigungspflicht besteht. Kleine Unternehmen werden hingegen grundsätzlich ausgenommen, indem eine allgemeine Bagatellschwelle gesetzt wird.

Betreffend die Definition des inländischen Unternehmens werden zwei Varianten zur Diskussion gestellt. Diese unterscheiden sich darin, ob eine inländische Tochterfirma einer ausländischen Unternehmensgruppe als inländisches Unternehmen gelten soll oder nicht.

Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) soll für die Durchführung der Investitionsprüfung sowie die Koordination mit den mitinteressierten Verwaltungseinheiten verantwortlich zeichnen. Es ist ein zweistufiges Genehmigungsverfahren vorgesehen. Innerhalb eines Monats soll entschieden werden, ob die Übernahme genehmigt werden kann oder ob ein Prüfverfahren einzuleiten ist. Ein Prüfverfahren würde maximal weitere drei Monate dauern. Der Entscheid, ob ein Prüfverfahren eingeleitet werden soll oder nicht, soll im Konsens unter den beteiligten Verwaltungseinheiten (d. h. dem SECO und den mitinteressierten Verwaltungseinheiten) gefällt werden. Besteht bei einem Prüfverfahren Uneinigkeit zwischen den beteiligten Verwaltungseinheiten oder Einigkeit, dass die Übernahme untersagt werden soll, soll der Bundesrat über eine Genehmigung befinden.

Die Investitionsprüfung soll in einem neuen und eigenständigen Bundesgesetz geregelt werden.

¹ Da der Titel des Gesetzes „Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen« lautet, wird in der Folge nicht mehr der Begriff «Investitionskontrolle», sondern «Investitionsprüfung» verwendet.

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage	4
1.1	Handlungsbedarf und Ziele	4
1.2	Geprüfte Alternativen und gewählte Lösung.....	4
1.3	Verhältnis zur Legislaturplanung und zur Finanzplanung sowie zu Strategien des Bundesrates	7
1.4	Erledigung parlamentarischer Vorstösse.....	8
2	Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht	8
2.1	Geltungsbereich.....	9
2.2	Kritische Sektoren.....	9
2.3	In- vs. ausländischer Investor.....	10
2.4	Staatlicher vs. nicht-staatlicher Investor	10
2.5	Investitionstyp und Schwellenwerte	10
2.6	Melde- und Genehmigungspflicht.....	11
2.7	Mehrstufigkeit, Dauer der Verfahren und Rechtsmittel	11
2.8	Zuständigkeiten	12
2.9	Kooperation und (gegenseitige) Ausnahmen von der Investitionsprüfung ...	12
2.10	Praxis.....	12
3	Grundzüge der Vorlage	12
3.1	Die beantragte Neuregelung	12
3.2	Abstimmung von Aufgaben und Finanzen.....	14
3.3	Umsetzungsfragen.....	14
4	Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln	15
5	Auswirkungen	31
5.1	Auswirkungen auf den Bund	31
5.2	Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete	32
5.3	Auswirkungen auf die öffentliche Ordnung und Sicherheit	33
5.4	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	33
5.5	Auswirkungen auf die Gesellschaft	35
5.6	Auswirkungen auf die Umwelt	35
5.7	Andere Auswirkungen	35
6	Rechtliche Aspekte	36
6.1	Verfassungsmässigkeit	36
6.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	37
6.3	Erlassform.....	38
6.4	Unterstellung unter die Ausgabenbremse	38
6.5	Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und des Prinzips der fiskalischen Äquivalenz	38
6.6	Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen.....	38
6.7	Datenschutz.....	39

1 Ausgangslage

1.1 Handlungsbedarf und Ziele

Mit der Annahme der Motion 18.3021 Rieder «Schutz der Schweizer Wirtschaft durch Investitionskontrollen»² hat das Parlament den Bundesrat beauftragt, *gesetzliche Grundlagen für eine Kontrolle von ausländischen Direktinvestitionen zu schaffen unter anderem, indem er eine Genehmigungsbehörde für die der Investitionskontrolle unterworfenen Geschäfte einsetzt*. In Erfüllung dieses Auftrags wird mit dem vorliegenden Vorentwurf ein Vorschlag für die mögliche Ausgestaltung einer Investitionsprüfung in die Vernehmlassung geschickt.

Die Motion 18.3021 Rieder ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass Mitte des vergangenen Jahrzehnts vermehrt auch Unternehmen aus aufstrebenden Schwellenländern im Ausland Investitionen getätigt haben, in gewissen Fällen mit einem industriepolitisch motivierten Hintergrund. Es kann allerdings beobachtet werden, dass sich die Investitionsaktivitäten dieser Unternehmen in den letzten paar Jahren merklich abgeschwächt haben.³

Vor allem Investitionen von staatlichen oder staatsnahen Unternehmen haben teilweise Befürchtungen geweckt, dass damit eine Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Schweiz sowie Wettbewerbsverzerrungen einhergehen können. Um diesen Gefährdungen oder Bedrohungen angemessen begegnen zu können, erachtet es das Parlament als notwendig, in der Schweiz eine Investitionsprüfung⁴ einzuführen. Damit könnten in bestimmten Fällen Übernahmen von inländischen Unternehmen durch ausländische Investoren untersagt werden.

Der Bundesrat hat sich bislang gegen die Einführung einer Investitionsprüfung ausgesprochen. In seiner Beurteilung ist das Kosten-Nutzen-Verhältnis einer Investitionsprüfung ungünstig und das bestehende Regelwerk von Bund und Kantonen ausreichend. Wie im Bericht «Grenzüberschreitende Investitionen und Investitionskontrollen»⁵ vom 13. Februar 2019 in Erfüllung der Postulate 18.3376 Bischof und 18.3233 Stöckli dargelegt, bietet der weitgehende Staatsbesitz bei kritischen Infrastrukturen sowie die bestehende Gesetzgebung bereits heute einen angemessenen Schutz gegenüber Gefährdungen oder Bedrohungen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Schweiz. Die Einführung einer Investitionsprüfung würde hingegen zu zusätzlichen administrativen Belastungen der betroffenen Unternehmen, zu einer erhöhten Unsicherheit für Investoren und damit zu einer Minderung der Standortattraktivität der Schweiz führen.

Auch die vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) in Auftrag gegebene vertiefte Regulierungsfolgenabschätzung (nachfolgend RFA Investitionsprüfung) kommt zum Schluss, dass bereits zahlreiche Instrumente bestehen, mit denen diesen Gefährdungen oder Bedrohungen begegnet werden kann. Insbesondere die kritischen Infrastrukturen sind deshalb bereits gut geschützt (bspw. Energie, Wasser, Verkehr). Weniger gut geschützt sind gemäss der RFA Investitionsprüfung hingegen die Bereiche Rüstungs- und Dual-Use-Güter, sicherheitsrelevante IT-Dienstleistungen, sowie Arzneimittel und Medizinprodukte. Angesichts der zu erwartenden hohen Kosten für die Eigentümer möglicher Zielunternehmen sowie für den Wirtschaftsstandort Schweiz insgesamt, die einem potenziellen sicherheitspolitischen Nutzen gegenüberstehen, der sich allerdings nicht klar quantifizieren lässt und sich auf wenige Wirtschaftszweige beschränkt, hält der Bundesrat an seiner bisherigen Einschätzung fest.

1.2 Geprüfte Alternativen und gewählte Lösung

Bei der Umsetzung der Motion ist zu beachten, dass die Politik der Offenheit gegenüber Investitionen aus dem Ausland für den Wirtschaftsstandort Schweiz und damit auch für den

² Abrufbar unter: www.parlament.ch > 18.3021.

³ Siehe RFA zur Einführung einer Investitionsprüfung, abrufbar unter: www.seco.admin.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Regulierung > Regulierungsfolgenabschätzung > Vertiefte RFA.

⁴ Da der Titel des Gesetzes „Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen“ lautet, wird in der Folge nicht mehr der Begriff «Investitionskontrolle», sondern «Investitionsprüfung» verwendet.

⁵ Abrufbar unter: www.parlament.ch > 18.3376 > Bericht in Erfüllung des parlamentarischen Vorstosses.

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

Wohlstand der Bevölkerung in der Schweiz von zentraler Bedeutung ist. Diese Politik gewährleistet den schweizerischen Unternehmen den Zufluss von Kapital und Wissen und trägt so zur Wertschöpfung sowie zum Erhalt und zur Schaffung von Arbeitsplätzen bei.⁶

Im Bericht «Grenzüberschreitende Investitionen und Investitionskontrollen» hat der Bundesrat vier Alternativen für das weitere Vorgehen zur Debatte gestellt und deren Stärken und Schwächen evaluiert: 1) Status Quo, 2) Status Quo mit weiterem Monitoring, 3) Einführung einer Meldepflicht, 4) Einführung einer Investitionsprüfung. Der Bundesrat hatte sich für die Alternative 2) Status Quo mit weiterem Monitoring ausgesprochen.

Unter der Alternative 2) wäre basierend auf den derzeit zur Verfügung stehenden Daten ein Monitoring durchgeführt und der Bericht zuhanden des Parlaments bis im Februar 2023 aktualisiert worden. Mit diesem Instrument hätte mit vertretbarem administrativen Aufwand ein all-fälliger zukünftiger Handlungsbedarf aufgezeigt werden können.

Das Parlament hat den Bericht «Grenzüberschreitende Investitionen und Investitionskontrollen» und die darin dargestellten Alternativen während der Beratung der Motion 18.3021 Rieder diskutiert. Mit der Annahme dieser Motion hat das Parlament beschlossen, Alternative 4) Einführung einer Investitionsprüfung weiterzuverfolgen. Entsprechend diesem Auftrag schickt der Bundesrat den vorliegenden Vorentwurf für ein Investitionsprüfgesetz (VE-IPG) in die Vernehmlassung.

Die Investitionsprüfung soll dabei zielgerichtet, griffig und administrativ schlank ausgestaltet werden. Wichtig erscheint ferner, dass sich die Regelung durch eine möglichst hohe Transparenz, Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit auszeichnet und die Zuständigkeiten klar geregelt sind. Die Investitionsprüfung soll zudem mit den bereits bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar sein.

Das Ziel der Investitionsprüfung soll die Verhinderung einer Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit durch Übernahmen von inländischen Unternehmen durch ausländische Investoren sein.

Andere mögliche, aber nicht verfolgte Ziele einer Investitionsprüfung

Es wären auch weitere Ziele denkbar gewesen, wie namentlich die staatliche Stützung und Förderung bestimmter Branchen oder Technologien zur Verhinderung eines Verlusts von Arbeitsplätzen oder eines Abzugs von Know-how. Insbesondere die folgenden beiden Gründe sprechen jedoch dagegen, dieses Ziel mit einer Investitionsprüfung zu verfolgen.

Erstens ist eine Investitionsprüfung weder ein geeignetes noch ein erforderliches Mittel für die Erreichung dieses Ziels. Wie im Bericht «Grenzüberschreitende Investitionen und Investitionskontrollen» ausführlich dargelegt, werden Arbeitsplätze und Technologievorsprung am wirkungsvollsten durch eine innovations- und wettbewerbsfreundliche Ausgestaltung der Rahmenbedingungen, einer Bildungs- und Forschungspolitik, welche den Bedürfnissen der Wirtschaft Rechnung trägt, sowie einem angemessenen Schutz des geistigen Eigentums garantiert. Vielmehr bestünde die Gefahr, dass eine industriepolitisch motivierte Investitionsprüfung für protektionistische Zwecke missbraucht würde, welche sich mittel- und langfristig schädlich auf die Volkswirtschaft auswirkte. Von solchen Massnahmen hat der Bundesrat bisher ausdrücklich abgesehen.⁷

Zweitens schränken die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz den Handlungsspielraum bei der Einführung einer Investitionsprüfung ein (siehe hierzu die Ausführungen unter Ziff. 6.2). Eine Investitionsprüfung, die u. a. eine staatliche Stützung und Förderung bestimmter Branchen oder Technologien bezwecken und damit letztlich protektionistische Ziele verfolgen

⁶ Siehe Kapitel 2 im Bericht «Grenzüberschreitende Investitionen und Investitionskontrollen» (Fundort siehe Fussnote 5).

⁷ Siehe den Bericht des Bundesrates «Eine Industriepolitik für die Schweiz» vom 16. April 2014 in Erfüllung des Postulats 11.3461 Bischof, abrufbar unter: www.seco.admin.ch > Das SECO > Medienmitteilungen > Medienmitteilungen 2014 – SECO > Wettbewerbsfähige Schweizer Industrie.

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

würde, wäre nicht mit den bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar.

Ein weiteres Ziel, das nicht verfolgt wird, ist die Verhinderung einer möglichen Verletzung der Wettbewerbsneutralität bei der privatwirtschaftlichen Tätigkeit von ausländischen staatlichen oder staatsnahen Unternehmen in der Schweiz. Wettbewerbsneutralität bezeichnet den Anspruch an staatliches Handeln, keinem Marktteilnehmer bzw. Unternehmen systematische Vor- oder Nachteile zukommen zu lassen. In diesem Kontext liegt eine Wettbewerbsverzerrung vor, wenn die Wettbewerbsneutralität verletzt ist.

In Bezug auf die privatwirtschaftliche Tätigkeit staatlicher oder staatsnaher Unternehmen stellt sich die Frage von Wettbewerbsverzerrungen durch staatliche Einflussnahme namentlich hinsichtlich der 1) Ungleichbehandlung in der Regulierung und/oder Besteuerung, 2) Informationsvorteile aufgrund der Involvierung des Staates als Eigner, der verschiedene Rollen gleichzeitig wahrnimmt, 3) Finanzierungsvorteile, die ein Staat einem Unternehmen gewährt oder 4) Quersubventionierungen aus einem geschützten Monopolbereich in einen ungeschützten Bereich.⁸

Im Kontext einer Investitionsprüfung sind die Gründe 1 und 2 nicht einschlägig, da es nicht um Investitionen von staatlichen oder staatsnahen Unternehmen aus der Schweiz bzw. unter Beteiligung des schweizerischen Staates geht. Ausländische staatliche Investoren profitieren hingegen unter Umständen von geringeren (Re-)Finanzierungskosten (Grund 3). Dahinter stehen beispielsweise explizite oder implizite Staatsgarantien. Geldgeber gewärtigen aufgrund der staatlichen Eigentümerschaft möglicherweise tiefere Risiken und gewähren deshalb eher Kredite zu vorteilhaften Konditionen. Denkbar sind auch durch staatsnahe Finanzinstitutionen gewährte vergünstigte Kredite, weil der staatliche Eigner ungewöhnlich tiefe Renditen oder Dividenden akzeptiert. Dadurch kann es bei der Übernahme selbst sowie im späteren Wirtschaften zu einer Verdrängung von privaten Unternehmen kommen. Quersubventionierungen (Grund 4) aus einem Monopolbereich können in bestimmten Fällen unter die kartellrechtliche Kontrolle des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995⁹ [KG]) fallen.

In der Schweiz wird durch die Bundesverfassung (BV)¹⁰ (insb. durch das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 und dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 94) die Marktwirtschaft garantiert, in der der Schweizer Staat (auf allen Ebenen) einerseits die individuelle Autonomie fördert und sich andererseits wettbewerbsneutral zu verhalten hat. Diese Schranken gelten allerdings nur für den schweizerischen Staat und nicht für auf dem schweizerischen Markt tätige ausländische staatliche oder staatsnahe Unternehmen. Diese unterliegen in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht lediglich der kartellrechtlichen Regulierung. Damit liegt eine Ungleichbehandlung von schweizerischen und ausländischen staatlichen oder staatsnahen Unternehmen vor. Dies führt zugleich dazu, dass private Unternehmen in der Schweiz weniger vor Wettbewerbsverzerrungen durch die bevorteilte privatwirtschaftliche Tätigkeit von ausländischen staatlichen oder staatsnahen Unternehmen geschützt sind als vor inländischen. Das WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen¹¹ regelt zwar die Verwendung von Subventionen durch WTO-Mitglieder sowie die Anwendung von Ausgleichsmassnahmen, wenn subventionierte Einfuhren einer Ware dem inländischen Wirtschaftszweig Schaden zufügen. Dieses Abkommen ist jedoch nicht auf Subventionen im Dienstleistungsbe- reich anwendbar, und deckt nicht alle Arten von marktverzerrenden Industriesubventionen ab.

Der Einbezug von Wettbewerbsverzerrungen in diesem Sinne wäre jedoch wohl kaum mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar (namentlich dem Allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS); siehe Ausführungen unter Ziff. 6.2), weshalb auf ein Schliessen dieser «Regelungslücke» mittels einer Prüfung von ausländischen

⁸ Siehe Fussnote 5 sowie OECD (2016): State-Owned Enterprises as Global Competitors: A Challenge or an Opportunity?, OECD Publishing, Paris, S. 14, abrufbar unter www.oecd-ilibrary.org.

⁹ SR 251

¹⁰ SR 101

¹¹ SR 0.632.20 Anhang 1A.13

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

Übernahmen verzichtet wird. Entsprechend sollen Wettbewerbsverzerrungen nur dann verhindert werden können, wenn sie die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährden oder bedrohen.

Die EU regelt gewisse und für den EU-Binnenmarkt relevante, von staatlichen Stellen ausgehende Wettbewerbsverzerrungen anhand ihres beihilferechtlichen Regelwerks. Aktuell prüft die EU diesbezüglich weiterzugehen und auch von ausländischen staatlichen Stellen ausgehende Wettbewerbsverzerrungen mit Auswirkung auf den EU-Binnenmarkt zu regeln (siehe den gegenwärtigen Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission betreffend «Subventionen aus Drittstaaten»¹²). In der Schweiz gibt es kein horizontales Regelwerk betreffend von staatlichen Stellen ausgehende Wettbewerbsverzerrungen im Allgemeinen oder von sogenannten staatliche Beihilfen im Speziellen. Im Nachgang zum Scheitern der Verhandlungen über ein Institutionelles Rahmenabkommen mit der EU wird derzeit im Auftrag des Bundesrats geprüft, ob eine autonome Regelung staatlicher Beihilfen im Interesse der Schweiz wäre.

1.3 Verhältnis zur Legislaturplanung und zur Finanzplanung sowie zu Strategien des Bundesrates

Die Vorlage ist weder in der Botschaft vom 29. Januar 2020¹³ zur Legislaturplanung 2019–2023 noch im Bundesbeschluss vom 21. September 2020¹⁴ über die Legislaturplanung 2019–2023 angekündigt.

Die Vorlage ist im Voranschlag 2022 mit integriertem Aufgaben- und Finanzplan 2023–2025¹⁵ nicht enthalten.

Sie ist eine unmittelbare Folge der Zustimmung des Parlaments zur Motion 18.3021 Rieder.

Die vorliegende Vorlage hat thematische Schnittstellen mit den folgenden Strategien des Bundesrats, auch wenn keine dieser Strategien die Einführung einer Investitionsprüfung thematisiert:

- Nationale Strategie zum Schutz kritischer Infrastrukturen (SKI) 2018–2022¹⁶
- Nationale Strategie zum Schutz der Schweiz vor Cyber-Risiken¹⁷

Es besteht ausserdem ein Zusammenhang mit der parlamentarischen Initiative 16.498 Badran «Unterstellung der strategischen Infrastrukturen der Energiewirtschaft unter die Lex Koller».¹⁸ Diese verlangt, strategische Infrastrukturen der Energiewirtschaft – namentlich die Wasserkraftwerke, die Stromnetze sowie Gasnetze – dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983¹⁹ über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG, sog. Lex Koller) zu unterstellen. Im Rahmen einer Investitionsprüfung wäre ein Erwerb grundsätzlich zu erlauben, ausser es kann dargelegt werden, dass er eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Schweiz darstellt. Im Gegensatz dazu sieht das Konzept der parlamentarischen Initiative 16.498 Badran das Umgekehrte vor: Gemäss dem Vernehmlassungsentwurf²⁰ für eine Änderung des BewG soll ein Erwerb einer strategischen Infrastruktur der Energiewirtschaft grundsätzlich ausgeschlossen sein und nur dann bewilligt werden, wenn dadurch die gesamtwirtschaftlichen oder versorgungspolitischen öffentlichen Interessen der Schweiz gestärkt werden und keine staatspolitischen Interessen entgegenstehen. Entsprechend ist es für die Gewährleistung einer eindeutigen Zuständigkeit angezeigt, die Energiewirtschaft entweder

¹² Abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/index_de > Presseraum > Neue Verordnung gegen Verzerrungen durch drittstaatliche Subventionen.

¹³ BBI 2020 1777

¹⁴ BBI 2020 8385

¹⁵ Abrufbar unter: www.efv.admin.ch > Finanzberichte > Voranschlag mit integriertem Aufgaben- und Finanzplan.

¹⁶ Abrufbar unter: www.babs.admin.ch > Weitere Aufgabenfelder > Schutz kritischer Infrastrukturen > Nationale SKI-Strategie.

¹⁷ Abrufbar unter: www.ncsc.admin.ch > NCS-Strategie > Strategie NCS 2018-2022.

¹⁸ Abrufbar unter: www.parlament.ch > 16.498.

¹⁹ SR 211.412.41

²⁰ Vernehmlassungsunterlagen abrufbar unter: www.parlament.ch > Kommissionen > Sachbereichskommissionen > Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie UREK > Berichte und Vernehmlassungen.

durch das IPG oder durch das BewG zu erfassen, nicht aber durch beide. Diesem Umstand gilt es in der parlamentarischen Beratung dieser beiden Vorlagen Rechnung zu tragen.

1.4 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Der vorliegende Vorentwurf geht auf den Auftrag aus der am 3. März 2020 überwiesenen Motion 18.3021 Rieder zurück.

2 Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht

Seit Beginn der 2010er Jahre haben Staaten in Bezug auf ausländische Investitionen im Bereich der kritischen Infrastruktur und Hochtechnologie zunehmend Massnahmen zum Schutz von wesentlichen Sicherheitsinteressen (öffentliche Ordnung und Sicherheit) getroffen, meist in Form von sektorübergreifenden Investitionsprüfungen. Eine Investitionsprüfung erlaubt es den Staaten, über Investitionen von ausländischen Investoren in kritische Bereiche einer Volkswirtschaft informiert zu sein, in gewissen Fällen Auflagen oder Bedingungen aufzuerlegen, die Umsetzung bestimmter ausländischer Investitionsvorhaben zu untersagen bzw. notfalls ihre Rückabwicklung zu veranlassen.

Im Rahmen des Berichts «Grenzüberschreitende Investitionen und Investitionskontrollen»²¹ liess der Bundesrat untersuchen, wie andere Staaten ihre Investitionsprüfungen ausgestaltet haben. Es wird an dieser Stelle auf Kapitel 8 dieses Berichts sowie auf das Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung (SIR) vom 20. Dezember 2018 über Beschränkungen von Investitionen²² verwiesen. Verschiedene Studien wurden auch im Rahmen der OECD erarbeitet.²³

Im Zusammenhang mit dem europäischen Recht ist insbesondere auf die Verordnung (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union hinzuweisen, die seit dem 11. Oktober 2020 gilt.²⁴ Mit dieser Verordnung wurde ein Kooperationsmechanismus geschaffen, bei welchem es sich im Wesentlichen um ein Informationsaustauschsystem zwischen den EU-Mitgliedstaaten und der Kommission handelt. Dabei sollen vor allem Informationen und Bedenken in Bezug auf ausländische Direktinvestitionen, welche voraussichtlich die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung der EU und einzelner Mitgliedstaaten beeinträchtigen, ausgetauscht werden. In Artikel 4 enthält die Verordnung eine nicht abschliessende Liste von Faktoren, die von den EU-Mitgliedstaaten oder der Kommission bei der Ermittlung, ob eine ausländische Direktinvestition voraussichtlich die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung beeinträchtigt, berücksichtigt werden können. Hierzu zählen potentielle Auswirkungen auf kritische Infrastrukturen, Auswirkungen auf kritische Technologien, auf die Versorgung mit kritischen Ressourcen, auf den Zugang zu sensiblen Informationen sowie auf die Freiheit und Pluralität der Medien. Überdies sollen die EU-Mitgliedstaaten berücksichtigen können, ob der ausländische Investor direkt oder indirekt von einem Drittstaat kontrolliert wird (u. a. aufgrund der Eigentümerstruktur oder in Form beträchtlicher Finanzausstattung), ob dieser bereits an Aktivitäten beteiligt war, die Auswirkungen auf die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung hatten, oder ob ein Risiko besteht, dass der Investor an illegalen Aktivitäten beteiligt ist. Die Kompetenz betreffend die Errichtung und die konkrete Ausgestaltung einer Investitionsprüfung bleibt von der Verordnung grundsätzlich unberührt und liegt bei den einzelnen EU-Mitgliedstaaten. Allerdings legt die Verordnung gewisse Mindeststandards fest, die Regelungen der EU-Mitgliedstaaten erfüllen müssen. So sind beispielsweise für die Überprüfung Fristen vorzusehen, vertrauliche Informationen sind zu schützen, und die betroffenen ausländischen Investoren und die Unternehmen müssen über die Möglichkeit verfügen, gegen die

²¹ Siehe Fussnote 5.

²² Abrufbar unter www.seco.admin.ch > Aussenwirtschaft & Wirtschaftliche Zusammenarbeit > Wirtschaftsbeziehungen > Internationale Investitionen > Auslandsinvestitionen > Investitionskontrollen.

²³ Siehe Überblick über die entsprechenden Arbeiten der OECD unter www.oecd.org > Investment > Investment policies related to national security and public order.

²⁴ Abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu> > Celex-Nummer 32019R0452.

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

Überprüfungsbeschlüsse Einspruch erheben zu können. Der vorgeschlagene Schweizer Ansatz entspricht diesen Mindeststandards.

Der hier folgende Rechtsvergleich fokussiert auf OECD-Staaten. Dabei wird das Augenmerk insbesondere auf folgende Staaten gelegt: Australien, Deutschland, Kanada, Finnland, Frankreich, Italien, Japan, Neuseeland, Österreich, UK und USA.

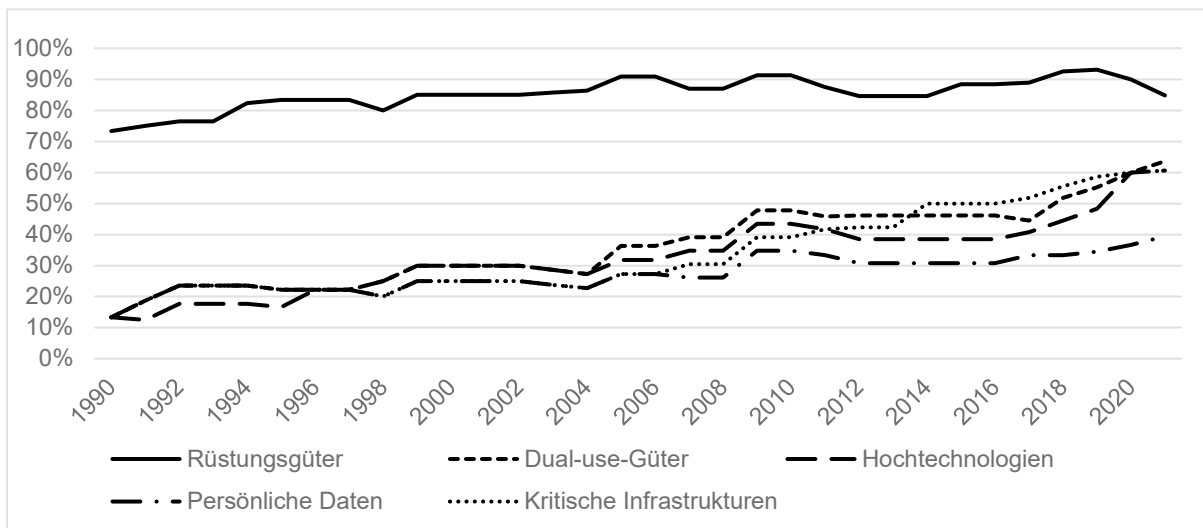
2.1 Geltungsbereich

Die meisten OECD-Staaten mit einer Investitionsprüfung prüfen Investitionen im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit (z. B. Deutschland, Finnland, Frankreich, Italien, Japan, Neuseeland, Österreich, UK, USA). Somit wird i. d. R. nicht nur berücksichtigt, ob eine Investition eine Bedrohung für die militärische Kapazität darstellt, sondern beispielsweise auch, ob damit eine Gefährdung von kritischen Infrastrukturen einhergehen könnte. In den meisten Staaten wird nicht (abschliessend) definiert, was unter öffentlicher Ordnung oder Sicherheit verstanden wird, um der Prüfbehörde eine gewisse Flexibilität zu geben. In diesen Fällen gibt dann insbesondere die Praxis Aufschluss darüber, was der jeweilige Staat darunter versteht. Im OECD-Raum prüfen einige Staaten (Australien, Kanada, Mexiko, Neuseeland) zusätzlich auch wirtschaftliche Elemente²⁵, zunehmend allerdings unter separaten Regelungen, die keine monetären Schwellenwerte vorsehen (z. B. Kanada und neuestens Australien und Neuseeland).

2.2 Kritische Sektoren

Die allermeisten Staaten eröffnen eine Prüfkompetenz nur für Transaktionen in bestimmten kritischen Sektoren, die abschliessend (Frankreich) oder exemplarisch (z. B. Australien, Italien, Japan, Neuseeland, Österreich) aufgeführt werden. Einige Staaten (Deutschland, Kanada, USA) eröffnen eine umfassende Prüfkompetenz für Erwerbe in allen Wirtschaftssektoren. In Deutschland werden diese Regeln ergänzt durch sektorspezifische Regelungen, die eine grössere Prüfdichte vorsehen (Meldepflichten, niedrigere Schwellenwerte etc.).

Abbildung 1: Relative Häufigkeit, mit welcher OECD-Staaten mit ihren Investitionsprüfungen bestimmte Sektoren erfassen



Quelle: OECD; Hinweis: 100% ist die Anzahl der OECD-Staaten, die im entsprechenden Jahr über eine Investitionsprüfung verfügen.

Zu den kritischen Sektoren hinsichtlich der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit, die von Investitionsprüfungen erfasst werden, gehört meist der Verteidigungssektor. In den vergangenen zwanzig Jahren kamen insbesondere auch kritische Infrastrukturen (insbesondere Telekommunikation, Transport, Energie, Wasser, Gesundheit, Verteilung von Nahrungsmitteln,

²⁵ U. a. Kanada und Australien haben im Rahmen ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen entsprechende Vorbehalte angebracht.

Datenverarbeitung oder -speicherung), Güter, die sowohl für zivile als auch für militärische Zwecke verwendet werden können (sog. Dual-Use-Güter) sowie Hochtechnologien (bspw. Quantentechnologien oder künstliche Intelligenz) hinzu (siehe Abb. 1).²⁶

2.3 In- vs. ausländischer Investor

Die allermeisten Staaten (z. B. Australien, Deutschland, Finnland, Frankreich, Italien, Österreich, UK, USA) zielen auf Investitionsvorhaben ausländischer Investoren. Entspricht die Nationalität des Investors nicht jener des Staats, in welchem das Zielobjekt seinen Sitz hat, handelt es sich um eine ausländische Investition. Grundsätzlich wird bei der Prüfung eines spezifischen Falls zwischen dem unmittelbaren Investor und dem letztlich berechtigten Investor unterschieden. Letzterer kann schwierig zu überprüfen sein, insbesondere, wenn komplexe (vertikale) Besitzstrukturen die Feststellung der Nationalität des letztlich berechtigten Investors erschweren oder aber eine hohe Zahl von Eignern besteht. Oft obliegt die primäre Beweislast betreffend den letztlich berechtigten Investor dem Investor selbst.

Nur wenige Staaten unterscheiden nicht zwischen in- und ausländischen Investoren bzw. wenden Investitionsprüfungen auch auf inländische Investoren an (z. B. Litauen, Polen). Auch in den Niederlanden und Norwegen dürfte die Investitionsprüfung künftig für alle Investoren gelten. In Australien müssen Beteiligungen an kritischen Infrastrukturen unabhängig von der Nationalität des Investors gemeldet werden.

2.4 Staatlicher vs. nicht-staatlicher Investor

In vielen Staaten wurde lange nicht formell zwischen ausländischen privaten und ausländischen staatlich kontrollierten Investoren unterschieden. Teilweise wird jedoch auf ein erhöhtes (Sicherheits-)Risiko bei Letzteren hingewiesen. Namentlich in EU-Mitgliedstaaten hat sich dies teilweise geändert, seit die Verordnung (EU) 2019/452 ausdrücklich festhält, dass bei der Prüfung von ausländischen Investitionen auch berücksichtigt werden kann, ob der ausländische Investor direkt oder indirekt durch einen Drittstaat kontrolliert wird. Auch wenn das Kriterium in der Gesetzgebung der EU-Staaten meist nicht aufgeführt wird, spielt es bei der Einschätzung der Risiken für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit im spezifischen Fall eine wichtige Rolle.

In einzelnen Nicht-EU-Staaten (u. a. Kanada) werden die Auswirkungen der Investitionen von staatlichen oder staatlich kontrollierten Investoren (darunter staatlich kontrollierte Pensionskassen) fallweise abgeklärt. Dabei werden u. a. die Interessen des Investors (sind diese rein wirtschaftlich oder auch politisch) geprüft. Weitere Staaten (Australien, USA) überprüfen Investitionsvorhaben durch ausländische staatlich (aber auch privat) kontrollierte Investoren systematisch über alle Sektoren hinweg. In Australien bestehen für Investitionen durch ausländische staatlich kontrollierte Investoren tiefere Schwellenwerte für Beteiligungen.

2.5 Investitionstyp und Schwellenwerte

Der Fokus der ausländischen Investitionsprüfungen liegt auf Firmenübernahmen (sog. *brown-field investments*). Es gibt kaum Staaten, die die Neugründung von Firmen (sog. *greenfield investments*) prüfen, eine Ausnahme bildet Kanada. Ausserdem wird teilweise auch die Veräusserung von kritischen Teilen eines Unternehmens sowie bestimmter einzelner bedeutender Vermögenswerte (sog. *Assets*) geprüft (u. a. Deutschland, Finnland, Frankreich, Italien, Österreich).

Als Kriterium, ab wann eine Investition potentiell kritisch sein kann, verwenden die meisten Staaten die Höhe des Anteils am Kapital oder an den Stimmrechten des Zielunternehmens. Alle untersuchten Staaten nehmen bei der Übernahme von 50 Prozent der Stimmrechts- oder Aktienanteile eines Unternehmens eine Prüfung vor. Grossmehrheitlich wird auch beim Erwerb von tieferen Anteilen (10 oder 25 Prozent) eine Investition sowie ein allfälliger Kauf zusätzlicher Anteile geprüft. Die Prüfung basiert auf der Auffassung, dass ein Investor bereits mit einer tieferen Beteiligung als 50 Prozent massgeblichen Einfluss auf die Managemententscheide

²⁶ Siehe auch *OECD Business and Finance Outlook 2021*, S. 151f, abrufbar unter www.oecd-ilibrary.org.

ausüben oder einen Zugang zu sensiblen Daten, Know-how oder sensibler Technologie haben kann. Falls andere Einflussmöglichkeiten bestehen (z. B. spezielle Aktien, die ein Vetorecht verleihen), die diese Schwellenwerte umgehen könnten, wird von fixen Schwellenwerten teilweise auch abgesehen.²⁷ Viele Staaten (Australien, Deutschland, Italien, Japan, Österreich, UK, USA) sehen in bestimmten, als sehr kritisch erachteten Bereichen zudem bereits ab einer tiefen Schwelle (z. B. fünf oder zehn Prozent der Stimmrechtsanteile) eine Prüfung vor. In Deutschland liegt beispielsweise im Rüstungssektor und bei bestimmten kritischen Infrastrukturen der Schwellenwert für eine Prüfung bei einer Beteiligung von 10 Prozent. Schwellenwerte werden in einigen Fällen (Australien, Kanada) auch in Bezug auf das Investitionsvolumen gesetzt.

2.6 Melde- und Genehmigungspflicht

In vielen OECD-Staaten besteht eine Meldepflicht für die von der Investitionsprüfung erfassten Investitionen (z. B. Frankreich, Italien, Österreich sowie für einige Sektoren in Deutschland und Finnland und den USA). Mit dieser Meldung wird i. d. R. der Prüfmechanismus ausgelöst. In den meisten Fällen muss die Meldung vor Ausführung des Investitionsvorhabens erfolgen. Zusätzlich können in diesen Systemen die Behörden eine Überprüfung aufnehmen, wenn die Meldepflicht vorsätzlich oder fahrlässig nicht eingehalten wird (Umgehung).

In gewissen Staaten besteht keine generelle Pflicht, eine Investition zu melden; die Investoren sind aber angehalten, eine Investition zu melden, falls die Annahme besteht, dass diese zu einer Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit führen könnte (z. B. Finnland). Dies wird ergänzt mit der Möglichkeit, von Amtes wegen eine Investition aufzugreifen, zu prüfen und gegebenenfalls zu untersagen, unabhängig davon, ob die Investition bereits vollzogen wurde oder nicht.

Mehrere Staaten kombinieren obligatorische und freiwillige Meldungen (z. B. Deutschland, USA). So sind in den USA staatlich kontrollierte Investoren verpflichtet, eine Investition zu melden (siehe hierzu auch Ziff. 2.4). Manche Staaten stellen in diesem Rahmen Unbedenklichkeitsbescheide aus (z. B. Deutschland, USA), um die Unsicherheit, ob eine Meldung notwendig ist oder nicht, zu reduzieren. Insgesamt ist die Prüfdichte in den Staaten unterschiedlich. In manchen Staaten ist diese eher niedrig, was sich auf die Risikoabwägung der Investoren auswirken dürfte.

2.7 Mehrstufigkeit, Dauer der Verfahren und Rechtsmittel

Grundsätzlich kennen die meisten Staaten ein Genehmigungsverfahren mit zumindest zwei Phasen. In einer ersten Phase entscheidet die zuständige Behörde auf der Basis einer Meldung, ob eine vertiefte Prüfung eingeleitet werden soll oder nicht. Diese Phase dauert in den meisten Staaten (z. B. Australien, Deutschland, Frankreich, Finnland, Italien, Österreich, UK) rund einen Monat. Falls Bedenken bestehen, wird im Rahmen einer zweiten Phase ein vertieftes Genehmigungsverfahren eingeleitet, welches meist weitere zwei (Australien, Finnland, Frankreich, Italien, Österreich) bis drei Monate (Deutschland) in Anspruch nimmt. Die Fristen in den USA sind für beide Stufen je 45 Tage. Darüber hinaus besteht in den USA eine weitere Frist von 15 Tagen für einen allfälligen Entscheid des Präsidenten. Viele Staaten sehen zudem die Möglichkeit einer Fristverlängerung vor, um der zuständigen Behörde bei Komplikationen genügend Flexibilität zu geben. Fast alle Staaten kennen in Phase zwei die Möglichkeit, ausländischen Investitionsvorhaben Auflagen oder Bedingungen aufzuerlegen, solche abzulehnen oder notfalls ihre Rückabwicklung zu veranlassen, falls sie bereits vollzogen sind.

Die meisten Staaten sehen vor, dass Investoren einen Entscheid u. a. vor Gericht anfechten können. In einigen Staaten (z. B. in den USA, sofern die Übernahme noch nicht vollzogen ist) ist dies hingegen nicht möglich.

²⁷ Siehe Bericht der OECD «Investment policy developments, 2021», Randziffer 17ff, abrufbar unter www.oecd.org > Investment > Investment policies related to national security and public order.

2.8 Zuständigkeiten

In den meisten Staaten ist das Wirtschaftsministerium für die Durchführung der Investitionsprüfung zuständig (z. B. Deutschland, Frankreich, Kanada, Österreich, UK). In einigen Staaten liegt die Zuständigkeit beim Finanzministerium (z. B. Australien, USA). I. d. R. werden im Rahmen des Prüfprozesses andere Ministerien miteinbezogen. Die interministerielle Zusammenarbeit ist u. a. in Deutschland, Frankreich oder in den USA ausgeprägt. Bei Letzteren wird die Prüfung durch einen interministeriellen Exekutivausschuss (CFIUS, Committee on Foreign Investment in the United States) verantwortet. Der Vorsitz hält dabei das Finanzministerium.

2.9 Kooperation und (gegenseitige) Ausnahmen von der Investitionsprüfung

EU-Mitgliedstaaten nehmen sich vor dem Hintergrund des EU-Binnenmarktes gegenseitig von ihren Investitionsprüfungen aus, wobei in kritischeren Sektoren wie dem Rüstungssektor teilweise keine Ausnahmen gewährt werden (z. B. für Investitionen in Deutschland oder Italien). Darüber hinaus nehmen derzeit einzelne EU-Staaten wie Deutschland (jedoch nicht im Rüstungsbereich) oder Österreich zusätzlich auch die Schweiz von ihren Investitionsprüfungen aus. Andere EU-Staaten wie z. B. Frankreich oder Italien nehmen die Schweiz hingegen nicht aus. Die EU und ihre Mitgliedstaaten haben, wie viele andere Staaten, weder im GATS noch in ihren Freihandelsabkommen (FHA) Vorbehalte für eine Investitionsprüfung angebracht. Sie basieren ihre Investitionsprüfungen gegenüber Drittstaaten deshalb auf den Ausnahmebestimmungen in den entsprechenden Abkommen (siehe Ziff. 6.2). Durch den Kooperationsmechanismus zwischen den EU-Mitgliedstaaten und der Kommission (siehe Ziff. 2) können bei einem Entscheid die jeweiligen Sicherheitsbedenken der anderen Mitgliedstaaten berücksichtigt werden. Die USA nehmen bei Minderheitsbeteiligungen in gewissen Sektoren (in den Bereichen «kritische Technologie», «kritische Infrastruktur» und «sensible persönliche Daten» sowie gewisse «kritische Immobilien») derzeit Investoren aus bestimmten Staaten (aktuell sind dies Australien, Kanada und UK) aus, sofern sowohl die Staaten als auch die Investoren bestimmte Bedingungen erfüllen (darunter bestehende Investitionsprüfung, Informationsaustausch etc.). Bei Beteiligungen, mit welchen die Kontrolle übernommen wird, kennen die USA allerdings keine Ausnahmen.

2.10 Praxis

In der Praxis sind formell untersagte Investitionsvorhaben selten.²⁸ Meist werden im Rahmen von behördlichen Auflagen oder Bedingungen die als kritisch erachteten Investitionsvorhaben so angepasst, dass sie bewilligt werden können. Teilweise werden Investitionsvorhaben, bei welchen sich Schwierigkeiten mit den Behörden bezüglich einer Genehmigung abzeichnen (bspw. durch Nachbestellung von zusätzlichen Informationen) und dessen Chancen zur Genehmigung bereits als begrenzt eingeschätzt werden können, auch vor dem finalen Entscheid zurückgezogen. Entsprechend sind die verfügbaren Daten zu den Entscheiden der Behörden schwierig zu interpretieren.

3 Grundzüge der Vorlage

3.1 Die beantragte Neuregelung

Die im Zentrum stehenden Gefährdungen oder Bedrohungen

Das Ziel der Investitionsprüfung soll die Verhinderung einer Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit durch Übernahmen von inländischen Unternehmen durch ausländische Investoren sein.

Es sollen namentlich die folgenden Gefährdungen oder Bedrohungen mit der Investitionsprüfung abgewendet werden können:

²⁸ Siehe Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung (SIR) über Beschränkungen von Investitionen vom 20. Dezember 2018, Fundort siehe Fussnote 22.

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

- Ausfall eines Unternehmens, das eine für die gesamte Volkswirtschaft nicht verzichtbare Leistung erbringt, die nicht innert nützlicher Frist ersetzt werden kann.
- Kritische Abhängigkeit der Schweizer Armee oder weiterer Institutionen des Bundes, die für die staatliche Sicherheit zuständig sind, von Lieferanten von tragenden Rüstungskomponenten.
- Kritische Abhängigkeit inländischer Behörden von Lieferanten von zentralen sicherheitsrelevanten IT-Systemen.
- Kritische Abhängigkeit internationaler Raumfahrtinfrastrukturen, an denen sich die Schweiz beteiligt, von Lieferanten von tragenden Komponenten für solche Infrastrukturen.
- Zugriff eines böswilligen Akteurs auf zentrale sicherheitsrelevante Daten oder eine grosse Menge an besonders schützenswerten Personendaten.
- Wesentliche Wettbewerbsverzerrungen bei Übernahmen durch ausländische staatliche oder staatsnahe Investoren, insofern sie die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährden oder bedrohen.

Fokus auf staatliche und staatsnahe Investoren

Sind Übernahmen unternehmerisch motiviert, erscheint dies grundsätzlich als wenig problematisch. Entsprechend dürften die Risiken bei ausländischen privaten Investoren grundsätzlich eher tief ausfallen. Die Risikobeurteilung fällt hingegen anders aus, wenn es sich um einen ausländischen Investor mit einer staatlichen Nähe handelt, namentlich, wenn Übernahmen auch politisch motiviert sind. Es wird deshalb davon ausgegangen, dass die hauptsächlichen Gefährdungen oder Bedrohungen von ausländischen staatlichen oder staatsnahen Investoren ausgehen. Auch in der Debatte im Parlament zur Motion 18.3021 Rieder wurde mehrfach darauf hingewiesen, dass insbesondere staatliche oder staatsnahe Investoren als möglicherweise problematisch eingestuft werden.

Entsprechend müssen Übernahmen durch ausländische staatliche oder staatsnahe Investoren in allen Branchen genehmigt werden. Für ausländische private Investoren wird definiert, für welche Bereiche (und ab welchen Schwellenwerten) bei Übernahmen eine Genehmigungspflicht bestehen soll. Kleine Unternehmen werden hingegen grundsätzlich ausgenommen, indem eine allgemeine Bagatellschwelle gesetzt wird.

Genehmigungspflicht bei Kontrollübernahme

Genehmigungspflichtig sind alle Vorgänge, die zu einer Übernahme der Kontrolle eines inländischen Unternehmens führen. Die Genehmigungspflicht liegt dabei beim ausländischen Investor. Für die Definition, welche Unternehmen als inländisch gelten, werden zwei Varianten zur Diskussion gestellt. Diese unterscheiden sich darin, ob eine inländische Tochterfirma einer ausländischen Unternehmensgruppe als inländisches Unternehmen gelten soll oder nicht.

Genehmigungsverfahren

Die Investitionsprüfung erfolgt in zwei aufeinanderfolgenden Schritten. In einem ersten Schritt, der von kurzer Dauer ist, wird abgeklärt, ob eine Übernahme direkt genehmigt werden kann oder ob ein Prüfverfahren einzuleiten ist. Bestehen keine Bedenken, dass die Übernahme die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährdet oder bedroht, kann die Übernahme vollzogen werden. Ansonsten wird ein Prüfverfahren eingeleitet, welches etwas mehr Zeit in Anspruch nimmt.

Kooperation mit anderen Staaten und gegenseitige Ausnahmen

Es können mit anderen Staaten Kooperationsabkommen abgeschlossen werden. Das Ziel von solchen Abkommen ist eine gegenseitige Ausnahme von der Investitionsprüfung sowie der Austausch von Daten im Einzelfall.

3.2 Abstimmung von Aufgaben und Finanzen

Die Finanzierung der Investitionsprüfung soll über Gebühren, die gemäss den Grundsätzen des anwendbaren Rechts erhoben werden, sowie allgemeine Steuermittel erfolgen. Für weitere Informationen zu den erwarteten Kosten für den Bund ist auf Ziffer 5.1 verwiesen.

3.3 Umsetzungsfragen

Für die Durchführung der Investitionsprüfung sowie die Koordination mit den mitinteressierten Verwaltungseinheiten und dem Nachrichtendienst des Bundes (NDB) ist das SECO verantwortlich. Hierzu ist vorgesehen, ein neues Ressort innerhalb des SECO zu schaffen.

Die folgenden Verwaltungseinheiten werden immer in eine Prüfung miteinbezogen: das Staatssekretariat des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (STS-EDA) sowie das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (GS-VBS). Die weiteren mitinteressierten Verwaltungseinheiten, die miteinbezogen werden, ergeben sich je nach Branche, in welcher die Übernahme erfolgt. Der NDB wird jeweils angehört.

Der Entscheid, ob ein Prüfverfahren eingeleitet werden soll oder nicht, wird im Konsens unter den beteiligten Verwaltungseinheiten (d. h. dem SECO und den mitinteressierten Verwaltungseinheiten) gefällt. Besteht bei einem Prüfverfahren Uneinigkeit zwischen den beteiligten Verwaltungseinheiten oder Einigkeit, dass die Übernahme untersagt werden soll, befindetet der Bundesrat über eine Genehmigung.

Das SECO hat jährlich einen Bericht mit aggregierten Informationen zu den erfolgten Prüfungen zu veröffentlichen.

Mit der Investitionsprüfung werden u. U. Übernahmen geprüft, die auch in anderen Verfahren unabhängig von der Investitionsprüfung überprüft werden. Solche Überschneidungen sind namentlich in den folgenden Bereichen zu erwarten: 1) die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen durch die Wettbewerbskommission (WEKO)²⁹, 2) die Überprüfung der Einhaltung der Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote durch die Übernahmekommission³⁰ und 3) die Überprüfung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) von qualifizierten Beteiligten an Banken³¹, Finanzinstituten³², Versicherungsunternehmen³³ und Finanzmarktinfrastrukturen³⁴ betreffend deren Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit.

Diese Überprüfungen haben allerdings einen anderen Fokus als die Investitionsprüfung. Entsprechend werden die Investitionsprüfung und die anderen hier erwähnten Prüfungen unabhängig voneinander durchgeführt, zumal auch die Entscheidungsinstanzen nicht dieselben sind. Die verschiedenen Prüfungen können dabei je nach dem parallel (wobei die Dauer unterschiedlich sein kann) oder in zeitlicher Abfolge erfolgen.

Zentral ist, dass eine unter die Investitionsprüfung fallende Übernahme erst nach erfolgter Genehmigung vollzogen werden darf. Fällt z. B. eine Übernahme gleichzeitig auch unter die Prüfung der WEKO, ist es dem ausländischen Investor vorbehalten, ob er beide Prüfungen parallel durchläuft oder hintereinander. Das Übernahmerecht seinerseits basiert auf der Prämisse, dass ein Anbieter ein Übernahmeangebot grundsätzlich nur vollziehen kann, wenn ihm dies nicht durch eine behördliche Anordnung untersagt wird. In der Praxis werden Übernahmeangebote deshalb bereits heute in aller Regel mit der Bedingung versehen, dass keine behördlichen Verbote vorliegen. Solche Bedingungen sind gemäss der Praxis der Übernahmekommission ohne Weiteres zulässig und gelten bis zum Vollzug eines Übernahmeangebots. Die Übernahmekommission gestattet solche Bedingungen auch im Falle von Pflichtangeboten.

²⁹ Vgl. Art. 10 KG.

³⁰ Vgl. Art. 125ff Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG, SR 958.1.

³¹ Vgl. Art. 3^{ter} Bankengesetz, BankG, SR 952.

³² Vgl. Art 11 Finanzinstitutsgesetz FINIG, SR 954.1.

³³ Vgl. Art. 21 Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, SR 961.01.

³⁴ Vgl. Art. 9 FinfraG.

4 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln

Art. 1 Zweck

Das Ziel der Investitionsprüfung soll die Verhinderung einer Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit durch Übernahmen von inländischen Unternehmen durch ausländische Investoren sein. Bei einer Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Sicherheit geht es insbesondere um die Frage, ob eine Übernahme die Einsatzfähigkeit der Schweizer Armee oder weiterer Institutionen des Bundes, die für die staatliche Sicherheit des Bundes zuständig sind, in Frage stellen könnte. Betreffend eine Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung stehen namentlich potentielle Ausfälle von kritischen Infrastrukturen, deren Leistungen nicht innert nützlicher Frist substituiert werden können, im Zentrum.

Art. 2 Geltungsbereich

Absatz 1: Bei der Definition des sachlichen Geltungsbereichs findet der weit gefasste Unternehmensbegriff nach Artikel 3 Buchstabe a Anwendung. Das Gesetz soll sowohl für Unternehmen des privaten als auch des öffentlichen Rechts gelten. Vom sachlichen Geltungsbereich werden auch vermögensfähige Gesellschaften (z. B. Fondsgesellschaften) erfasst, die von einer oder mehreren Personen im Ausland oder durch einen anderen Staat kontrolliert werden. Massgebend ist der Kontrollbegriff nach diesem Gesetz (Art. 3 Bst. a). Nebst juristischen Personen findet das Gesetz auch Anwendung auf natürliche Personen. Beispielsweise kann eine natürliche Person als direkter ausländischer Investor auftreten (Art. 3 Bst. d Ziff. 3).

Absatz 2: Für die Definition des örtlichen Geltungsbereichs wird das Auswirkungsprinzip herbeigezogen. Danach darf sich die nationale Gesetzgebung auf extraterritoriale Sachverhalte beziehen, wenn eine eindeutige Binnenbeziehung dieser Sachverhalte zum inländischen Recht besteht. Diese ergibt sich bereits durch die Übernahmeabsicht eines ausländischen Investors bezüglich eines inländischen Unternehmens. Das schweizerische Investitionsprüferecht kommt demzufolge bei einer potentiellen Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit zur Anwendung.

Absatz 3: In diesem Absatz wird eine mögliche Ausnahme vom Geltungsbereich des vorliegenden Gesetzes geregelt. Die Bestimmung räumt dem Bundesrat unter bestimmten Umständen die Kompetenz ein, ausländische Investoren, die ihren Hauptsitz und ihre Hauptverwaltung in einem bestimmten anderen Staat haben, in Übereinstimmung mit den für die Schweiz geltenden völkerrechtlichen Verpflichtungen von der Investitionsprüfung auszunehmen. Eine Investitionsprüfung kann einen ausländischen Investor potentiell diskriminieren. Damit würden die in völkerrechtlichen Abkommen (u. a. GATS und FHA) eingegangenen Verpflichtungen zur Nichtdiskriminierung verletzt. Aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit sind jedoch davon abweichende Massnahmen wie eine Investitionsprüfung möglich (siehe hierzu Ziff. 6.2). Wenn ausländische Investoren aus einem anderen Staat von der Investitionsprüfung nun ausgenommen würden, muss daher weiterhin garantiert werden können, dass die öffentliche Ordnung oder Sicherheit trotz dieser Ausnahme gewährleistet ist. Entsprechend ist eine Ausnahme an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen. Wichtig ist ferner, dass das Ausnahmeregime so ausgestaltet wird, dass es zu keiner willkürlichen oder nicht zu rechtfertigenden Diskriminierung führt zwischen Ländern, in denen ähnliche Bedingungen herrschen. Es müssten deshalb objektive Ausnahmekriterien definiert werden, deren Erfüllung die öffentliche Ordnung und Sicherheit weiterhin zu gewährleisten vermögen. In solchen Fällen könnte in Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz von der Investitionsprüfung abgesehen werden. Bis zum Vorliegen der Botschaft wird vertieft abgeklärt, welche Ausnahmekriterien geeignet wären, bzw. ob es solche überhaupt gibt. Exemplarisch könnten dies etwa sein, dass der Partnerstaat, mit welchem eine solche gegenseitige Ausnahme vereinbart werden soll, ebenfalls über die Institution der Investitionsprüfung verfügt. Und dass mit einem solchen Staat eine enge Zusammenarbeit besteht, welche dem Ziel der Investitionsprüfung dient.

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

Art. 3 Begriffe

Buchstabe a: Die Definition, wann von einer *Übernahme* ausgegangen wird, orientiert sich am in der Praxis bewährten kartellrechtlichen Kontrollbegriff.³⁵ Mit dem Begriff der Erlangung der Kontrolle werden alle denkbaren Arten und Mittel zur Begründung der Kontrolle erfasst. Der oder die kontrollierenden ausländischen Investoren müssen die Möglichkeit erlangen, die wesentlichen Fragen der Geschäftsführung und die allgemeine Geschäftspolitik zu bestimmen. Dabei wird nicht nur eine unmittelbare, sondern auch eine mittelbare Kontrollübernahme erfasst. Zudem ist nicht von Bedeutung, inwieweit von dieser Möglichkeit auch tatsächlich Gebrauch gemacht wird. Der Begriff der Erlangung der Kontrolle wird durch die Elemente des Beteiligungserwerbs und des Abschlusses eines Vertrages verdeutlicht. Die Höhe des die Erlangung der Kontrolle qualifizierenden Anteils lässt sich nicht in absoluten Zahlen festlegen; es kommt insbesondere auf die Gesellschaftsform und die übrigen rechtlichen und tatsächlichen Umstände an. Bei einer personenbezogenen Aktiengesellschaft mit einigen wenigen Aktionären wird die kritische Schwelle in der Regel bei einem Anteil von 50 Prozent der Stimmrechte überschritten; bei einer Publikumsgesellschaft kann bei notorisch schwacher oder breit gestreuter Vertretung der Kleinanleger in der Generalversammlung bereits ein Anteil von 20 oder 30 Prozent der Stimmrechte für die Erlangung der Kontrolle genügen.³⁶

Als Übernahme gilt zudem der Erwerb bedeutender Aktiven (z. B. Anlagen, Maschinen oder Patente). Damit soll verhindert werden, dass ein Unternehmen bedeutende Aktiven verkauft, ohne die es seiner bisherigen wirtschaftlichen Aktivität nicht mehr nachgehen kann und nur noch als leere Hülle übrigbleibt. Ein solcher Verkauf wäre mit einer Übernahme der Kontrolle zu vergleichen. Ebenfalls als Übernahme erfasst werden Fusionen von mindestens einem ausländischen mit mindestens einem inländischen bisher voneinander unabhängigen Unternehmen.

Eine Übernahme liegt zudem nur dann vor, wenn ein bereits bestehendes inländisches Unternehmen oder Teile eines solchen übernommen wird bzw. werden. Dementsprechend ist die Neugründung eines Unternehmens von Grund auf (sog. *greenfield investment*) nicht von der Investitionsprüfung erfasst.

Buchstabe b: Der Begriff *Unternehmen* wird weit gefasst und erfolgt in Anlehnung an Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG. Um als Unternehmen zu gelten, ist die Rechtsform unerheblich. Ausschlaggebend ist einzig, ob es sich um einen Nachfrager oder Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess handelt.

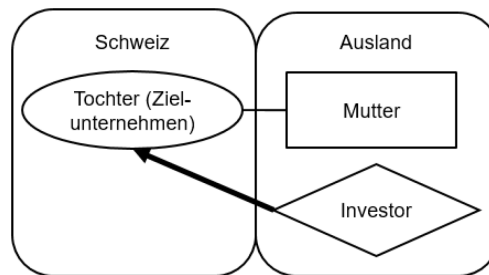
Buchstabe c: Für die Definition, welche Rechtseinheiten als *inländische Unternehmen* gelten sollen, werden zwei Varianten zur Diskussion gestellt. Gemein ist beiden Varianten, dass sie daran anknüpfen, ob die entsprechende juristische Person im Handelsregister eingetragen ist. Sie unterscheiden sich hingegen darin, wie eine inländische Tochterfirma behandelt wird, die Teil einer ausländischen Unternehmensgruppe ist. Mit Variante 1 würde eine inländische Tochterfirma, die Teil einer ausländischen Unternehmensgruppe ist, als inländisches Unter-

³⁵ Siehe Art. 4 Abs. 3 KG. Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4) gibt weitere Hinweise, wann ein Unternehmen eine Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG erlangt.

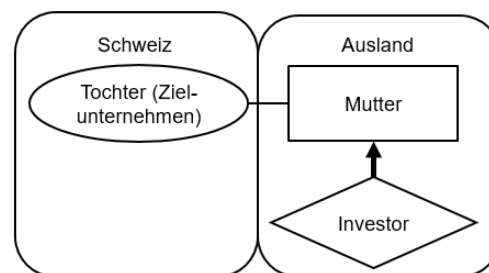
³⁶ Siehe hierzu auch die Ausführungen in der Botschaft zum KG vom 23. November 1994 (BBI 1995 I 468, siehe S. 550).

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

nehmen gelten. Mit Variante 2 wäre dies hingegen gerade nicht der Fall. Die folgende Übernahme wäre somit mit der Variante 1 von der Investitionsprüfung erfasst, mit der Variante 2 nicht:



Da auch eine mittelbare Kontrollübernahme erfasst ist (siehe Erläuterungen zu Bst. a), wäre mit Variante 1 die folgende Übernahme ebenfalls erfasst, da die Tochtergesellschaft in der Schweiz als inländisches Unternehmen gilt und mit der Übernahme des Mutterkonzerns eine mittelbare Kontrollübernahme stattfindet:



Derselbe Vorgang wäre mit Variante 2 hingegen nicht erfasst, da die Tochtergesellschaft in der Schweiz definitionsgemäss kein inländisches Unternehmen wäre.

Vor- und Nachteile der Varianten für die Definition des inländischen Unternehmens: Die Variante 1 bringt gegenüber der Variante 2 eine höhere Wahrscheinlichkeit mit sich, problematische Übernahmen zu erfassen: Ob die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Schweiz durch die Übernahme eines inländischen Unternehmens gefährdet oder bedroht wird, hängt letztlich nicht davon ab, ob sich das inländische Unternehmen bereits in ausländischem Eigentum befindet oder nicht. Beispielsweise gibt es Betreiberinnen von kritischen Infrastrukturen, die in ausländischem Besitz sind, wenn auch die grosse Mehrheit der Unternehmen, welche kritische Infrastrukturen bereitstellen, sich in Besitz des Staates (Bund, Kanton, Gemeinde) befinden.³⁷ Relevant ist vielmehr, ob durch eine Übernahme durch einen (neuen) ausländischen Investor eine der unter Ziffer 3.1 aufgeführten Gefährdungen oder Bedrohungen eintreten könnte. Es wäre beispielsweise denkbar, dass ein ausländischer privater Eigentümer eines inländischen Unternehmens unbedenklich ist. Hingegen könnte der Weiterverkauf dieses Unternehmens an einen bestimmten staatlichen oder staatsnahen Investor zu einer Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit führen. Die Investitionsprüfung könnte durch eine solche Kaskade von Verkauf und Weiterverkauf zudem umgangen werden. Ausserdem könnte Variante 2 zu einer Verzerrung des Wettbewerbs zugunsten ausländischer Investoren führen, denn inländische Investoren müssten einen niedrigeren Wiederverkaufswert veranschlagen als ausländische Investoren, bei denen ein Wiederverkauf keiner Prüfung mehr unterläge. Mit der Variante 1 würden hingegen grössere Regulierungskosten einhergehen als mit der Variante 2, da aufgrund des breiteren Konzepts des Zielunternehmens mehr Übernahmen geprüft werden müssten: Gemäss RFA Investitionsprüfung (siehe auch Ziff. 5) hätten über den Zeitraum von 2016-2020 pro Jahr in der Variante 1 wahrscheinlich rund 45 Übernahmen und in der Variante 2 rund 23 Übernahmen geprüft werden müssen. Zudem würden mit Variante 1 Tochterfirmen, die von einer ausländischen Unternehmensgruppe im Rahmen eines *greenfield investment* aufgebaut wurden und später veräussert werden, zum Zeitpunkt der Veräusserung der Investitionsprüfung unterliegen. Ausserdem würde mit Variante 1 für die Einstufung einer

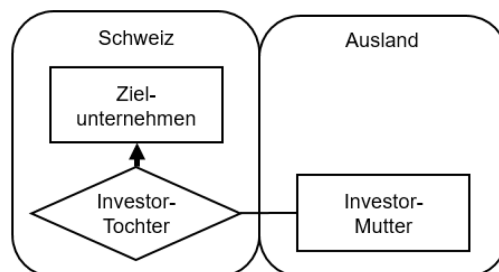
³⁷ Siehe Kapitel 3.2 im Bericht «Grenzüberschreitende Investitionen und Investitionskontrollen» (Fundort siehe Fussnote 5).

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

Tochterfirma einer ausländischen Unternehmensgruppe als in- oder ausländisch unterschiedliche Konzepte verwendet: Tritt eine solche Tochterfirma als Investorin auf, würde sie als ausländisch eingestuft. Geht es hingegen darum, dass sie selbst durch einen ausländischen Investor übernommen werden soll, würde sie als inländisch betrachtet.

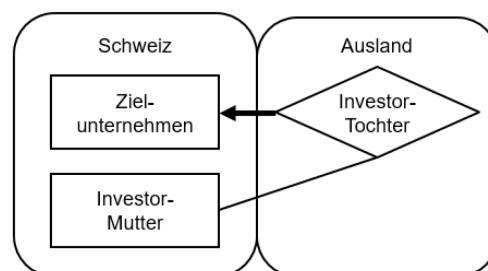
Buchstabe d: Als ausländischer *Investor* soll grundsätzlich gelten, wer die Absicht hat, ein inländisches Unternehmen zu übernehmen. Für die Bestimmung, wann es sich um einen *ausländischen* Investor handelt, wird bei Unternehmen (Ziff. 1) auf den Ort des Hauptsitzes und der Hauptverwaltung abgestellt: liegt dieser ausserhalb der Schweiz, gilt ein Investor als ausländisch. Unter Hauptsitz ist der statutarische und mit Hauptverwaltung der tatsächliche Sitz des Unternehmens zu verstehen, von wo aus die zentrale Geschäftstätigkeit erfolgt. Bei Unternehmen, die Teil einer Unternehmensgruppe sind, wird auf den Ort des Hauptsitzes und der Hauptverwaltung der Unternehmensgruppe (Konzern) abgestellt.

Damit gilt eine investierende inländische Tochterfirma, die Teil einer multinationalen Unternehmensgruppe mit Hauptsitz und Hauptverwaltung ausserhalb der Schweiz ist, ebenfalls als ausländischer Investor. Entsprechend würde in der folgenden Konstellation die Investitionsprüfung greifen:



Somit werden Umgehungsmöglichkeiten minimiert: Eine Unternehmensgruppe müsste zuerst ihren Hauptsitz oder die Hauptverwaltung in die Schweiz verlegen, um nicht als ausländischer Investor zu gelten. Die Gründung einer in der Schweiz domizilierten Tochterfirma reicht nicht aus.

Eine ausländische Tochterfirma würde hingegen *nicht* als *ausländischer* Investor gelten, sofern sich der Hauptsitz oder die Hauptverwaltung der Unternehmensgruppe in der Schweiz befindet. In der folgenden Konstellation würde die Investitionsprüfung somit nicht greifen:



Als ausländischer Investor gelten auch vermögensfähige Gesellschaften (z. B. Fondsgesellschaften), die von einer oder mehreren Personen im Ausland oder durch einen anderen Staat kontrolliert werden (Ziff. 2). Es findet der in Artikel 3 Buchstabe a definierte Kontrollbegriff Anwendung.

Eine natürliche Person, die *nicht* Schweizer Bürgerin oder Bürger i. S. d. Bürgerrechtsgesetzes vom 20. Juni 2014³⁸ (BüG) ist und als unmittelbarer Investor auftritt, gilt ebenfalls als *ausländischer* Investor (Ziff. 3). Natürliche Personen aus EU/EFTA-Mitgliedstaaten, die gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (FZA)³⁹ oder die EFTA-Konvention⁴⁰ durch eine

³⁸ SR 141.0

³⁹ SR 0.142.112.681

⁴⁰ SR 0.632.31

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

Übernahme in der Schweiz Zugang zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung suchen, sind hingegen betreffend diese Übernahme von der Investitionsprüfung ausgenommen.

Art. 4 *Genehmigungspflichtige Übernahmen*

Absatz 1: Diese Bestimmung regelt, welche Übernahmen von inländischen Unternehmen genehmigungspflichtig sind. Genehmigungen haben vor dem Vollzug der Übernahme zu erfolgen.

Absatz 1 Buchstabe a: Sind Übernahmen unternehmerisch motiviert, erscheint dies grundsätzlich als wenig problematisch. Entsprechend dürften die Risiken bei privaten ausländischen Investoren tiefer ausfallen. Die Risikobeurteilung fällt hingegen anders aus, wenn es sich um einen ausländischen Investor mit einer staatlichen Nähe handelt, namentlich, wenn Übernahmen auch politisch motiviert sind. Entsprechend kann davon ausgegangen werden, dass die hauptsächlichsten Gefährdungen oder Bedrohungen von ausländischen staatlichen oder staatsnahen Investoren ausgehen. Folglich wird bei der Genehmigungspflicht zwischen ausländischen *staatlichen respektive staatsnahen* und ausländischen *privaten* Investoren differenziert. Auch in der Debatte im Parlament zur Motion 18.3021 Rieder wurde mehrfach darauf hingewiesen, dass insbesondere staatliche und staatsnahe Investoren als problematisch eingestuft werden.

Für Übernahmen durch ausländische staatliche oder staatsnahe Investoren besteht deshalb eine unbeschränkte Genehmigungspflicht (abgesehen von der Bagatellschwelle gemäss Abs. 2): Übernahmen von inländischen Unternehmen durch solche Investoren benötigen über alle Branchen hinweg eine Genehmigung.

Bei der Definition von ausländischen staatlichen oder staatsnahen Investoren geht es darum, ausländische Investoren zu erfassen, die eine staatliche Nähe aufweisen. Als staatlich oder staatsnah gilt, wer unmittelbar oder mittelbar von einer staatlichen Stelle kontrolliert wird. Es kommt dabei derselbe Kontrollbegriff wie beim in Artikel 3 Buchstabe d definierten Übernahmebegriff zu Anwendung. Somit sind alle denkbaren Arten und Mittel zur Begründung der Kontrolle erfasst. Als staatliche Stelle in diesem Sinne wird bspw. bei Monarchien auch das Königshaus verstanden. Die kontrollierende ausländische staatliche Stelle muss die Möglichkeit haben, die wesentlichen Fragen der Geschäftsführung und die allgemeine Geschäftspolitik zu bestimmen. Dabei ist nicht von Bedeutung, inwieweit von dieser Möglichkeit auch tatsächlich Gebrauch gemacht wird.

Absatz 1 Buchstabe b und c: In den Bereichen, wo Risiken für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit aus einer Übernahme durch einen ausländischen privaten Investor nicht gänzlich ausgeschlossen werden können, besteht für alle ausländische Investoren, also sowohl für ausländische staatliche oder staatsnahe als auch für ausländische private Investoren, eine Genehmigungspflicht. Dies ist z. B. der Fall bei als besonders kritisch einzustufenden Infrastrukturen oder betreffend die Einsatzfähigkeit der Armee oder weiterer Institutionen des Bundes, die für die staatliche Sicherheit zuständig sind. Damit ausreichend Klarheit darüber besteht, welche Übernahmen immer genehmigungspflichtig sind, wird der betroffene Bereich möglichst genau bezeichnet. Dabei wird zwischen Bereichen unterschieden, bei denen (abgesehen von der Bagatellschwelle gemäss Abs. 2) keine Umsatzschwelle besteht (Bst. b) und bei denen eine Umsatzschwelle von 100 Millionen Schweizer Franken besteht (Bst. c).

In den nachfolgenden Ausführungen werden nur diejenigen Bereiche näher beschrieben, die erläuterungsbedürftig sind.

Absatz 1 Buchstabe b Ziffer 1: Damit sollen inländische Unternehmen erfasst werden, die der Schweizer Armee oder weiteren Institutionen des Bundes, die für die staatliche Sicherheit zuständig sind, Rüstungskomponenten liefern oder Dienstleistungen erbringen, die für deren jeweilige Einsatzfähigkeit unabdingbar sind. Es geht somit um Geschäftsbeziehungen von grosser rüstungspolitischer Relevanz. Dies kann sowohl Hardware und Software (z. B. Waffensysteme, Kommunikationsmittel, Kryptologie) als auch Dienstleistungen (Instandhaltung, Integration, Betrieb, Rüstungssupport) umfassen. Zu denken wäre z. B. an Beschaffungen, die aus

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

sicherheitspolitischen Überlegungen unter Ausnutzung des hierfür vorhandenen Handlungsspielraums des Beschaffungsrechts freihändig oder im Einladungsverfahren vergeben wurden. Es besteht somit ein Konnex zur Sicherheitsrelevanten Technologie- und Industriebasis (STIB).⁴¹ Die STIB ist jedoch bedeutend breiter definiert. Mit der Verwendung des Präsens wird ausserdem verdeutlicht, dass es um bestehende Geschäftsbeziehungen geht. Sofern ein Unternehmen in der Vergangenheit bedeutende Rüstungskomponenten geliefert hat, die entweder nicht mehr eingesetzt werden oder keine andauernde Geschäftsbeziehung (z. B. Unterhalts- oder Reparaturarbeiten) mehr besteht, ist dies unerheblich. Der Bundesrat wird im Rahmen der weiteren Arbeiten abklären, inwiefern eine Präzisierung der erfassten Rüstungskomponenten auf Verordnungsstufe realisiert werden könnte, um die Rechtssicherheit zu erhöhen.

Absatz 1 Buchstabe b Ziffer 2: Mit dem Kriegsmaterialgesetz vom 13. Dezember 1996⁴² (KMG) und dem Güterkontrollgesetz vom 13. Dezember 1996⁴³ (GKG) wird u. a. die Ausfuhr von Kriegsmaterial, Gütern, die militärisch und zivil verwendet werden können (Dual-Use-Güter), besonderen militärischen Gütern sowie strategischen Gütern kontrolliert. Dies umfasst auch den Transfer von entsprechendem Know-how. Aus sicherheitspolitischer Sicht erscheint es angezeigt, nicht nur die Ausfuhr solcher Güter zu prüfen. Es soll insbesondere auch verhindert werden können, dass ein ausländischer Investor, dem der Kauf eines solchen Gutes verwehrt wird, das produzierende Unternehmen übernimmt, um so an das Gut bzw. die Technologie zu gelangen. Mit der direkten Anknüpfung an die Tatsache, ob ein Unternehmen eine Bewilligung für die Ausfuhr solcher Güter benötigen würde, wird eine grösstmögliche Klarheit angestrebt, ob eine Übernahme genehmigungspflichtig ist oder nicht. Auch hier ist die Situation zum Zeitpunkt der Übernahme ausschlaggebend: D. h. es ist unerheblich, falls in der Vergangenheit eine Bewilligung benötigt wurde, zum Zeitpunkt der Übernahme jedoch nicht mehr, da die bewilligungspflichtigen Güter nicht mehr produziert werden. Die Kategorie der strategischen Güter gemäss GKG ermöglicht die Erfassung von Produzenten, die wichtige Lieferanten von internationalen Infrastrukturen im Bereich der Raumfahrt sind, an deren Entwicklung oder Betrieb sich die Schweiz beteiligt (namentlich das Satellitennavigations- und Ortungssystem Galileo). In einzelnen Fällen besteht eine Überschneidung mit Absatz 1 Buchstabe b Ziffer 1, nämlich dann, wenn es sich um ein inländisches Unternehmen handelt, welches der Armee oder weiteren Institutionen des Bundes, die für die staatliche Sicherheit zuständig sind, eine tragende Rüstungskomponente liefert. Der Kreis der mit Ziffer 2 erfassten potentiellen inländischen Unternehmen ist aber deutlich grösser und deckt einen bedeutenden Teil der Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie ab.

Absatz 1 Buchstabe b Ziffer 3: Mit dieser Ziffer sind betreffend Elektrizitätsnetze neben der Eigentümerin und Betreiberin des Übertragungsnetzes (Swissgrid) alle Eigentümer oder Betreiber von Verteilnetzen der Ebene 3 und/oder von Verteilnetzen tieferer Ebenen erfasst, sofern darüber einen Absatz von mindestens 450 GWh/Jahr stattfindet (Bezug durch Endverbraucher und Weiterverteiler, Nettowert).

Absatz 1 Buchstabe b Ziffer 7: In Anlehnung an Buchstabe b Ziffer 1 sollen auch inländische Unternehmen erfasst werden, die für staatliche Behörden zentrale sicherheitsrelevante IT-Systeme liefern oder solche Dienstleistungen anbieten. Auch hier wird mit der Verwendung des Präsens verdeutlicht, dass es um bestehende Geschäftsbeziehungen geht. Sofern ein Unternehmen in der Vergangenheit zentrale sicherheitsrelevante IT-Systeme geliefert hat, die entweder nicht mehr eingesetzt werden oder keine andauernde Geschäftsbeziehung (z. B. Unterhalts- oder Reparaturarbeiten) bestehen, ist dies unerheblich. Mit staatlichen Behörden sind Behörden auf allen Staatsebenen gemeint. Unter die zentralen sicherheitsrelevanten IT-Systeme fallen z. B. Systeme für die Kommunikation oder die Verschlüsselung von Nachrichten.

⁴¹ Siehe www.ar.admin.ch > Beschaffung > Rüstungspolitik > STIB.

⁴² SR 514.51

⁴³ SR 946.202

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

ten, die der NDB oder die Polizei verwendet. IT-Systeme, die keine zentrale sicherheitspolitische Relevanz aufweisen, z. B. Systeme für die Geschäftsverwaltung oder das Dokumenten-Management, fallen hingegen nicht darunter.

Absatz 1 Buchstabe c Ziffer 3: Mit dieser Ziffer sind namentlich die Flughäfen Genf und Zürich sowie die Schweizerischen Rheinhäfen gemeint. Kleinere regionale Flughäfen oder Häfen sind hiermit nicht erfasst. Ebenfalls nicht erfasst ist der Flughafen Basel. Dieser ist kein Unternehmen, welches im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist und gilt somit nicht als inländisches Unternehmen. Aufgrund der vertraglichen Regelung im französisch-schweizerischen Staatsvertrag vom 4. Juli 1949 über den Bau und Betrieb des Flughafens Basel-Mülhausen⁴⁴ ist jedoch sichergestellt, dass ein Verkauf des Flughafens Basel ohne Zustimmung der Schweiz nicht möglich wäre. Bei den Umschlagsanlagen für den kombinierten Verkehr (KV-Umschlagsanlagen) handelt es sich um KV-Umschlagsanlagen von nationaler verkehrspolitischer Bedeutung gemäss Artikel 11 Absatz 2 des Gütertransportgesetzes vom 25. September 2015⁴⁵ (GüTG).

Absatz 1 Buchstabe c Ziffer 4: Mit dieser Ziffer sind alle Eisenbahnunternehmen gemäss Artikel 2 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957⁴⁶ (EBG) gemeint, die eine inländische Eisenbahninfrastruktur gemäss Artikel 62 EBG betreiben oder deren Eigentümer sind. Damit sind bspw. Eisenbahngleise inkl. der Zugang dazu (z. B. über die Perrons) oder auch öffentliche Verladeanlagen erfasst.

Absatz 1 Buchstabe c Ziffer 8: Da es gemäss Definition des Begriffs «Übernahme» (siehe Art. 3 Bst. a) auch um die Übernahme von Teilen eines Unternehmens geht, wären bei den systemrelevanten Banken namentlich auch deren Konzernobergesellschaften und wesentliche Gruppen- und Konglomeratsgesellschaften nach Art. 2^{bis} BankG erfasst. Bei Banken wäre ein Abstellen auf den Umsatz wenig aussagekräftig. Um die wirtschaftliche Bedeutung einer Bank zu beurteilen, sind die Bruttoerträge besser geeignet. Deshalb sind in Anlehnung an Artikel 9 Absatz 3 KG bei Banken anstatt des Jahresumsatzes die Bruttoerträge massgebend.

Absatz 2: Übernahmen von kleinen Unternehmen sollen von der Investitionsprüfung grundsätzlich ausgenommen werden. Erstens erscheint es kaum möglich, dass von der Übernahme eines kleinen Unternehmens eine Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausgehen kann. Betreffend sicherheitsrelevante Technologien kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass allenfalls auch kleine Unternehmen (z. B. Start-ups) solche Technologien entwickeln. Diesbezüglich ist jedoch darauf hinzuweisen, dass gerade für Start-ups die Finanzierung zentral ist. Dabei spielen oft ausländische Investoren eine wichtige Rolle. Um die Innovationstätigkeit von kleinen Unternehmen möglichst nicht zu hemmen, sollen diese bei der Suche nach geeigneten Investoren grundsätzlich nicht eingeschränkt werden. Zudem ist davon auszugehen, dass es sich bei den Unternehmen, die der Schweizer Armee oder weiteren Institutionen des Bundes, die für die staatliche Sicherheit zuständig sind, Rüstungskomponenten liefern oder Dienstleistungen erbringen, die für deren jeweilige Einsatzfähigkeit unabdingbar sind (siehe Erläuterungen zu Abs. 1 Bst. b Ziff. 1), nicht um kleine Unternehmen handelt. Zweitens hilft dies dabei, die Investitionsprüfung vor einer Überlastung durch Bagatellfälle zu bewahren. Deshalb sind Übernahmen von inländischen Unternehmen, die in den vergangenen zwei Geschäftsjahren durchschnittlich weniger als 50 Vollzeitstellen umfasst sowie einen weltweiten Jahresumsatz von weniger als 10 Millionen Franken erwirtschaftet haben, nicht genehmigungspflichtig. Diese Bagatellschwelle orientiert sich an der statistischen Definition des Bundesamtes für Statistik (BFS) sowie der EU für kleine Unternehmen.⁴⁷ Österreich sieht in seinem Investitionskontrollgesetz beispielsweise eine analoge Bagatellschwelle

⁴⁴ SR 0.748.131.934.92

⁴⁵ SR 742.41

⁴⁶ SR 742.101

⁴⁷ Siehe www.bfs.admin.ch > Statistik finden > Industrie, Dienstleistungen > Unternehmen und Beschäftigte > Wirtschaftsstruktur: Unternehmen > Kleine und mittlere Unternehmen.

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

vor. Das Verhältnis von Umsatz (in Millionen) zu Anzahl Vollzeitstellen (hier 0,2) liegt ausserdem im Bereich der Schwelle, ab wann eine Gesellschaft gemäss Artikel 727 OR⁴⁸ eine ordentliche Revision seiner Jahresrechnung durchführen lassen muss (0,16).

Absatz 3: Der Bundesrat soll die Möglichkeit erhalten, weitere Kategorien von inländischen Unternehmen für eine begrenzte Dauer zu definieren, deren Übernahme in der Folge der Genehmigungspflicht unterstellt wären. Dies umfasst z. B. auch die Senkung einer bestehenden Umsatzschwelle. Mit der Einschränkung auf Situationen, in welchen ansonsten die Gewährleistung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit nicht gewährleistet wäre, wird verdeutlicht, dass solche befristeten Massnahmen nur in aussergewöhnlichen Situationen genutzt werden können. In allen anderen Fällen ist der ordentliche Gesetzgebungsprozess zu wählen. Die maximale Dauer für solche ausserordentlichen Massnahmen wird zudem auf zwölf Monate begrenzt. Sollen diese Massnahmen darüber hinaus bestehen bleiben, wäre eine Änderung des Gesetzes vorzunehmen.

Art. 5 Genehmigungskriterien

Absatz 1: Besteht kein Grund zur Annahme, dass die öffentliche Ordnung oder Sicherheit durch eine Übernahme gefährdet oder bedroht ist, wird die Übernahme genehmigt. Andernfalls wird die Übernahme untersagt. Der Fokus liegt somit darauf, was sich durch die Übernahme ändern würde.

Das Risiko aus einer Übernahme für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit wird als Produkt aus Eintrittswahrscheinlichkeit und potentielltem Schadensausmass verstanden. Die Eintrittswahrscheinlichkeit ist dabei massgeblich durch zwei Faktoren bestimmt. Erstens, ob der ausländische Investor, bzw. die Verwaltung und Geschäftsführung des ausländischen Investors sowie dessen letztlich berechtigten Eigentümer einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Und zweitens, inwiefern der ausländische Investor Zugriff auf kritische Bereiche des inländischen Unternehmens hat. Das potentielle Schadensausmass seinerseits hängt massgeblich 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.

Da die Übernahme vor ihrem Vollzug genehmigt werden muss (siehe Art. 4 Abs. 1), erfolgt diese Beurteilung *ex ante*. Somit ist das potentielle Risiko ausschlaggebend für den Entscheid, ob eine Übernahme im Einzelfall genehmigt oder untersagt wird. Bei der Eintrittswahrscheinlichkeit muss versucht werden, das Verhalten des ausländischen Investors zu antizipieren, da das effektive Verhalten nicht im Voraus beobachtet werden kann. Aber auch das potentielle Schadensausmass kann wohl in vielen Fällen nur angenähert und nicht konkret eingeschätzt werden, da solche Ereignisse selten sind und somit Beobachtungswerte fehlen.

Absatz 2: Mit der Präzisierung der Genehmigungskriterien, die bei der Beurteilung eines konkreten Falls insbesondere zu berücksichtigen sind, wird verdeutlicht, welche Themenbereiche im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens vertieft werden. Diese Liste ist allerdings nicht abschliessend, da in einem Einzelfall auch weitere Kriterien in die Beurteilung einbezogen werden können müssen. Zudem wird nicht im Voraus festgelegt, bei welcher Ausprägung der genannten Kriterien eine Übernahme untersagt wird. Dies räumt dem SECO und den mitinteressierten Verwaltungseinheiten bei der Beurteilung im Einzelfall ein gewisses Ermessen ein. Der Entscheidprozess ist jedoch so angelegt, dass Untersagungen sowie Übernahmen, bei denen kein Konsens zwischen den beteiligten Verwaltungseinheiten besteht, stets durch den Bundesrat beurteilt werden (siehe Erläuterungen zu Art. 7 und 8). Letztlich muss jedoch immer die Vorgabe in Absatz 1 erfüllt sein: eine Übernahme kann nur untersagt werden, wenn Grund zur Annahme besteht, dass die öffentliche Ordnung oder Sicherheit durch eine Übernahme gefährdet oder bedroht ist.

Die Buchstaben a bis d dienen namentlich der Einschätzung, ob die Verwaltung und Geschäftsführung des ausländischen Investors sowie dessen letztlich berechtigten Eigentümer

⁴⁸ SR 220

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Die Buchstaben e und f dienen namentlich der Einschätzung des potentiellen Schadensausmasses. Darüber hinaus wird unter Buchstabe g evaluiert, ob eine staatliche Einflussnahme vorliegt, die zu einer wesentlichen Wettbewerbsverzerrung führen würde, die die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährden oder bedrohen würde.

Nachfolgend werden die Kriterien einzeln erläutert:

Absatz 2 Buchstabe a: Hierbei geht es namentlich darum, wie eine Übernahme beurteilt wird, wenn der Investor in der Vergangenheit bereits abschlägig beurteilt wurde oder sich aktuell an entsprechenden Aktivitäten beteiligt. Darüber hinaus sollen auch allfällige weitere Aktivitäten, die die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Schweiz beeinträchtigen oder beeinträchtigt haben, berücksichtigt werden. Als Beispiel können kriminelle Aktivitäten (z. B. Beteiligung oder Unterstützung einer kriminellen Organisation) genannt werden. Ebenso sollen auch Aktivitäten, die sich nachteilig auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit eines anderen Staates auswirken oder ausgewirkt haben, mit einfließen. Dabei ist jedoch zentral, den jeweiligen Kontext im betreffenden Staat zu berücksichtigen.

Absatz 2 Buchstabe b: Allenfalls versucht oder hat ein ausländischer Investor versucht, im Vorfeld einer Übernahme mittels Wirtschaftsspionage Informationen zum inländischen Unternehmen zu erlangen, um sich so einen Vorteil gegenüber seinen Mitbewerbern zu verschaffen. Solche Spionage kann entweder direkt durch den Investor oder durch seinen Heimatstaat, u. a. mittels nachrichtendienstlicher Mittel, erfolgen, der die beschaffte Information dann weiterreicht. Solche Vorkommnisse können Hinweise auf die Beweggründe eines Investors geben.

Absatz 2 Buchstabe c: Ein ausländischer Investor betreibt oder hat in einem anderen Zusammenhang als mit der vorliegenden Übernahme allenfalls Spionage betrieben (bspw. mittels politischem oder wirtschaftlichem Nachrichtendienst gemäss Art. 272 und 273 StGB⁴⁹). Ebenfalls denkbar ist, dass er solche Spionage nicht selbst vorgenommen, sondern in Auftrag gegeben hat. Solche Vorkommnisse sollen ebenfalls in die Beurteilung des ausländischen Investors einfließen. Der Beweis, dass Spionage betrieben wird oder wurde, ist teils schwierig zu erbringen. Deshalb wird oft wohl nur ein begründeter Verdacht vorliegen.

Absatz 2 Buchstabe d: Bei Sanktionsmassnahmen handelt es sich zwar oftmals um Finanzsanktionen. Dadurch wäre eine Übernahme durch einen derart sanktionierten ausländischen Investor ohnehin untersagt. Es kann aber nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass ein ausländischer Investor selbst nicht mit einer Sanktion belegt ist, der letztlich berechtigte Eigentümer dahinter jedoch schon.

Absatz 2 Buchstabe e: Unter mangelnder Substituierbarkeit wird die Gefahr verstanden, dass kritische Prozesse, Systeme oder Einrichtungen nicht bereits von anderen Marktteilnehmern in ähnlicher Ausprägung angeboten und erbracht werden können oder nicht innert nützlicher Frist auf andere Leistungserbringer übertragen werden können. Liegt keine mangelnde Substituierbarkeit vor, ist eine Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit wenig wahrscheinlich, da aus einem Ausfall eines Unternehmens kein grösserer Schaden resultieren könnte. Beispielsweise würde es sich bei gegebener Substituierbarkeit um eine leere Drohung handeln, wenn ein anderer Staat drohen würde, ein von ihm kontrolliertes Unternehmen zu sabotieren. Zudem könnte eine mutwillige Vernachlässigung von Investitionen zu keiner Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit führen, wenn die Leistungen eines Unternehmens substituierbar sind. Der klassische Fall, bei welchem davon ausgegangen wird, dass mangelnde Substituierbarkeit gemäss der obigen Definition vorliegt, sind die systemrelevanten Banken.⁵⁰ Die vertretbare Zeit für die Substituierbarkeit einer Dienstleistung, eines Produkts oder einer Infrastruktur wird sich in Abhängigkeit davon, wie diese hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit beurteilt wird,

⁴⁹ SR 311.0

⁵⁰ Siehe Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen vom September 2010.

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

unterscheiden. So ist beispielsweise davon auszugehen, dass die Substituierung einer tragenden Rüstungskomponente (bzw. die Prüfung möglicher alternativer Anbieter) mehr Zeit benötigt, als wenn z. B. ein Unternehmen ausfällt, dessen Funktionen genügend rasch durch den Markt substituiert werden oder mit vertretbarem Aufwand durch eine Auffanggesellschaft sichergestellt werden können.

Absatz 2 Buchstabe f: Unter diesem Punkt sollen Risiken beurteilt werden, die sich daraus ergeben könnten, wenn ein Investor Zugriff auf zentrale sicherheitsrelevante Daten oder grosse Mengen an besonders schützenswerten Daten erhalten könnte. Beispielsweise könnte ein ausländischer Investor von den staatlichen Behörden seines Heimatstaates verpflichtet oder unter Druck gesetzt werden, solche Daten ihnen gegenüber offenzulegen.

Absatz 2 Buchstabe g: Es sollen ebenfalls Situationen berücksichtigt werden, in denen es durch die Übernahme durch einen ausländischen staatlichen oder staatsnahen Investor zu wesentlichen Wettbewerbsverzerrungen kommt, die eine Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit darstellen. Dabei werden jedoch nicht Wettbewerbsverzerrungen per se berücksichtigt (siehe dazu die Ausführungen unter Ziff. 1.2), sondern nur deren Auswirkungen auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit. Beispielsweise könnte aus einer Übernahme durch einen ausländischen staatlichen oder staatsnahen Investor einem inländischen Unternehmen ein derartiger Wettbewerbsvorteil entstehen, dass ein inländisches Konkurrenzunternehmen droht dadurch Konkurs zu gehen. Wenn diese Konkurrentin nun gleichzeitig eine Lieferantin einer tragenden Rüstungskomponente der Armee wäre, könnte eine solche Übernahme zu einer Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Sicherheit führen.

Absatz 3: Es wird dem SECO ein gewisses Ermessen eingeräumt, bei der Beurteilung zu berücksichtigen, ob sich ein Investor gegenüber Behörden kooperativ verhält oder nicht. Dabei kann es sowohl um die Kooperationsbereitschaft im laufenden oder in vergangenen Investitionsprüfungs-Verfahren gehen (z. B. wenn es darum geht, weitere Unterlagen einzureichen) als auch um die Kooperationsbereitschaft gegenüber anderen Behörden in der Vergangenheit. Erstens gibt dies dem SECO eine Handhabe gegen ausländische Investoren, die versuchen, die Prüfung zu behindern. Zweitens kann dies auch Hinweise darauf geben, ob genügend Gewähr besteht für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen der ausländische Investor das Recht hat, die Mitwirkung zu verweigern. Da es sich hierbei, im Gegensatz zu den materiellen Kriterien nach Absatz 2, um ein formelles Kriterium handelt, wird dieses in einem separaten Absatz geregelt.

Absatz 4: Eine Übernahme kann, statt sie gänzlich zu untersagen, auch unter Auflagen oder Bedingungen genehmigt werden, welche sich im Einzelfall jeweils aus einer Verhältnismässigkeitsprüfung ergeben. Die Auflagen oder Bedingungen sind dabei durch den Zweck der Investitionsprüfung begrenzt. Es dürfen somit nur Auflagen oder Bedingungen auferlegt werden, die geeignet sind, die Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit, die mit einer Genehmigung einer Übernahme einhergehen würde, zu beseitigen. Diese Einschränkung ist wichtig, da die Gefahr besteht, dass auf die Entscheidungsinstanzen (öffentlicher) Druck ausgeübt werden könnte, mit Auflagen und Bedingungen eine selektive Branchen- und/oder Technologiepolitik zu betreiben mit dem Ziel, bestimmte Wirtschaftsstrukturen zu erhalten oder zu fördern. Ein Beispiel für solche auszuschliessenden Auflagen oder Bedingungen wären Arbeitsplatzgarantien. Der Bundesrat hat sich bislang immer gegen ein solches übermässiges staatliches Eingreifen ausgesprochen. Bei dem Entscheid für die geeigneten Auflagen oder Bedingungen ist zudem zu berücksichtigen, dass diese i. d. R. vertraulich und damit nicht öffentlich bekannt sind (z. B. weil dies aus sicherheitspolitischer Sicht nicht möglich ist). Dies kann zu versteckten Kosten führen, wodurch Minderheitsaktionäre oder auch Kreditgeber, die sich diesen Kosten nicht bewusst sind, negativ betroffen wären. Auch würden verschiedene Klassen von Unternehmen geschaffen (solche mit Auflagen und Bedingungen und solche ohne), was den Wettbewerb verzerren könnte. Die Bestimmung hat deklaratorischen Charakter, da Auflagen oder Bedingungen unabhängig davon, ob sie im Gesetz vorgesehen sind oder nicht, möglich wären.

Art. 6 *Gesuch*

Absatz 1: In diesem Absatz wird erstens der Zeitpunkt des Gesuchs geregelt. Da die Übernahme vor ihrem Vollzug genehmigt werden muss (siehe Art. 4 Abs. 1), muss entsprechend auch das Gesuch vor dem Vollzug eingereicht werden. Zweitens wird präzisiert, dass das Gesuch vom ausländischen Investor einzureichen ist, und zwar an das SECO. Es ist sinnvoll, einen einzigen Akteur in die Pflicht zum Einreichen des Gesuchs zu nehmen, um eine klare Verantwortlichkeit zu haben. Dabei eignet sich der Käufer besser als der Verkäufer, da letzterer nicht zwingend immer im Bild sein muss, dass ein Investor eine Übernahme beabsichtigt (z. B. bei einer feindlichen Übernahme).

Absatz 2: Hierbei handelt es sich um eine Delegationsnorm an den Bundesrat, mit welcher er beauftragt wird, auf Verordnungsstufe abschliessend zu definieren, welche Unterlagen dem SECO vom ausländischen Investor mit dem Gesuch nach Absatz 1 einzureichen sind. Zu denken ist dabei u. a. an eine Beschreibung der Geschäftstätigkeit des Investors und des inländischen Unternehmens, die Angabe der Eigentümerstruktur (namentlich die letztlich berechtigten Eigentümer), der Finanzierungsquellen oder Informationen zur Einschätzung des Rufs sowie der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit.

Art. 7 *Direkte Genehmigung oder Einleitung eines Prüfverfahrens*

Absatz 1: Die Investitionsprüfung erfolgt in zwei zeitlich aufeinander folgenden Schritten. In einem ersten Schritt wird entschieden, ob die Übernahme direkt genehmigt werden kann oder ob ein Prüfverfahren einzuleiten ist (siehe Erläuterungen zu Art. 8). Damit für die beteiligten Parteien möglichst schnell Klarheit besteht, ob ein Prüfverfahren eingeleitet wird, hat diese Entscheidung innerhalb eines Monats zu erfolgen. Diese Frist beginnt zu laufen, sobald das SECO im Besitze aller Unterlagen ist, die mit dem Gesuch einzureichen sind. Darüber, ob eine Übernahme genehmigt oder ob ein Prüfverfahren eingeleitet wird, entscheidet das SECO im Einvernehmen mit den mitinteressierten Verwaltungseinheiten (siehe zur Definition der mitinteressierten Verwaltungseinheiten die Erläuterungen zu Art. 10) und nach Anhörung des NDB, welcher dazu regelmässig Abklärungen zum Investor bei ausländischen Partnerdiensten vornehmen wird. Dadurch wird gewährleistet, dass alle relevanten Ansichten und Beurteilungen vollumfänglich in den Genehmigungsprozess einfließen.

In Notfällen, in welchen dringlich eine Übernahme genehmigt werden können muss, um eine schwerwiegende Störung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit abzuwenden, kann durch Anwendung von Notrecht ausnahmsweise von einem Genehmigungsverfahren nach diesem Gesetz abgesehen werden.

Absatz 2: Besteht unter den beteiligten Verwaltungseinheiten (d. h. das SECO sowie die mitinteressierten Verwaltungseinheiten) kein Konsens, ob eine Übernahme direkt genehmigt werden kann oder ob ein Prüfverfahren eingeleitet werden soll, wird ein Prüfverfahren eingeleitet.

Absatz 3: Um den behördlichen Aufwand zu begrenzen, sollen Fälle von geringer Bedeutung alleine durch das SECO entschieden werden können. Als Fall von geringer Bedeutung kann auch das Vorliegen eines Präzedenzentscheides gelten (z. B. wenn es sich um einen bekannten Investor handelt). Die beteiligten Verwaltungseinheiten sollen deshalb gemeinsam beschliessen können, in welchen Fällen auf eine gemeinsame Behandlung verzichtet wird. Das kann sowohl ad-hoc oder auf Basis einer grundsätzlichen Regel geschehen.

Absatz 4: Wird ein Prüfverfahren eingeleitet, teilt das SECO dies dem ausländischen Investor und dem inländischen Unternehmen schriftlich mit. Diese Mitteilung stellt keine Verfügung dar. Wird eine Übernahme bereits zu diesem Zeitpunkt genehmigt, wird dies dem ausländischen Investor und dem inländischen Unternehmen durch das SECO mittels beschwerdefähiger Verfügung gemäss Artikel 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes 20. Dezember 1968⁵¹ (VwVG) eröffnet. Die Schriftlichkeit richtet sich ebenfalls nach den gesetzlichen Anforderungen des VwVG, was auch eine digitale Übermittlung mit A-Zertifikat ermöglicht. Falls die Korrespondenz des SECO mit dem ausländischen Investor nicht auf elektronischem Weg erfolgen kann,

⁵¹ SR 172.021

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

soll von diesem ein Zustellungsdomizil in der Schweiz im Sinne von Artikel 11b VwVG bezeichnet werden.

Art. 8 Prüfverfahren

Absatz 1: Das Prüfverfahren dauert drei Monate. Insgesamt liegt bei einer Übernahme, für welche ein Prüfverfahren eingeleitet wird, der Entscheid über Genehmigung oder Untersagung innerhalb von insgesamt vier Monaten nach der Einreichung des Gesuchs vor (mit Vorbehalt der Regelung gemäss Absatz 3 für Übernahmen, die dem Bundesrat vorgelegt werden, siehe nachfolgende Erläuterungen). Analog zur direkten Genehmigung wird die Übernahme genehmigt, wenn unter den beteiligten Verwaltungseinheiten Konsens für eine Genehmigung besteht. Auch beim Prüfverfahren soll der NDB stets angehört werden.

Absatz 2 Buchstabe a: Besteht hingegen für eine Genehmigung kein Konsens unter den beteiligten Verwaltungseinheiten oder besteht Konsens, dass eine Übernahme zu untersagen ist, wird die Übernahme dem Bundesrat zum Entscheid vorgelegt.

Absatz 2 Buchstabe b: Die Übernahme ist ebenfalls durch den Bundesrat zu beurteilen, wenn die beteiligten Verwaltungseinheiten im Konsens bestimmen, dass eine Übernahme vorliegt, die als von erheblicher politischer Tragweite einzustufen ist. In solchen Fällen ist die Übernahme in jedem Fall durch den Bundesrat zu beurteilen, auch wenn unter den beteiligten Verwaltungseinheiten Konsens besteht, dass die Übernahme genehmigt werden könnte. Eine Genehmigung einer Übernahme, welche an Auflagen oder Bedingungen geknüpft wird, kann nur in den beiden Fällen nach Absatz 2 erfolgen. Die Frage, ob eine gänzliche Untersagung verhältnismässig wäre oder eine Genehmigung unter Auflagen oder Bedingungen möglich ist, stellt sich erst zu diesem Zeitpunkt des Verfahrens.

Absatz 3: Der Bundesrat hat grundsätzlich innerhalb der dreimonatigen Frist nach Absatz 1 zu entscheiden. Allerdings kann es vorkommen, dass am Ende dieser dreimonatigen Frist keine Bundesratssitzung stattfindet (z. B. während den sitzungsfreien Wochen im Sommer oder Ende Dezember/Anfangs Januar). Deshalb wird festgehalten, dass der Bundesrat spätestens anlässlich der ersten nach Ablauf der dreimonatigen Frist stattfindenden ordentlichen Bundesratssitzung einen Entscheid zu fällen hat. Durch diese Regelung besteht für das inländische Unternehmen und den ausländischen Investor Klarheit, bis wann der Entscheid vorliegen wird. Sie führt aber dazu, dass sich ein Entscheid u. U. um mehrere Wochen verzögern kann: Wäre die Investitionsprüfung 2021 in Kraft gewesen, und wäre die dreimonatige Frist eines Falls z. B. am 5. Juli 2021 abgelaufen, so wäre dieser erst anlässlich der Sitzung des Bundesrates vom 11. August 2021 beurteilt worden.

Absatz 4: Dieser Absatz regelt die Form der Genehmigung oder Untersagung einer Übernahme nach erfolgtem Prüfverfahren. Sowohl ein positiver wie auch ein negativer Entscheid werden dem ausländischen Investor und dem inländischen Unternehmen durch das SECO schriftlich mittels Verfügung gemäss Artikel 5 VwVG mitgeteilt. Die Schriftlichkeit richtet sich wie bei einer direkten Genehmigung auch hier nach den gesetzlichen Anforderungen des VwVG, was auch eine digitale Übermittlung mit A-Zertifikat ermöglicht.

Absatz 5: In Anlehnung an Artikel 34 KG wird hier die zivilrechtliche Wirksamkeit einer genehmigungspflichtigen Übernahme geregelt. Diese bleibt bis zur Genehmigung aufgeschoben.

Art. 9 Nichteinhaltung und Verlängerung der Fristen

Absatz 1: In diesem Absatz wird geregelt, dass die Genehmigung implizit erfolgt. Für die an einer Übernahme beteiligten Personen soll nach Ablauf der jeweiligen Verfahrensfristen nach Artikel 7 und 8 Klarheit darüber bestehen, ob die Übernahme genehmigt wird. Diesem Aspekt wird Rechnung getragen, indem eine Übernahme grundsätzlich als genehmigt gilt, wenn innerhalb der Fristen nach Artikel 7 Absatz 1 und Artikel 8 Absätze 1 und 3 keine Entscheidung getroffen wurde. Zudem wird dadurch auf das SECO, die mitinteressierten Verwaltungseinheiten und den Bundesrat ein gewisser Druck ausgeübt, innerhalb von den gesetzlich vorgesehenen Fristen nach Artikel 7 und 8 einen Entscheid herbeizuführen, um damit den rechtlichen Schwebezustand der Übernahme aufzuheben. Vergleichbar ist dies mit dem für Behörden bestehenden Beschleunigungsgebot.

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

Absatz 2: Ein Vorbehalt der impliziten Genehmigung besteht für den Fall, dass die Prüfung durch Umstände behindert worden ist, die vom ausländischen Investor oder dem inländischen Unternehmen oder durch die Abhängigkeit von für die Beurteilung der Übernahme erforderlichen ausstehenden Informationen einer ausländischen Behörde zu verantworten sind. In diesem Fall erlässt das SECO eine Verfügung, in welcher es das Vorliegen des Grundes festhält und eine dem Einzelfall angemessene verlängerte Frist ansetzt. Durch die Fristverlängerung gilt eine Übernahme in der Folge nicht mehr bereits nach der ordentlichen Frist gemäss Artikel 7 Absatz 1 und Artikel 8 Absätze 1 und 3, sondern erst nach Ablauf der verlängerten Frist als implizit genehmigt. Für den Fall, dass eine die Frist verlängernde Verfügung angefochten und anschliessend von einem Gericht aufgehoben wird, greift der Mechanismus der impliziten Genehmigung nicht.

Da eine Verlängerung der Frist einzig dann möglich ist, wenn die Prüfung durch Umstände behindert worden ist, die vom ausländischen Investor oder dem inländischen Zielunternehmen oder durch die Abhängigkeit von ausstehenden Informationen einer ausländischen Behörde zu verantworten sind, jedoch keine weiteren Gründe für eine Fristverlängerung bestehen, wird es wichtig sein, das SECO mit den notwendigen Personalressourcen auszustatten. Ansonsten kann nicht gewährleistet werden, dass alle Übernahmen mit der notwendigen Sorgfalt beurteilt werden können.

Art. 10 Mitinteressierte Verwaltungseinheiten

Absatz 1: Die mitinteressierten Verwaltungseinheiten werden fallweise durch das SECO bezeichnet. Dies ist notwendig, da eindeutig bestimmt sein muss, welche Verwaltungseinheiten an einer Entscheidung beteiligt sind. Dabei kommen einzig Einheiten der zentralen Bundesverwaltung in Frage. Das SECO wird sich jeweils am Zuständigkeitsbereich der Verwaltungseinheiten orientieren. Hierzu einige Beispiele: bei einer Übernahme eines Energieunternehmens würde das Bundesamt für Energie (BFE) zusätzlich als mitinteressierte Verwaltungseinheit bezeichnet, bei einer Übernahme einer Bank das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF), bei einer Übernahme eines Unternehmens, welches in der Versorgung mit lebenswichtigen Gütern oder Dienstleistungen tätig ist, das Bundesamt für wirtschaftliche Landesversorgung (BWL), bei einer Übernahme eines Flughafens, einer Fluggesellschaft oder eines anderen Unternehmens der Luftfahrt (bspw. im Bereich der Bodenabfertigung) das Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL).

Absatz 2: Zu den betroffenen Ämtern gehören stets das Staatssekretariat des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (STS-EDA) und das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (GS-VBS). Dabei übernimmt das GS-VBS innerhalb des VBS die Koordination mit dem Bundesamt für Bevölkerungsschutz (BABS), dem Bundesamt für Rüstung (armasuisse) und dem Bereich Verteidigung, je nachdem, ob eine Übernahme eine kritische Infrastruktur oder den Rüstungsbereich betrifft.

Art. 11 Verfahren von Amtes wegen

Besteht der Verdacht, dass ein ausländischer Investor die Genehmigungspflicht missachtet oder umgangen hat, so leitet das SECO das Genehmigungsverfahren nach Artikel 7 von Amtes wegen ein, sobald es Kenntnis von einer möglichen Verletzung der Genehmigungspflicht hat. Voraussetzung für eine Intervention gestützt auf diese Bestimmung ist das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte dafür, dass die Genehmigungspflicht vom ausländischen Investor nicht oder nicht gehörig erfüllt wurde. Eine Umgehung liegt vor, wenn eine genehmigungspflichtige Übernahme ohne Gesuch oder Genehmigung vollzogen wurde. Um einen Missbrauchsfall handelt es sich beispielsweise, wenn ein ausländischer Investor bei der Gesuchstellung für eine geplante Übernahme bewusst falsche Angaben macht. Das SECO setzt den ausländischen Investor über die Verletzung gemäss vorliegendem Artikel und die Einleitung des Genehmigungsverfahrens nach Artikel 7 schriftlich in Kenntnis. Die einmonatige Frist nach Artikel 7 Absatz 1 beginnt zu laufen, sobald der ausländische Investor dem SECO sämtliche Informationen und Unterlagen eingereicht hat, die für eine vollständige Prüfung eines Gesuchs

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

verlangt werden. Die vorliegende Bestimmung orientiert sich an Artikel 35 KG, welcher eine analoge Regelung enthält.

Art. 12 Auskunftsspflicht

Die an einer Übernahme Beteiligten sind gegenüber dem SECO auskunftspflichtig. Als an einer Übernahme beteiligt gelten in erster Linie der ausländische Investor sowie das inländische Unternehmen. Zudem werden bspw. auch die letztlich berechtigten Eigentümer eines ausländischen Investors als an einer Übernahme beteiligt betrachtet. Die Auskunftspflicht soll es dem SECO ermöglichen, alle für eine umfassende Investitionsprüfung notwendigen Informationen einholen zu können, was für die Erfüllung seiner Aufgabe und die Durchsetzung des Gesetzes insgesamt unerlässlich ist. Die weitreichende Informationspflicht gilt sowohl für das Gesuch nach Artikel 6 als auch für das Einholen weitergehender Informationen durch das SECO. Nötigenfalls können die Informationen mittels anfechtbarer Verfügung unter Verweis auf die Auskunftspflicht eingefordert werden.

Grenze der Pflicht bildet der Zweck der Investitionsprüfung. Vom SECO können folglich nur Informationen eingefordert werden, welche für die Durchführung der Investitionsprüfung nach diesem Gesetz erforderlich sind.

Art. 13 Datenbearbeitung

Die Bestimmung erlaubt die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten von natürlichen Personen, welche an einer Übernahme beteiligt sind. Zur Datenbearbeitung berechtigt sind die zuständigen Einheiten der zentralen Bundesverwaltung. Dies ist in erster Linie das SECO, welches gemäss Artikel 4 Absatz 1 für die Investitionsprüfung zuständig ist. Ausserdem sind dies die mitinteressierten Verwaltungseinheiten gemäss Artikel 10 sowie der NDB, welcher gemäss den Artikeln 7 und 8 stets angehört wird. Die Datenbearbeitung ist möglich, falls dies für den Gesetzesvollzug erforderlich ist. Besonders schützenswerte Personendaten von natürlichen Personen dürfen somit nur für den Zweck der Investitionsprüfung bearbeitet werden. In Buchstabe a und b werden die Kategorien besonders schützenswerter Personendaten genannt, welche bearbeitet werden dürfen, soweit dies für die Investitionsprüfung erforderlich ist. Es sind dies Daten über religiöse, weltanschauliche und politische Ansichten oder Tätigkeiten (Bst. a) sowie Daten über verwaltungs- und strafrechtliche Verfolgungen oder Sanktionen (Bst. b). Die Befugnis zur gegenseitigen Bekanntgabe entsprechender Daten unter den in vorliegender Bestimmung genannten Akteuren ergibt sich implizit aus den Verfahrensbestimmungen nach Artikel 7 und 8. Die Bearbeitung von nicht besonders schützenswerten Daten gemäss dem Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992⁵² (DSG) wird auf Verordnungsstufe geregelt.

Art. 14 Zusammenarbeit mit inländischen Behörden

In dieser Bestimmung wird eine Auskunftspflicht statuiert. Die Buchstaben a – g von Absatz 1 zählen abschliessend auf, welche Stellen dem SECO gegenüber, auf dessen Ersuchen hin, auskunftspflichtig sind, soweit eine entsprechende Erforderlichkeit für die Investitionsprüfung besteht. Zu diesen Stellen zählen u. a. die Aufsichtsbehörden des Bundes (Bst. e) (z. B. die FINMA oder das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI)). Insofern sind sie in die Abklärungen des SECO im Rahmen der Investitionsprüfung miteinbezogen. Dem SECO kommt im Rahmen des Vollzugs des Investitionsprüfgesetzes eine Aufsichtsfunktion zu. Die FINMA ist daher gestützt auf Art. 39ff des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007⁵³ (FINMAG) berechtigt, dem SECO Daten zu übermitteln, welche dieses für den Vollzug des Investitionsprüfgesetzes benötigt. In Bezug auf das Bundesamt für Polizei dürfte in der Praxis insbesondere das Einholen von Informationen bei der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) wichtig sein. Die Investitionsprüfung findet grundsätzlich auf Bundesebene statt. Es kann jedoch durchaus sein, dass das SECO auf eine Mitwirkung von kantonalen Behörden angewiesen ist (Bst. f und g). Ermöglicht wird die einseitige Konsultation der genannten Stellen durch das SECO, um für die Investitionsprüfung erforderliche Informationen einholen zu können.

⁵² SR 235.1

⁵³ SR 956.1

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

Miterfasst wird davon auch eine für die Anfrage notwendige gegenseitige Bekanntgabe entsprechender Daten. Dazu gehört auch die Bekanntgabe von Daten der in Absatz 2 dieser Bestimmung aufgeführten besonders schützenswerten Datenkategorien.

Art. 15 Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden

Diese Bestimmung bildet die gesetzliche Grundlage für den Austausch mit ausländischen Behörden im Rahmen der Investitionsprüfung. Sie regelt die internationale Amtshilfe.

Absatz 1: Unabhängig von einem zu prüfenden Einzelfall kann sich das SECO zu jedem beliebigen Zeitpunkt mit den für die Investitionsprüfung zuständigen Behörden eines anderen Staates über die allgemeine Gefährdungs- und Bedrohungslage bezüglich der öffentlichen Ordnung und Sicherheit austauschen.

Absatz 2: Diese Regelung ermöglicht die Kooperation mit anderen Staaten oder internationalen Organisationen (z. B. Europäische Union) zwecks Bekanntgabe von für die Investitionsprüfung erforderlichen Daten im Einzelfall. Grundlage für diese Bekanntgabe bildet ein für diesen Zweck abgeschlossenes bilaterales oder multilaterales Übereinkommen (Bst. b Ziff. 1). Ausserdem kann eine Datenbekanntgabe im Einzelfall auch gestützt auf eine von den beteiligten Personen ausdrücklich erteilte Zustimmung erfolgen (Bst. a). Eine Bekanntgabe kann auf Ersuchen des SECO oder der zuständigen ausländischen Behörde des Partnerstaates, mit welchem ein erwähntes Übereinkommen besteht, erfolgen. Für den Fall, dass sich die internationale Amtshilfe auf ein entsprechendes Abkommen nach Buchstabe b Ziffer 1 stützt, müssen zusätzlich drei weitere Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein: die zweckgebundene Bearbeitung gemäss Auskunftsbegehren durch die zuständige ausländische Behörde (Ziff. 2), keine Verwendung der Daten in einem Straf- oder Zivilverfahren (Ziff. 3) sowie die Wahrung der Parteirechte und des Amtsgeheimnisses im ausländischen Verfahrensrecht (Ziff. 4).

Art. 16

Absatz 1: Dieser Absatz erklärt das VwVG für Beschwerden gegen im Rahmen der Investitionsprüfung vom SECO erlassenen Verfügungen für anwendbar. Ein endgültiger Entscheid des Bundesrates ohne Rechtsmittel wird vermieden, was sowohl aus verfassungs- (Art. 29a BV) als auch völkerrechtlicher Sicht (betreffend Art. 6 EMRK⁵⁴) geboten ist.

Absatz 2: In diesem Absatz wird die Beschwerdelegitimation einschränkend geregelt. Zur Beschwerde berechtigt sind nur der ausländische Investor und das inländische Unternehmen. Insbesondere im Interesse der Verfahrensbeschleunigung soll mit dieser Einschränkung von einer Beschwerdelegitimation von allfällig besonders betroffenen Dritten abgesehen werden. Ein Beispiel eines besonders betroffenen Dritten wäre etwa ein anderer, ebenfalls an der Übernahme des inländischen Unternehmens interessierter, mitbietender Investor.

Absatz 3: Diese Bestimmung sieht für die Fälle von erheblicher politischer Tragweite eine Einschränkung der gerichtlichen Überprüfbarkeit vor. Die Vorgehensweise, wie Fälle von erheblicher politischer Tragweite bestimmt werden, ist in Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe b geregelt.

Art. 17 Verwaltungsmassnahmen

Diese Bestimmung bildet die gesetzliche Grundlage für das Ergreifen von Verwaltungsmassnahmen zur Behebung von möglichen Rechtsverstössen.

Absatz 1: Falls eine Übernahme bereits ganz oder zumindest teilweise vollzogen wurde, können die erforderlichen Massnahmen ergriffen werden, um den ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen. Grundsätzlich dürfte dafür im Falle von einem Nichtnachkommen der Genehmigungspflicht die Einleitung des Genehmigungsverfahrens von Amtes wegen nach Artikel 11 angezeigt sein.

Absatz 2: Steht kein milderes mögliches Mittel zur Verfügung, kann das SECO gar eine Desinvestition verfügen, welche eine rechtswidrig vollzogene Übernahme wieder rückgängig

⁵⁴ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101).

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

macht. Voraussetzung für eine Intervention des SECO ist ein entsprechender Beschluss des Bundesrates.

Art. 18 Verwaltungssanktionen

Absatz 1: Diese Bestimmung sieht Sanktionen für folgende Verstösse vor. Pönalisiert wird zum einen der Vollzug einer genehmigungspflichtigen Übernahme unter Umgehung der Genehmigungspflicht nach Artikel 4. Ausserdem wird der Vollzug einer nach Durchführung des Genehmigungsverfahrens untersagten genehmigungspflichtigen Übernahme sanktioniert (Bst. a). Auch für eine aufgrund von vorsätzlich gemachten falschen Angaben fälschlicherweise genehmigte Übernahme ist eine Verwaltungssanktion vorgesehen (Bst. b). Schliesslich wird auch das Nichtdurchführen einer Massnahme zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes nach Artikel 17 sanktioniert (Bst. c). Sanktionsadressat ist der ausländische Investor. Als Sanktion ist eine Belastung mit einem Prozentsatz des Transaktionswertes vorgesehen. Das Sanktionsmass beträgt bis zu zehn Prozent des Transaktionswertes und wird vom SECO jeweils nach Schwere und unter Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles festgesetzt (siehe Erläuterungen zu Abs. 5).

Absatz 2: Diese Regelung sieht eine Sanktion für Auskunftspflichtige im Sinne von Artikel 12 vor. Für eine Nichterfüllung oder nicht richtige Erfüllung der Auskunftspflicht ist eine Belastung mit einem Betrag bis zu 100 000 Schweizer Franken als Sanktion vorgesehen. Eine Nichterfüllung liegt vor, wenn eine auskunftspflichtige Person keine gesetzlich verlangte Auskunft erteilt. Nicht richtig erfüllt wird die Auskunftspflicht, wenn dem SECO nicht sämtliche für die Investitionsprüfung relevanten Informationen mitgeteilt werden.

Absatz 3: Kann der vormalige Eigentümer, insbesondere aufgrund der bereits vollzogenen Übernahme, nicht (mehr) für Verstösse gemäss den Absätzen 1 und 2 zur Verantwortung gezogen werden, wird das aus der Übernahme entstandene Unternehmen haftbar. Dieser Haftungsübergang gilt auch für einen späteren Verkauf des inländischen Unternehmens.

Absatz 4: Für den Fall, dass der Transaktionswert einer Übernahme dem SECO nicht bekannt gegeben wird und von ihm nicht ohne wesentlichen Aufwand in Erfahrung gebracht werden kann, ist es berechtigt, diesen für die Bestimmung des Sanktionsmasses nach Absatz 1 selbst zu schätzen.

Absatz 5: In dieser Bestimmung wird die Zuständigkeit für die Untersuchung und Beurteilung von Verstössen nach Absätzen 1 und 2 dieses Artikels geregelt. Zuständig ist das SECO.

Absatz 6: Dieser Absatz regelt die Verfolgungsverjährung für die Sanktionierung nach vorliegendem Artikel. Die Verfolgungsverjährungsfrist für Verstösse nach den Absätzen 1 und 2 beträgt 5 Jahre. Sie beginnt für Verstösse nach Absatz 1 mit Vollzug der Übernahme und für Verstösse nach Absatz 2 mit Eingang des Gesuchs durch den ausländischen Investor beim SECO zu laufen.

Absatz 7: Mit dieser Bestimmung werden Verwaltungssanktionsverfahren von der Anwendbarkeit der beschränkten Überprüfbarkeit nach Artikel 16 Absatz 3 ausgenommen. Für solche Verfahren gilt somit die volle Kognition bei gerichtlicher Überprüfung.

Art. 19 Vollzug

Absatz 1: Dieser Artikel enthält den üblichen Auftrag an den Bundesrat zum Erlass der notwendigen Ausführungsbestimmungen zu vorliegendem Gesetz.

Absatz 2: Das SECO orientiert die Öffentlichkeit jährlich über den Vollzug dieses Gesetzes, indem es dem Bundesrat einen Tätigkeitsbericht erstattet. Dieser Tätigkeitsbericht enthält lediglich aggregierte Informationen, damit keine Rückschlüsse auf einzelne Übernahmen oder Verfahren möglich sind. Der Bericht soll auch aggregierte Informationen zu allfälligen erstinstanzlichen Verwaltungssanktionsentscheiden enthalten.

Art. 20 Änderung anderer Erlasse

Der Erlass des Investitionsprüfgesetzes führt zur Änderung von zwei anderen Bundesgesetzen: Zum einen soll in Artikel 56 Absatz 1 Buchstabe c des Informationssicherheitsgesetzes

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

vom 18. Dezember 2020⁵⁵ (ISG), welches aktuell noch nicht in Kraft getreten ist, eine Datenerhebung zur Eignungsbeurteilung durch die Fachstelle Betriebssicherheit neuerdings auch beim SECO möglich sein. Im Bereich der Informationssicherheit zielt das ISG in die gleiche Richtung wie das Investitionsprüfgesetz (öffentliche Ordnung und Sicherheit). Nach ISG hat die Fachstelle Betriebssicherheit Unternehmen, die für die Vergabe eines sicherheitsempfindlichen Auftrages des Bundes in Frage kommen, einer Vertrauenswürdigkeitsprüfung zu unterziehen (Eignungsprüfung nach Art. 55–58 ISG). Die vom SECO erhobenen Daten über ausländische Einflussnahme auf Unternehmen, die unter Umständen auch einmal für den Bund tätig sein können, sind auch Teil der Erhebungen der Fachstelle Betriebssicherheit. Aus verfahrensökonomischen Gründen sollte letztere, auf Anfrage, auf bereits durch das SECO erhobene Informationen zurückgreifen können. Zum anderen wird im Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005⁵⁶ neu in Artikel 33 Buchstabe b Ziffer 11 die Beschwerde gegen Verfügungen des Bundesrates betreffend Entscheide im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens nach dem Investitionsprüfgesetz zugelassen.

Art. 21 Referendum und Inkrafttreten

Als Bundesgesetz unterliegt der Entwurf dem fakultativen Referendum nach Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe a BV. Der vorliegende Artikel ermächtigt den Bundesrat, den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Investitionsprüfgesetzes zu bestimmen.

5 Auswirkungen

Die nachfolgenden Ausführungen basieren hauptsächlich auf der vom SECO in Auftrag gegebenen vertieften Regulierungsfolgenabschätzung (nachfolgend RFA Investitionsprüfung), die durch BSS Volkswirtschaftliche Beratung in Zusammenarbeit mit der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften ZHAW erarbeitet wurde.⁵⁷

5.1 Auswirkungen auf den Bund

Durch die Einführung einer Investitionsprüfung würden beim Bund zwei unterschiedliche Arten von Kosten entstehen: Erstens vorübergehende Einführungskosten, zweitens dauerhafte Vollzugskosten. Diese Kosten werden insbesondere beim SECO sowie ggfs. bei den mitinteressierten Verwaltungseinheiten und dem NDB, welcher angehört wird, anfallen. Grundsätzlich hängt die Höhe der Kosten entscheidend von der Ausgestaltung der Investitionsprüfung ab. Abhängig von der Anzahl Übernahmen, die geprüft werden müssen, fällt der Aufwand höher oder tiefer aus. Die Finanzierung soll soweit möglich über Gebühren erfolgen; nicht durch Gebühren gedeckte Aufwände werden aus allgemeinen Steuermitteln finanziert (siehe Ziff. 3.2).

Vorübergehende Einführungskosten:

Es ist geplant, dass innerhalb des SECO ein entsprechendes Ressort aufgebaut wird, welches für die Durchführung der Investitionsprüfung verantwortlich zeichnet. Dies beinhaltet namentlich die Rekrutierung des entsprechenden Personals, die Operationalisierung des Prüfprozesses und der Genehmigungskriterien sowie die Einrichtung des Prozesses für die amtsübergreifende Abstimmung im Prüfprozess. Durch Letzteres können wahrscheinlich bei den mitinteressierten Verwaltungseinheiten sowie beim NDB ebenfalls geringe Einführungskosten entstehen. Bei der Etablierung der Prozesse wird auf die Erfahrungen aus bereits bestehenden ähnlich gelagerten Prozessen, namentlich im Bereich der Exportkontrollen, zurückgegriffen werden können. Dies dürfte die Einführungskosten etwas reduzieren.

⁵⁵ Abrufbar unter: www.parlament.ch > 17.028.

⁵⁶ SR 173.32

⁵⁷ Abrufbar unter: www.seco.admin.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Regulierung > Regulierungsfolgenabschätzung > Vertiefte RFA.

Dauerhafte Vollzugskosten:

Die von der Investitionsprüfung erfassten Übernahmen werden vom SECO, den mitinteressierten Verwaltungseinheiten sowie vom NDB geprüft. Dabei werden vom SECO teilweise vertiefte Abklärungen zu den Genehmigungskriterien gemäss Artikel 5 VE-IPG vorgenommen. Es wird z. B. vertieft abgeklärt, wer der letztlich berechtigte Eigentümer hinter dem Investor ist oder ob allenfalls eine verdeckte staatliche Kontrolle des Investors besteht. Allenfalls werden auch bei den Botschaften vor Ort weitere Informationen zum Investor eingeholt, um die Beweggründe des Investors besser einschätzen zu können. Insbesondere bei kritischen Infrastrukturen ist eine Analyse der vom inländischen Unternehmen angebotenen Produkte und Dienstleistungen sowie des Marktes notwendig, um die Substituierbarkeit der Produkte und Dienstleistungen einschätzen zu können. Ebenso wird der NDB regelmässig Abklärungen zum Investor bei ausländischen Partnerdiensten vornehmen. Des Weiteren wird der notwendige Informationsfluss zwischen den beteiligten Verwaltungseinheiten zu Koordinationsaufwand führen.

Die Höhe der dauerhaften Vollzugskosten hängt massgeblich vom Mengengerüst, d. h. der Anzahl Übernahmen, die im Rahmen der Investitionsprüfung geprüft werden müssen, ab. Die RFA Investitionsprüfung zeigt auf, dass sich das Mengengerüst je nach Variante betreffend die Definition des inländischen Unternehmens (siehe die Erläuterungen zu Art. 3 in Ziff. 4) unterscheiden wird. Basierend auf einer Analyse der Jahre 2016–2020 kommt die RFA Investitionsprüfung zum Schluss, dass mit dem vorliegenden Vorschlag in der Variante 1 wahrscheinlich mit rund 45 zu prüfenden Übernahmen pro Jahr zu rechnen wäre, in der Variante 2 mit rund 23 Übernahmen. Betreffend diese Schätzung ist jedoch darauf hinzuweisen, dass sich diese auf eine ex-post Analyse bezieht und für eine quantitative Abschätzung des künftig erwarteten Mengengerüsts nur bedingt aussagekräftig ist. Zudem bestehen mehrere methodische Einschränkungen. So gestaltet sich bspw. gerade die Identifizierung von Übernahmen von Dual-Use-relevanten Unternehmen als Herausforderung. Oder es fehlen in den für die RFA Investitionsprüfung verwendeten Datenbanken oft die Umsatzzahlen der inländischen Unternehmen (für Details siehe Kap. 3 der RFA Investitionsprüfung). Aufgrund dieser Unsicherheiten kann die tatsächlich resultierende Anzahl an zu prüfenden Übernahmen auch höher oder tiefer liegen. Deshalb sind diese Angaben keine Prognosen, sondern als grobe Richtwerte zu verstehen.

Betreffend die Personalausstattung ist zu berücksichtigen, dass es über die Zeit hinweg zu Schwankungen im Fallaufkommen kommen wird. Da ausserdem maximale Fristen für die Prüfung gelten, ist es wichtig, genügend Personalressourcen bereitzustellen, um die Übernahmen sorgfältig prüfen zu können. Basierend auf dem Personalbestand ausländischer Investitionsprüfbehörden kommt die RFA Investitionsprüfung zum Schluss, dass pro Vollzeitäquivalent rund 6 Übernahmen im Jahr geprüft werden könnten. Die Kombination des Mengengerüsts mit dem Personalbedarf ergibt damit für das SECO für die Variante 1 einen Personalbedarf von rund 8⁵⁸ Vollzeitäquivalenten und für die Variante 2 von rund 4⁵⁹ Vollzeitäquivalenten. Zudem ist zu erwarten, dass bei den ständig mitinteressierten Verwaltungseinheiten (STS-EDA, GS-VBS) sowie beim NDB ebenfalls ein Bedarf für zusätzliches Personal entstehen wird.

Zusätzlich zum Personalbedarf für den direkten Vollzug kommen wahrscheinlich Lizenzgebühren für spezialisierte Firmen- und Investitionsdatenbanken, die für die Prüfung notwendige Informationen liefern. Solche Lizenzgebühren belaufen sich je nach Produkt auf einige zehntausend Franken bis zu mehreren 100 000 Franken.

5.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete

Die Vorlage hat keine spezifischen Auswirkungen auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete. Die entsprechenden Fragen wurden daher nicht vertieft untersucht.

⁵⁸ 45 Übernahmen / 6 Fälle pro VZÄ = 7,5 VZÄ.

⁵⁹ 23 Übernahmen / 6 Fälle pro VZÄ = 3,8 VZÄ.

Kantone und Gemeinden sind dahingehend betroffen, als sie Eigentümer von Unternehmen sind, meist in Bereichen von kritischen Infrastrukturen (z. B. im Energiebereich oder bei der Wasserversorgung). Beabsichtigt ein Kanton oder eine Gemeinde, ein Unternehmen in Staatsbesitz zu veräussern, und wird diese Übernahme von der Investitionsprüfung erfasst, muss diese Übernahme genehmigt werden. Dadurch wird ein Kanton oder eine Gemeinde gleichermaßen von Regulierungskosten betroffen sein wie ein privater Eigentümer, der sein Unternehmen verkaufen will. Betreffend diese Regulierungskosten sei auf Ziffer 5.4 verwiesen.

5.3 Auswirkungen auf die öffentliche Ordnung und Sicherheit

Die RFA Investitionsprüfung geht davon aus, dass die Investitionsprüfung zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit beitragen würde. Möglicherweise problematische Investitionen könnten verhindert werden und ausländische Akteure, die Übernahmen zur politischen Einflussnahme missbrauchen wollen, würden abgeschreckt.

Zwar besteht mit der bestehenden Gesetzgebung und der Tatsache, dass sich viele Unternehmen, die kritische Infrastrukturen bereitstellen, in Besitz des Staates (Bund, Kantone, Gemeinde) befinden, bereits heute ein grosser Schutz gegen die im Zentrum stehenden Gefährdungen oder Bedrohungen.⁶⁰ Dennoch sieht die RFA Investitionsprüfung einige wenige Bereiche, in welchen potentiell der Schutz nicht ausreichend ist. Es handelt sich dabei namentlich um die folgenden Bereiche: Rüstungs- und Dual-Use-Güter, sicherheitsrelevante IT-Dienstleistungen sowie Arzneimittel und Medizinprodukte.

Von Bedeutung in diesem Zusammenhang ist betreffend Sicherheit namentlich die Genehmigungspflicht für Übernahmen von Unternehmen, die Rüstungsgüter liefern oder Dienstleistungen erbringen, die für die Einsatzfähigkeit der Schweizer Armee oder weiterer Institutionen des Bundes, die für die staatliche Sicherheit zuständig sind, unabdingbar sind. Dadurch können Übernahmen untersagt werden, die die Sicherstellung des zuverlässigen Betriebs und die Einsatz- und Durchhaltefähigkeit eingeführter Systeme der Armee und weiterer Institutionen staatlicher Sicherheit in Frage stellen würden.

Zudem hält die RFA fest, dass – je nach vorliegendem Fall – auch ein indirekter sicherheitspolitischer Nutzen entstehen kann, da andere Staaten mittels einer Übernahme nicht an Schweizer Technologien für eigene Rüstungsbestrebungen gelangen können, sofern dies die öffentliche Sicherheit der Schweiz gefährden oder bedrohen würde. Relevant sind diesbezüglich Übernahmen von Unternehmen, die Kriegsmaterial oder Dual-Use-Güter produzieren, deren Ausfuhr bewilligungspflichtig ist.

5.4 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Nachfolgend wird zuerst auf die Auswirkungen auf inländische Unternehmen eingegangen. Anschliessend werden die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen dargelegt, inklusive den Auswirkungen auf die internationale Öffnung der Schweiz sowie die Standortattraktivität.

Die Vorlage wirkt sich ebenfalls auf ausländische Investoren aus, die eine Übernahme genehmigen lassen müssen. Da diese Auswirkungen allerdings nicht im In- sondern im Ausland anfallen, werden diese nicht direkt thematisiert. Indirekt fliessen diese Kosten jedoch zumindest teilweise mit in die Kosten ein, die beim inländischen Unternehmen entstehen. Denn die insgesamt anfallenden Kosten werden je nach Verteilung der Verhandlungsmacht zwischen Käufer und Verkäufer aufgeteilt und in den Kaufpreis eingerechnet.

Auswirkungen auf inländische Unternehmen

Die im Rahmen der RFA Investitionsprüfung durchgeführte Untersuchung zeigt auf, dass bei den Auswirkungen auf inländische Unternehmen insbesondere zusätzliche Rechtsunsicherheiten sowie die Minderung des Unternehmenswerts beim Verkauf des Unternehmens im Zentrum stehen.

⁶⁰ Siehe diesbezüglich auch die Ausführungen in Kapitel 3 und 4 im Bericht «Grenzüberschreitenden Investitionen und Investitionskontrollen» (Fundort siehe Fussnote 5).

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

Rechtsunsicherheiten entstehen hauptsächlich dadurch, dass den beteiligten Verwaltungseinheiten sowie letztlich dem Bundesrat ein gewisses Ermessen in der Beurteilung einer Übernahme eingeräumt wird. Dies macht es einem Unternehmen schwieriger, im Voraus abzuschätzen, ob eine Übernahme genehmigt wird oder nicht.

Zudem bringen Compliance-Risiken Rechtsunsicherheiten mit sich. So kann beim ausländischen Investor eine gewisse Unsicherheit bestehen, ob eine Übernahme genehmigungspflichtig ist. Wird für eine genehmigungspflichtige Übernahme kein Gesuch eingereicht, drohen Verwaltungs- sowie Sanktionsmassnahmen (siehe Erläuterungen zu den Art. 17 und 18 in Ziff. 4). Diese Rechtsunsicherheiten hemmen den Markt für Unternehmensübernahmen.

Die Investitionsprüfung führt zudem dazu, dass es bei zu genehmigenden Übernahmen zu einer Verlängerung der Zeit zwischen dem Abschluss des Kaufvertrags und dem Vollzug der Übernahme von zwischen einem bis zu vier Monaten kommt. Je länger diese Zeitspanne ist, desto grösser sind die Unsicherheiten beim Käufer und beim Verkäufer. Denn ein Unternehmen gilt mit dem Abschluss des Kaufvertrags als technisch verkauft, der Käufer übernimmt allerdings erst nach erfolgtem Vollzug die volle Verfügungsmacht über das Unternehmen.

Fällt eine Übernahme unter die Investitionsprüfung, wird sich dies zudem negativ auf den Wert des inländischen Unternehmens auswirken. Ein Verkäufer wird in der Regel bestrebt sein, dass ein Bieterwettbewerb um sein Unternehmen entsteht. Je intensiver dieser Wettbewerb, desto höher fällt der Verkaufspreis aus. Führt die Investitionsprüfung nun dazu, dass sich der Kreis der Interessenten reduziert, wird sich dies negativ auf den Bieterwettbewerb auswirken. Dabei sind grundsätzlich zwei Situationen zu unterscheiden. In der ersten Situation fällt das inländische Unternehmen in die Gruppe von Unternehmen, bei welchen für alle ausländischen Investoren eine Genehmigungspflicht besteht. In diesem Fall kann sich der Kreis der Interessenten insbesondere aufgrund der oben dargestellten Rechtsunsicherheiten sowie der drohenden Verzögerung beim Vollzug der Übernahme von bis zu vier Monaten reduzieren. In der zweiten Situation wird nur eine Genehmigungspflicht resultieren, wenn der Käufer ein ausländischer staatlicher oder staatsnaher Investor ist. In diesem Fall muss sich der Verkäufer entscheiden, ob er das Risiko einer Prüfung eingehen will, oder ob er einen ausländischen staatlichen oder staatsnahen Bieter vom Bieterprozess ausschliessen will, wodurch sich der Bieterwettbewerb abschwächen würde.

Kommt es zu einer Untersagung einer Übernahme oder zieht sich ein ausländischer Investor während eines Genehmigungsverfahrens zurück, sind weitere negative Auswirkungen zu erwarten. So dürfte sich der Wert des inländischen Unternehmens wahrscheinlich stark reduzieren. Überdies entstehen Opportunitätskosten. Eine Übernahme bringt in der Regel aufgrund von Synergien zwischen Käufer und Zielunternehmen betriebswirtschaftliche Vorteile, die sich nun nicht realisieren lassen. Zudem trägt das inländische Unternehmen die vollen Prozesskosten, die im Verkaufsprozess entstanden sind.

Hinzu kommen ausserdem noch die direkten Verfahrens- und Beratungskosten, die dadurch entstehen, dass eine Übernahme der Investitionsprüfung unterliegt. Gemäss der RFA Investitionsprüfung werden diese Kosten bei grossen Übernahmen nicht ins Gewicht fallen, zumal diese in der Regel sowieso von spezialisierten Beratern begleitet werden. Bei kleineren Übernahmen dürften diese Kosten aber relativ gesehen stärker ins Gewicht fallen. Die RFA Investitionsprüfung geht jedoch davon aus, dass aufgrund der Investitionsprüfung zusätzlich entstehende Beratungskosten für die beteiligten Unternehmen nicht entscheidungsrelevant für oder gegen eine Transaktion sind. Werden die Beratungsdienstleistungen, die bei Übernahmen in Anspruch genommen werden, durch schweizerische Berater erbracht, entsprechen die direkten Beratungskosten deren Einnahmen.

Gesamtwirtschaftliche Auswirkungen

Die Einführung einer Investitionsprüfung reduziert den internationalen Öffnungsgrad der Schweiz. Zudem vermindert sich die Attraktivität des Wirtschafts- und Investitionsstandorts Schweiz. Wenn gewisse ausländische Investitionen in inländische Unternehmen erschwert oder verhindert werden, wirkt sich dies negativ auf die Bereitschaft sowohl ausländischer als

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

auch inländischer Investoren aus, in inländische Unternehmen zu investieren. Auch ist zu erwarten, dass ein Investor eher zögert, ein neues Tochterunternehmen in der Schweiz aufzubauen (sog. *greenfield investment*), wenn die Möglichkeit besteht, dass ein späterer Verkauf der Investitionsprüfung unterliegt. Dadurch reduziert sich – ceteris paribus – der Umfang an (ausländischen) Investitionen in der Schweiz.

Die Schweiz profitiert somit bei einer Einführung einer Investitionsprüfung in vermindertem Ausmass von den Vorteilen von ausländischen Investitionen.⁶¹ Ausländische Investitionen tragen beispielsweise zu einer Erhöhung des Kapitalstocks einer Volkswirtschaft bei und führen zum Einsatz von neuen Technologien sowie zu Produkt- und Prozessinnovationen. Ausserdem begünstigen sowohl Investitionen im Ausland als auch ausländische Investitionen im Inland die Einbettung von Unternehmen in die globalen Wertschöpfungsketten. Entsprechend wirkt sich die Einführung einer Investitionsprüfung negativ auf die Entwicklung der Produktivität und die Innovation aus. Aus einer gesamtwirtschaftlichen Perspektive gehen damit auch negative Auswirkungen auf die Entwicklung des Arbeitsmarktes einher. Alle diese Faktoren tragen letztlich zur Entwicklung des Wohlstands der Bevölkerung bei, welche durch die Einführung einer Investitionsprüfung somit negativ betroffen sein dürfte.

Zwar haben derzeit bereits viele OECD-Staaten eine Investitionsprüfung oder sind daran, eine solche einzuführen. Nichtsdestotrotz verliert die Schweiz im relativen Vergleich einen Standortvorteil, den sie gegenüber Staaten mit einer Investitionsprüfung hat.

Werden Übernahmen unterbunden, die die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Schweiz gefährden oder bedrohen würden, kann sich dies allerdings auch positiv auf die übrigen Unternehmen auswirken. Eine Investitionsprüfung kann z. B. zur kontinuierlichen Versorgung wichtiger Vorleistungen beitragen, die nicht innert nützlicher Frist durch andere substituiert werden könnten.

Vor allem Übernahmen durch ausländische staatliche oder staatsnahe Investoren werden in der öffentlichen Debatte mit grossen Vorbehalten begegnet. So kann die Einführung einer fokussierten Investitionsprüfung zudem dazu beitragen, den Rückhalt in der Bevölkerung für die Offenheit der Schweiz für ausländische Investitionen langfristig zu sichern. Ein hoher Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ist ausserdem ein wichtiger Faktor für die Attraktivität eines Wirtschafts- und Investitionsstandortes. Eine Investitionsprüfung kann somit indirekt die Standortattraktivität auch stärken.

5.5 Auswirkungen auf die Gesellschaft

Die Sicherheit der Menschen in der Schweiz erhöht sich, wenn Übernahmen unterbunden werden, die die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Schweiz gefährden oder bedrohen würden. Die Investitionsprüfung kann somit einen direkten Sicherheitsnutzen für den Staat und die Gesellschaft haben (vgl. dazu auch Ziff. 5.3).

Die Vorlage hat keine spezifischen Auswirkungen auf andere gesellschaftliche Aspekte wie die Kultur, Gleichberechtigung oder Solidarität zwischen Generationen oder auf bestimmte gesellschaftliche Gruppen. Die entsprechenden Fragen wurden daher nicht vertieft untersucht.

5.6 Auswirkungen auf die Umwelt

Die Vorlage hat keine spezifischen Auswirkungen auf die Umwelt. Die entsprechende Frage wurde daher nicht vertieft untersucht.

5.7 Andere Auswirkungen

Wird eine Übernahme untersagt, ist nicht auszuschliessen, dass dies aussenpolitische Auswirkungen haben kann. Gerade wenn es sich beim ausländischen Investor um einen staatli-

⁶¹ Siehe diesbezüglich auch die Ausführungen in Kapitel 2 im Bericht «Grenzüberschreitenden Investitionen und Investitionskontrollen» (Fundort siehe Fussnote 5).

chen oder staatsnahen Investor handelt, aber auch bei einem privaten Investor, kann die Untersagung einer Übernahme zu Verstimmungen mit dem Sitzstaat des Investors führen. Auch kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass ein Staat mit Vergeltungsmassnahmen gegen Schweizer Unternehmen reagiert, wenn einem Investor aus seinem Land eine Übernahme in der Schweiz untersagt würde.

Die folgenden beiden Faktoren dürften solchen Vorkommnissen allerdings entgegenwirken. Erstens haben aktuell mehr als die Hälfte der OECD-Staaten eine sektorübergreifende Investitionsprüfung. Vor zehn Jahren betrug dieser Anteil noch einen Drittel. Und auch viele der grösseren Schwellenländer haben Investitionsprüfungen. Damit handelt es sich bei einer Investitionsprüfung um ein weitverbreitetes Instrument, welches viele Staaten selbst auch einsetzen. Zweitens wird bei der Ausgestaltung darauf geachtet, dass die Investitionsprüfung mit den bereits bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar ist (siehe diesbezüglich auch die Ausführungen unter Ziff. 6.2).

6 Rechtliche Aspekte

6.1 Verfassungsmässigkeit

In Artikel 27 BV ist das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (individuelle Garantie) verankert. Gemäss Artikel 94 Absatz 1 BV gilt zudem der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (institutionelle Garantie), an welchen sich Bund und Kantone zu halten haben. Als Teilgehalt davon ist auch die Investitionsfreiheit geschützt, teilweise auch diejenige ausländischer juristischer Personen.

Artikel 101 Absatz 2 BV ermächtigt den Bund in besonderen Fällen Massnahmen zum Schutz der inländischen Wirtschaft zu treffen und dafür nötigenfalls vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen. Eine Abweichung bedarf einer Verfassungsgrundlage (Art. 94 Abs. 4 BV).

Angesichts der Komplexität und sektorübergreifenden Ausgestaltung der Investitionsprüfung erscheint ein Abstützen des Investitionsprüfgesetzes auf verschiedene Verfassungsnormen erforderlich. Dafür haben sich die Artikel 95 und 101 BV als einschlägig erwiesen.

Die öffentliche Ordnung und Sicherheit stellen legitime Gründe für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit dar. Es ist im Einzelfall jedoch erforderlich, die Beeinträchtigung dieser beiden öffentlichen Interessen durch die kontrollierende Übernahme eines schweizerischen Unternehmens durch eine ausländische juristische oder natürliche Person zu begründen und den vorgesehenen Eingriff in verhältnismässiger Weise auf das öffentliche Interesse abzustellen. Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit müssen die Voraussetzungen von Artikel 36 BV (Grundrechtseingriff) erfüllen. Die Investitionsprüfung darf nur in einem Mass in die Wirtschaftsfreiheit eingreifen, welches erforderlich ist für den Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Das Vorsehen von zweckmässigen Auflagen und Bedingungen kann sich in diesem Zusammenhang als geeignetes Mittel erweisen, um im Einzelfall die Verhältnismässigkeit gewährleisten zu können.

Der Bund kann auf der Grundlage von Artikel 95 BV die privatwirtschaftliche Tätigkeit regeln. Auf diesen Artikel stützen sich bereits heute eine Vielzahl von Bundesgesetzen. Bei Artikel 95 Absatz 1 BV handelt es sich um eine Globalkompetenz. Im Hinblick auf die Ausübung einer privatrechtlichen Erwerbstätigkeit steht es dem Bund frei, alle Aspekte, Belange sowie Stufen dieser Tätigkeit einer Regelung zu unterwerfen. Es handelt sich bei der privatwirtschaftlichen Tätigkeit von Artikel 95 Absatz 1 BV um den gleichen Begriff wie in Artikel 27 BV. Diese Bestimmung erlaubt es insbesondere, die Bedingungen für den Zugang zum schweizerischen Markt zu regeln. Jede vom Gesetzgeber getroffene Massnahme muss jedoch insbesondere den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit respektieren, der in den Artikeln 27 (Wirtschaftsfreiheit, individuelle Garantie) und 94 (Wirtschaftsfreiheit, institutionelle Garantie) der Bundesverfassung verankert ist. Dem Gesetzgeber ist es untersagt, grundsatzwidrige Massnahmen zu erlassen, es sei denn, sie haben eine besondere verfassungsrechtliche Grundlage (Art. 94 Abs. 4 BV). Grundsatzkonforme Massnahmen sind zulässig, müssen aber den Anforderungen der Artikel 27 und 36 (Einschränkungen von Grundrechte) BV genügen.

Artikel 101 BV regelt die Zuständigkeit des Bundes auf dem Gebiet der Aussenwirtschaftspolitik. Absatz 1 beauftragt den Bund mit der "Wahrung der Interessen der schweizerischen Wirtschaft im Ausland", während Absatz 2 erlaubt, wenn nötig, "Massnahmen zum Schutz der schweizerischen Wirtschaft" zu ergreifen, und zwar in Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Die Investitionsprüfung muss dem Auftrag des Bundes Rechnung tragen, sich für die Öffnung ausländischer Märkte für Schweizer Unternehmen einzusetzen (Art. 101 Abs. 1 BV). Dies soll gewährleistet werden können, indem die Investitionsprüfung so ausgestaltet ist, dass sie sich lediglich auf kritische Bereiche beschränkt, von welchen eine potentielle Gefährdung oder Bedrohung für die öffentliche Ordnung und Sicherheit ausgeht.

6.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Gemäss Bundesverfassung haben Bund und Kantone das Völkerrecht zu beachten (Art 5 Abs. 4 BV). Eine Investitionsprüfung ist somit mit völkerrechtlichen Verpflichtungen vereinbar auszugestalten.

Die Schweiz ist im Allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), den Freihandelsabkommen (FHA) der Schweiz mit Drittstaaten, aber auch mit den in vorliegendem Zusammenhang relevanten bilateralen Abkommen mit der EU, dem Freizügigkeitsabkommen (FZA) und dem Luftverkehrsabkommen (LVA)⁶², sowie der EFTA-Konvention und den OECD-Regelwerken (OECD-Liberalisierungskodizes) völkerrechtliche Verpflichtungen betreffend die Investitionstätigkeit (u. a. Nichtdiskriminierung gegenüber inländischen Investoren) eingegangen. Eine Investitionsprüfung kann die Möglichkeit eines ausländischen Investors einschränken, eine Investition zu tätigen oder die Investition verzögern und damit einen Investor eines Vertragspartners potentiell diskriminieren oder gegen die Marktzugangspflichten der Schweiz verstossen.

Die erwähnten Abkommen und Regelwerke enthalten jedoch zum Schutze der öffentlichen Ordnung und von wesentlichen Sicherheitsinteressen Ausnahmebestimmungen (Art. XIV und XIV *bis* GATS; entsprechende Bestimmungen in FHA; Art. 27 Abs. 2 EFTA-Konvention; Anhang I Art. 5 FZA und Anhang K Anlage 1 Art. 5 EFTA-Konvention; Art. 7 LVA und Anhang Q Art. 5 Abs. 2 EFTA-Konvention), welche Massnahmen, die von den eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen abweichen, rechtfertigen können. Die Begriffe «öffentliche Ordnung» und «öffentliche Sicherheit» sollten in Übereinstimmung mit den einschlägigen internationalen Verpflichtungen der Schweiz ausgelegt werden (siehe u. a. Bericht «Grenzüberschreitende Investitionen und Investitionskontrollen»). Die Begriffe umfassen somit die Erfüllung wesentlicher Staatsfunktionen bzw. den Schutz der Grundwerte der Gesellschaft. So setzt die Ausnahme im GATS betreffend die öffentliche Ordnung das Vorliegen einer tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung voraus, die Grundwerte der Gesellschaft berührt (Art. XIV a) GATS). Die Massnahme muss zudem erforderlich sein. Die betreffende Massnahme darf auch nicht so angewandt werden, dass sie entweder ein Mittel zur willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen Staaten, in denen ähnliche Bedingungen herrschen, oder eine verschleierte Beschränkung darstellt. Letztlich bleibt es in einem konkreten Anwendungsfall zu zeigen, dass die Bedingungen für die Ausnahme erfüllt sind. Hierbei müsste ebenfalls gezeigt werden, ob nicht mildere Massnahmen hätten getroffen werden können, um das bezweckte Resultat zu erreichen. Die Sicherheitsausnahme des GATS (Art. XIV *bis* 1) b) GATS) erlaubt es WTO-Mitgliedern, Massnahmen zu ergreifen, die sie zum Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen für notwendig erachten, wenn sie sich auf die Erbringung von Dienstleistungen beziehen, die unmittelbar oder mittelbar für die Versorgung einer militärischen Einrichtung, wenn sie sich auf spaltbare und schmelzbare Stoffe oder auf die Stoffe, aus denen sie gewonnen werden, beziehen und wenn sie in Kriegszeiten oder anderen Notfällen in den internationalen Beziehungen getroffen werden. Diese Ausnahme ist für Übernahmen relevant, die die militärische Versorgung betreffen. Die EU-Verordnung 2019/452 verweist ebenfalls auf diese Ausnahmeklauseln. Die anderen Abkommen sehen ähnlich formulierte, generische Ausnahmen (Verweis auf öffentliche Ordnung und Sicherheit) vor.

⁶² SR 0.748.127.192.68

Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen

Der vorliegende Vorentwurf wurde so ausgearbeitet, dass er mit den obgenannten Verpflichtungen bzw. deren Ausnahmebestimmungen in Einklang steht.

Gemäss den OECD-Leitlinien betreffend die Investitionspolitik von Empfängerländern in Bezug auf die nationale Sicherheit⁶³, zu welchen sich die Schweiz als OECD-Mitglied bekannt hat, soll eine Investitionsprüfung zudem möglichst nichtdiskriminierend, transparent, vorhersehbar, verhältnismässig und mit klaren Verantwortlichkeiten (Rechenschaftspflicht) versehen sein.

6.3 Erlassform

Einschränkungen von Grundrechten wie der Eigentumsgarantie oder der Wirtschaftsfreiheit bedürfen einer Gesetzesgrundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Eine summarische Analyse der bestehenden Rechtsordnung im Hinblick auf den Regelungsort der Investitionsprüfung hat ergeben, dass kein Gesetz existiert, welches ohne eine Totalrevision hierfür geeignet ist. Vor diesem Hintergrund soll für die Investitionsprüfung ein neues und eigenständiges Bundesgesetz geschaffen werden. Auch aufgrund der Komplexität der vorliegenden Materie und der dadurch notwendigen umfassenden Regelungen ist dies angezeigt.

6.4 Unterstellung unter die Ausgabenbremse

Mit der Vorlage werden keine neuen Subventionsgrundlagen geschaffen, die neue einmalige Ausgaben von mehr als 20 Millionen Franken oder neue wiederkehrende Ausgaben von mehr als 2 Millionen Franken nach sich ziehen. Die Vorlage ist somit nicht der Ausgabenbremse (Art. 159 Abs. 3 Bst. b BV) unterstellt.

6.5 Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und des Prinzips der fiskalischen Äquivalenz

Der VE-IPG ist mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar. Er betrifft ausschliesslich den Zuständigkeitsbereich des Bundes und es handelt sich insbesondere um eine Aufgabe, die einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedarf. Die Zuständigkeiten der Kantone sind nicht betroffen.

Auch das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz ist gewahrt.

6.6 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Der Vorentwurf enthält in Artikel 19 Absatz 1 den Auftrag an den Bundesrat, die Ausführungsbestimmungen zum Investitionsprüfgesetz zu erlassen.

Zu Artikel 2 Absatz 3, welcher eine Ausnahme vom Geltungsbereich des Gesetzes schafft, sind auf Verordnungsstufe Kriterien zu definieren, bei deren Erfüllung eine solche Ausnahme zulässig ist und die öffentliche Ordnung und Sicherheit trotzdem gewährleistet werden können.

Gestützt auf Artikel 6 Absatz 2 ist zu definieren, welche Unterlagen dem SECO vom ausländischen Investor mit dem Gesuch um Genehmigung einer Übernahme einzureichen sind.

Artikel 4 Absatz 3 räumt dem Bundesrat die Kompetenz ein, ausnahmsweise und zeitlich auf maximal 12 Monate befristet weitere Kategorien von inländischen Unternehmen der Genehmigungspflicht zu unterstellen, sofern die Gewährleistung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit dies erfordert. Dabei kann er auch eine entsprechende Umsatzschwelle festlegen oder eine bestehende senken.

Gemäss Artikel 21 Absatz 2 bestimmt er zudem das Inkrafttreten des Investitionsprüfgesetzes.

⁶³ OECD Guidelines for recipient country investment policies relating to national security, OECD 2009.

6.7 Datenschutz

Das Investitionsprüfgesetz ermöglicht eine zweckgebundene Datenbearbeitung und -bekanntgabe von Personendaten und Daten von juristischen Personen (siehe Ausführungen zu den einzelnen Artikeln).

Die im Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004⁶⁴ (BGÖ) verankerten Ausnahmebestimmungen gewährleisten bereits heute einen umfassenden Schutz der administrativen und politischen Entscheidungsfassung (Art. 8 Abs. 2 BGÖ), der zielkonformen Durchführung von konkreten Behördenmassnahmen (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ,) der wirtschaftlichen Interessen der Schweiz (Art. 7 Abs. 1 Bst. f BGÖ) sowie der privaten Interessen der Betroffenen, insbesondere des Geschäftsgeheimnisses (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ) und der Personendaten (Art. 7 Abs. 2 bzw. Art. 9 BGÖ). Dem SECO vom NDB im Rahmen der Investitionsprüfung zur Verfügung gestellte Informationen sind gemäss Artikel 67 des Nachrichtendienstgesetzes vom 25. September 2015⁶⁵ vom Öffentlichkeitsprinzip ausgeschlossen und somit nicht öffentlich zugänglich.

Die Information der Öffentlichkeit über die Investitionsprüfung durch das SECO erfolgt gemäss Artikel 19 Absatz 2 jährlich mittels Tätigkeitsbericht in aggregierter Form. Dieser enthält auch aggregierte Informationen zu allfälligen erstinstanzlichen Entscheiden über Verwaltungssanktionen.

⁶⁴ SR 152.3

⁶⁵ SR 121