

Per E-Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

www.studienvereinigung-kartellrecht.de

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.
Arbeitsgruppe Schweiz
c/o CORE Rechtsanwälte AG
Dufourstrasse 105
CH-8008 Zürich | Schweiz
Tel: +41 43 555 70 07
mario.strebel@core-attorneys.com

Zürich, 6. September 2022

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Prüfung ausländischer Investitionen

A. Vorbemerkungen

- 1 Die Studienvereinigung Kartellrecht (**Studienvereinigung**) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 1.300 Rechtsanwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten regelmässig Unternehmen und natürliche Personen betreffend alle Bereiche des Kartellrechts und vertreten diese in Verfahren vor nationalen Wettbewerbsbehörden, der Europäischen Kommission sowie in Zivilrechtsstreitigkeiten innerhalb Europas. Sie verfügen deshalb in besonderem Masse über Erfahrung in der Anwendung der Vorschriften zum Kartellrecht auf europäischer und nationaler Ebene.
- 2 Die Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung bedankt sich für die Gelegenheit, an der Vernehmlassung des Bundesrates bzw. des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO (**SECO**) zum Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Prüfung ausländischer Investitionen teilzunehmen. In der nachfolgenden Stellungnahme gehen wir auf den am 18. Mai 2022 veröffentlichten Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Prüfung ausländische Investitionen (**VE-IPG**) und den dazugehörigen erläuternden Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens (der **Erläuternde Bericht**) ein.
- 3 Die Stellungnahme setzt sich nicht vertieft mit der Frage auseinander, ob ein Investitionsprüfverfahren eingeführt werden soll. Dies ist eine aussenwirtschafts- und sicherheitspolitische Frage, über die der Gesetzgeber zu entscheiden hat. Bemerkenswert ist aber, dass der Bundesrat die Einführung einer Investitionsprüfung ablehnt, weil er

das Verhältnis von Nutzen und Kosten der Vorlage als ungünstig erachtet.¹ Die Regulierungsfolgenabschätzung im Auftrag des SECO kam hingegen zu keiner eindeutigen Empfehlung.² Die Studienvereinigung kann den sicherheitspolitischen Sinn und Nutzen der Vorlage nicht beurteilen. Die Erfahrungen ihrer Mitglieder mit Investitionskontrollregimes anderer Staaten zeigen jedoch, dass solche Verfahren Transaktionen verzögern und bei den betroffenen Unternehmen und involvierten Behörden grossen Aufwand verursachen. Das günstige Klima für ausländische Direktinvestitionen ist eine Stärke des Wirtschaftsstandorts Schweiz und scheint bisher nicht zu gravierenden Nachteilen für die öffentliche Ordnung und Sicherheit geführt zu haben. Vor diesem Hintergrund ist die Notwendigkeit der Einführung einer Investitionsprüfung in der Schweiz zumindest zweifelhaft.

- 4 Dies vorausgeschickt, geht die Stellungnahme der Studienvereinigung von der Prämisse aus, dass sich der Gesetzgeber für eine Investitionsprüfung entscheidet. Die Stellungnahme legt dabei das Hauptaugenmerk darauf, aus Sicht der Unternehmen möglichst praktikable, verhältnismässige und effiziente Aufgreif- und Genehmigungskriterien zu schaffen und für Rechtssicherheit und ein rechtstaatliches Verfahren zu sorgen.

B. Kommentierung des Vorentwurfs des Bundesrates

- 5 Die Kommentierung des Vorentwurfs des Bundesrates ist in drei Kapitel gegliedert: Im Kapitel I. werden die Aufgreifkriterien behandelt, das Kapitel II. befasst sich mit den Eingreifkriterien und das Kapitel III. kommentiert das Genehmigungsverfahren und weitere verfahrensrechtliche Aspekte.

I. Genehmigungspflichtige Übernahmen (Aufgreifkriterien)

1. Geltungsbereich

a) Konkretisierung des sachlichen Geltungsbereichs

- 6 Der sachliche Geltungsbereich wird gemäss Art. 2 Abs. 1 VE-IPG eröffnet, wenn eine Übernahme eines inländischen Unternehmens durch einen ausländischen Investor vorliegt.
- 7 In der Praxis muss daher kumulativ geprüft werden, ob (i) eine Übernahme vorliegt, an der (ii) ein Unternehmen, (iii) das inländisch im Sinne des IPG ist, und (iv) ein ausländischer Investor beteiligt sind. Diese in Art. 3 VE-IPG definierten Begriffe sind möglichst bestimmt und einfach zu fassen, damit die betroffenen Unternehmen im Rahmen eines *Self Assessment* zuverlässig feststellen können, ob ihr Vorhaben in den Geltungsbereich des IPG fällt. Bei den vier genannten Voraussetzungen handelt es sich gewissermassen um doppelrelevante Tatsachen, weil sie einerseits im Hinblick auf den Geltungsbereich des IPG und andererseits auch im Rahmen der materiellen Voraussetzungen der Genehmigungspflicht (Art. 4 VE-IPG) zu prüfen sind.
 - *Erstens* sollten deshalb Ausnahmen vom Geltungsbereich des Gesetzes definiert werden für Investitionsvorhaben, die im Vorherein mit keiner Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit verbunden sind. Dadurch soll im Sinne der Verhältnismässigkeit verhindert werden, dass für volkswirtschaftlich erwünschte

¹ Erläuternder Bericht, S. 2.

² SECO, RFA zur Einführung einer Investitionsprüfung, Mai 2022.

ausländische Investitionen höhere Hürden gelegt werden, als dies erforderlich ist. Zu denken ist namentlich an folgende Fälle (i) Übernahmen durch *Private-Equity*-Gesellschaften, deren Geschäftsmodell in der Regel auf einem zeitlich begrenzten Investment zwecks Steigerung des Unternehmenswerts basiert, (ii) Übernahmen unter Einsatz von *Venture Capital* zugunsten von Start-ups, und (iii) Übernahmen durch Staatsfonds, sofern das Eigentümergeeinwesen keinen bestimmenden Einfluss auf dessen Tätigkeiten ausübt. Diese Fälle sind als sachliche Ausnahmen vom Geltungsbereich ausdrücklich auszunehmen. Sie ergänzen damit die in Art. 2 Abs. 3 VE-IPG vorgesehene bundesrätliche Kompetenz Ausnahmen vom räumlichen Geltungsbereich festzulegen (vgl. Kap. I.1.b).

- *Zweitens* ist aus Gründen der Rechtssicherheit vorzusehen, dass Investoren, die in ihrem *Self Assessment* zum Schluss kommen, dass der Geltungsbereich des IPG nicht eröffnet ist, dieses *Self Assessment* unter Darstellung des Sachverhalts und der rechtlichen Qualifikation dem SECO vorlegen können. Erhebt das SECO innert einer Frist von (beispielsweise) 10 Tagen keinen Widerspruch, hat diesfalls die betreffende Übernahme kraft gesetzlicher Fiktion als unbedenklich zu gelten.

b) Örtlicher Geltungsbereich

- 8 Im Hinblick auf den örtlichen Geltungsbereich ist in Art. 2 Abs. 2 VE-IPG analog zu Art. 2 Abs. 2 KG das Auswirkungsprinzip vorgesehen. Diese Lösung überzeugt schon deshalb nicht, weil das Schutzgut im KG der Wettbewerb ist, im VE-IPG hingegen die öffentliche Ordnung oder Sicherheit. Die Prüfung, ob sich ein Sachverhalt in der Schweiz auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit auswirkt, ist primär sicherheitspolitischer Natur und kann schwerlich von Unternehmen in einem *Self Assessment* beurteilt werden. Das Festhalten am Auswirkungsprinzip führte deshalb zu Rechtsunsicherheit für die Unternehmen, weshalb Art. 2 Abs. 2 VE-IPG zu streichen ist. Dies erspart auch die aus dem Kartellrecht bekannten und wenig fruchtbaren Diskussionen zur Erheblichkeit von Auswirkungen. Der für die Eröffnung des räumlichen Geltungsbereichs erforderliche Inlandbezug ist bereits gegeben, sobald ein inländisches Unternehmen Gegenstand einer Übernahme ist.
- 9 Art. 2 Abs. 3 VE-IPG verleiht dem Bundesrat die Kompetenz, Investitionen aus bestimmten Staaten vom Geltungsbereich des Gesetzes auszunehmen, wenn keine Gefährdung der Sicherheit und öffentlichen Ordnung besteht. Unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks (Art. 1 VE-IPG) und aus Gründen der Verhältnismässigkeit befürwortet die Studienvereinigung eine gestufte Freistellung: Investitionen aus der überwiegenden Mehrheit der Staaten werfen keine Bedenken in Bezug auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung auf. Daher sollten Investitionen aus diesen Staaten vollständig vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen werden. Beschränken sich potentielle Bedenken im Hinblick auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit bei gewissen Staaten auf Übernahmen in besonders sensiblen Sektoren (Art. 4 Abs. 1 Bst. b VE-IPG), sollten die Übernahmen in den übrigen Sektoren freigestellt werden.
- 10 Darüber hinaus schlägt die Studienvereinigung vor, in Art. 2 Abs. 3 VE-IPG auf die "Kann-Bestimmung" zu verzichten. Geht von einem ausländischen Staat keine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit aus, ist eine Ausnahme zwingend; aus Gründen der Verhältnismässigkeit ist eine Unterstellung entsprechender Investitionen unter die Investitionsprüfung nicht gerechtfertigt.

- 11 Bei der gemäss dem erläuternden Bericht für den Gesetzesentwurf in Aussicht genommenen Definition "*objektiver Ausnahmekriterien*"³ ist auf die Vereinbarkeit mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz und insbesondere die Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung zu achten. Die Positivliste sollte auf einfach handhabbaren Kriterien gründen. Geeignet ist nach Ansicht der Studienvereinigung etwa die Anknüpfung an der Mitgliedschaft eines Staates in internationalen Organisationen wie der EU/EFTA oder der OECD, die aufgrund ihrer Beitrittsanforderungen Gewähr dafür bieten, dass von den entsprechenden Staaten in der Regel keine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausgeht.

2. Begriffsdefinitionen

a) Übernahme

- 12 Die Definition des Begriffs "*Übernahme*" in Art. 3 Bst. a VE-IPG greift implizit auf die Definition des Unternehmenszusammenschlusses nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zurück. Massgebend ist der Kontrollerwerb: Die Kontrolle wird übernommen, wenn der Investor die Möglichkeit hat, die wesentlichen Fragen der Geschäftsführung und die allgemeine Geschäftspolitik zu bestimmen.⁴

- 13 Die Orientierung am wettbewerbsrechtlichen Kontrollbegriff ist im Sinne der Voraussehbarkeit für die Unternehmen und der Einheit der Rechtsordnung sachgerecht. Insbesondere ermöglicht dies, dass eine fusionskontrollrechtlich vorgenommene Subsumtion auch für das Investitionsprüfrecht übernommen werden kann. Der Erwerb von Beteiligungen an inländischen Unternehmen ohne Kontrollerwerb wird damit richtigerweise nicht erfasst. Zur Erhöhung der Rechtssicherheit und Vermeidung von investitionsprüfrechtlichen "Sonderlösungen" regt die Studienvereinigung an, auf Gesetzesstufe explizit festzuhalten, dass der wettbewerbsrechtliche Kontrollbegriff und die diesbezügliche Praxis massgebend sind. Dazu könnte Art. 3 Bst. a VE-IPG wie folgt ergänzt werden:

"(...) oder durch Abschluss eines Vertrags; Kontrolle ist die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit auszuüben im Sinne von Art. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen und der dazu bestehenden Behörden- und Gerichtspraxis." (Hinzufügung unterstrichen)

- 14 Gemäss erläuterndem Bericht soll nur eine Übernahme vorliegen, wenn damit "ein bereits bestehendes inländisches Unternehmen oder Teile eines solchen übernommen wird bzw. werden."⁵ Eine Neugründung eines Unternehmens von Grund auf (*Greenfield Investment*) wird hingegen nicht erfasst.⁶ Falls hier eine Abweichung von der fusionskontrollrechtlichen Praxis beabsichtigt ist, wonach die Gründung eines Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmens mit einem (meldepflichtigen) Kontrollerwerb verbunden sein kann, empfiehlt sich eine entsprechende Präzisierung im Gesetzestext.

³ Erläuternder Bericht, S. 15.

⁴ Erläuternder Bericht, S. 16.

⁵ Erläuternder Bericht, S. 16.

⁶ Erläuternder Bericht, S. 16.

b) (Inländisches) Unternehmen

- 15 Für die Definition des Begriffs "*Unternehmen*" in Art. 3 Bst. b VE-IPG wird auf die funktionale Unternehmensdefinition von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zurückgegriffen. Genehmigungspflichtig ist jedoch nur die Übernahme eines *inländischen* Unternehmens. Diesbezüglich stellt der VE-IPG zwei Varianten zur Disposition: (i) als inländisch gilt jedes Unternehmen, das im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist; und (ii) als inländisch gilt jedes Unternehmen, das im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist, sofern es nicht Teil einer Unternehmensgruppe mit Hauptsitz und Hauptverwaltung ausserhalb der Schweiz ist.
- 16 Die für beide Varianten vorgesehene Anknüpfung am formellen Kriterium des Handelsregistereintrags in der Schweiz zur Bestimmung der inländischen Unternehmen ist sachgerecht. Das formelle Kriterium hat den Vorteil, dass es praktikabel und umgehungs-sicher ist.
- 17 Mit der Variante 2 wird zur Diskussion gestellt, ob das in Variante 1 formulierte, formelle Kriterium des Handelsregistereintrags nicht nur notwendig, sondern auch hinreichend ist. Mit Blick auf den angestrebten Gesetzeszweck stellt die Studienvereinigung fest, dass dieser bei Wahl der Variante 2 aufgrund der Umgehungsmöglichkeiten möglicherweise verfehlt wird. Insbesondere wäre hier zu erwarten, dass ausländische Investoren, welche die öffentliche Ordnung oder Sicherheit möglicherweise bedrohen, ihre Übernahme in zwei Schritten tätigen: In einem ersten Schritt wird das inländische Unternehmen unter Einhaltung der Genehmigungspflicht durch einen unbedenklichen oder freigestellten ausländischen Investor übernommen. In einem zweiten Schritt erfolgt die unter Variante 2 nicht genehmigungspflichtige Übernahme durch den ausländischen Investor, der möglicherweise Bedenken in Bezug auf die öffentliche Ordnung aufwirft.
- 18 Da Variante 1 aber mit hohen Umsetzungskosten verbunden ist, weil auch viele Fälle unter die Genehmigungspflicht fallen, bei denen die Übernahme in Bezug auf die öffentliche Ordnung und Sicherheit keine oder nur eine geringe Veränderung bewirkt, schlägt die Studienvereinigung eine vermittelnde Variante vor: In Bezug auf die besonders kritischen Sektoren i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Bst. b VE-IPG könnte die breitere Variante 1 Anwendung finden, während für alle übrigen Übernahmen mit einem geringeren Risikopotential die Variante 2 zur Anwendung käme.
- 19 Sollte Variante 1 gewählt werden, ist im Interesse der Rechtssicherheit klarzustellen, dass konzerninterne Umstrukturierungen nicht unter die Investitionsprüfung fallen, auch wenn eine im schweizerischen Handelsregister eingetragene Gesellschaft davon betroffen ist.

c) Ausländischer Investor

- 20 Der VE-IPG verlangt für das Vorliegen eines ausländischen Investors in Art. 3 Bst. d VE-IPG kumulativ, dass dessen Hauptverwaltung und Hauptsitz ausserhalb der Schweiz liegt.
- 21 Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, aber Hauptverwaltung im Ausland sind also weder inländisch noch kommen sie als ausländische Investoren in Betracht. Dadurch drohen Regelungslücken zu entstehen. Deshalb wäre für die Definition des ausländischen Investors ein exklusives Anknüpfen am Kriterium der Hauptverwaltung zu bevorzugen. Dies vereinfacht die rechtliche Analyse für die Unternehmen und verhindert Wertungswidersprüche.

3. Tatbestände mit Genehmigungspflicht

a) Übernahmen durch einen staatlichen oder staatsnahen ausländischen Investor

- 22 Gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. a VE-IPG sollen sektorunabhängig *alle* Übernahmen eines inländischen Unternehmens oberhalb der Bagatellschwelle (vgl. Kap. I.4.) der Investitionsprüfung unterstehen, sofern der ausländische Investor "*unmittelbar oder mittelbar von einer staatlichen Stelle kontrolliert wird*". Mit anderen Worten geht Art. 4 Abs. 1 Bst. a VE-IPG von der Prämisse aus, dass bei Involvierung von staatlichen bzw. staatsnahen ausländischen Investoren eine qualifizierte Risikosituation vorliegt, welche eine sachliche Ausweitung der Aufgreifkriterien und eine quantitative Absenkung der Aufgreifschwelen rechtfertigt.
- 23 Der erläuternde Bericht verweist für den Kontrollbegriff implizit auf Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG, wonach die kontrollierende ausländische Stelle die Möglichkeit erhalten muss, die wesentlichen Fragen der Geschäftsführung und der allgemeinen Geschäftspolitik zu bestimmen.⁷ Wie in Kap. I.2.a) ausgeführt, sollte auf Gesetzesstufe klargestellt werden, dass der kartellrechtliche Kontrollbegriff und die dazugehörige Praxis massgeblich sind: Hat die am ausländischen Investor beteiligte staatliche Stelle keine Möglichkeit, das strategische Wirtschaftsverhalten des ausländischen Investors zu steuern, ist von einer blossen Beteiligung einer staatlichen Stelle, nicht aber von einer staatlichen Kontrolle auszugehen. Diesbezüglich kann eine Orientierung an der bewährten fusionskontrollrechtlichen Praxis der Europäischen Kommission zur Beurteilung von staatlichen Unternehmen als abhängige oder unabhängige Unternehmen erfolgen. Diese wendet die folgenden Kriterien an: (i) die Autonomie des staatlichen Unternehmens vom Staat bei der Festlegung von Strategie, Geschäftsplan und Haushalt; und (ii) die Möglichkeit des Staates, das Geschäftsgebaren zu koordinieren, indem er eine Koordinierung vorschreibt oder diese erleichtert.⁸
- 24 Um die Rechtssicherheit für ausländische Investoren mit Beteiligung von staatlichen Stellen zu erhöhen, empfiehlt es sich, die Kriterien, welche das Fehlen einer Kontrolle indizieren, in Anlehnung an die fusionskontrollrechtliche Praxis der Europäischen Kommission im Gesetzestext oder in einer Verordnung beispielhaft aufzuzählen. Dazu könnte Art. 4 Abs. 1 Bst. a VE-IPG wie folgt ergänzt werden:

"Übernahmen inländischer Unternehmen durch einen ausländischen Investor, der im Sinne von Art. 3 Bst. a unmittelbar oder mittelbar von einer staatlichen Stelle kontrolliert wird. An der Kontrolle mangelt es insbesondere beim Fehlen:

- i. von politischen Mandatsträgern und Regierungsvertretern in Organen und im Management des ausländischen Investors;*
- ii. einer gesetzlichen Verpflichtung des ausländischen Investors, für seine Geschäftsentscheidungen eine vorherige Genehmigung einzuholen;*
- iii. eines Vetorechts bei der Ernennung und Abberufung von Organpersonen;*
- iv. eines Vetorechts beim Budget und/oder Geschäftsplan; und*
- v. eines Vetorechts im Hinblick auf Investitionen." (Hinzufügung unterstrichen)*

⁷ Erläuternder Bericht, S. 19.

⁸ EU Kommission, M.7850 - EDF/CGN/NNB Group of Companies, Rn. 29-50; M.7643 - CNRC/Pirelli, Rn. 8-21; M.6113 - DSM/Sinochem/JV, Rn. 8-16; M.7962 - ChemChina/Syngenta, Rn. 81-88.

- 25 Diese Einschränkung auf staatliche Kontrolle ist vor dem Hintergrund des Gesetzeszwecks (Sicherstellung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit) gerechtfertigt. Fehlt es an einem bestimmenden Einfluss durch das beteiligte Gemeinwesen, sind politisch motivierte Übernahmen nicht zu erwarten. Auch eine blosser Beteiligung einer staatlichen Stelle mag zwar unter Umständen mit Finanzierungs-, Steuer- und Informationsvorteilen sowie Quersubventionierungen verbunden sein. Diese führen allerdings kaum zu einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Da umgekehrt die Verwirklichung des unverfälschten Wettbewerbs oder die Sicherstellung der Wettbewerbsneutralität keinen Gesetzeszweck darstellen, rechtfertigt sich eine qualifizierte Prüfung von Investitionen entsprechender ausländischer Investoren nicht.
- 26 Zur Minimierung von Rechtsunsicherheit sollte ein ausländischer Investor, der zum Schluss gelangt, dass er nicht von einer an ihm beteiligten staatlichen Stelle kontrolliert wird, dieses *Self Assessment* der Investitionsprüfbehörde unterbreiten können. Sollte die Investitionsprüfbehörde nicht innert (beispielsweise) 10 Tagen Widerspruch erheben, gilt der ausländische Investor nicht als qualifizierter Investor i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Bst. a VE-IPG.

b) Übernahmen durch staatliche, staatsnahe und private ausländische Investoren in kritischen Sektoren

- 27 Neben der sektorunabhängigen Prüfung bei qualifizierten ausländischen Investoren sieht Art. 4 Abs. 1 Bst. b und c VE-IPG eine sektorspezifische Prüfung für alle ausländischen Investoren (staatliche und private) vor. Für Sektoren, die als besonders sensitiv erachtet werden, wird auf eine über die Bagatellschwelle hinausgehende Umsatzschwelle verzichtet (Bst. b), während in den übrigen als kritisch bezeichneten Sektoren eine Umsatzschwelle von 100 Mio. CHF (im Durchschnitt der vergangenen zwei Geschäftsjahre) vorgesehen ist (Bst. c). Im Interesse der Rechtssicherheit ist zu begrüssen, dass die genehmigungspflichtigen Tatbestände bzw. Aufgreifkriterien im VE-IPG abschliessend aufgezählt und mehrheitlich hinreichend bestimmt formuliert werden.
- 28 Was zum "*besonders sensitiven*" Bereich nach Bst. b gehören soll, ist letztlich ein politischer Entscheid. Dazu gehört beispielsweise die Frage, inwieweit Übernahmen von Betrieben der sicherheitsrelevanten Technologie- und Industriebasis (**STIB**) einer Investitionsprüfung zugänglich gemacht werden sollen. Darüber hinaus unterstellt Art. 4 Abs. 1 Bst. b Ziff. 2 VE-IPG Übernahmen von Unternehmen, die Güter produzieren, deren Ausfuhr nach dem Kriegsmaterialgesetz (**KMG**) oder dem Güterkontrollgesetz (**GKG**) bewilligungspflichtig ist, der Investitionsprüfung. Das GKG sieht die Möglichkeit vor, strategische Güter, die Bestandteil einer kritischen Infrastruktur sind, zu kontrollieren (Art. 2 Abs. 2^{bis} GKG). Der Gesetzgeber hatte dabei insbesondere Güter im Blick, die im Rahmen von internationalen Infrastrukturen verwendet werden (z.B. im Galileo-Programm). Bisher ist der Bundesrat jedoch seinem Auftrag, solche strategischen Güter zu bezeichnen, nicht nachgekommen (vgl. Anhang 4 der Güterkontrollverordnung [**GKV**], der keine Einträge enthält). Entsprechend unterliegen sie – es sei denn, es handle sich ohnehin um *Dual-use*-Güter – auch nicht der Bewilligungspflicht nach dem GKG und damit – möglicherweise versehentlich – auch nicht der Investitionsprüfung.
- 29 Neben diesen sicherheitsrelevanten Sektoren sollen auch Unternehmen, die kritische Infrastrukturen im Bereich der Energieversorgung betreiben, der Investitionsprüfung unterstellt werden. Die praktische Bedeutung dürfte allerdings gering sein: Bereits

heute befinden sich diese Infrastrukturen mehrheitlich im Staatsbesitz und sind vor Übernahmen durch ausländische Investoren geschützt. Darüber hinaus ist die Kohärenz zwischen einer allfälligen Investitionsprüfung und der von der parlamentarischen Initiative (16.498) Badran geforderten Unterstellung der strategischen Infrastrukturen der Energiewirtschaft unter das Bewilligungsgesetz (BewG, die **Lex Koller**) sicherzustellen. Mit der parlamentarischen Initiative wird das Ziel verfolgt, ausländische Übernahmen von "*energiewirtschaftlichen Schlüsselinfrastrukturen*" zu verhindern.⁹ Sollte die Anpassung der Lex Koller in diesem Sinne erfolgen, wäre eine zusätzliche Investitionsprüfung ineffizient und daher davon abzusehen.

- 30 Eine Genehmigungspflicht von Übernahmen inländischer Unternehmen mit mehr als 100 Mio. CHF ist für die in Art. 4 Abs. 1 Bst. c VE-IPG abschliessend aufgezählten Sektoren vorgesehen. Die Umsatzschwelle für das inländische Zielunternehmen wird analog zum Fusionskontrollrecht auf 100 Mio. CHF festgelegt. Anders als im Fusionskontrollrecht ist die Genehmigungspflicht aber nicht von der kumulativen Erfüllung weiterer Schwellenwerte abhängig. Es ist deshalb möglich, dass eine Übernahme die Umsatzschwelle gemäss VE-IPG erreicht, nicht aber die fusionskontrollrechtlichen Schwellenwerte. Die Definition der der Investitionsprüfung unterliegenden Sektoren ist wiederum ein politischer Entscheid. Auffällig ist, dass diese teilweise sehr breit gefasst werden und etwa Unternehmen erfassen, die "*im Bereich der Forschung, der Entwicklung, der Produktion und des Vertriebs von Arzneimitteln, Medizinprodukten, Impfstoffen und persönlicher medizinischer Schutzausrüstung tätig sind*" (Art. 4 Abs. 1 Bst. c VE-IPG). Dies erscheint aus Anwendersicht wenig praktikabel und schafft Rechtsunsicherheit.

4. Allgemeine Bagatellschwelle

- 31 Die in Art. 4 Abs. 2 VE-IPG vorgesehene Bagatellschwelle (< 50 Vollzeitstellen; < 10 Mio. CHF weltweiter Umsatz im Mittel der beiden Vorjahre) richtet sich nach der Definition von kleinen Unternehmen gemäss Bundesamt für Statistik für die Vollzeitstellen bzw. der EU für die Umsatzschwelle. In der Schweiz fallen die meisten Unternehmen darunter.¹⁰ Nicht nachvollziehbar ist, weshalb Übernahmen von mittleren Unternehmen bereits über der Bagatellschwelle liegen (bis 249 Vollzeitstellen und bis zu 50 Mio. CHF Umsatz). Kleine und mittlere Unternehmen werden üblicherweise unter dem Begriff KMU zusammengefasst und auch aus Gründen der Wettbewerbsneutralität häufig rechtlich gleich oder ähnlich beurteilt. In der Regel dürfte mit der Übernahme eines mittleren Unternehmens keine Gefährdung der Sicherheit und öffentlichen Ordnung verbunden sein. Deshalb ist nicht ausgeschlossen, dass die Regulierungskosten den (sicherheitspolitischen) Nutzen in solchen Fällen übersteigen, weil viele unbedenkliche Übernahmen genehmigungspflichtig werden. Daher sollte die Bagatellschwelle angehoben und auch mittlere Unternehmen im Sinne der obenstehenden Definition (bis 249 Vollzeitstellen und bis zu 50 Mio. CHF Umsatz) ausgenommen werden.

⁹ Parlamentarische Initiative (16.498). Unterstellung der strategischen Infrastrukturen der Energiewirtschaft unter die Lex Koller. Erläuternder Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates vom 11. Oktober 2021.

¹⁰ Abrufbar unter <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/wirtschaftsstruktur-unternehmen/kmu.html#>>. Stand der Daten: 25.11.2021 (zuletzt abgerufen am 06.09.2022).

5. Bundesrätliche Kompetenz zur Absenkung von Eingriffsschwellen

- 32 Die Delegationsnorm in Art. 4 Abs. 3 VE-IPG verleiht dem Bundesrat die Kompetenz, "weitere Kategorien von inländischen Unternehmen für maximal 12 Monate der Genehmigungspflicht" zu unterstellen, falls die Gewährleistung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dies erfordert.
- 33 Diese Delegationsnorm ist nach Ansicht der Studienvereinigung abzulehnen und zu streichen. Aus Gründen der Rechtssicherheit und des Legalitätsprinzips sollten alle materiellen Voraussetzungen für eine Genehmigungspflicht einer ausländischen Direktinvestition auf Gesetzesstufe verankert werden. Gemäss dem erläuternden Bericht umfasse die bundesrätliche Kompetenz auch die "Senkung einer bestehenden Umsatzschwelle".¹¹ Dieses Verständnis geht über den Wortlaut von Art. 4 Abs. 3 VE-IPG hinaus, der einzig von "weiteren Kategorien von inländischen Unternehmen" spricht. Dies zeigt, dass in Art. 4 Abs. 3 VE-IPG – je nach Auslegung – weitreichende Kompetenzen zur Modifizierung der gesetzlich vorgesehenen Aufgreifkriterien angelegt sind, welche der Rechtssicherheit abträglich sind. Bei einer tatsächlichen Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit steht zudem das ordentliche notrechtliche Instrumentarium zur Verfügung. Auch deshalb erweist sich Art. 4 Abs. 3 VE-IPG als obsolet.

II. Genehmigungskriterien (Eingreifkriterien)

- 34 Gemäss Vorentwurf sind die einzigen Genehmigungskriterien, dass kein Grund zur Annahme besteht, dass die öffentliche Ordnung oder Sicherheit durch die Übernahme gefährdet oder bedroht ist (Art. 5 Abs. 1 VE-IPG). Sofern überhaupt eine Investitionskontrolle eingeführt werden soll, ist aus Sicht der Studienvereinigung zu begrüssen, dass auf weitere Genehmigungskriterien wie z.B. den Schutz bestimmter Branchen oder Technologien oder die Verhinderung des Verlusts von Arbeitsplätzen oder Know-how verzichtet wird. Hieran sollte festgehalten werden.
- 35 Gleichwohl sollten die Genehmigungskriterien aus Gründen des Legalitätsprinzips, der Rechtssicherheit, Voraussesbarkeit und Anwenderfreundlichkeit – soweit möglich – konkretisiert und präzisiert werden: Die in Art. 5 Abs. 1 VE-IPG enthaltenen Genehmigungskriterien enthalten eine Reihe von unbestimmten und auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffen. Zu nennen sind insbesondere die Begriffe der Gefährdung oder Bedrohung der "öffentlichen Ordnung" und "Sicherheit". Ebenfalls unklar ist, was einen hinreichenden "Grund zur Annahme" begründet. Die Genehmigungskriterien sind infolgedessen unklar. Wenngleich eine gewisse Unschärfe unvermeidbar ist und die Genehmigungskriterien erst durch die Praxis anhand des jeweiligen Einzelfalls konkretisiert werden können, erscheint der jetzige Wortlaut als zu weitgehend und kaum mehr justiziabel. Gewisse Unklarheiten liessen sich bereits durch einen Rückgriff auf in der Praxis Bewährtes vermeiden. Nachfolgend werden konkrete Vorschläge gemacht, wie die Genehmigungskriterien präzisiert und enger gefasst werden sollten.

1. Genehmigungskriterien und Regelungstechnik im Allgemeinen

- 36 Wie der Erläuternde Bericht festhält, erfolgt die Prüfung der Zulässigkeit einer Investition gemäss Vorentwurf – im Übrigen gleich wie bei der Zusammenschlusskontrolle unter dem Kartellgesetz – *ex ante*.¹² Da die Beurteilung damit notwendigerweise

¹¹ Erläuternder Bericht, S. 22.

¹² Erläuternder Bericht, S. 22.

Prognosecharakter hat, darf, wenn überhaupt, ein Eingriff (Untersagung oder Genehmigung nur unter Auflagen und/oder Bedingungen) nur mit Zurückhaltung und aus guten und entsprechend nachgewiesenen Gründen erfolgen. Die Genehmigung sollte damit die Regel, der Eingriff die Ausnahme sein. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 9 Abs. 1 VE-IPG, wonach eine Übernahme als genehmigt gilt, wenn innerhalb der anwendbaren Fristen kein Entscheid getroffen wird (vgl. hierzu Kap. III.4).¹³

- 37 Dem sollte auch beim Wortlaut des Genehmigungskriteriums Nachachtung verschafft werden, wobei sich aus Gründen der Rechtssicherheit eine Anlehnung an den Wortlaut der (aktuellen und ggf. revidierten) Zusammenschlusskontrolle anbietet. Als Alternative zu Art. 5 Abs. 1 und 4 VE-IPG sollte damit der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 wie folgt lauten:

Der Bundesrat kann die Übernahme untersagen oder sie mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn das Prüfverfahren ergibt, dass durch die Übernahme die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Schweiz gefährdet oder bedroht ist.

- 38 Aus diesem Wortlaut geht auch transparenter hervor, dass das SECO als koordinierende Behörde über keine Eingriffskompetenz verfügt, und jeder Eingriff, d.h. jede Untersagung oder Zulassung unter Bedingungen und/oder Auflagen, nach Durchlaufen der Vorprüfung und des Prüfverfahrens durch den Bundesrat erfolgen muss (vgl. hierzu Kap. III.1). Die vorgeschlagene Regelung hätte auch den Vorteil, dass unproblematische Fälle in der Vorprüfung oder dann auch im Prüfverfahren rasch und ohne formellen Genehmigungsentscheid erledigt werden könnten. Aufgrund des dadurch zu erwartenden Effizienzgewinns wäre dies im Sinne aller Beteiligten.
- 39 Die vorgeschlagene Regelung macht ferner klar, dass lediglich ein "*Grund zur Annahme*" für einen Eingriff nicht hinreichend ist, sondern für eine Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit, soweit dies im Rahmen der *ex-ante*-Beurteilung möglich ist, der entsprechende Nachweis zu erbringen ist. Ein Nachweis der investitionsprüfrechtlichen Schadenstheorie ist aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und Überprüfbarkeit der Entscheide zwingend zu fordern, ansonsten der Willkür Hand geboten würde (vgl. zur Konkretisierung auch unten Kap. II.2.).
- 40 Mit der vorgeschlagenen Formulierung wird schliesslich klargestellt, dass nur eine Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit *der Schweiz* für die Prüfung relevant ist, nicht aber anderer Staaten. Diese Einschränkung erscheint selbstverständlich, sollte aber gleichwohl explizit gesetzlich verankert werden.

2. Konkretisierung der Genehmigungskriterien

- 41 Die in Art. 5 Abs. 2 VE-IPG aufgeführten Präzisierungen der Genehmigungskriterien sind ebenfalls vage und geben den Behörden einen grossen Ermessensspielraum, zu Lasten der Rechtssicherheit. Um diese – soweit möglich – zu schaffen sollte in Konkretisierung von Art. 5 Abs. 1 VE-IPG für einen Eingriff verlangt werden, dass kumulativ der Nachweis für:
- i. einen schlechten Ruf und die Nichtgewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a, b, c und/oder d VE-IPG (Eintrittswahrscheinlichkeit); und

¹³ Entsprechend sollte die Genehmigung – wie in der Zusammenschlusskontrolle unter dem Kartellgesetz – keinen Verfügungscharakter haben, sondern nur die Untersagung oder Genehmigung unter Auflagen und/oder Bedingungen.

- ii. ein potentielles Schadensausmass gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. e und/oder f VE-IPG (potentielles Schadensausmass);

erbracht wird, aufgrund derer die Übernahme zu einer Gefährdung oder Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit der Schweiz führt.

- 42 Dies entspräche auch den Anforderungen gemäss Erläuterungsbericht, der ebenfalls von kumulativen Voraussetzungen auszugehen scheint: Demnach tendiert bei einer Eintrittswahrscheinlichkeit von gegen Null oder potentiell dem Schadensausmass von gegen Null auch das Risiko einer Übernahme gegen Null.¹⁴ Aus dem Vorschlag ergibt sich auch, dass die in Art. 5 Abs. 1 Bst. a-f VE-IPG aufgeführten Kriterien abschliessend sein sollten. Dies dient der Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und Überprüfbarkeit der Entscheide.
- 43 Art. 5 Abs. 2 Bst. g VE-IPG sollte aus Sicht der Studienvereinigung ersatzlos gestrichen werden. Die Verhinderung von "*wesentlichen Wettbewerbsverzerrungen*" ist vom im Vorentwurf vorgesehenen Zweck der Investitionsprüfung – anders als noch in den am 25. August 2021 vom Bundesrat publizierten Eckwerten einer Schweizer Investitionskontrolle¹⁵ – nicht mehr gedeckt (vgl. Art. 1 VE-IPG). Im Vorentwurf nicht mehr vorgesehene wettbewerbspolitische Anliegen dürfen nicht indirekt wieder einfließen. Derartige Kriterien fehlen denn auch in vergleichbaren Regelungswerken.¹⁶ Allfällige Bedenken für die öffentliche Ordnung und Sicherheit infolge einer "*wesentlichen Wettbewerbsverzerrung*" (sofern solche überhaupt bestehen können) sind ferner bereits mit Art. 5 Abs. 2 Bst. e VE-IPG (Nichtersetzbarkeit der Dienstleistungen, Produkte oder Infrastrukturen des inländischen Unternehmens) hinreichend abgedeckt.
- 44 Sollte an der Prüfung von Wettbewerbswirkungen festgehalten werden, sollte derselbe Test wie in der Zusammenschlusskontrolle unter dem jeweils geltenden Kartellgesetz Anwendung finden (derzeit der qualifizierte Marktbeherrschungstest; gemäss Revisionsvorlage der sog. SIEC-Test) und klargestellt werden, dass das SECO an eine allfällige Beurteilung der Wettbewerbskommission gebunden ist, sofern diese zu einer Freigabe führte (da schon keine relevante Wettbewerbsbeschränkung zu erwarten ist). Allfällige Wettbewerbswirkungen, die sich direkt bzw. kausal aus der Übernahme ergeben, wären damit wirkungsvoll abgedeckt. Die Einführung eines weiteren unbestimmten Rechtsbegriffes in Form der wesentlichen Wettbewerbsverzerrung ist demgegenüber abzulehnen. Dieser ist konturlos und schafft (ohne ersichtliche Vorteile und damit unnötig) Rechtsunsicherheit.
- 45 Sofern Art. 5 Abs. 2 Bst. g VE-IPG und der Begriff der wesentlichen Wettbewerbsverzerrungen dennoch beibehalten werden sollten, wäre Art. 5 Abs. 2 Bst. g VE-IPG wie folgt zu konkretisieren: "*[...] durch die Übernahme wesentliche Wettbewerbsverzerrungen infolge der Verdrängung von Konkurrenzunternehmen insbesondere durch Subventionen und Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im relevanten Markt entstehen [...]*" (Hinzufügung unterstrichen). Dies ist – soweit ersichtlich – das einzig denkbare Szenario, das nicht durch die etablierten Begriffe aus der zusammenschlusskontrollrechtlichen Prüfung abgedeckt sein könnte. Sofern derartige Sachverhalte jedoch einen Eingriff erlauben sollten, wäre die Eingriffsschwelle zu weit gezogen: Die Wettbewerbsverzerrung würde sich dann nicht kausal durch die

¹⁴ Erläuternder Bericht, S. 22.

¹⁵ Abrufbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-84838.html>> (zuletzt abgerufen am 06.09.2022).

¹⁶ Vgl. z.B. Art. 5 der 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.

Übernahme selbst ergeben, sondern erst durch ein allfälliges Verhalten im Markt nach der Übernahme. Für derartige Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen besteht jedoch mit Art. 7 KG (insbesondere dessen Art. 2 Bst. d) bereits ein wirksames Instrumentarium. Nicht marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen können mit Verdrängungstaktiken auch keine Bedrohung oder Gefährdung für die öffentliche Ordnung und Sicherheit darstellen. Auch aus dieser Überlegung wird ersichtlich, dass auf die Einführung des Kriteriums der "*Wettbewerbsverzerrung*" und die Beibehaltung von Art. 5 Abs. 2 Bst. g VE-IPG besser ganz verzichtet werden sollte.

3. Berücksichtigung der Kooperationsbereitschaft

- 46 Die Kooperationsbereitschaft des ausländischen Investors darf nicht zu dessen Lasten, sondern nur zu dessen Gunsten berücksichtigt werden.
- 47 Im Investitionsprüfverfahren selbst besteht für eine Berücksichtigung einer mangelnden Kooperationsbereitschaft keine Notwendigkeit, da ein Gesuch ohnehin erst behandelt wird, wenn der ausländische Investor ein Gesuch mit allen mit dem Gesuch einzureichenden Unterlagen eingereicht hat (Art. 6 VE-IPG), das SECO die Prüffristen bei Bedarf verlängern kann (Art. 9 Abs. 2 Bst. a VE-IPG; vgl. zum letzteren Kap. III.4.) und der ausländische Investor, das inländische Unternehmen und die weiteren an der Übernahme beteiligten Personen überdies einer Auskunftspflicht unterstehen sollen (Art. 12 VE-IPG). Eine weitere Disziplinierung über das materielle Genehmigungskriterium wäre damit unnötig und unverhältnismässig.
- 48 Es ist zudem nicht einzusehen, wie die Nichtkooperation in anderen Verfahren als solche die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Schweiz gefährden oder bedrohen könnte. Eine Berücksichtigung der Kooperationsbereitschaft in anderen Verfahren könnte jedoch gegen den ausländischen Investor in diesen Verfahren (ohne sachlichen Konnex zur öffentlichen Ordnung oder Sicherheit in der Schweiz) als Druckmittel benutzt werden, was unsachgemäss und rechtsstaatlich bedenklich wäre.
- 49 Umgekehrt schliesst dies nicht aus, eine besonders gute Kooperation des ausländischen Investors gegenüber den Behörden mit einem Entgegenkommen zu belohnen, sofern dies in sachlicher Hinsicht gerechtfertigt erscheint.
- 50 Entsprechend sollte Art. 5 Abs. 3 VE-IPG ergänzt werden, dass "[D]ie *Kooperationsbereitschaft des ausländischen Investors des ausländischen Investors gegenüber den Behörden [...] zu dessen Gunsten berücksichtigt werden [kann]*" (Hinzufügung unterstrichen).

III. Genehmigungsverfahren

1. Zuständigkeit

- 51 Das SECO leitet die Investitionsprüfung unter Einbezug von mitinteressierten Verwaltungseinheiten. Da die Investitionsprüfung der Verhinderung einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit durch Übernahmen inländischer Unternehmen durch ausländische Investoren dient, erachtet es die Studienvereinigung als sachgerecht, die Verantwortung für die Durchführung der Prüfung dem SECO zuzuweisen. Sie erkennt keinen Bedarf zur Ernennung einer unabhängigen Fachkommission wie z.B. der WEKO.

- 52 Unbedenkliche Übernahmen werden durch das SECO genehmigt. Sind die Übernahmen von erheblicher politischer Tragweite, wird der Entscheid an den Bundesrat eskaliert; ebenso entscheidet ausschliesslich¹⁷ der Bundesrat, wenn eine Übernahme nur unter Auflagen bzw. Bedingungen genehmigt oder wenn sie gar untersagt werden soll (Art. 8 Abs. 2 VE-IPG). Auch hier erscheint es zweckmässig, dass der Bundesrat als oberste Verwaltungsbehörde über einschneidende Massnahmen wie Auflagen und Bedingungen oder gar eine Untersagung entscheidet.
- 53 Im Investitionsprüfverfahren ist keine Beteiligung Dritter vorgesehen. Dies ist aus Vertraulichkeitsgründen wie auch hinsichtlich der Transaktionssicherheit begrüssenswert.

2. Gesuch

- 54 Der ausländische Investor hat vor dem Vollzug ein Übernahmegesuch beim SECO einzureichen. Bei Verdacht auf Missachtung oder Umgehung der Genehmigungspflicht leitet das SECO das Verfahren von Amtes wegen ein. Es ist sachgerecht, die Pflicht zur Einreichung des Gesuchs (ausschliesslich) dem ausländischen Investor zuzuweisen und damit für eine klare Verantwortlichkeit zu sorgen.¹⁸
- 55 Die vom Bundesrat gemäss Art. 6 Abs. 2 VE-IPG auf Verordnungsweg zu definierenden Unterlagen zum Gesuch sollten möglichst klar und abschliessend aufgeführt werden. Die Studienvereinigung würde es begrüessen, wenn, wie im Erläuternden Bericht aufgeführt, lediglich Angaben über die Geschäftstätigkeit des Investors und des Zielunternehmens, über die Eigentümerstruktur, die Finanzierungsquellen sowie Informationen zur Einschätzung des Rufs bzw. der einwandfreien Geschäftstätigkeit verlangt werden, damit das Gesuch vollständig ist und der Fristenlauf beginnt.¹⁹ Abzulehnen wäre dagegen die Forderung von Ausführungen oder Unterlagen zu den Genehmigungskriterien (Art. 5 VE-IPG) bereits zur Erlangung der Vollständigkeit des Gesuchs.
- 56 Zweckmässig wäre ausserdem eine Bestätigung der Vollständigkeit, analog Art. 14 VKU, damit über den Beginn des Fristenlaufs Klarheit herrscht. Entsprechend könnte Art. 6 Abs. 1 VE-IPG wie folgt ergänzt werden:
- "Das SECO bestätigt dem ausländischen Investor innert zehn Tagen schriftlich den Eingang der Meldung und deren Vollständigkeit. Sind die Angaben oder Beilagen in einem wesentlichen Punkt unvollständig, so fordert das SECO den ausländischen Investor innert der gleichen Frist auf, die Meldung zu ergänzen."*
- 57 Da Investitionsprüfungen regelmässig parallel in verschiedenen Jurisdiktionen durchgeführt werden müssen, wäre es aus Sicht der Studienvereinigung wünschenswert, wenn das Gesuch und die Unterlagen auch in englischer Sprache eingereicht werden könnten.

3. Zweistufiges Verfahren

- 58 Der Vorentwurf sieht ein zweistufiges Prüfverfahren vor, welches sich stark an das kartellrechtliche Fusionskontrollverfahren anlehnt.

¹⁷ Dass lediglich der Bundesrat Auflagen und Bedingungen beschliessen kann, ergibt sich aus den bundesrätlichen Erläuterungen zu Art. 8 Abs. 2 VE-IPG (Erläuternder Bericht, S. 26). Es wäre sinnvoll, diese ausschliessliche Kompetenz in Art. 5 Abs. 4 VE-IPG zu präzisieren, wie dies vorne in Kap. II.1 vorgeschlagen wird.

¹⁸ Erläuternder Bericht, S. 25.

¹⁹ Erläuternder Bericht, S. 25.

- 59 In einer ersten Phase entscheidet das SECO innerhalb eines Monats (Phase I), im Einvernehmen mit den mitinteressierten Verwaltungseinheiten und unter Anhörung des NBD, ob das Gesuch direkt genehmigt wird, oder ob ein Prüfverfahren einzuleiten ist (Art. 7 VE-IPG).
- 60 Bei Einleitung eines Prüfverfahrens (Phase II) entscheidet das SECO innerhalb von drei weiteren Monaten, im Einvernehmen mit den mitinteressierten Verwaltungseinheiten und unter Anhörung des NBD, ob die Übernahme genehmigt wird (Art. 8 VE-IPG). In Fällen von Art. 8 Abs. 2 VE-IPG, also bei Uneinigkeit unter den Verwaltungseinheiten über die (uneingeschränkte) Genehmigungsfähigkeit der Übernahme bzw. bei Fällen von erheblicher politischer Tragweite, wird der Entscheid an den Bundesrat eskaliert. Dieser entscheidet spätestens bei der nächsten Bundesratssitzung nach Ablauf der Dreimonatsfrist (Art. 8 Abs. 3 VE-IPG).
- 61 Die Studienvereinigung erachtet das zweistufige Verfahren als adäquat für die zielgerichtete Prüfung einer Übernahme.

4. Fristen

- 62 Wird ein Prüfverfahren eingeleitet, liegt gemäss VE-IPG innerhalb von rund vier Monaten nach Einreichung der Meldung ein Entscheid vor (ein Monat Phase I, ggf. drei Monate Phase II, bei Entscheiden des Bundesrates ggf. Verlängerung bis zur nächsten Bundesratssitzung). Diese verbindlichen und relativ kurzen Fristen sind insbesondere im Sinne der Transaktionssicherheit sehr zu begrüssen. Auch widerspiegelt Art. 9 Abs. 1 VE-IPG, wonach die Übernahme als genehmigt gilt, wenn innerhalb der Fristen kein Entscheid ergeht, die Auffassung der Studienvereinigung, wonach eine Genehmigung die Regel und ein Eingriff die Ausnahme sein sollte (vgl. Kap. II.1.).
- 63 Die Bestimmung zur Fristverlängerung, Art. 9 Abs. 2 VE-IPG, ist dagegen unbefriedigend: Die maximal zulässige Fristverlängerung ist nicht geregelt. Klar sollte sein, dass die Frist nur angemessen verlängert werden kann; eine Verdoppelung der Frist wäre nach Auffassung der Studienvereinigung unzulässig. Gemäss Vorentwurf soll eine Fristverlängerung sodann nur möglich sein, wenn (a) der ausländische Investor oder das inländische Unternehmen die Prüfung behindert haben, oder (b) erforderliche Informationen ausländischer Behörden ausstehend sind. Unklar ist, wann ein "behinderndes" Verhalten vorliegt. Der Begriff deutet auf ein bewusst verzögerndes Verhalten hin. Es dürfte also nicht genügen, wenn z.B. die Beschaffung von angeforderten Unterlagen oder Informationen aufseiten des meldenden Investors unverschuldet länger dauert.
- 64 Verkürzt sich die effektive Prüfungsdauer wegen fehlender Informationen signifikant und kann – weil keine "Behinderung" vorliegt – die Frist nicht verlängert werden, müsste das SECO die Übernahme wohl bewilligen bzw. wäre die Bewilligung durch Zeitablauf erteilt, denn es wäre nicht zulässig, den Fall an den Bundesrat zur negativen Entscheidung zu überweisen, wenn keine rechtsgenügenden Gründe für einen Eingriff bestehen.
- 65 Die Studienvereinigung schlägt deshalb eine einfachere und griffigere Formulierung vor, welche die beidseitigen Interessen besser berücksichtigt: Das SECO soll von sich aus oder auf Ersuchen des ausländischen Investors die Frist einmalig um einen Monat verlängern können; die Verlängerungsgründe in Art. 9 Abs. 2 Bst. a und b VE-IPG werden hingegen gestrichen. Art. 9 Abs. 2 VE IPG könnte demnach wie folgt geändert werden:

"Das SECO kann von sich aus oder auf Ersuchen des ausländischen Investors die Frist gemäss Art. 8 Absatz 1 um maximal einen Monat verlängern."

- 66 Schliesslich wäre es auch präziser, wenn der Titel zu Art. 9 VE-IPG "Ablauf und Verlängerung der Fristen" anstelle von "Nichteinhaltung und Verlängerung der Fristen" heissen würde. Der Begriff "Nichteinhaltung" weist auf ein Versäumnis i.d.R. des Rechtsunterstellten hin. Vorliegend geht es aber darum zu bestätigen, dass bei Fristablauf die Übernahme ohne positiven behördlichen Entscheid als genehmigt gilt.

5. Verwaltungsmassnahmen und Verwaltungssanktionen

- 67 Die Ermächtigung des Bundesrats, in Analogie zu Art. 37 KG die erforderlichen Verwaltungsmassnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsmässigen Zustandes anzuordnen, erscheint sachgerecht (Art. 17 VE-IPG). Die Formulierung ("*ordnungsmässigen Zustandes*") trägt der Möglichkeit Rechnung, dass bei einer solchen Transaktion womöglich bereits Fakten geschaffen wurden, die nicht rückabgewickelt werden können. Ausserdem wird das Verhältnismässigkeitsprinzip gewahrt, indem eine Desinvestition nur dann vorgesehen ist, wenn kein milderer Mittel zur Verfügung steht.²⁰
- 68 Mit Blick auf die Verwaltungssanktionen in Art. 18 VE-IPG erachtet die Studienvereinigung dagegen den Sanktionsrahmen von bis zu 10 % des Transaktionswertes als zu hoch. In Anlehnung an die Zusammenschlusskontrolle im Kartellrecht erachtet sie einen Fokus auf effektive Verwaltungsmassnahmen gekoppelt mit einem geringeren Sanktionsrahmen (vgl. max. CHF 1 Mio. nach Art. 57 KG) als zielführender zur Behebung von allfälligen Rechtsverstössen. Die hohen Verwaltungssanktionen in Art. 49a und Art. 50 KG haben (zumindest teilweise) gewinnabschöpfenden Charakter. Bei Verstössen gegen Übernahmevorschriften sollten dagegen strukturelle Massnahmen (Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes) im Vordergrund stehen.

6. Rechtsschutz

- 69 Art. 16 Abs. 1 VE-IPG hält fest, dass sich der Rechtsschutz "*nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege*" richtet. Grundsätzlich umfasst diese Formulierung auch das Verwaltungsstrafrecht (VStrR). Demgegenüber erwähnt der Erläuternde Bericht explizit nur, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) auf Beschwerden gegen Verfügungen im Rahmen der Investitionsprüfung anwendbar sei.²¹ Sollten die "*allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege*" das VStrR nicht einschliessen, müsste die Anwendbarkeit des VStrR bei Verstössen gegen Art. 18 Abs. 1 und 2 VE-IPG in Analogie zu Art. 57 Abs. 1 KG explizit im Gesetz festgehalten werden.
- 70 Die Studienvereinigung erachtet es als sinnvoll, dass lediglich der ausländische Investor sowie das inländische Unternehmen beschwerdeberechtigt sind (Art. 16 Abs. 2 VE-IPG). So können zugunsten der Transaktionssicherheit weder die Verwaltung noch Dritte Entscheide im Rahmen der Investitionsprüfung anfechten.
- 71 Die Studienvereinigung befürwortet, dass die Untersagung einer Übernahme oder eine Bewilligung unter Auflagen bzw. Bedingungen uneingeschränkt gerichtlich überprüft werden kann. Die in Art. 16 Abs. 3 VE-IPG in Fällen von erheblicher politischer Tragweite vorgesehene Einschränkung der gerichtlichen Kognition auf Verletzung von Verfahrensgarantien und Ermessensmissbrauch überzeugt nicht. Selbst wenn der Entscheid des Bundesrates ggf. eine erhebliche politische Tragweite aufweist, handelt

²⁰ Vgl. Erläuternder Bericht, S. 29.

²¹ Erläuternder Bericht, S. 29.

es sich nicht um einen politischen Entscheid: Der Bundesrat hat nach den Bestimmungen des Gesetzes zu entscheiden. Bei Entscheiden zur Amtshilfe, z.B. bei Banken, besteht ebenfalls regelmässig eine erhebliche politische Tragweite. Dennoch ist fraglos, dass in solchen Angelegenheiten voller Rechtsschutz gewährleistet ist. Es wäre zudem bedenklich, wenn die untersuchenden Verwaltungseinheiten den Rechtsschutz dadurch aushebeln könnten, dass sie ein Übernahmevorhaben einfach zu einem Entscheid von erheblicher politischer Tragweite deklarieren. Diese Qualifikation wäre gerichtlich auch nicht überprüfbar. Art. 16 Abs. 3 VE-IPG sollte deshalb ersatzlos gestrichen werden.

- 72 Langjährige Gerichtsverfahren können Übernahmevorhaben ebenfalls obsolet machen. Die Studienkommission würde es deshalb begrüßen, wenn das Gesetz Ordnungsfristen für die Beschwerdeverfahren vorsehen würde.

7. Amtshilfe

- 73 Im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit inländischen Behörden (Art. 14 VE-IPG) müssen diese dem SECO Daten über Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse bekanntgeben. Diesbezüglich ist klarzustellen, dass dies das Anwaltsgeheimnis in Investitionsprüfverfahren im Übrigen unberührt lässt.
- 74 Was die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden (Art. 15 VE-IPG) betrifft, ist die Kompetenz zum Austausch "*über die generelle Gefährdungs- und Bedrohungslage*" zu unbestimmt formuliert. Insbesondere ist für diesen Austausch auch eine staatsvertragliche Grundlage erforderlich. Zudem ist ein solcher Informationsaustausch zu dokumentieren. Werden gestützt auf Art. 15 VE-IPG erlangte allgemeine Informationen über die Bedrohungslage in einem konkreten Investitionsprüfverfahren verwendet, ist dieser Umstand gegenüber der genehmigungspflichtigen Person offenzulegen. Ihr ist Akteneinsicht und das rechtliche Gehör zu gewähren, soweit dies die innere oder äussere Sicherheit oder aussenpolitischen Interessen der Schweiz nicht gefährdet.
- 75 Nicht ohne Weiteres nachvollziehbar ist, weshalb Art. 15 Abs. 2 Bst. b VE-IPG Voraussetzungen für die Auskunftserteilung an ausländische Behörden aufstellt, hingegen die Frage von Auskunftersuchen des SECO an ausländische Behörden nicht angesprochen wird. Art. 9 Abs. 2 Bst. b VE-IPG impliziert, dass – unter dem Vorbehalt des Abschlusses entsprechender staatsvertraglicher Kooperationsabkommen – auch Informationen einer ausländischen Behörde eingeholt werden. Diesbezüglich ist den Schweizer Genehmigungsbehörden eine umfassende Dokumentationspflicht aufzuerlegen.

8. Veröffentlichung von Entscheiden und Urteilen

- 76 Im Erläuternden Bericht steht, "[...] [d]as SECO ha[be] jährlich einen Bericht mit aggregierten Informationen zu den erfolgten Prüfungen zu veröffentlichen."²² Der Vorentwurf enthält jedoch keine Regelung darüber, ob und wie das SECO und der Bundesrat die Öffentlichkeit über ihre Aktivitäten und namentlich über Entscheide und Urteile im Zusammenhang mit der Investitionsprüfung zu informieren haben. Diesbezüglich besteht demnach eine Regelungslücke.
- 77 Aus Sicht der Unternehmen und der Anwaltschaft ist es essentiell, dass die Investitionsprüfungspraxis sämtlicher Instanzen rasch auf geeignete Weise veröffentlicht wird. Der Veröffentlichung der Praxis kommt dabei eine besonders grosse Bedeutung zu, da es sich bei der Investitionsprüfung, so sie denn eingeführt wird, in der Schweiz

²² Vgl. Erläuternder Bericht, S. 14.

um ein gänzlich neues Rechtsgebiet handelt und der Vorentwurf – auch unter Berücksichtigung der in dieser Stellungnahme enthaltenen Vorschläge – viele unbestimmte und damit durch die Praxis auslegungsbedürftige Begriffe enthält.

- 78 Ein jährlicher Bericht in aggregierter Form vermag dieses Informationsbedürfnis nicht zu stillen. Vielmehr sollten Entscheide und Urteile jeweils so rasch als möglich einzeln sowie alsdann als Teil einer periodisch (vierteljährlich) erscheinenden Sammlung (in geheimnisbereinigter Form) publiziert werden. Die Studienvereinigung möchte daher beliebt machen, im IPG Bestimmungen zu verankern, die denjenigen von Art. 48 und 49 KG entsprechen. Dabei sollten das SECO und der Bundesrat zur Berichterstattung und Veröffentlichung von Entscheiden und Urteilen verpflichtet werden (keine Kann-Bestimmungen).

9. Geheimniswahrung

- 79 Bei der Veröffentlichung von Entscheiden und Urteilen sind ferner berechnigte Geheimhaltungsinteressen der Unternehmen und Behörden zu wahren. Die involvierten Behörden einschliesslich des Bundesrates sind zudem generell zur Wahrung von Amts- und Geschäftsgeheimnissen zu verpflichten. Eine besondere Bedeutung kommt dabei der Wahrung sicherheitsrelevanter Geheimnisse zu. Auch diesbezüglich fehlt jedoch eine Regelung im Vorentwurf. Diese ist aus Sicht der Studienvereinigung jedoch zwingend. Eine Regelung könnte sich an Art. 25 KG orientieren, der sich in der Praxis grundsätzlich bewährt hat.

* * *

Die Stellungnahme wurde durch eine Arbeitsgruppe der Studienvereinigung vorbereitet. Ihr gehörten die folgenden Mitglieder der Studienvereinigung an: Marcel Dietrich, Franz Hoffet, Fabian Koch, David Mamane, Alain Ramey, Philippe Reich, Mani Reinert, Richard Stäuber, David Thomann, Michael Tschudin und Regula Walter.

Die Zusammenarbeit wurde von Richard Stäuber und von Mario Strebel (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung) koordiniert.

Inhaltsverzeichnis

A.	Vorbemerkungen	- 1 -
B.	Kommentierung des Vorentwurfs des Bundesrates	- 2 -
I.	Genehmigungspflichtige Übernahmen (Aufgreifkriterien).....	- 2 -
1.	Geltungsbereich.....	- 2 -
a)	Konkretisierung des sachlichen Geltungsbereichs.....	- 2 -
b)	Örtlicher Geltungsbereich.....	- 3 -
2.	Begriffsdefinitionen.....	- 4 -
a)	Übernahme.....	- 4 -
b)	(Inländisches) Unternehmen.....	- 5 -
c)	Ausländischer Investor.....	- 5 -
3.	Tatbestände mit Genehmigungspflicht.....	- 6 -
a)	Übernahmen durch einen staatlichen oder staatsnahen ausländischen Investor....	- 6 -
b)	Übernahmen durch staatliche, staatsnahe und private ausländische Investoren in kritischen Sektoren.....	- 7 -
4.	Allgemeine Bagatellschwelle.....	- 8 -
5.	Bundesrätliche Kompetenz zur Absenkung von Eingriffsschwellen.....	- 9 -
II.	Genehmigungskriterien (Eingreifkriterien).....	- 9 -
1.	Genehmigungskriterien und Regelungstechnik im Allgemeinen.....	- 9 -
2.	Konkretisierung der Genehmigungskriterien.....	- 10 -
3.	Berücksichtigung der Kooperationsbereitschaft.....	- 12 -
III.	Genehmigungsverfahren.....	- 12 -
1.	Zuständigkeit.....	- 12 -
2.	Gesuch.....	- 13 -
3.	Zweistufiges Verfahren.....	- 13 -
4.	Fristen.....	- 14 -
5.	Verwaltungsmassnahmen und Verwaltungssanktionen.....	- 15 -
6.	Rechtsschutz.....	- 15 -
7.	Amtshilfe.....	- 16 -
8.	Veröffentlichung von Entscheiden und Urteilen.....	- 16 -
9.	Geheimniswahrung.....	- 17 -