

GUTACHTEN ÜBER BESCHRÄNKUNGEN VON INVESTITIONEN (AVIS 18-078) VOM 20.12.2018 DES SCHWEIZERISCHEN INSTITUTS FÜR RECHTSVERGLEICHUNG (SIR)

Übersetzung der *Management Summary*

I ZUSAMMENFASSUNG

Unter ausländischen Direktinvestitionen (*Foreign Direct Investment, FDI*) versteht man eine durch eine natürliche oder juristische Person (oder eine Gruppe von Personen) oder eine Regierung eines Landes in einem anderen Land getätigte Kapitaltransaktion, um dort eine langfristige Beteiligung in Form von Eigentum zu erlangen.¹ Während Direktinvestitionen früher in der Regel darin bestanden, dass ein bedeutender Anteil an einem ausländischen Unternehmen gekauft wurde, umfasst das Konzept der «Auslandsinvestitionen» heute sehr unterschiedliche Formen von Beteiligungen mit wirtschaftlichem Wert, wie Konzessionen, vertraglich vereinbarte Zahlungsansprüche, Rechte an geistigem Eigentum und Goodwill.

Der Kapitalverkehr zwischen Ländern gilt heute allgemein als notwendig, um die wirtschaftliche Entwicklung zu stärken. Während sich die OECD schon seit Beginn ihres Bestehens (damals noch als OEEC) für ein liberales Investitionsumfeld einsetzte, wurde der Nutzen eines freieren Kapitalverkehrs erst ab Mitte der 1980er-Jahre weltweit immer breiter anerkannt. Ab diesem Zeitpunkt boten sich die Entwicklungsländer als Destinationen für ausländisches Kapital an, um den Aufbau ihrer industriellen Kapazitäten zu finanzieren, Arbeitsplätze zu schaffen und Zugang zu Technologien zu erhalten.

Die Liberalisierungsbemühungen der OECD und der Weltbankgruppe änderten allerdings nichts am allgemein gültigen internationalen Rechtsgrundsatz der Souveränität. Gemäss diesem Grundsatz liegt die Kompetenz für die Einschränkung oder das Verbot ausländischer Investitionen bei den Staaten selbst, ausser es bestehen vertragliche Verpflichtungen.

Der OECD-Kodex zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs von 1961 ist ein Beispiel für eine solche vertragliche Verpflichtung (er ist für alle OECD-Länder bindend und steht seit 2012 auch Nichtmitgliedern offen). Der Kodex besagt in Artikel 1(a): [...] *beseitigen die Mitgliedstaaten die Beschränkungen des Kapitalverkehrs untereinander schrittweise soweit, wie dies für eine wirksame wirtschaftliche Zusammenarbeit notwendig ist.*² Somit sollte – zwischen Mitgliedern des Kodex – jede Regierung Auslandsinvestitionen in ihrem Land mit möglichst wenigen Beschränkungen erlauben: Der Kapitalbetrag und die Beteiligungsquote sollten nicht begrenzt sein, die Palette der möglichen Investitionen sollte breit sein und – was für diesen Bericht von besonderem Interesse ist – die behördlichen Genehmigungen, die es für den Zugang zum Binnenmarkt braucht, sollten möglichst einfach, rasch und kostengünstig einzuholen sein.

¹ Maitena Duce & Banco de España, *Definitions of Foreign Direct Investment (FDI): a methodological note*, S. 2 (31. Juli 2003). Zu finden unter (nur auf Englisch): <https://www.bis.org/publ/cgfs22bde3.pdf>.

² OECD, Kodex zur Liberalisierung des Kapitalverkehrs, Art. 1(a). Zu finden auf Englisch unter: <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Code-capital-movements-EN.pdf> (12.12.18). Eine deutsche Version der Art. 1 und 3 des Kodex findet man unter dem Leitfaden zum Kodex unter: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264010352-de.pdf?expires=1546508327&id=id&accname=oid030182&checksum=CAAE6D2A37B7066981DB4AA7258492B1>

Gemäss dem OECD-Kodex behalten die Regierungen ihre souveränen Befugnisse zur Einschränkung von Auslandsinvestitionen, sofern diese nationale Interessen wie die Sicherheit gefährden. So heisst es in Artikel 3:

«Die Bestimmungen des Kodex hindern die Mitgliedstaaten nicht daran, Massnahmen zu treffen, die sie aus folgenden Gründen für erforderlich halten:

i) zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder zum Schutz der öffentlichen Gesundheit, Moral und Sicherheit;

ii) zum Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen;

iii) zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen hinsichtlich des internationalen Friedens und der internationalen Sicherheit.»³

Diese Ausnahme ist nicht weiter erstaunlich und stellt sicher, dass die Mitgliedstaaten des Kodex nicht gegen Völkerrecht verstossen, wenn sie Investitionsbeschränkungen auferlegen oder Investitionen sogar verbieten, sofern ausländisches Kapital aus Quellen stammt, oder in gewisse Wirtschaftstätigkeiten oder Sektoren investiert werden soll, die eine Gefährdung darstellen könnten.

Da die Ausnahme vom liberalisierten Kapitalverkehr zum Schutz der nationalen Sicherheit rechtlich geltend gemacht werden kann, besteht auf nationaler Ebene Raum für politische Diskussionen über die Frage, ob und in welchem Umfang Regierungen Auslandsinvestitionen sogar aus anderen OECD-Mitgliedstaaten zur Wahrung der nationalen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung beschränken sollten.

Eine wachsende Anzahl von Ländern in Europa und weltweit halten zurzeit an Beschränkungen ausländischer Investitionen fest, setzen solche Beschränkungen um oder werden solche Beschränkungen einführen, um die Gefährdung ihrer nationalen Interessen durch solche Investitionen zu verringern. Da nun auch Volkswirtschaften, die für gewöhnlich als offen gelten, Screening-Mechanismen einführen, ist das Thema auch aus vergleichender Sicht interessant.

Der nachfolgende Bericht wurde vom SIR im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) in Erfüllung der zwei Postulate der Ständeräte Bischof und Stöckli verfasst.⁴ In den einzelnen Länderanalysen werden nach einer kurzen Einführung in das Investitionsumfeld des betreffenden Landes jeweils drei Hauptfragen behandelt:

- Welche Meldepflichten und -verfahren gelten für ausländische Investoren?
- Welche Screening- oder Überprüfungsverfahren bestehen, um festzulegen, ob eine Investition getätigt werden darf? und
- Wie sieht die aktuelle Praxis der Überprüfungsbehörden bei ausländischen Investitionen aus?

Untersucht wurden die folgenden Rechtsordnungen: Australien, Deutschland, die Europäische Union, Frankreich, Kanada, die Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Schweden, Singapur, die USA und das Vereinigte Königreich.

³ Id., Art. 3.

⁴ Postulat 18.3376 Bischof («Ausländische Firmenübernahmen in der Schweiz. Ist die heutige Schrankenlosigkeit noch haltbar?») und Postulat 18.3233 Stöckli («Investitionsprüfung bei ausländischen Investitionen»).

II. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

1. Bestehen von Beschränkungen

1.1. Allgemein geltende Beschränkungen

In allen 13 untersuchten Rechtsordnungen bestehen irgendwelche Beschränkungen für Investitionen; nicht alle gelten indes ausschliesslich für ausländische Investitionen.

Fusionen müssen beispielsweise teilweise aufgrund von wettbewerbsrechtlichen Überlegungen gemeldet werden. In einigen Systemen ist die Meldung allerdings nur ab einem gewissen Schwellenwert obligatorisch. In Norwegen zum Beispiel müssen Unternehmen den Wettbewerbsbehörden allfällige Fusionspläne melden, wenn ihr Jahresumsatz insgesamt mindestens 1 Milliarde NOK beträgt. Das Gleiche gilt auch für Schweden (hier liegt die fragliche Schwelle allerdings bei 1 Milliarde SEK). Die französische Gesetzgebung sieht generell eine doppelte Schwelle vor, nämlich einen Gesamtumsatz von 150 Millionen EUR, wovon 50 Millionen EUR von mindestens zwei der beteiligten Parteien in Frankreich generiert werden. Für gewisse Sektoren (wie den Einzelhandel) können hingegen auch tiefere Schwellen gelten. Im Vereinigten Königreich machen wettbewerbsrechtliche Überprüfungen zurzeit den Hauptteil der Screenings von Investitionen aus. Die Meldung ist zwar freiwillig, es werden jedoch auch Faktoren wie Fragen besonderer öffentlicher Interessen berücksichtigt. Die wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen sowie die im Rahmen der Sicherheitsvorschriften geltenden Meldepflichten in den USA scheinen zwar nichtdiskriminierend, bezwecken effektiv aber den Schutz vor Missbräuchen der Marktmacht.

1.2. Sektorspezifische Beschränkungen

Sektorspezifische Beschränkungen für ausländische Investitionen gibt es ebenfalls in allen untersuchten Rechtsordnungen. Die Sektoren und Arten der Beschränkungen unterscheiden sich hingegen markant zwischen den einzelnen Ländern (im Verteidigungssektor unterliegen ausländische Investitionen jedoch allgemein weitgehenden Beschränkungen).

In einigen Ländern sind Investitionen in den Mediensektor beschränkt oder verboten (z.B. Australien, Norwegen, Schweden, Vereinigtes Königreich, USA). In vielen Ländern werden der Energie- und der Stromsektor vor ausländischer Kontrolle geschützt (z.B. Kanada, Niederlande, Norwegen, Polen) und in einigen Ländern sind Investitionen in den Luftfahrtsektor auch nur beschränkt möglich (z.B. Australien, Norwegen, Polen). Viele Regierungen scheinen auch den Zugang zu Grundbesitz (Wohn-, Gewerbe- und landwirtschaftliche Liegenschaften) für ausländische Investoren begrenzen zu wollen (z.B. Australien, Norwegen, Polen, Singapur). Die Sektoren Rechtsdienstleistungen (z.B. Singapur, USA) und Finanzdienstleistungen (u.a. Niederlande, Norwegen, Singapur, Schweden, Vereinigtes Königreich, USA) schliesslich unterliegen in mehreren Rechtsordnungen ebenfalls spezifischen Beschränkungen.

1.3. Sicherheitsbeschränkungen

In den meisten untersuchten Rechtsordnungen führten Bedenken zu den Auswirkungen von Investitionen von ausländischen Investoren auf die nationale Sicherheit zur Einführung von Screening-Mechanismen. Von den 13 analysierten Ländern verfügen denn auch nur Singapur, Schweden und das Vereinigte Königreich über keine bestehenden oder unmittelbar (d.h. in den nächsten zwei Jahren) geplanten Mechanismen zur Überprüfung, ob ausländische Investitionen die nationale Sicherheit bedrohen. Volkswirtschaften, die für gewöhnlich als offen gelten, einschliesslich Deutschland, der Niederlande und Norwegen, haben entsprechende Mechanismen soeben eingeführt oder werden sie in naher Zukunft dem Gesetzgeber vorschlagen. Angesichts der allgemeinen Kontrolle von Singapur

über die gesamte Wirtschaftstätigkeit und des im Vereinigten Königreich vorgebrachten Vorschlags für einen solchen Mechanismus (sowie die Möglichkeit, nationale Sicherheitsinteressen bei aktuellen Fusionskontrollen mitzuberücksichtigen) bleibt von den drei Ländern ohne klar erkennbaren Screening-Mechanismus einzig Schweden, das von den untersuchten Regierungen anscheinend keine Überprüfungen aus Sicherheitsüberlegungen durchführen will.

III. MELDEPFLICHTEN

Die Pflicht für ausländische Investoren, sich vor einer Investition im Gastland zu melden, ist in den verschiedenen Rechtsordnungen in unterschiedlichen Formen und Abstufungen zu finden. Im Folgenden einige aus der Vergleichsuntersuchung gezogene Schlussfolgerungen, die über die Feststellung hinausgehen, dass ein Verstoss gegen die Meldepflicht in der Regel (nicht aber in Deutschland) strafbar ist. Ein solcher Verstoss kann eine Busse oder die Ungültigkeitserklärung aller bereits getätigten Transaktionen zur Folge haben. In einigen Rechtsordnungen müssen sämtliche ausländischen Investitionen gemeldet werden (Kanada) oder alle ausländischen Investitionen einer bestimmten Art (in Australien besteht z.B. eine Meldepflicht für Investitionen in Grundbesitz, in die Wasser- und die Medienbranche) oder wenn die Investition einen bestimmten Umfang hat oder einen gewissen Grad an Kontrolle mit sich bringt (Österreich). Die USA haben ihr auf absoluter Freiwilligkeit basierendes Meldesystem kürzlich geändert, sodass eine Transaktion neu gemeldet werden muss, wenn der Investor eine staatliche Einrichtung ist und welche an dieser Transaktion ein wesentliches Interesse (*substantial interest*) daran hat. Diese allgemeinen Muster kommen in verschiedenen Variationen vor. Norwegen beispielsweise kombiniert Grösse und Art und verlangt eine Meldung, sofern ausländische Investoren, die an kritischen Infrastruktureinrichtungen beteiligt sind oder die Kontrolle über sensible Informationen haben, mindestens ein Drittel der Aktien oder des Kapitals erwerben oder die tatsächliche Kontrolle erlangen werden. In Frankreich ist die Meldung erst erforderlich, sobald die erste Genehmigung für die Investition erteilt und diese umgesetzt wurde.

Auch bei nicht meldepflichtigen Investitionen ist eine Meldung unter Umständen erstrebenswert, wenn der Investor dadurch von der Regierung einen impliziten oder expliziten Nachweis der Nichtgefährdung erhält, der vor zukünftigen Untersuchungen schützt (Frankreich, USA).

In Singapur wird bei jeder Aufnahme einer Geschäftstätigkeit, sei es durch einen inländischen oder einen ausländischen Investor, eine Meldung (in Form einer Registrierung) verlangt. Gestützt auf den Registrierungsantrag können die Behörden entscheiden, ob Zulassungen erforderlich sind und ob diese erteilt werden.

Auch die polnische Gesetzgebung verlangt für zahlreiche unternehmerische Vorhaben eine Meldung und eine Zulassung. Als besonders restriktiv gilt die polnische Anlagepraxis angesichts des grossen Ermessensspielraums der Behörden bei der Entscheidung, ob ein bestimmtes Vorhaben die nationale Sicherheit gefährdet. Die Strafen für eine unterlassene Meldung oder Einholung der Zulassung können zudem drakonisch sein: Die Transaktionen werden nicht nur für ungültig erklärt und Bussen verhängt, die Regierung kann Investoren auch mit bis zu fünf Jahren Gefängnis belegen.

IV. SCREENING UND ÜBERPRÜFUNG

Die Screening- und Überprüfungsverfahren für eine sorgfältige Untersuchung verdächtiger Investitionen variieren markant, was die institutionellen Rahmenbedingungen anbelangt. In den USA erfolgt das Screening durch einen interministeriellen Exekutiv Ausschuss für ausländische Investitionen (CFIUS, *Committee on Foreign Investment in the United States*), dessen breite sektorische Abstützung

sicherstellen soll, dass die Interessen sowohl der nationalen Sicherheit als auch des freien Kapitalverkehrs vertreten sind. In anderen Ländern führt der Wirtschaftsminister bzw. die Wirtschaftsministerin Überprüfungen durch und leitet die Entscheidungsfindung. In Kanada beispielsweise nimmt der Minister bzw. die Ministerin für Innovation, Wissenschaft und wirtschaftliche Entwicklung diese Aufgabe wahr. In ähnlicher Weise führt in Deutschland das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie als einzige Behörde solche Überprüfungen durch und in Frankreich ist der oder die *Ministre chargé de l'économie* dafür zuständig. In Norwegen und im Vereinigten Königreich obliegt die Überprüfung dem jeweiligen sektorspezifischen Sekretariat oder Ministerium und in Australien entscheidet der Schatzmeister bzw. die Schatzmeisterin mithilfe eines Gremiums nichtstaatlicher Fachleute für verschiedene wichtige Bereiche (Steuern, Regulierung, Wirtschaft usw.).

Singapur und Schweden verfügen über keinen Screening-Mechanismus und bilden daher einen Sonderfall unter den für diesen Bericht untersuchten Systemen.

Die bei der Risikobeurteilung berücksichtigten Faktoren unterscheiden sich in den konkreten Details; ganz allgemein wird jedoch nicht nur die Bedrohung der militärischen Kapazitäten untersucht, sondern auch die Fähigkeit der Regierung, die Kontrolle über kritische Ressourcen und Infrastrukturen zu behalten. Die meisten neueren Gesetzgebungen legen den Fokus auch auf die Risiken, die der Zugang ausländischer Investoren zu spezialisierten Technologien und sensiblen Daten birgt. Einige Länder (Kanada, Frankreich, Vereinigtes Königreich) führen weitreichendere Überprüfungen durch, ob sich Investitionen auf nicht direkt sicherheitsbezogene nationale Interessen auswirken könnten, wie die Beschäftigung und den Service public. Aus ähnlichen Überlegungen schlagen die Niederlande eine nicht abschliessende Liste von zwölf Sektoren vor, die für die wirtschaftliche Sicherheit des Landes von Interesse sind und die gemäss dem Entwurf unter anderem Bereiche wie den Landwirtschafts- und Ernährungssektor, den Gesundheitssektor und die Logistik umfassen. In den USA wird das Konzept des nationalen Interesses im neuen Gesetz sogar noch weiter gefasst; so gehört dazu auch, dass das Land seine Spitzenposition in der Weltwirtschaft behält.

Bezeichnenderweise wird bei der Festlegung, welches Investitionsvolumen in einem bestimmten Vorhaben eine Bedrohung darstellen könnte, der traditionelle Ansatz der Schwellenwerte oder Obergrenzen (Prozentsätze für die entsprechenden Anteile oder Vermögenswerte oder Geldbeträge) durch Formulierungen ergänzt, die (1.) die tatsächliche Kontrolle der sensiblen (physischen oder digitalen) Anlagewerte berücksichtigen; (2.) genügend Flexibilität garantieren sollen, damit die Investoren das Screening nicht zu umgehen versuchen; und die (3.) bei der Überprüfung von Investitionen ausländischer Regierungen oder ausländischer staatlicher Unternehmen noch strengere Regeln vorsehen.

Die Überprüfungsverfahren sind im Allgemeinen zeitlich begrenzt, damit die Investoren im Vorfeld einer Investition die Dauer der Überprüfung einkalkulieren können. Die Vorhersagbarkeit des Verfahrens wird für die Investoren teilweise dadurch erhöht, dass die Investition als implizit genehmigt gilt, sofern eine Antwort innerhalb der festgelegten Frist ausbleibt (das ist beispielsweise der Fall in Österreich und Frankreich, gilt aber nicht für Kanada). Viele Systeme sehen für die Überprüfungsbehörde indes die Möglichkeit einer Fristverlängerung vor, um ihr bei Komplikationen genügend Flexibilität einzuräumen.

Zudem sehen die meisten Länder vor, dass Investoren, die mit einem Entscheid der Überprüfungsbehörde nicht zufrieden sind, diesen vor einem Gericht anfechten können (in einigen dieser Rechtsordnungen, wie Frankreich, sind gerichtliche Überprüfungen in der Praxis jedoch nur beschränkt möglich, da der Minister bzw. die Ministerin für gewisse Entscheide keine Begründung anführen muss). In einigen Systemen können Entscheide, die Investitionsvorhaben verbieten, nicht rechtlich überprüft werden (in Australien, Kanada und den USA dürfen diese Entscheide nicht rechtlich

nachgeprüft werden; in Australien kann gegen einen Negativentscheid jedoch unter Umständen eine Klage nach Common Law eingereicht werden und in Kanada kann ein Gericht einen Entscheid bei einem Verfahrensfehler oder im Fall von Willkür für ungültig erklären).

Ebenfalls interessant ist, wie die Entscheide der Überprüfungsbehörde dem Gesetzgeber zur Kenntnis gebracht werden. Das US-System ist diesbezüglich am weitesten fortgeschritten, bestehen für den CFIUS doch per Gesetz zahlreiche Pflichten zur Berichterstattung an den Kongress. Zudem wird die obligatorische Berichterstattung über die nach Überprüfungen gefällten Entscheide mit Statistiken unterlegt. In Frankreich schreibt die neue Gesetzgebung dem Ministerium vor, dass es dem neu geschaffenen Parlamentsausschuss für wirtschaftliche Sicherheit statistische Angaben zu Anträgen, Entscheiden und Sanktionen liefern muss.

V. AKTUELLE PRAXIS

Das effektive Vorgehen der Überprüfungsbehörden lässt sich einfacher vergleichen als andere untersuchte Bereiche. Die Ergebnisse waren hier viel einheitlicher: Abgesehen von ein paar Ausnahmen werden Investitionen bei den nationalen Sicherheitskontrollen eher selten verboten; viele Investoren kooperieren zudem mit den Überprüfungsbehörden und einigen sich auf eine Anpassung ihrer ursprünglichen Investitionspläne, um allfällige im Überprüfungsverfahren geäußerte Bedenken zu zerstreuen (z.B. Deutschland, Kanada, USA). Investoren, die ihre Pläne nicht anpassen wollen, ziehen ihre Bewilligungsanträge zudem in der Regel aufgrund des öffentlichen Drucks zurück. In Frankreich rät das Ministerium Investoren gemäss gewissen Berichten teilweise informell von einer Investition ab, da die Erteilung der Bewilligung an Bedingungen geknüpft wird, die das Ministerium für wirtschaftlich nicht tragbar hält.

Die jahrzehntelange Erfahrung der USA mit dem CFIUS ist bezeichnend für die Erkenntnisse, die in anderen Ländern aus dem Vergleich gewonnen wurden (inkl. Australien, Frankreich und Kanada): Es werden zwar immer mehr Investitionsvorhaben überprüft, aber nur sehr wenige verboten. Dennoch zogen Investoren teilweise auch genehmigte Vorhaben wegen des öffentlichen Widerstands zurück.

In Singapur und Polen erfolgt die Beschränkung auf andere Art und Weise. In beiden Staaten gibt es zahlreiche Zulassungs- oder ähnliche Genehmigungsverfahren für gewerbliche Tätigkeiten in verschiedenen Sektoren. Im Gesetz sind diese Verfahren weitestgehend nichtdiskriminierend, müssen doch auch die inländischen Akteure eine Genehmigung beantragen. Der enorme Ermessensspielraum der Behörden beim Entscheid, ob eine Genehmigung erteilt wird, kann de facto jedoch zu einer ungleichen oder ungünstigeren Behandlung ausländischer Investoren führen. Gleichzeitig wurden die Systeme in beiden Ländern wohl gerade deshalb so ausgestaltet, weil die Regierung die Kontrolle über die Wirtschaft (oder zumindest über strategisch wichtige Bereiche der Wirtschaft) behalten will. Das legt nahe, dass die Diskriminierung sehr gezielt erfolgt und nicht durch die Herkunft begründet wird, was die Sache noch komplexer macht.