

Titel: Neuer Rahmen für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen

Datum: 13.10.2020

Autoren: RA MMag. Dr. Arnold Autengruber, RAA Mag. Raphael Dorda

Schlagworte: Investitionsschutz, ausländische Direktinvestitionen, EU-FDI-screening-VO, foreign direct investment;

Neuer Rahmen für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen

Die Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen in Österreich wurde durch das Ende Juli 2020 in Kraft getretene Investitionskontrollgesetz (InvKG) grundlegend neu geregelt. Das InvKG bildet fortan das neue Regime zur Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen (foreign direct investment – FDI) und löst damit § 25a Außenwirtschaftsgesetz 2011 samt Begleitregelungen ab. Die Revision des österreichischen FDI-Regimes fußt auf dem europäischen Trend zu mehr Kontrolle und Überprüfung und basiert auf der EU-weiten FDI-Screening-Verordnung VO (EU) 2019/452. Diese Verordnung ist zwar für alle Mitgliedstaaten bereits am 11.04.2019 in Kraft getreten, gilt aber erst seit 11.10.2020 in vollem Umfang. Nachfolgend soll daher ein Überblick über den neuen Rahmen gegeben werden und die Bedeutung für die österreichischen Unternehmen hervorgehoben werden.

1. Wieso wurde eine neue FDI-Screening VO der EU erlassen und worauf zielt diese ab?

Die EU gilt als äußerst **offener Investitionsmarkt** und ist daher für ausländische Direktinvestitionen im Hinblick auf Kapital, Technologien, Innovation und Fachwissen äußerst attraktiv. Allerdings wurden vor allem in den vergangenen Jahren immer mehr ausländische Direktinvestitionen in sensible und systemrelevante Schlüsselsektoren in der EU getätigt, wie z.B. Kommunikationstechnologie, Versorgungsunternehmen, hochentwickelte Technologien, kritische Infrastruktur und Energie. Daher haben zunehmend mehr Staaten in der EU ein strengeres Investitionskontrollregime gefordert. Um ein einheitliches Regime innerhalb der EU zu gewährleisten wurde nunmehr die Foreign Direct Investment (FDI) Screening Verordnung erlassen, welche seit 11.10.2020 in vollem Umfang gilt.

Sowohl die Verordnung als auch das österreichische Investitionskontrollgesetz zielen auf die Regulierung der möglichen Bedrohungen von ausländischen Direktinvestitionen durch Unternehmen an wichtigen österreichischen Unternehmen ab. Sie sollen zur Wahrung der

Sicherheit, der öffentlichen Ordnung und der strategischen Interessen Europas in Zusammenhang mit ausländischen Investitionen in der EU beitragen. Zur Stärkung des Wettbewerbs, der Innovation und der Technologien sowie der Sicherheit in der EU wurde daher ein Regime geschaffen, um potenzielle Gefahren oder unerwünschte Maßnahmen von Drittstaaten oder drittstaatlichen Unternehmen für kritische Vermögenswerte effektiv abzuwehren.

Die EU-FDI-Screening-Verordnung sieht daher einen **EU-weiten Kooperationsmechanismus** zwischen der Europäischen Kommission und den EU-Mitgliedstaaten für sogenannte „**FDI-Screenings**“ vor. Das Ziel ist die Kooperation und Konsultation innerhalb der EU. Für die EU relevante und sensible ausländische Investitionen werden somit neuerlich auch von anderen Mitgliedstaaten geprüft und beurteilt. Die einzelnen Investitionen in kritische Infrastrukturen und in sensiblen Bereichen der Mitgliedstaaten sollen demgegenüber in den jeweiligen Mitgliedstaaten einer **Genehmigungspflicht** unterliegen.

2. Was regelt die EU-FDI-Verordnung?

Die EU-FDI-Verordnung ist auf **ausländische Direktinvestitionen** anzuwenden. Abgedeckt werden soll demnach eine große Bandbreite an Investitionen, wenn damit eine dauerhafte und direkte Verbindung zwischen Investoren aus Drittstaaten und wirtschaftlich tätigen Unternehmen in einem Mitgliedstaat geschaffen oder aufrechterhalten wird. Diesbezüglich hat die Kommission gewisse Leitlinien zum Schutz kritischer europäischer Vermögenswerte und Technologien vom 25.03.2020 („**FDI-Leitlinien**“) erlassen.

Die FDI-Screening-VO richtet einen EU-Kooperationsmechanismus ein, der vor allem innerhalb der EU die Kooperation und Konsultation ausländischer Investitionen regeln soll. Dabei wird grob zusammengefasst unterschieden ob es sich um eine **(1)** überprüfte oder nicht überprüfte Direktinvestition handelt, **(2)** welche in Österreich oder in einem anderen Mitgliedstaat stattgefunden hat. Daher soll fortan der Erwerb und die Investitionen von ausländischen Investoren geprüft und einheitlich geregelt werden. Vor allem aber soll die Kommunikation, Koordinierung und die Zusammenarbeit der einzelnen Mitgliedstaaten untereinander hinsichtlich relevanter ausländischer Direktinvestitionen durch sogenannte „FDI-Screenings“ gefördert und verbessert werden.

Grundsätzlich regelt die FDI-Verordnung Folgendes:

- Schafft einen **Kooperationsmechanismus** als Grundlage für den Austausch von Informationen zwischen **(1)** den Mitgliedstaaten und **(2)** den Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission. Dabei können auch Bedenken gegenüber spezifischen Investitionen vorgebracht werden;

- Sie gewährt der Europäischen Kommission die Abgabe von Stellungnahmen, wenn eine Investition eine **Bedrohung für die Sicherheit oder öffentliche Ordnung** in mehr als einem Mitgliedstaat darstellen oder diese ein Projekt oder Programm von **Unionsinteresse** beeinträchtigen könnte;
- Sie ermöglicht einem Mitgliedstaat die Abgabe von Kommentaren gegenüber jenem Staat, in welchem eine ausländische Direktinvestition geplant oder abgeschlossen wurde;
- Sie fördert die **internationale Kooperation** im Bereich Investitionskontrolle

Auch wenn die Letztentscheidung über die Genehmigung einer bestimmten Investition weiterhin bei den **Mitgliedstaaten** verbleibt, kann die Abgabe von Stellungnahmen eine erweiterte Begründungspflicht auslösen.

3. Was umfasst das InvKG?

Das InvKG umfasst insbesondere die Kontrolle **ausländischer Direktinvestitionen** in österreichische Unternehmen (mit Sitz oder Hauptverwaltung in Österreich) in jenen Bereichen, die eine wesentliche Bedeutung für die Aufrechterhaltung wichtiger gesellschaftlicher Funktionen haben, weil deren Störung, Zerstörung, Ausfall oder Verlust schwerwiegende Auswirkungen auf die Gesundheit, Sicherheit oder das wirtschaftliche und soziale Wohl der Bevölkerung oder das effektive Funktionieren staatlicher Einrichtungen haben würde (sogenannte „**besonders sensible Bereiche**“ – Teil 1 der Anlage zum InvKG):

- Verteidigungsgüter und –technologien;
- Betreiben kritischer Energieinfrastruktur;
- Betreiben kritischer digitaler Infrastruktur, insbesondere von 5G Infrastruktur;
- Wasser;
- Betreiben von Systemen, die die Datensouveränität der Republik Österreich gewährleisten; sowie
- Forschung & Entwicklung in den Bereichen Arzneimittel, Impfstoffe, Medizinprodukte und persönliche Schutzausrüstung.

Außerdem werden Direktinvestitionen in österreichische Unternehmen, die in sogenannten „*andere[n] Bereichen, in denen es zu einer Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung [...] kommen kann*“ (Teil 2 der Anlage zum InvKG), erfasst (die „**Anderen Bereiche**“):

- **Kritische Infrastrukturen:** Energie, Informationstechnik, Verkehr und Transport, Gesundheit, Lebensmittel, Telekommunikation, Datenverarbeitung oder -speicherung, Verteidigung, verfassungsmäßige Einrichtungen, Finanzen, Forschungseinrichtungen, Sozial- und Verteilungssysteme, chemische Industrie

sowie Investitionen in Grundstücke und Immobilien, die für die Nutzung der vorgenannten Infrastrukturen von entscheidender Bedeutung sind;

- **Kritische Technologien und Güter mit doppeltem Verwendungszweck:** künstliche Intelligenz, Robotik, Halbleiter, Cybersicherheit, Verteidigungstechnologien, Quanten- und Nukleartechnologien, Nano- und Biotechnologien;
- **Versorgung mit kritischen Ressourcen,** einschließlich Energieversorgung, Rohstoffversorgung, Lebensmittelversorgung, Versorgung mit Arzneimitteln, Impfstoffen, Medizinprodukten und persönlicher Schutzausrüstung einschließlich Forschung & Entwicklung in diesen Bereichen;
- **Zugang zu sensiblen Informationen,** einschließlich personenbezogener Daten, oder die Fähigkeit, solche Informationen zu kontrollieren; sowie
- **Freiheit und Pluralität der Medien.**

3.1 Wer unterliegt der FDI-Genehmigungspflicht?

Das InvKG ist nur auf Transaktionen anwendbar, bei denen mindestens **eine erwerbende Person** als ausländischer Investor gilt. Ein **ausländischer Investor** nach dem InvKG ist **(a)** eine natürliche Person ohne Unionsbürgerschaft oder Staatsbürgerschaft eines EWR-Staates oder der Schweiz oder **(b)** eine juristische Person, die ihren Sitz oder ihre Hauptverwaltung außerhalb der EU, des EWR und der Schweiz hat. Der ausländische Investor muss dabei keine unternehmerische Tätigkeit ausüben. Ein ausländischer Investor kann deshalb auch eine Privatperson oder ein Fonds ohne eigene unternehmerische Tätigkeit sein.

3.2 Was unterliegt der FDI-Genehmigungspflicht?

Eine Genehmigungspflicht eines **Erwerbsvorgangs** kommt nur in Betracht (§ 2 Abs 1 InvKG), wenn eine ausländische Direktinvestition (§ 1 Z 6 leg cit) gegeben ist. Falls nun eine ausländische Person/Investor ein *foreign direct investment* tätigt und als Erwerber beteiligt ist, muss dieses FDI **im Voraus genehmigt werden**, wenn Transaktionen zu einem **unmittelbaren oder mittelbaren** Erwerb führen von:

- einem österreichischen Unternehmen mit Tätigkeiten in einem der besonders sensiblen Bereiche oder einem der anderen Bereiche (ein „Zielunternehmen“), oder **wesentliche Vermögensbestandteile** eines solchen Unternehmens erworben werden;
- **Stimmrechtsanteilen** an einem Zielunternehmen, vorausgesetzt dass diese die Schwellenwerte von
 - a) 10 %, 25 % oder 50 % der Stimmrechte erreichen oder überschreiten, wenn das Zielunternehmen in einem der **besonders sensiblen Bereiche** tätig ist; oder

b) 25 % oder 50 % der Stimmrechte erreichen oder überschreiten, wenn das Zielunternehmen in einem der **Anderen Bereiche** tätig ist;

- einem **beherrschenden Einfluss** über ein Zielunternehmen

Ausnahme: Davon sind allerdings jene Fälle **ausgenommen**, in denen unionsrechtliche Vorschriften einer Genehmigungspflicht entgegenstehen. Das ist vor allem dann relevant, wenn ein Unternehmen von der Niederlassungsfreiheit oder der Kapitalverkehrsfreiheit Gebrauch macht und von einem ausländischen Investor kontrolliert wird. Darüber hinaus sind jene Direktinvestitionen von einer Genehmigungspflicht ausgenommen, wenn das Zielunternehmen ein Kleinunternehmen **(1)** mit weniger als 10 Beschäftigten ist und **(2)** einen Jahresumsatz von unter EUR 2 Millionen hat. Durch diese Ausnahmeregelung sind daher ein **Großteil der österreichischen Unternehmen vom Anwendungsbereich des InvKG nicht erfasst**.

4. Welche Schritte müssen gesetzt werden, wenn die ausländische Direktinvestition genehmigungspflichtig ist?

Liegt eine Genehmigungspflicht vor, ist ein **Prüfverfahren** durchzuführen. Man unterscheidet drei verschiedene Prüfverfahren in Österreich. Diese werden entweder durch einen **Antrag** (auf Genehmigung bzw. Ausstellung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung) **oder von Amts** wegen durch die Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (BMDW) eingeleitet.

Im Falle einer Genehmigungspflicht muss der **Erwerber** einen Antrag stellen, und zwar unverzüglich nach **(1)** Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags über den Erwerbsvorgang oder **(2)** im Fall eines öffentlichen Übernahmeangebotes mit der Bekanntgabe der Absicht, ein Angebot zu stellen. Dieser Antrag durch den Erwerber ist an das Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort zu richten. Das Bundesministerium wird dann in weiterer Folge das Zielunternehmen über den Genehmigungsantrag informieren und entscheidet, ob eine ausländische Direktinvestition zu einer **Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung** führen kann.

Wird dem Zielunternehmen ein beabsichtigter genehmigungspflichtiger Erwerbsvorgang bekannt, so normiert § 6 Abs 2 InvKG eine **subsidiäre Anzeigepflicht für das Zielunternehmen**. Es ist daher verpflichtet, diesen Erwerbsvorgang unverzüglich anzuzeigen, wenn ihm keine Informationen über die Stellung eines Genehmigungsantrags durch den/die Erwerber vorliegen. Das Zielunternehmen hat jedoch im Prüfverfahren keine Parteistellung.

Nach Einlagen eines vollständigen Genehmigungsantrags ist vom Bearbeiter des Genehmigungsantrags unverzüglich eine Mitteilung an die Europäische Kommission zu erstatten. Damit wird der **EU-Kooperationsmechanismus** nach der **EU-FDI-Screening-Verordnung** ausgelöst: Die Europäische Kommission und die EU-Mitgliedstaaten können

dabei zu einer Transaktion Stellung nehmen. Nach Ablauf der Frist hat das Bundesministerium für den Wirtschaftsstandort entweder innerhalb eines Monats den Erwerbsvorgang zu genehmigen, oder ein vertieftes Prüfverfahren einzuleiten.

5. Zusammenfassung und Bedeutung für die Unternehmen

Mit dem neuen Regime zur **Kontrolle von ausländischen Direktinvestitionen** unterliegen nunmehr eine Vielzahl von Erwerbsvorgängen und Transaktionen einer Genehmigungspflicht. Dies vor allem dann, wenn die unmittelbare oder mittelbare ausländische Direktinvestition eines ausländischen Investors ein österreichisches Zielunternehmen betrifft, welches in einem „**besonders sensiblen Bereich**“ tätig ist. Das InvKG dient somit der staatlichen Kontrolle von Direktinvestitionen aus Drittstaaten, die eine **Bedrohung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung** darstellen können. Seit 11.10.2020 besteht darüber hinaus auch ein **EU-Kooperationsverfahren**, welches auch in den nationalen Verfahren nach dem InvKG eine wesentliche Rolle spielt. Mit der neuen EU-FDI-Screening-Verordnung wurde in jedem Mitgliedstaat der Rechtsrahmen zur Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen gebildet, wodurch auch die anderen Mitgliedstaaten nunmehr an einem sensiblen und für die EU relevanten Erwerbsvorgang an der Entscheidung der Genehmigung der Investition durch Koordinierung, Konsultation und Kooperation teilnehmen können.

Das neue Regime hat somit auch für die österreichischen Unternehmen in besonders sensiblen Bereichen (z.B. kritische Infrastruktur, Technologien und der Wissenschaft) erhebliche Auswirkungen, indem die ausländischen Direktinvestitionen eine **Genehmigungspflicht** auslösen können und das Verfahren zeitaufwändig ist sowie einen bürokratischen Mehraufwand bedeutet, insbesondere wenn die Investition die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden könnte. Auch wenn **primär** der **Erwerber** (ausländische Investor) einen Antrag auf Genehmigung stellen muss und das neue Investitionskontrollrecht somit primär diesen tangieren, so trifft auch die (österreichischen) **Zielunternehmen** eine **subsidiäre Anzeigepflicht** genehmigungspflichtiger Erwerbsvorgänge. **Kleinstunternehmen** kommen gegebenenfalls dabei in den Genuss eines Ausnahmetatbestandes.

Das Genehmigungsverfahren muss jedenfalls auch von österreichischen Unternehmen (in sensiblen Bereichen) in ihrer Planung und Strukturierung bedacht werden. Gerade in Zeiten der Wirtschaftskrise und der andauernden COVID-19 Pandemie, in der jede (ausländische) Investition gerne gesehen wird, muss das neue Investitionskontrollrecht berücksichtigt werden. Bei Verstößen drohen auch dem Zielunternehmen empfindliche Strafen und Sanktionen, wenn der Erwerbsvorgang nicht angezeigt wird oder keine Genehmigung beantragt wird.

Kontakt:

RA MMag. Dr. Arnold Autengruber: autengruber@chg.at

RAA Mag. Raphael Dorda: dorda@chg.at

CHG Czernich Haidlen Gast & Partner Rechtsanwälte

Bozner Platz 4 – 6020 Innsbruck

Tel.: 0512-567373 Fax: 0512-567373 -15

innsbruck@chg.at www.chg.at