



universität
wien

Bundesministerium für Digitalisierung
und Wirtschaftsstandort
Sektion III, Abteilung 8 – Außenwirtschaft
und Legistik
Stubenring 1
1010 Wien

Univ.-Prof. Dr. Michael Waibel, LL.M.
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Abteilung für Völkerrecht und Internationale
Beziehungen
Schottenbastei 10-16, 1010 Wien,
T +43 (1) 4277-353 22
michael.waibel@univie.at

Per E-Mail: POST.III8_19@bmdw.gv.at
begutachtung@parlament.gv.at

Ihre GZ: 2020-0.169.199

Wien, 12. Juni 2020

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Investitionskontrollgesetz erlassen und das Außenwirtschaftsgesetz 2011 geändert wird

Sehr geehrte Damen und Herren,

Zum Entwurf des Bundesgesetzes erlaube ich mir, folgende Stellungnahme abzugeben.

Der vorliegende Entwurf adaptiert die Bestimmungen des § 25a AußWG mit dem erklärten Ziel die Verordnung (EU) 2019/452 vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union umzusetzen. Die in § 25a AußWG bereits geregelte – und im Entwurf nun adaptierte – Genehmigungspflicht bestimmter ausländischer Direktinvestitionen wird von der FDI-Screening Verordnung nicht vorgeschrieben. Vielmehr werden ein Rahmen für derartige Genehmigungsverfahren sowie ein europäischer Kooperationsmechanismus geschaffen. Der Entwurf steht hiermit im Einklang.

Die Europäische Kommission ruft außerdem in ihren Guidelines vom 25. März 2020 dazu auf – vor allem im Kontext der Covid-19 Pandemie – vollen Gebrauch von bestehenden Prüfmechanismen zu machen und noch nicht bestehende Prüfmechanismen zu aktivieren (Guidelines der Europäischen Kommission vom 25. März 2020, S. 2).

14 Mitgliedsstaaten unterhalten zurzeit einen Überprüfungsmechanismus für ausländische Direktinvestitionen (List of screening mechanisms notified by Member States, <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf>). Allerdings vertreten auch einige kleine, entwickelte und offene europäische Volkswirtschaften (insofern mit Österreich vergleichbar) die Ansicht, dass ein Fokus auf ein paar wenige Sektoren genüge, oder gar keine Überprüfung notwendig sei (z.B. Schweiz) (OECD, Acquisition- and ownership-related policies to safeguard essential security interests, Mai 2020, Rz 36). Mitte Mai 2020

hatten weniger als die Hälfte der von der OECD untersuchten Volkswirtschaften detaillierte Regeln zur Investitionskontrolle.

1. Volkswirtschaftliche Folgenabwägung. Die Folgenabschätzung sollte auch beinhalten, inwiefern sich das Investitionskontrollgesetz auf die Attraktivität Österreichs als Empfangsstaat von Investitionen auswirkt. Wenngleich der Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gewiss Priorität vor dem Marktzugang ausländischer Investoren hat, so sollte doch darauf geachtet werden, dass keine unnötigen bürokratischen Hürden und Ineffizienzen geschaffen bzw. aufrechterhalten werden.

Dazu zählen die potentiell negativen Auswirkungen von Investitionsbeschränkungen auf nicht-sicherheitsrelevante Investitionen; mögliche Wettbewerbsverzerrungen zu Gunsten jener Investoren die keiner Investitionskontrolle unterliegen; potentielle Auswirkungen auf den Wert von Vermögenswerten; die mögliche Verzerrung internationaler Investitionsflüsse; und die regulatorischen Kosten welchen Investoren auferlegt werden (zB Beratungskosten).

Um die volkswirtschaftlichen Auswirkungen zu begrenzen, ist es wichtig, die Begriffe Sicherheit und öffentlichen Ordnung nicht materiell zu überladen. Für Politikziele, die über die Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung hinausgehen, sind allgemeine Vorschriften, welche für alle Marktteilnehmer/Investoren gelten besser, als zu versuchen, dieses Ziel über den Marktzugang für Investoren nur aus Drittstaaten zu erreichen.

Die Vorhersehbarkeit des Genehmigungsverfahrens anhand gesetzlich festgelegter Kriterien kann potentiell negative volkswirtschaftliche Auswirkungen abfedern und erreichen, dass Verzerrungen auf dem Markt für Investitionen nicht größer sind als notwendig, wie auch ein effizienter Ablauf und kurze Dauer der Investitionskontrolle.

Dem in vielen Staaten vorherrschenden System folgend, sieht der Entwurf im Sinne einer Grobprüfung eine weitgefaste Genehmigungspflicht vor, gefolgt von einem engmaschigeren Prüfstandard im konkreten Fall. Dieser zweistufige Prüf- und Genehmigungsprozess ist im Hinblick auf effiziente Verfahren wichtig. Der informelle Austausch mit Behörden kann auch einen Beitrag leisten.

2. Kapitalverkehrsfreiheit und Verhältnismäßigkeit. Sowohl die Prüfpflicht als auch eine Verweigerung des Marktzugangs für Investition stehen in einem Spannungsverhältnis zur europarechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit. Während für völkerrechtliche Verpflichtungen eine entsprechende Ausnahmeklausel im Entwurf besteht, gilt die Kapitalverkehrsfreiheit qua Art 63 AEUV gegenüber Investoren aus Drittstaaten. Die europarechtlich gebotene Verhältnismäßigkeitsprüfung könnte im Entwurf ausdrücklich und deutlicher aufgenommen werden.

3. Keine Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung. Materielle Genehmigungsvoraussetzung im Entwurf ist, dass durch die Investitionen keine Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge im

Sinne von Art. 52 und Art. 65 AEUV (1) zu befürchten ist (§ 3 iVm § 7 (3) Z 2). Dabei sind die Auswirkungen in den in der Anlage beispielhaft genannten Bereichen der kritischen Infrastruktur zu prüfen (§ 3).

Im Vergleich zu § 25a AußWG 2011 konkretisiert der Entwurf jene Sektoren und Eigenschaften des Erwerbers, wodurch sich eine Gefährdung der Sicherheit oder öffentliche Ordnung ergeben kann. Der Begriff der öffentlichen Ordnung und Sicherheit bleibt darüber hinaus aber vage. Diesbezüglich findet sich in § 3 des Entwurfs bloß ein Verweis auf EU-Primärrecht. Manche Staaten präzisieren darüber hinaus konkrete Gefahren, und legen fest, wann eine solche Gefährdung vorliegt (zB CFIUS in den Vereinigten Staaten, „glaubwürdige Beweise einer tatsächlichen Gefährdung“).

Die Genehmigungspflicht gemäß § 2 iVm dem Anhang, die primär Investor und Zielunternehmen zu beurteilen haben, ist meines Erachtens dem Wortlaut nach zu weit gefasst. Anhang Teil 1 definiert kritische Infrastruktur als

„jene Infrastrukturen (Einrichtungen, Systeme, Anlagen, Prozesse, Netzwerke oder Teile davon), die eine wesentliche Bedeutung für die Aufrechterhaltung wichtiger gesellschaftlicher Funktionen haben, weil deren Störung oder Zerstörung schwerwiegende Auswirkungen auf die Gesundheit, Sicherheit oder das wirtschaftliche und soziale Wohl der Bevölkerung oder das effektive Funktionieren von staatlichen Einrichtungen haben würde;“

Sodann werden damit bestimmte Bereiche verknüpft („dazu zählen insbesondere...“). Jedoch zählen gewiss nicht sämtliche Unternehmen in diesen Bereichen zur kritischen Infrastruktur (z.B. im Bereich Verkehr und Transport). Wenn Ineffizienzen vermieden werden sollen, sollte klargestellt werden, dass nur Unternehmen kritischer Infrastruktur in diesen Bereichen von der Genehmigungspflicht erfasst werden sollen. Alternativ könnte der Absatz lauten:

„Kritische Infrastrukturen im Sinne dieses Gesetzes, das sind jene Infrastrukturen (Einrichtungen, Systeme, Anlagen, Prozesse, Netzwerke oder Teile davon), die eine wesentliche Bedeutung für die Aufrechterhaltung wichtiger gesellschaftlicher Funktionen haben, weil deren Störung oder Zerstörung schwerwiegende Auswirkungen auf die Gesundheit, Sicherheit oder das wirtschaftliche und soziale Wohl der Bevölkerung oder das effektive Funktionieren von staatlichen Einrichtungen haben würde; erfasst sind Unternehmen kritischer Infrastruktur insbesondere in folgenden Bereichen:“

4. Begründungspflicht und Rechtsmittel. Es ist begrüßenswert, dass sowohl die erwerbende Person oder die erwerbenden Personen als auch das Zielunternehmen im Genehmigungsverfahren Parteistellung (§ 7 (5)) haben, und sohin Rechtsmittel gegen die Bescheide ergreifen können. Diese Rechtsmittel, zusammen mit einer Begründungspflicht, sind

wichtig, damit es erschwert wird, dass die Investitionskontrolle für andere Zwecke als den Schutz der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung verwendet wird.

5. Sensible persönliche Daten. Überlegenswert erscheint es, den Anwendungsbereich ausdrücklich auf sensible persönliche Daten (zB Gesundheitsdaten) zu erweitern, wenn die Kontrolle über diese Daten eine Gefahr für die Sicherheit darstellen können, ähnlich wie in anderen Ländern (unter anderem in Deutschland, Frankreich, Italien und den USA).

6. Erfasste Transaktionen. Mietverträge/Leasing, öffentliche Vergaben sowie Joint Ventures und Forschungs Kooperationen können ähnliche Risiken bergen wie der Erwerb von Unternehmen und können als Umgehungsstrukturen fungieren. Abgesehen von der Kategorie des beherrschenden Einflusses werden diese jedoch vom Entwurf nicht behandelt. Zu überlegen wäre eine Einbeziehung solcher Transaktionen, wie auch von Gebrauchsüberlassung und Nutzung kritischer Infrastrukturelemente, um Umgehungen und daraus resultierende Gefährdungen zu begegnen.

7. Gesellschaftsgründungen. Zu erwägen die Einbeziehung von Neugründungen, Änderungen des Unternehmensgegenstandes sowie das nachträgliche Entstehen von kritischer Infrastruktur. In bestimmten Fällen kann durch Gründung oder Änderung des Unternehmensgegenstandes bereits über eine kurze Zeitspanne derselbe Effekt wie bei einer Investition in ein bereits bestehendes Unternehmen erzielt werden. Hier besteht im Entwurf keine Möglichkeit eines Genehmigungsverfahrens. Es ist zu erwägen, ob und wie der Entwurf dahingehend erweitert werden könnte. Dasselbe gilt für Liegenschaften (ohne assoziierte Unternehmen) in der Nähe kritischer Infrastruktur. Letztere werden jedoch bereits im Rahmen der Grundverkehrsgesetze der Länder geschützt.

8. Wiederaufnahme des Verfahrens bei Verstoß gegen Auflagen. Die Möglichkeit von Sanktionen im Fall der Nichtbefolgung von Auflagen findet sich im Entwurf wieder (§ 25). Allerdings gibt es keine Möglichkeit zur Wiederaufnahme des Verfahrens, wenn nachträglich gegen Auflagen verstoßen wird. § 8 Abs 5 des Entwurfs (nachträgliche Kontrolle von Amts wegen) scheint hierfür nicht einschlägig zu sein, weil er nur Anwendung findet, wenn die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Genehmigungsverfahrens gemäß § 2 vorliegen – der Verstoß gegen Auflagen zählt jedoch nicht dazu. Zu erwägen wäre eine Möglichkeit zur Wiederaufnahme des Verfahrens im Falle eines Verstoßes gegen Auflagen.

Mit freundlichen Grüßen,

Michael Waibel