

schönherr

Per Email

Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort

POST.III8_19@bmdw.gv.at

Präsidium des Nationalrates

begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Mag. Volker Weiss LL.M.
Rechtsanwalt/Attorney at Law
Partner
T: +43 1 534 37 50291
E: v.weiss@schoenherr.eu

Dr. Sascha Schulz
Rechtsanwalt/Attorney at Law
Counsel
T: +43 1 53437 50770
E: s.schulz@schoenherr.eu

Stellungnahme Zum Ministerialentwurf betreffend Bundesgesetz, mit dem ein Investitionskontrollgesetz erlassen und das Außenwirtschaftsgesetz 2011 geändert wird

Schönherr Rechtsanwälte GmbH
A-1010 Wien, Schottenring 19
FN 266331 p (HG Wien)
UID ATU 61980967
DVR 0157139

1 Vorbemerkungen

- (1) Als eine der führenden Rechtsanwaltskanzleien in Zentral- und Osteuropa hat Schönherr umfassende Erfahrung im Bereich der Betreuung und Abwicklung von internationalen Transaktionen.
- (2) Wir beraten in diesem Zusammenhang regelmäßig zu aufsichtsrechtlichen Prozessen, darunter zur Investitionskontrolle, die zunehmend in der Transaktionsabwicklung an Bedeutung gewinnt.
- (3) Mit der vorliegenden Stellungnahme möchten wir uns im Rahmen des Begutachtungsprozesses beteiligen und (vor allem) praxisrelevante Punkte aufzeigen. Wir würden uns freuen, wenn die nachstehenden Anregungen in dem nunmehr geplanten Investitionskontrollgesetz berücksichtigt werden.
- (4) Vorausschicken möchten wir, dass der Gesetzesentwurf viele Unzulänglichkeiten der derzeit im AußWG angesiedelten Investitionskontrolle beseitigt. Das ist zu begrüßen. Hervorzuheben ist vor allem die Klarstellung, dass künftig indirekte Erwerbsvorgänge erfasst werden. Damit wird ein "Enforcement-Gap" geschlossen, der die bisherige Investitionskontrolle weitgehend zahnlos gemacht hat.

2 Definitionen (§ 1 InvKG)

- (5) In § 1 ist die Definition des "*führend zuständigen Mitglieds der Bundesregierung*" zu ergänzen. Dieses ist soweit ersichtlich im Gesetzestext nicht definiert.
- (6) In § 1 Z 4 müsste der zweite Verweis auf "Z 2" wohl richtigerweise "Z 3" lauten.
- (7) In § 1 Z 5 kann der Verweis "*im Sinne des § 1 Abs. 2 UGB*" gestrichen werden, zumal der Begriff "österreichisches Unternehmen" bereits im § 1 Z 1 dort mit Verweis auf § 1 Abs 2 UGB definiert wird.
- (8) In § 1 Z 7 sollte der Verweis auf die EU-Fusionskontrolle bereits im ersten Satz aufgenommen werden und nicht erst in lit b, zumal die Definition in Z 7 zur Gänze den

Kontrolltatbestand der EU-Fusionskontrolle (Art 3 EU-FKVO) "spiegelt". Wir schlagen zudem vor, anstelle von "EU-Fusionskontrolle" auf die "EU-Fusionskontrollverordnung" (samt Verordnungsreferenz) zu verweisen.

3 Genehmigungspflicht (§ 2 (1) InvKG)

- (9) § 2 Z 3 erscheint uns weitgehend redundant zu sein, zumal eine Direktinvestition schon in § 1 definiert wird. Das "Einziehen" der Mindestanteile (§ 2(1) Z 3 lit b), könnte bereits in § 1 Z 3 lit b erfolgen.
- (10) § 2 Z 3 lit c sollte jedenfalls wie folgt geändert werden: "*unabhängig von konkreten Stimmrechtsanteilen ein beherrschender Einfluss erworben ~~oder erhöht~~ wird*". Der Begriff "erhöht" ist unbestimmt und nicht stimmig mit dem aus der EU-Fusionskontrolle abgeleiteten Kontrollbegriff. Dort werden bestimmte Formen des Kontrollwechsels (zB von gemeinsamer Kontrolle auf alleinige Kontrolle und umgekehrt) als zusammenschlussbegründend angesehen.
- (11) Diese Kontrollwechsel sind aber wohl über die Definition in § 1, welche auf die EU-Fusionskontrolle verweist, erfasst. Wir würden dennoch anregen, dies in den erläuternden Bemerkungen explizit zu erwähnen.

4 Start-up Ausnahme (§2 (2) InvKG)

- (12) Im Zusammenhang mit der Herabsetzung der maßgeblichen Aufgriffsschwelle auf 10 % in bestimmten Bereichen erscheint uns die Aufnahme einer Relevanzschwelle für Kleinstunternehmer einschließlich Start-up-Unternehmen sinnhaft.
- (13) Der in § 2 (2) vorgesehene *safe harbour* sollte wie folgt klargestellt werden:

*"Keiner Genehmigungspflicht unterliegen ausländische Direktinvestitionen, bei denen das **österreichische** Zielunternehmen ein Kleinstunternehmen, einschließlich Start up-Unternehmen, **a) mit weniger als 10 Beschäftigten Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern und b) einem Jahresumsatz oder einer Jahresbilanzsumme von unter 2 Millionen Euro ist**".*

- (14) Zudem regen wir an, eine zeitliche Referenz zum letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr vor Entstehen der Genehmigungspflicht aufzunehmen.

5 Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung (§ 3 InvKG)

- (15) In § 3 (1) ist im ersten Satz das Wort "*beispielhaft*" zu entfernen, zumal Teil 2 der Anlage 1 abschließend ist.

6 Mindestanteil an Stimmrechten (§ 4 InvKG)

- (16) In § 4 erster Satz müsste der Verweis wohl richtigerweise "§ 2 Abs.1 Z 3 lit b" lauten (statt lit a).

7 Besondere Regeln für die Ermittlung der Stimmrechtsanteile (§ 5 InvKG)

- (17) Um im Sinne des Gesetzes effektiv ausländische Direktinvestitionen zu erfassen, ist die in § 5 geregelte Ermittlung der Stimmrechtsanteile zu erweitern. Zugerechnet sollten jedenfalls auch jene Stimmrechtsanteile werden, die von einer Gesellschaft gehalten werden, welche von der erwerbenden Person kontrolliert wird. Wir regen daher an, ergänzend in § 5 (2) Folgendes aufzunehmen:

"eine andere Person hält einen Anteil am Zielunternehmen und unterliegt dem beherrschenden Einfluss der erwerbenden Person".

8 Antragstellung (§ 6 InvKG)

§ 6 (1) InvKG

- (18) In § 6 (1) sollte definiert werden wo und auf welche Art der Antrag einzubringen ist.

§ 6 (2)

- (19) § 6 (2) sieht vor, dass auch das zu erwerbende Unternehmen (subsidiär) zur Einholung der Genehmigung verpflichtet ist, wenn ihm ein beabsichtigter genehmigungspflichtiger Erwerbsvorgang bekannt wird und ihm keine Information über einen Genehmigungsantrag gemäß Abs 1 übermittelt wurde.
- (20) Wir schlagen vor, die (subsidiäre) Genehmigungspflicht durch eine bloße Anzeigepflicht zu ersetzen, wie es zB auch das Bankwesengesetz im Hinblick auf qualifizierte Beteiligungen an Kreditinstituten vorsieht.¹
- (21) Es ist in der Praxis nicht selten, dass das Zielunternehmen keine Kenntnis davon hat, dass es übernommen wird, oder in denen es mit der Übernahme nicht einverstanden ist (*hostile takeover*). Das zu erwerbende Unternehmen wird oftmals nicht über die Informationen über den oder die Erwerber bzw den Erwerbsvorgang verfügen, die in einen Genehmigungsantrag nach § 6 (4) InvKG aufzunehmen sind und die zur Beurteilung der Konsequenzen der Transaktion auf die Sicherheit und öffentliche Ordnung jedoch benötigt werden. Eine Anzeige könnte (entsprechend der Praxis nach dem BWG) sehr kurz gehalten werden.
- (22) Durch eine Anzeigepflicht wird das Zielunternehmen in die Pflicht genommen, die Transaktion zur Kenntnis zu bringen. Die Anzeigepflicht erlaubt dadurch weiterhin eine Überwachung, dass den Anmeldepflichten nachgekommen wird, insbesondere durch die in § 8 InvKG vorgesehene Möglichkeit der amtswegigen Einleitung eines Genehmigungsverfahrens. Anmerken möchten wir, dass bis zur Genehmigung der Erwerbsvorgang ohnehin schwebend unwirksam ist.
- (23) Wenn eine Anzeigepflicht vorgesehen wird, müssten die §§ 6 (3), 6 (6), 7 (1) und 7 (5) entsprechend angepasst werden.

¹ Vgl § 20 BWG.

§ 6 (4)

- (24) Im Zusammenhang mit der Genehmigungspflicht ergibt sich für uns nicht, weshalb der Genehmigungsantrag im Fall von öffentlichen Angeboten vor Veröffentlichung der Entscheidung zur Abgabe des Angebots zu stellen ist.
- (25) Anzuregen wäre vielmehr, dass der Antrag in diesem Fall "*unverzüglich nach Bekanntgabe der Absicht ein Angebot zu legen*", zu stellen ist.
- (26) Wir regen zudem an, in den erläuternden Bemerkungen klarzustellen, dass ein Antrag bereits vor Abschluss des schuldrechtlichen Titels möglich ist (etwa auf Basis eines MoU, LoI etc).

§ 6 (5)

- (27) Die Angaben in § 6 (5) Z 5 sollten nicht auf indirekte Erwerbsvorgänge bzw ausländische Eigentümer / kontrollierende Erwerber beschränkt werden. Wir schlagen daher folgende Änderungen vor:

~~"bei Erwerb eines indirekten beherrschenden Einflusses"~~ die Angabe jener ausländischen Person, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle jede erwerbende Person letztlich steht".

- (28) Wir regen zudem an, den Katalog auf die in § 12 (1) genannten Angaben (insb Z 1 und Z 3) zu erweitern.
- (29) Ferner sollte eine Kontaktperson im Zielunternehmen genannt werden (mit Blick auf § 6 (1)).

9 Genehmigungsverfahren (§ 7 InvKG)

- (30) § 7 (2) sieht vor, dass die Monatsfrist für Phase 1 erst nach Ablauf der in der EU-Screening-VO vorgesehenen Fristen zur Stellungnahmen seitens anderer Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission zu laufen beginnt. Die dafür vorgesehene Frist beträgt 35 Tage ab Mitteilung des betroffenen Vorganges. Im Ergebnis führt dies dazu, dass Verfahren erheblich verlängert werden und den beteiligten Unternehmen kein klarer Überblick über die Zeitschiene der Genehmigungsverfahren vorliegt.
- (31) Zwar ist die legistische Logik dieser Bestimmung nachvollziehbar, letztlich scheint sie uns jedoch verbesserungswürdig. In Art 3 (3) EU-Screening Verordnung wird lediglich festgelegt, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Überprüfungsmechanismen Zeiträume einräumen sollen, die es den Mitgliedstaaten ermöglichen, die Kommentare der anderen Mitgliedstaaten gemäß den Artikeln 6 und 7 EU-Screening Verordnung und die Stellungnahmen der Kommission gemäß Artikel 6, 7 und 8 EU Screening Verordnung zu berücksichtigen.

- (32) Dieser Bestimmung wäre auch mit einer kürzeren und klar bestimmbar Frist (etwa 6 Wochen) mit einer Verlängerungsoption im Fall des Eingehens einer Stellungnahme / eines Kommentars Genüge getan.

10 Amtswegige Einleitung eines Genehmigungsverfahrens (§ 8 InvKG)

- (33) Die Regelung in § 8 (6) ist unklar. Es ist nicht ersichtlich, warum die Anordnung einer Rückabwicklung zeitlich beschränkt sein sollte, wenn eine Direktinvestition rechtswidrig (ohne Genehmigung) vorgenommen wurde. Wir regen an, diese Bestimmung zu streichen.

11 Unbedenklichkeitsbescheinigung (§ 9 InvKG)

- (34) Es ist im Sinne der Rechtssicherheit zu begrüßen, dass die Möglichkeit der Erlangung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung geschaffen wird. Die automatische Behandlung als Genehmigungsantrag in dem Fall, dass eine Genehmigungspflicht festgestellt wird (dh Wegfall eines nachfolgenden Genehmigungsantrages im Gegensatz zur in der derzeit noch gültigen Rechtslage vorgesehenen Voranfrage) erscheint zweckgemäß.
- (35) Terminologisch regen wir an, den Begriff "**Unzuständigkeitsbescheinigung**" zu verwenden, um klarer auf die Frage der Zuständigkeit und nicht auf die materielle Beurteilung abzustellen, die im Rahmen eine § 9 Verfahrens nicht behandelt wird.
- (36) Die Aufnahmen der Unbedenklichkeitsbescheinigung in der Strafbestimmung § 25 (1) Z1 scheint uns hingegen nicht richtig, zumal die Unbedenklichkeitsbescheinigung nur eine mangelnde Zuständigkeit bescheinigen kann und daher ein Vollzug der Investition (für die keine Zuständigkeit besteht) nicht rechtswidrig sein kann.

12 Allgemeine Kontrollbestimmungen (§ 18 InvKG)

- (37) Die in § 18 festgelegten weitgehenden Nachschaurechte unterliegen keiner richterlichen Kontrolle und sind somit verfassungsrechtlich bedenklich.
- (38) Auch im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten, wie etwa dem Kartellrecht, das einen gerichtlichen Beschluss für eine Hausdurchsuchung vorsieht, erscheinen die im InvKG vorgesehenen Kontrollbestimmung unstimmig.
- (39) Wir regen zudem an, die in § 18 (1) enthaltene Formulierung "*Buch- und Lagereinsicht*" durch "*eine Einsicht in Bücher und Schriften*" zu ersetzen.

13 Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten (§ 19 InvKG)

- (40) Wir regen an, diese Bestimmung gänzlich zu streichen. Bereits durch die in § 18 vorgesehene Möglichkeit zur Einsichtnahme in Bücher und Schriften der Beteiligten sollte den zuständigen Mitgliedern der Bundesregierung genügend Kontrolle zur Überwachung und Einhaltung des InvKG zustehen.

14 Nichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 27 InvKG)

- (41) Der Regelungsgehalt von § 27 (2) ist unklar. Es scheint sich nach unserem Verständnis um eine Übergangsbestimmung zu handeln, die daher – falls überhaupt – bei § 29 InvKG einzuordnen wäre. Im Sinne der nachstehend dargestellten Anregungen zur Übergangsbestimmungen kann die Bestimmung uE gestrichen werden.

15 Übergangsbestimmungen (§ 29 InvKG)

- (42) Unklarheiten ergeben sich für uns im Zusammenhang mit den vorgesehenen Übergangsbestimmungen. Praktisch gesehen ist unseres Erachtens der einzig sinnvolle Ansatz bei der Beurteilung der Genehmigungspflicht einer Transaktion, den Zeitpunkt zu berücksichtigen, zu dem die Anmeldepflicht ausgelöst wird.
- (43) Dieser muss sich konsequenterweise **ab Inkrafttreten** des Gesetzes **nach dem InvKG** und **vor Inkrafttreten** des Gesetzes **nach dem AußWG** richten. Zu diesem Zweck regen wir an § 29 (4) 2. Satz zur Gänze zu streichen oder klarstellend wie folgt zu formulieren.

"Auf Sachverhalte, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eine Genehmigungspflicht nach § 25a AußWG 2011 ausgelöst haben, bleiben die Bestimmungen des § 25a AußWG 2011 anwendbar".

17 Abschließende Bemerkungen

Wir möchten uns abschließend für die Möglichkeit zur Stellungnahme im Rahmen dieses Konsultationsprozesses bedanken und hoffen, mit unserem Beitrag wertvolle Gedankenanstöße aus der Beratungspraxis geliefert zu haben.

Wie eingangs erwähnt, beseitigt der Entwurf des InvKG eine Reihe von Unzulänglichkeiten des §25a AußWG. Wünschenswert wäre, dass Entscheidungen gem dem InvKG veröffentlicht werden(wie das bereits nach dem derzeit gültigen § 25a Z 14 AußWG oder nach § 15 KartG vorgesehen ist). Gerade in diesem noch wenig ausjudizierten Rechtsgebiet wäre es für Unternehmen und ihren Rechtsvertreter wichtig, einen guten Überblick über die Rechtsanwendung des – in diesem Fall neuen – Gesetzes zu erlangen. Die Aufnahme einer (idealerweise möglichst weiten) Publikationspflicht von Entscheidungen wird auch erheblich dazu beitragen, Rechtsunsicherheiten insb in Bezug auf die Abgrenzung der größtenteils nur beispielhaft aufgezählten sicherheitsrelevanten Bereiche zu mindern.

Selbstverständlich besteht auch ein öffentliches Interesse daran, warum bestimmte Investitionen genehmigt bzw untersagt werden

- 7 -

Bei Rückfragen zu unserer Stellungnahme haben, stehen wir (Volker Weiss | E: v.weiss@schoenherr.eu und Sascha Schulz | E: s.schulz@schoenherr.eu) gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Volker Weiss / Sascha Schulz