


 A banner image showing a modern office interior with large windows overlooking a cityscape. The text 'EH Legal Update' is overlaid in large white letters. A gold star logo is positioned behind the letter 'a' in 'Update'. A large white star graphic is on the right side of the banner.

EH Legal Update

Kanzlei

Aktuelles

Fachgebiete

Neues Investitionskontrollgesetz für Ausländische Direktinvestitionen (FDI)

Beschleunigt durch die Covid-19 Krise und aus Sorge vor einem Ausverkauf von österreichischen Schlüsselindustrien ist am 25. Juli 2020 das neue Bundesgesetz über die Kontrolle von ausländischen Direktinvestitionen („Investitionskontrollgesetz“ – InvKG) in Kraft getreten. Mit dem Investitionskontrollgesetz wird auch die Verordnung 2019/452 (EU) zur Schaffung eines einheitlichen Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union¹ („FDI-Screening-Verordnung“) umgesetzt.

Nach der Genehmigung durch den Bundesrat, wird das neue Investitionskontrollgesetz voraussichtlich nächste Woche in Kraft treten und die bisher in Österreich geltenden investitionskontrollrechtlichen Bestimmungen, insbesondere § 25a Außenwirtschaftsgesetz, ersetzen. Ziel des Investitionskontrollgesetzes ist die umfassende und europaweit koordinierte Kontrolle von Investitionen aus Drittsatten in österreichische Unternehmen von strategischer Bedeutung.

Die Bestimmungen des neuen Investitionskontrollgesetzes sind auf Direktinvestitionen anzuwenden, für die eine Genehmigungspflicht nach Inkrafttreten des Investitionskontrollgesetzes entsteht. Das Investitionskontrollgesetz kann in Abhängigkeit der Umstände aber auch für laufende Transaktionen relevant werden.

Genehmigungspflicht für ausländische Direktinvestitionen

Nach dem neuen Investitionskontrollgesetz bedarf der **unmittelbare oder mittelbare Erwerb** von bestimmten Stimmrechtsanteilen an kontrollrelevanten österreichischen Unternehmen durch Drittstaatsangehörige² der Genehmigung der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort. Der Genehmigungspflicht unterliegt auch der Erwerb eines beherrschenden Einflusses auf ein solches Unternehmen oder von wesentlichen Vermögensbestandteilen (Asset Deal). Mit der Erweiterung auf mittelbare Erwerbe geht das Investitionskontrollgesetz in seinem Anwendungsbereich erheblich über die Systematik des bisherigen § 25a Außenwirtschaftsgesetz hinaus. Damit werden in Zukunft insbesondere auch Erwerbsvorgänge durch ein in der EU/EWR ansässiges SPV (special purpose vehicle), das von einem Drittstaatsangehörigen kontrolliert wird, genehmigungspflichtig. In der Praxis muss man mit erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten rechnen, wann ein sog. mittelbarer Erwerber der Genehmigungspflicht unterliegt.

Bezüglich des für die Genehmigungspflicht maßgeblichen Stimmrechtsanteils differenziert das Investitionskontrollgesetz zwischen

- „besonders sensiblen Bereichen“, für die ein Stimmrechtsanteil von 10%, 25% und 50% maßgeblich ist (siehe hierzu die abschließende Aufzählung in Teil 1 der Anlage); sowie
- „anderen Bereichen“, in denen es zu einer Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung, einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge kommen kann, für die ein Stimmrechtsanteil von 25% und 50% maßgeblich ist (siehe hierzu die beispielhafte Aufzählung in Teil 2 der Anlage).³

Neu ist insbesondere die Herabsetzung der Kontrollschwelle auf 10% der Stimmrechte in besonders sensiblen Bereichen (die bei vergleichbaren Konstellationen auch in der Bundesrepublik Deutschland beschlossen wurde)⁴. Aufgrund der legislatischen Systematik kann es dazu kommen, dass Transaktionen betreffend dasselbe Zielunternehmen mehrmals zu genehmigen sind, etwa bei der Aufstockung von Stimmrechtsanteilen auf über 25% bzw. 50%.

Der sachliche Anwendungsbereich des Investitionskontrollgesetzes geht erheblich über den des bisherigen § 25a Außenwirtschaftsgesetz hinaus und erfasst nunmehr auch ausdrücklich Bereiche und Sektoren, die bisher praktisch genehmigungsfrei waren (insbesondere Bereiche und Sektoren der sog. kritischen Technologien und Infrastrukturen, wie künstliche Intelligenz, Cybersicherheit, Nano- und Biotechnologien, Datenverarbeitung, Finanzen, Lebensmittel- und Rohstoffversorgung, Sozial- und Verteilungssysteme sowie (wohl nicht zuletzt motiviert durch die Covid-19 Krise) Entwicklung und Versorgung von Arzneimitteln und Impfstoffen).

Kleinstunternehmen, einschließlich Start-up Unternehmen, mit weniger als 10 Beschäftigten und einem Jahresumsatz oder einer Bilanzsumme von weniger als 2 Millionen Euro sind von einer investitionskontrollrechtlichen Genehmigungspflicht, unabhängig von ihrem Tätigkeitsfeld, jedenfalls ausgenommen.⁵

Genehmigungspflichtige Erwerbsvorgänge gelten kraft Gesetzes als unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, dass die Genehmigung erteilt wird.

Investitionskontrollrechtliches Genehmigungsverfahren

Besteht die Genehmigungspflicht, hat der unmittelbare bzw. mittelbare Erwerber unverzüglich nach Abschluss der schuldrechtlichen Vereinbarung über den Erwerbsvorgang (dem sogenannten „Signing“) oder, im Fall eines öffentlichen Angebots, unverzüglich nach Bekanntgabe der Absicht, ein Angebot zu stellen, einen ausführlichen Genehmigungsantrag an die Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort zu stellen. Subsidiär ist das betreffende Zielunternehmen verpflichtet, die Bundesministerin über einen Erwerbsvorgang zu informieren. Die Bundesministerin kann auch von Amts wegen ein Genehmigungsverfahren einleiten.

Wurde ein Genehmigungsverfahren eingeleitet, hat die Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort zur Einleitung des EU-weiten Kooperationsmechanismus unverzüglich eine Mitteilung an die Europäische Kommission zu erstatten. Nach Ablauf einer 35-Tagefrist, innerhalb derer die Europäische Kommission und andere EU-Mitgliedstaaten Stellungnahmen zu dem beabsichtigten Erwerbsvorgang abgeben können, und einer etwaigen Verlängerung um weitere 5 Tage, hat die Bundesministerin innerhalb eines weiteren Monats entweder den Erwerbsvorgang zu genehmigen oder ein vertieftes Prüfverfahren einzuleiten. Im Fall der Einleitung eines vertieften Prüfverfahrens hat die Bundesministerin innerhalb von zwei Monaten entweder den Erwerbsvorgang zu genehmigen - allenfalls unter Auflagen, wenn durch den Vorgang eine Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung zu befürchten ist - oder die Genehmigung zu verweigern, wenn Auflagen zur Beseitigung der Gefährdung nicht ausreichen.

Vor Abschluss einer potentiell relevanten Direktinvestition besteht auch die Möglichkeit, eine sog. Unbedenklichkeitsbescheinigung der Bundesministerien zu erwirken. Die Bundesministerin hat innerhalb von zwei Monaten ab Einlangen des Antrags entweder die Unbedenklichkeitsbescheinigung zu erteilen (wenn feststeht, dass der Erwerbsvorgang keiner Genehmigungspflicht unterliegt) oder ein vertieftes Prüfverfahren einzuleiten.

Kooperation innerhalb der Europäischen Union

Das Investitionskontrollgesetz enthält flankierende Regelungen, um den Vorgaben der FDI-Screening-Verordnung zu entsprechen und fristgerecht ab 11. Oktober 2020 am neu inkorporierten Kooperationsmechanismus der Europäischen Union und seiner Mitgliedsstaaten teilnehmen zu können.⁶ Kernpunkte des Kooperationsmechanismus sind:

- Mitteilungspflicht der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort über die Einleitung von Prüfverfahren gegenüber der Europäischen Kommission.
- Möglichkeit der EU-Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission zu ausländischen Direktinvestitionen in Österreich, die ein Projekt oder Programm von Unionsinteresse betreffen oder zu einer Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung in einem anderen EU-Mitgliedstaat führen könnten, Informationen abzufragen und Stellungnahmen abzugeben, die im Rahmen des österreichischen Prüfverfahrens zu berücksichtigen sind.
- Verpflichtung der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort im Fall eines Informationsansuchens der Europäischen Kommission oder eines anderen EU-Mitgliedstaates zu prüfen, ob eine Genehmigungspflicht nach dem Investitionskontrollgesetz besteht und unter Umständen ein amtswegiges Genehmigungsverfahren einzuleiten ist.
- Möglichkeit der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort zu Investitionen in einem anderen EU-Mitgliedstaat, die zu einer Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung in Österreich führen könnten, Informationen abzufragen und Stellung zu nehmen.

Strafrechtliche Sanktionen

Wer eine genehmigungspflichtige Direktinvestition ohne Genehmigung durchführt, gegen eine Auflage verstößt unter der eine Erwerbsvorgang genehmigt wurde oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben eine Genehmigung erschleicht, kann mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft werden. Bei gewerbsmäßigem Vorgehen droht eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren. Darüber hinaus kann die Verletzung von Informationspflichten, wozu auch die Anzeigepflicht des Zielunternehmens betreffend einen relevanten Erwerbsvorgang zählt, mit Verwaltungsstrafen von bis zu EUR 40.000 sanktioniert werden.

Wesentliche Neuerungen durch das Investitionskontrollgesetz auf einen Blick

- Substantielle Erweiterung und Konkretisierung der Sektoren, die der Investitionskontrolle unterliegen.
- Absenkung der maßgeblichen Prüfeintrittsschwelle von derzeit 25% auf 10% der Stimmrechte in besonders sensiblen Sektoren.
- Ausdehnung der Genehmigungspflicht auf mittelbare Erwerbe, einschließlich durch den Erwerb eines beherrschenden Einflusses (unabhängig von dem Erreichen einer maßgeblichen Stimmrechtsschwelle) oder von wesentlichen Vermögensbestandteilen (Asset Deal). Erfordernis von Mehrfachgenehmigungen (z.B. bei der Aufstockung von Stimmrechtsanteilen auf über 25% bzw. 50%).
- Einführung einer subsidiären Anzeigepflicht des österreichischen Zielunternehmens. Ein „Anschleichen“ an das Zielunternehmen wird damit deutlich erschwert.
- Verlängerung der Prüffrist über die Einleitung eines vertieften Prüfungsverfahrens von bisher einem Monat auf etwas mehr als zwei Monate (abhängig von dem europäischen Kooperationsmechanismus).
- Möglichkeit der Erwirkung einer vorsorglichen Unbedenklichkeitsbescheinigung.
- Verankerung eines EU-weiten Kooperationsmechanismus, im Rahmen dessen die EU-Mitgliedstaaten und die Europäische Kommission gemeinsam ausländische Direktinvestitionen überprüfen und Informationen zu den Investitionsvorhaben austauschen können.
- Einrichtung eines Beirates zur Beratung der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort in Angelegenheiten der Vollziehung des Investitionskontrollgesetzes.
- Umfassende Kontroll- und Überwachungsrechte der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, einschließlich Buch- und Lagereinsicht.
- Veröffentlichung eines anonymisierten jährlichen Tätigkeitsberichts durch die Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort zu den investitionskontrollrechtlichen Verfahren in Österreich, dem EU-weiten Kooperationsmechanismus und den aktuellen Entwicklungen im Bereich der ausländischen Direktinvestitionen.

Auswirkungen auf die M&A Praxis in Österreich

Das Investitionskontrollgesetz wird die österreichische M&A Praxis bei Transaktionen mit Auslandsbezug erheblich beeinflussen. Insbesondere die Erweiterung der Investitionskontrolle auf mittelbare Erwerbe, die massiven Erweiterung der kontrollrelevanten Sektoren und die Absenkung der Kontrollschwellen auf 10% in besonders sensiblen Bereichen wird vor dem Hintergrund der internationalen Verflechtung der Wirtschaft zu erheblichen Unsicherheiten und einer Vielzahl von Genehmigungsverfahren führen. Praktisch gesehen wird es künftig nur noch wenige internationale und (vermeintlich) nationale Transaktionen geben, bei denen man sich nicht die Frage der Investitionskontrolle stellen muss. Bei der Planung von Transaktionen wird die Verlängerung der Prüf Fristen und das Hinzutreten des europäischen Konsultationsprozesses zu berücksichtigen sein. Es ist durchaus denkbar, dass der europäische Konsultationsprozess als Vorstufe für eine echte europäische Entscheidungskompetenz bei Investitionen in die Europäische Union zu sehen ist.

Fußnoten

1. Diesbezüglich verweisen wir auf unseren Newsletter vom 15.02.2019.
2. Als drittstaatsangehörige „ausländische Person“ gilt (i) eine natürliche Person ohne Unionsbürgerschaft oder Staatsbürgerschaft eines EWR-Staates oder der Schweiz oder (ii) eine juristische Person, die ihren Sitz oder ihre Hauptverwaltung außerhalb der EU, des EWR und der Schweiz hat. Das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland ist bis zum Ende der Übergangsfrist (voraussichtlich 31.12.2020) wie ein EU-Mitgliedstaat zu behandeln.
3. Aufgrund einer EntschlieÙung des Bundesrates vom 15. Juli 2020 wird die Prüfungseintrittsschwelle zu einem späteren Zeitpunkt möglicherweise für alle Sektoren auf 10% herabgesenkt.
4. Vgl. §§ 55 und 56 der deutschen Außenwirtschaftsverordnung idgF.
5. Die Definition der Kleinstunternehmen entspricht der Empfehlung der Europäischen Kommission betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABL L 124 vom 20.5.2003, S. 36 (dh. nicht ident mit der Definition von Kleinstkapitalgesellschaften nach § 221 (1a) UGB).
6. Sämtliche Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben Kontaktstellen einzurichten und auf diese Weise ein Mindestmaß an „Kooperation“ sicherzustellen.
7. Vorläufig zeitlich befristet bis 31.12.2022.

Hinweis: Diese Kurzstellungnahme stellt lediglich eine generelle Information und keineswegs eine Rechtsberatung von Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH dar. Diese Kurzstellungnahme kann eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH übernimmt keine Haftung, gleich welcher Art, für Inhalt und Richtigkeit dieser Kurzstellungnahme.



Dr. Mag. Philipp Nidal Karaman
Partner
+43 676 836 47 308
n.karaman@ehlaw.at



Mag. Ulrike Sehrschoen
Partner
+43 676 836 47 269
u.sehrschoen@ehlaw.at

Co-Autor:

Mag. Martin Zankl, L.L.M., L.L.B | +43 676 836 47 245 | m.zankl@ehlaw.at



Austrian Airlines erhält mit E&H
grünes Licht für staatliche Beihilfe
von 150 Millionen Euro

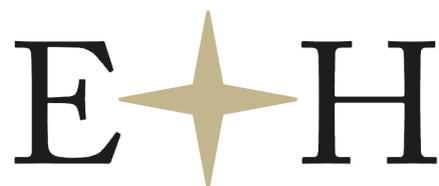


Führender Pharmadienleister
Vetter erwirbt mit E&H und PSP
München einen neuen Standort in
Österreich



Ihr (rechts-)sicherer
Weg durch die Coronaviruskrise
mit E&H

Ihr (rechts-)sicherer Weg
durch die Krise



Wienerbergstraße 11, 1100 Wien | Österreich | +43 1 606 36 47, F: +43 1 606 36 47-58 |
office@ehlaw.at | www.ehlaw.at

ANHANG

Teil 1

Besonders sensible Bereiche (abschließende Aufzählung)

1. Verteidigungsgüter und -technologien
2. Betreiben kritischer Energieinfrastruktur
3. Betreiben kritischer digitaler Infrastruktur, insbesondere von 5G Infrastruktur
4. Wasser
5. Betreiben von Systemen, die die Datensouveränität der Republik Österreich gewährleisten
6. Forschung und Entwicklung in den Bereichen Arzneimittel, Impfstoffe, Medizinprodukte und persönliche Schutzausrüstung⁷

ANHANG

Teil 2

Andere Bereiche, in denen es zu einer Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge im Sinne von Art. 52 und 65 AEUV kommen kann (beispielhafte Aufzählung)

- 1. Kritische Infrastrukturen (Einrichtungen, Systeme, Anlagen, Prozesse, Netzwerke oder Teile davon); dazu zählen insbesondere:**
 - 1.1 Energie
 - 1.2 Informationstechnik
 - 1.3 Verkehr und Transport
 - 1.4 Gesundheit
 - 1.5 Lebensmittel
 - 1.6 Telekommunikation
 - 1.7 Datenverarbeitung oder -speicherung
 - 1.8 Verteidigung
 - 1.9 verfassungsmäßige Einrichtungen
 - 1.10 Finanzen
 - 1.11 Forschungseinrichtungen
 - 1.12 Sozial- und Verteilungssysteme
 - 1.13 chemische Industrie
 - 1.14 Investitionen in Grundstücke und Immobilien, die für die Nutzung der unter 1.1. bis 1.13. genannten Infrastrukturen von entscheidender Bedeutung sind
- 2. kritische Technologien und Güter mit doppeltem Verwendungszweck im Sinne des Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 428/2009, einschließlich**
 - 2.1 künstliche Intelligenz
 - 2.2 Robotik
 - 2.3 Halbleiter
 - 2.4 Cybersicherheit
 - 2.5 Verteidigungstechnologien
 - 2.6 Quanten- und Nukleartechnologien
 - 2.7 Nanotechnologien
 - 2.8 Biotechnologien
- 3. die Sicherheit der Versorgung mit kritischen Ressourcen, einschließlich**
 - 3.1 Energieversorgung
 - 3.2 Rohstoffversorgung
 - 3.3 Lebensmittelversorgung
 - 3.4 Versorgung mit Arzneimitteln und Impfstoffen, Medizinprodukten und persönlicher Schutzausrüstung einschließlich Forschung und Entwicklung in diesen Bereichen
- 4. Zugang zu sensiblen Informationen, einschließlich personenbezogener Daten, oder die Fähigkeit, solche Informationen zu kontrollieren**
- 5. Freiheit und Pluralität der Medien.**

Als „kritisch“ sind Infrastrukturen im Sinne von Z 1, Technologien im Sinne von Z 2 und Ressourcen im Sinne von Z 3 anzusehen, 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 von staatlichen Einrichtungen haben würde.