



Bundesministerium für Digitalisierung
und Wirtschaftsstandort
BMDW – III/8 Außenwirtschaftsrecht
und Legistik
Stubenring 1
1010 Wien

Post.III8_19@bmdw.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Bearbeiter/in	Tel	Fax	Datum
220-	EU-GSt/Pr/Fu	Oliver Prausmüller	DW 12164	DW 142164	10.06.2020
0.169.199		Lukas Oberndorfer			

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

Inhalt des Entwurfs

Mit dem kurzfristig vorgelegten Gesetzesentwurf sollen die bestehenden österreichischen Regelungen zur Investitionskontrolle von Erwerbsvorgängen aus EU-Drittstaaten (zB USA, China, Russland) abgeändert werden. Dafür ist eine Änderung des relevanten § 25a des Außenwirtschaftsgesetzes bzw ein neues Investitionskontrollgesetz vorgesehen. Das BMDW gibt als Ziel an, Direktinvestitionen aus Drittstaaten zu verhindern, die eine Bedrohung für die Sicherheit und öffentliche Ordnung darstellen können.

Das Wichtigste in Kürze:

- Die Bundesarbeitskammer (BAK) äußert sich verfahrenstechnisch kritisch zur außerordentlich kurzen Begutachtungsfrist sowie zur fehlenden Evaluierung der bisher bestehenden gesetzlichen Regelung und Prüfpraxis des BMDW.
- Die Handlungsspielräume für öffentliche Schutzinteressen sind in der Investitionskontrolle offensiv auszubauen. Die BAK weist insbesondere auch auf den erhöhten Handlungsbedarf für einen erweiterten Prüfmaßstab im Zuge der Covid 19-Krise hin.
- Maßnahmen zur Erhöhung der tatsächlichen Prüfdichte bei strittigen Erwerbsvorgängen werden ausdrücklich befürwortet. Maßnahmen gegen potentielle

Umgehungskonstruktionen sind weitestgehend auszuschöpfen. Eine Senkung der Eingangs-Prüfswelle auf 10 % muss zudem durchgängig für alle potentiell relevanten Erwerbsvorgänge erfolgen.

- Die BAK fordert nachdrücklich, die demokratiepolitische Einbindung und öffentliche Transparenz in der österreichischen Investitionskontrolle zu verbessern.
- Zudem wird gefordert, künftig eine ausdrückliche, sektorübergreifende Ausnahme für Investitionskontrollen in Handels- und Investitionsabkommen im Sinne der Rechtssicherheit zu verankern.

Die BAK **begrüßt aktuelle Bestrebungen, die Kontrollmöglichkeiten gegenüber strittigen Auslandsinvestitionen zu verschärfen**. In diesem Zusammenhang hat sich die BAK bereits aktiv in die Debatte zur FDI-Screening Verordnung auf europäischer Ebene sowie zur Novellierung des österreichischen Außenwirtschaftsgesetzes eingebracht. Die BAK verweist daher auf die **ausführlichen Stellungnahmen**, die bereits in diesem Rahmen vorliegen¹.

Angesichts der abgebrochenen Novelle des österreichischen Außenwirtschaftsgesetzes im Mai 2019 unternimmt die gegenwärtige Bundesregierung nun einen neuerlichen Anlauf zur Reform der österreichischen Investitionskontrolle. Im Fokus stehen problematische Erwerbsvorgänge mit Bezug auf EU-Drittstaaten (wie zB USA, China, Russland). In diesem Zusammenhang enthielt bereits das Regierungsprogramm² vom Jänner 2020 das Bekenntnis, dass sich die Bundesregierung in der EU für eine „stärkere staatliche Investitionskontrolle“ einsetzen und bei der Reform des österreichischen Außenwirtschaftsgesetzes mit „**gutem Beispiel vorangehen**“ wolle. Die Politik müsse demnach gerade auch dafür „sorgen, dass es nicht zu einem Ausverkauf kritischer Technologie und Infrastruktur kommt“. In diesem Zusammenhang kündigte die Bundesregierung zudem konkret an: „Der Schwellenwert für die Genehmigungspflicht soll auf 10 % gesenkt werden und neue Prüfkriterien für kritische Technologie und Infrastruktur festgesetzt werden“.

Für die Intensivierung der **europäischen Diskussion** über bessere Vorsorgemaßnahmen und Schutzvorkehrungen gegenüber einem „Ausverkauf“ **strategisch wichtiger Unternehmen** war die Übernahme des deutschen Roboterherstellers Kuka durch einen chinesischen Investor im Jahr 2016 ein wichtiger Auslöser. Zudem stieß zuletzt beispielsweise insbesondere auch der Fall der Übernahme des Hochtechnologieunternehmens Coriant durch einen US-Investor im Jahr 2018 weitere Debatten zum Nachschärfen der deutschen Investitionskontrolle an: Neben den befürchteten **Know-How-Verlusten** machen diesen Fall ua die erfolgte Standortverlagerung nach Thailand, erhebliche **Arbeitsplatzverluste** sowie fehlende Rückabwicklungsmöglichkeiten brisant. Darüber hinaus weist die UNCTAD auf eine

¹ Stellungnahme der BAK vom 24.5.2019 zum Bundesgesetz, mit dem das Außenwirtschaftsgesetz 2011 – AußWG 2011 geändert wird

https://wien.arbeiterkammer.at/interessenvertretung/eu/positionspapiere/AK_Stellungnahme_AUssWG_2019.pdf sowie vom 5.10.2017 zum Vorschlag für eine Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der EU COM(2017) 487 final,

https://www.arbeiterkammer.at/infopool/wien/Stellungnahme_Auslaendische_Direktinvestitionen_2017.pdf

² vgl. Regierungsprogramm 2020-24, S 63f. <https://www.bundestkanzleramt.gv.at/bundestkanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html>

weitere wichtige Begründung für den anhaltenden globalen Trend zum Ausbau von Investitionskontrollen zum Schutz strategisch wichtiger Industrien und kritischer Infrastruktur hin: Die verstärkten Maßnahmen zum „Screening“ problematischer ausländischer Direktinvestitionen werden auch darauf zurückgeführt, dass Regierungen versuchen ein Gegengewicht zum Kontrollverlust aufgrund vormals vorgenommener **Privatisierungen** von staatlichem Eigentum und infrastrukturelevanten Unternehmen herzustellen³. Die **hohe Bandbreite an potentiellen Anlassfällen und Schutzmotiven** zeigt sich jedoch vor allem auch, wenn der Entstehungshintergrund der geltenden **österreichischen Regelung** im Jahr 2011 berücksichtigt wird: Als zentrales Motiv für die Einführung des relevanten § 25a des österreichischen Außenwirtschaftsgesetzes gilt die damalige Ankündigung des OMV-Kernaktionärs IPIC (Abu Dhabi), seine Anteile entscheidend erhöhen zu wollen⁴. Vor diesem facettenreichen Hintergrund ist es umso wichtiger, die Begründungen für schärfere Investitionskontrollen nicht frühzeitig durch eine Beschränkung auf sicherheitspolitische Erwägungen oder einzelne Herkunftsländer von ausländischen Direktinvestitionen zu verkürzen.

In den letzten Monaten hat sich der erhöhte Bedarf nach umsichtigen Schutzvorkehrungen und Vorsorgemaßnahmen nochmals eindringlich verdeutlicht. Denn die **Covid 19-Krise** zeigt nicht zuletzt wie wichtig eine lückenlose Absicherung der Krisen- und Daseinsvorsorge sowie eigenständiger wirtschaftlicher Kapazitäten ist. Im **Ernstfall** muss die öffentliche Hand einen **Ausverkauf** von strategisch wichtigen Unternehmen, der Krisen- und Daseinsvorsorge sowie kritischer Infrastruktur und Technologien **jederzeit effektiv unterbinden können**. Ihr umfassender Schutz ist vor allem auch in einer Phase wirtschaftlicher Verwundbarkeit essentiell. Angesichts der Covid 19-Krise hat die Europäische Kommission in ihren im Frühjahr veröffentlichten Leitlinien zu einer ambitionierten Nutzung der FDI-Screening Verordnung der EU aufgerufen. Dabei erkennt die Europäische Kommission weitaus stärker als in der Vergangenheit an, dass etwa überschießende Beschränkungsverbote für den freien Kapitalverkehr zur Gefährdung öffentlicher Interessen führen können. So plädiert sie auch aktuell dafür, dass umfassendere und effektive Investitionskontrollen in den Mitgliedstaaten notwendig sind. Darüber hinaus hat der österreichische Nationalrat Anfang April eine von allen Parteien unterstützte Entschließung verabschiedet, die eine verbesserte Investitionskontrolle von Übernahmen standortrelevanter bzw kritischer Schlüsselunternehmen fordert. Damit bestehen zusammengekommen ein außerordentlich gutes **Gelegenheitsfenster** und ein **erhöhter Handlungsbedarf für einen offensiven Ausbau der österreichischen Regelung zur Investitionskontrolle**.

Umso bedauerlicher stellt sich dar, dass der nun vorliegende Gesetzesentwurf für ein neues Investitionskontrollgesetz **hinter den aktuell besonders angezeigten Handlungserfordernissen**, den Ankündigungen im Regierungsprogramm und den merklich erhöhten Handlungsmöglichkeiten im europäischen Zusammenhang **zurückbleibt**. Als besonders problematisch werden zudem die **fehlenden Evaluierungsmaßnahmen** der

³ UNCTAD (2019): World Investment Report, S.96, https://unctad.org/en/PublicationChapters/WIR2019_CH3.pdf

⁴ Thaler, Christian (2012): Lex OMV weist rechtliche Schwächen auf, Der Standard vom 11.4.2012, <https://derstandard.at/1333528784461/Aussenwirtschaftsgesetz-Lex-OMV-weist-rechtliche-Schwachen-auf>

bereits bestehenden Regelung des Außenwirtschaftsgesetzes und die **außerordentlich kurze Begutachtungsfrist** des vorliegenden Gesetzesentwurfs erachtet.

Vor diesem Hintergrund weist die BAK insbesondere auf folgende Probleme und Detailbestimmungen im Entwurf für ein neues Investitionskontrollgesetz (InvKG) hin:

Zu § 1 Z 3

Die Definition von ausländischen Direktinvestitionen sollte insbesondere auch Verschleierungsversuche des „wahren wirtschaftlichen Gehalts“ sowie **Umgehungskonstruktionen** abdecken. In den Erläuterungen wird zwar festgehalten, auf welcher Intention die Definition von „Direktinvestition“ als unmittelbare sowie mittelbare Erwerbsvorgänge beruht. Umso mehr sollte jedoch die Definition des „mittelbaren Erwerbs“ auch **ausdrücklich im Gesetz klargestellt** und aus Gründen der **Rechtssicherheit** im Gesetz verankert werden. Das impliziert die Klarstellung, dass damit auch Erwerbe durch unionsansässige Investoren und allfällige Umgehungsversuche umfasst sind. Für die Effektivität der Investitionskontrolle ist eine wirksame Handhabe gegen Umgehungsversuche das A&O. Daher sind weitreichende Vorkehrungen für den Fall zu treffen, dass EU-Drittstaaten-Investoren eine Genehmigungspflicht vermeiden, indem sie Beteiligungen indirekt über zwischengeschaltete EU-Gesellschaften erwerben. Zu verweisen ist hier insbesondere auch auf die Sicherheitsvorkehrung in der deutschen Außenwirtschaftsverordnung: Demnach unterliegen auch Erwerbe durch Unionsansässige einer Prüfung, „wenn es Anzeichen dafür gibt, dass eine missbräuchliche Gestaltung oder ein Umgehungsgeschäft zumindest auch vorgenommen wurde, um eine Prüfung (...) zu unterlaufen“⁵.

Zu § 1 Z 4

Es bedarf einer **Richtigstellung**:

„erwerbende Person“: eine ausländische Person im Sinne von Z 2, *die einen Vorgang gemäß Z 3 tätigt*;

Zu § 1 Z 7

Wenngleich in den Erläuterungen klargestellt wird, dass Z 7 einen „direkten oder indirekten beherrschenden Einfluss“ definiert, so sollte dies auch im Gesetzestext zum Ausdruck kommen.

Der passive Kontrollerwerb wurde auch im Folgeentwurf (zur Novelle des AußWG von 2019) nicht erfasst. Bereits damals bestand das Problem einer fehlenden Klarheit bei einem Erwerb durch **passive Kontrollerlangung**. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn eine Beteiligung in

⁵ dt Außenwirtschaftsverordnung § 55 Abs 2; vgl zudem dazu ausführlich: Madner, Verena/Mayr, Stefan (2019): Rechtliche Probleme von außenwirtschaftlichen Schutzmechanismen zur Investitionskontrolle. Eine Analyse des österreichischen Außenwirtschaftsgesetzes im Kontext aktueller Reformvorhaben, Studie im Auftrag der AK Wien, S 10f. sowie S 18f. <https://emedien.arbeiterkammer.at/viewer/ppnresolver?id=AC15381026>

Höhe von 25 % mit dem Hinweis genehmigt wurde, dass ohnehin die Kontrolle bei einem anderen Aktionär (Eigentümer) liegt. Verkauft dieser nun seine Anteile etwa über die Börse, so kann es zu einem passiven Kontrollwechsel kommen. In diesem Fall muss jedenfalls eine nochmalige Prüfung stattfinden und ein schleichender Ausbau in Richtung eines meldepflichtigen Erwerbsanteils der Genehmigungspflicht unterliegen. Bei Bedenken könnte – analog zum Übernahmegesetz – ein Ruhen der einen beherrschenden Einfluss vermittelten Stimmrechte veranlasst werden.

Vorgeschlagen wird eine **Ergänzung** um eine **neue Z 8**

„Passiver Erwerb eines beherrschenden Einflusses: Erlangung eines beherrschenden Einflusses, ohne dies durch zeitnahe Handlungen, wie insbesondere durch Anteilserwerb bewirkt zu haben”

(Vgl. dazu § 22b Übernahmegesetz). Zudem sind entsprechende **Anpassungen** der **Erläuterungen** vorzunehmen.

Zu § 2 Abs 1 Z 1 und § 3 Abs 1

In § 2 Abs 1 Z 1 wird ausgeführt, dass eine ausländische Direktinvestition einer Genehmigung bedarf, wenn ua „das Zielunternehmen in einem der in der Anlage genannten Bereichen tätig ist“. Diese Bestimmung steht in einem Spannungsverhältnis bzw. Widerspruch zu § 3 Abs 1 des Entwurfes. In dessen zweiten Halbsatz heißt es nämlich, dass bei der Beurteilung einer Direktinvestition deren Auswirkungen „in den in der Anlage *beispielhaft* genannten Bereichen zu prüfen“ sind. Zur Behebung wird vorgeschlagen den **§ 2 Abs 1 Z 1 ersatzlos zu streichen**.

Die bisherigen Bestimmungen des AußWG § 25a folgen eindeutig einem nicht-abschließendem Verständnis potentiell prüfungsrelevanter Bereiche (siehe zB die kohärente Verwendung von „insbesondere“ in den indikativen Aufzählungen unter § 25a Abs 3). Dahinter sollte man keinesfalls zurückfallen, um volle Handlungsfähigkeit im Ernstfall zu gewährleisten. Daher ist entsprechende Achtsamkeit auf die Kohärenz der juristischen Textierungen im vorliegenden Entwurf notwendig. Entsprechend müssen auch die **erläuternden Bemerkungen zu § 3 sowie die Anlage des Entwurfs angepasst werden**.

Nicht zuletzt angesichts verstärkter krisenhafter Entwicklungen (wie etwa verschärfter ökonomischer Konflikte, weltwirtschaftlicher Instabilität, Covid 19-Krise, Klima- und Umweltkrise) braucht es eine **Stärkung situationsgerechter Handlungskapazitäten**. Die Prüf- und Handlungsmöglichkeiten von Investitionskontrollen sollten daher entsprechend anpassungsfähig sein und nicht unnötig eingeschränkt werden. Insofern ist auch ihr Charakter als Sicherheitsvorkehrung und Vorsorgeinstrument künftig weitaus stärker anzuerkennen. Einer offen gehaltenen Indikation potentiell prüfungsrelevanter Bereiche ist weiterhin eindeutig Vorrang gegenüber einer vorab geschlossen, taxativen Aufzählung zu geben. **Andernfalls fehlt gerade auch im Falle von problematischen Aufkäufen in Phasen wirtschaftlicher Verwundbarkeit sowie Krisensituationen die Flexibilität für effektive Kontrolltätigkeiten**. Die Anwendbarkeit von Investitionskontrollen muss beispielsweise nicht nur mit

Umgehungskonstruktionen problematischer Investoren, sondern auch mit den Gefahrenpotentialen weniger voraussehbarer Ereignisse Schritt halten können. **Sonst besteht ein erhebliches Risiko, dass rechtliche Vorkehrungen für den Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit sowie öffentlicher Interessen einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge im Ernstfall zahnlos sind.**

Zu § 2 Abs 1 Z 2

Die BAK schlägt vor, den Verweis auf „unions- und völkerrechtliche Vorschriften“ in § 2 Abs 1 Z 2 **zu streichen**.

Damit soll insbesondere auch zum Ausdruck gebracht werden, dass sich die Republik Österreich auch im Rahmen der in die Zuständigkeit der Europäischen Union fallenden Verhandlungen zu einschlägigen internationalen Abkommen mit EU-Drittstaaten für entsprechende rechtliche Absicherungen seiner Investitionskontrollen einzusetzen hat – insbesondere in Gestalt einer umfassenden, **sektorübergreifenden Ausnahmeklausel** für die Prüfmöglichkeiten des InvKG (wie zB im Rahmen von **Freihandels- und Investitionsabkommen**). So sind Vorkehrungen zu treffen, dass überschießende Liberalisierungs- oder Investitionsschutzverpflichtungen nicht zulasten der Handlungsmöglichkeiten des InvKG gehen können (zB Verbot sogenannter „foreign equity caps“).

Jedenfalls sind zudem die irreführenden Verweise auf das WTO-Dienstleistungsabkommen GATS in den **Erläuterungen anzupassen**. Die dort enthaltene Verkürzung des Verständnisses von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse auf die angeführte GATS-Ausnahmebestimmung ist irreführend („Dienstleistungen, die weder zu gewerblichen Zwecken noch im Wettbewerb mit anderen Dienstleistungserbringern erbracht werden“). Der potentielle Umfang von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ist von dieser Ausnahmebestimmung völlig unzureichend abgedeckt. Auf Basis eines derart verkürzten Verständnisses würde auch ein sehr lückenhafter Schutz bestehen, wenn es beispielsweise in stärker liberalisierten bzw gemischtwirtschaftlichen Bereichen (zwischen privaten und öffentlichen Anbietern) zu **Privatisierungen** kommt. Genau in einem derartigen Fall wäre jedoch die volle Anwendbarkeit der im InvKG vorgesehenen Investitionskontrollen vollumfänglich zu gewährleisten (zB bei Übernahme durch einen strittigen privaten Investmentfonds). Für eine höhere Schutzwirkung ist hingegen beispielsweise auf das weitaus umfangreichere Verständnis Protokoll 26 der Europäischen Verträge („Über Dienste von allgemeinem Interesse“) zu verweisen.

Zu § 2 Abs 2

Diese **pauschale Ausnahme** aus der Genehmigungspflicht für österreichische Zielunternehmen „mit weniger als 10 Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern und einem Jahresumsatz oder einer Jahresbilanzsumme von unter 2 Millionen Euro“ sollte nochmals überdacht werden und bedarf einer grundlegenden **Überarbeitung**.

Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen bzw. klarzustellen, dass

- Holdinggesellschaften jedenfalls vollumfänglich den Prüfmöglichkeiten des InvKG unterliegen. Andernfalls besteht das Risiko von Umgehungskonstruktionen.
- gerade in potentiellen Prüfbereichen wie zB der Informationstechnologie und Cybersicherheit sehr kleine Unternehmen relevant sein können. Entlang der Zielsetzungen des InvKG können daher auch in diesem Zusammenhang Prüfmöglichkeiten notwendig sein.
- im Rahmen der Wettbewerbskontrolle so genannte „Killing mergers“, also der Kauf von Start-ups meist von großen Digital-Plattformen aus Drittstaaten, zunehmend kritisch gesehen werden (unter Gesichtspunkten wie zB Know-How-Transfer, Datensammlung, künstliche Intelligenz, Kauf von künftigen Mitbewerbern).
- für den Erwerb von Start-ups und Kleinunternehmen zumindest eine Anzeige- bzw. Informationspflicht im Sinne der Zielsetzungen des InvKG bestehen muss. So müssen auch ua für den Fall, dass zB ein ausländischer Investor in kürzeren Abständen mehrere technologiebasierte Start-ups aufkauft und seine Zukäufe weiter fortsetzt, Prüfmöglichkeiten gewährleistet sein.

Zu § 3 Abs 1

Die BAK fordert den vorgesehenen **Prüfmaßstab** „Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge“ durch „Beeinträchtigung der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, der Gesundheit oder anderer öffentlicher Interessen einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge“ zu **ersetzen** [sowie an allen anderen relevanten Passagen mit Bezug auf den Prüfmaßstab – wie insbesondere auch in der Anlage].

Im vorliegenden Entwurf des InvKG wird zu wenig darauf geachtet, den **zentralen Prüfmaßstab an relevanten wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gefährdungspotentialen auszurichten** sowie krisenfest zu machen. In diesem Zusammenhang bleiben nicht zuletzt auch die europarechtlichen Handlungsmöglichkeiten unausgeschöpft.

Zum einen wird ein geschriebener Rechtfertigungsgrund des Art 52 AEUV in § 3 Abs 1 nicht abgebildet:

Art 52 Abs 1 AEUV hält fest, dass Beschränkungen der entsprechenden Marktfreiheit zulässig sind, wenn diese aus Gründen der „öffentlichen Ordnung, Sicherheit *oder* Gesundheit gerechtfertigt sind.“ In § 3 Abs 1 des Entwurfes wurde der Begriff der Gesundheit nicht eingefügt. Das ist gerade in Zeiten einer Pandemie, welche die Verwundbarkeit des Gesundheitssystems und der Versorgung mit Schutz- und Gesundheitsgütern deutlich gemacht hat, nicht nachvollziehbar.

Zum anderen fehlt diesbezüglich eine Abbildung der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe bzw der zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls:

Der EuGH erkennt in seiner ständigen Rechtsprechung zu den einschlägigen Marktfreiheiten nicht nur die geschriebenen Rechtfertigungsgründe, sondern auch die zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls bzw der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe an. Während er ursprünglich im Fall von direkter Diskriminierung nur die geschriebenen Gründe (insbesondere öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit) zur Rechtfertigung offener Diskriminierung zuließ, akzeptiert er mittlerweile auch in diesem Fall die zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls.⁶ Gerade weil § 3 Abs 2 auf Art 52 und 65 AEUV und damit auf die Rechtsprechung des EuGH verweist, ist daher auch auf die zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls Bezug zu nehmen. Unter Berücksichtigung des letzten Absatzes (Rechtfertigungsgrund Gesundheit) und der Argumente in diesem Absatz schlägt daher die BAK vor „der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge“ durch „der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, der Gesundheit oder anderer öffentlicher Interessen einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge“ zu ersetzen.

Daher erscheinen auch die **Erläuterungen zu § 3 ergänzungsbedürftig**. Nach dem ersten Absatz der Erläuterungen zu § 3 ist daher Folgendes einzufügen: „Neben den geschriebenen Rechtfertigungsgründen erkennt der EuGH auch im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses an. Während er diese zu Beginn seiner Rechtsprechung nur für die Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierung akzeptierte, akzeptiert er diese mittlerweile auch in Fällen direkter Diskriminierung. Zu den entsprechenden Gründen gehören unter anderem der Schutz der Arbeitnehmer, der sozialen Sicherungssysteme, der steuerlichen Kontrolle und des Klima- und Umweltschutzes. Da der Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und der Gesundheit sich über die Zeit verändert und vor neue Herausforderungen gestellt wird, muss auch ihre Auslegung dynamisch erfolgen. So hat der EuGH jüngst den Umwelt- und Klimaschutz schon als Schutz der Gesundheit qualifiziert und damit vom Schutzbereich der geschriebenen Rechtfertigungsgründe umfasst erachtet.⁷ Daher ist bei der Genehmigung einer ausländischen Direktinvestition diese dynamische Rechtsprechung und die Entwicklung der Judikatur im Bereich der zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls zu berücksichtigen.“

Zu § 3 Abs 2

Die besonders **zu berücksichtigenden Faktoren** sind zu **ergänzen**, um relevante öffentliche Schutzinteressen zusätzlich zu verdeutlichen. Die BAK empfiehlt insbesondere die Ergänzung um „4. ob makroökonomische Stabilität, Ziele des Klima- und Umweltschutzes sowie ökonomische, soziale oder regionale Kohäsion beeinträchtigt werden können“ sowie um „5. ob Infrastrukturen oder Leistungen der Daseinsvorsorge insbesondere hinsichtlich

⁶ Siehe dazu ua EuGH, verb. R. 34/95 u. 36/95, *De Agostini*, Slg 1997, I-3891; EuGH, Rs C-203/96, *Dusseldorp*, Slg 1998, I-4127; Vgl EuGH, Rs C-389/96, *Aher Waggon*, Slg 1998, I-4489; EuGH Rs C-379/98, *PreussenElektra*, Slg 2001, I-2185.

⁷ EuGH Rs C-379/98, *PreussenElektra*, Slg 2001, I-2185.

Versorgungssicherheit oder Leistbarkeit, ihrer hohen Qualität, des diskriminierungsfreien und universellen Zugangs sowie der Gewährleistung umfassender Nutzerrechte beeinträchtigt werden können“.

Zu § 4 Abs 1 und Abs 2

In Abs 1 ist der Verweis auf „der in Teil 2“ zu streichen sowie um „beispielhaft“ zu ergänzen auf: „wenn das Zielunternehmen eine Tätigkeit in einem der in der Anlage beispielhaft genannten Bereiche ausübt: 10%, 25 %, 50 %“. Der Abs2 ist hingegen ersatzlos zu streichen.

Die Bemessung der **maßgebliche Stimmrechtsanteil sollte kohärenter Weise durchgängig gelten und kein starres Splitting in mehr oder weniger schützenswerte Bereiche** erfolgen. **Die Eingangs-Prüfswelle ist durchgängig auf 10 % zu senken.** Folgerichtig erübrigt sich damit der Verweis auf einen gesonderten „Teil 2“ in der Anlage. Darüber hinaus ist daher darauf zu achten, die offene, nicht-abschließende Aufzählung potentiell prüfungsrelevanter Bereiche auch an dieser Stelle klar herauszustellen (durch Einfügung von „beispielhaft“).

Es ist in diesem Zusammenhang auch darauf hinzuweisen, dass auch das nun vorliegende Splitting in zwei Prüfreime (mit den jeweiligen Prüfschwellen 25 % - 50 % und 10 % - 25 % - 50 %) keinen Vorgaben aus der FDI-Screening Verordnung der EU geschuldet ist. Darüber hinaus ist bemerkenswert, dass auch im aktuellen Regierungsprogramm eine Senkung der Eingangs-Prüfswelle auf 10 % enthalten ist. Der vorliegende Gesetzesentwurf fällt dahinter zurück. Eine Beibehaltung der bisher geltenden Eingangs-Prüfswelle von 25 % für die überwiegende Mehrzahl potentiell relevanter Prüfvorgänge ist jedenfalls abzulehnen. Fälle einer de facto-Kontrolle werden damit unzureichend abgedeckt. Diese besteht etwa aufgrund der geringen Streubesitzpräsenz in den Hauptversammlungen österreichischer Unternehmen oft schon unter den weiterhin zentral gesetzten Schwellenwert von 25 %. Darüber hinaus **muss es im Interesse umsichtiger FDI-Screening-Verfahren und effektiver Investitionskontrollen sein, frühzeitig und proaktiv Gefährdungspotentiale der Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, der Gesundheit oder anderer öffentlicher Interessen einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge umfassend prüfen zu können.** Für weiterführende Erläuterungen zur notwendigen Gewährleistung von Handlungsfähigkeit im Ernstfall wird zudem auf die bereits erfolgten Anmerkungen zur Sicherstellung einer flexiblen Anwendbarkeit und einer erhöhten Prüfdichte verwiesen (wie zB zu § 2 Abs 1 Z 1 und § 3 Abs 1).

Zu § 7, § 8, § 9 und § 20

Sowohl die Bestimmungen zum Genehmigungsverfahren (§ 7), zum amtswegig eingeleiteten Verfahren (§ 8) und zur Unbedenklichkeitsbescheinigung (§ 9) sind **grundlegend zu überarbeiten**. Dies hat insbesondere unter Gesichtspunkten der **Transparenz, Beteiligung**

und **weniger Abhängigkeit von der tatsächlichen Prüfbereitschaft des BMDW** in der Einleitungsphase von Prüfvorgängen zu erfolgen.

Umgehungen des Gesetzes sollten nicht unbenommen eines konkret vorliegenden Gefährdungspotentials durch Zeitablauf saniert werden können. Bei der amtswegigen Einleitung eines Genehmigungsverfahrens ist daher jedenfalls zu hinterfragen, warum die **Möglichkeit der Rückabwicklung** einer prüfungsrelevanten Investition auf nur 15 Monate beschränkt werden soll.

So ist beispielsweise derzeit vorgesehen, die Ausstellung einer **Unbedenklichkeitsbescheinigung (§ 9)** exklusiv vom ressortzuständigen Mitglied der Bundesregierung abhängig zu machen und es fehlen diesbezüglich weiterführend Schritte zur Erhöhung der Transparenz und erweiterten Einbindung zusätzlicher Beurteilungen der Prüfwürdigkeit von potentiell relevanten Anwendungsfällen.

Die BAK verweist zudem neuerlich mit Blick auf die vorgesehene Einrichtung eines „Komitees für Investitionskontrolle“ (§ 20) auf den Bedarf einer frühzeitigen **Einbindung des Hauptausschusses des Nationalrats** sowie **sozialpartnerschaftlicher Expertise**. Es bedarf einer weitaus **transparenteren Ausgestaltung** der Prüfvorgänge und mehr **demokratischer Einbindung** im Sinne einer effektiveren, tatsächlichen Anwendung der gesetzlich vorgesehenen Prüfmöglichkeiten. Zwar wird zudem in den Erläuterungen auf die Beiratsstrukturen des Außenwirtschaftsgesetzes verwiesen, doch es bleibt völlig ausgeblendet, dass insbesondere auch die darin bereits verankerten Beteiligungen wie ua die Wirtschaftskammer Österreich, die Bundesarbeitskammer, die Landwirtschaftskammer Österreich, der Österreichischen Gewerkschaftsbund sowie die Industriellenvereinigung vom in § 20 vorgesehenen Komitee ausgeschlossen werden. Die BAK verweist in diesem Zusammenhang neuerlich auf ihre ausführliche Stellungnahme aus 2019 sowie Empfehlungen der Studie „Rechtliche Probleme von außenwirtschaftlichen Schutzmechanismen zur Investitionskontrolle“⁸. Diese betreffen auch die Empfehlung, die vorgesehenen europäischen Kooperationsmechanismen für eine verstärkte Einbindung des Hauptausschusses des Nationalrats zu nutzen (inkl Information über die Einleitung von Prüfvorgängen sowie Möglichkeiten zur Stellungnahme).

Zu § 23

Gemäß § 23 ist ein jährlicher **Tätigkeitsbericht** in geeigneter Weise zu veröffentlichen. Soweit Rückschlüsse auf einzelne Unternehmen möglich sind, so dürfen diese Zahlen nicht in die

⁸ Madner, Verena/Mayr, Stefan (2019): Rechtliche Probleme von außenwirtschaftlichen Schutzmechanismen zur Investitionskontrolle. Eine Analyse des österreichischen Außenwirtschaftsgesetzes im Kontext aktueller Reformvorhaben, Studie im Auftrag der AK Wien, <https://emedien.arbeiterkammer.at/viewer/ppnresolver?id=AC15381026>

öffentliche Kundmachung gemäß Abs 4 übernommen werden und müssen auch im Komitee vertraulich behandelt werden.

Die angeführte Verpflichtung zur Geheimhaltung ist in dieser Form überschießend. Zumindest über abgeschlossene Verfahren sollte in **transparenter und umfangreicher Form** unter konkreter Nennung des Falls informiert werden. Als Beispiel wären hier die Transparenzbestimmungen im Fusionskontrollverfahren nach dem Kartellgesetz und Wettbewerbsgesetz sowie der EU-FusionskontrollVO anzuführen. Bezüglich der Erstellung des Tätigkeitsberichts ist zudem eine breitere Beteiligung von Stakeholdern – inklusive BAK und ÖGB zu gewährleisten. Es ist nicht plausibel warum hier nur ÖBAG und die Austrian Business Agency explizit erwähnt werden.

Zu § 29 Abs 3

Die dort angeführte **Auslaufklausel** für Forschung und Entwicklung im Bereich Arzneimittel, Impfstoffe, Medizinprodukte und persönliche Schutzausrüstung ist ersatzlos zu streichen. Demnach sollen diese Bereiche bis 31. Dezember 2022 der 10 %-Prüfswelle unterliegen. Diese Beschränkung vorsorglicher Handlungsmöglichkeiten der Investitionskontrolle ist völlig gegenläufig zu den notwendigen Konsequenzen aus der Covid 19-Krise.

Zur Anlage

Hier ist offenbar eine Reihe von redaktionellen Versehen enthalten (ua bei der Nummerierung). Wie auch aus bisherigen Stellungnahmen ausführlich ersichtlich, spricht sich die BAK für eine durchgängige **Senkung der Eingangsprüfswelle auf 10 %** und die **Beibehaltung einer nicht abschließenden, beispielhaften Aufzählung** potentiell prüfungsrelevanter Bereiche aus (siehe oben).

Unbenommen davon ist auf die **inkohärente Gestaltung** von Teil 1 und 2 in der Anlage hinzuweisen. Es ist beispielsweise nicht nachvollziehbar, warum „Gesundheitsversorgung“ in den Erläuterungen als Teil der 10 %-Liste dargestellt wird, diese jedoch im Gesetz dort nicht anzutreffen ist. Ebenso inkohärent ist es ua „kritische digitale Infrastruktur“ in Teil 2 (10 %) anzuführen, aber im Gegenzug etwa „Telekommunikation“ in Teil 1 (25 %) zu belassen. Ähnliches gilt, wenn beispielsweise „Verkehr und Transport“ zwar als „kritische Infrastruktur“ klassifiziert werden, aber nur unter eine 25 %-Prüfswelle fallen.

In der vorliegenden Form fällt der **Entwurf** des Investitionskontrollgesetzes **weit hinter den aktuellen Handlungsbedarf und Anforderungen an effektive Schutzmaßnahmen zurück**.

Die BAK ersucht um Berücksichtigung ihrer Empfehlungen.

