

nach Durchführung des Immobilienprojekts der Geschädigten ein geringerer (subjektiver) Differenzschaden entstanden wäre als bei objektiv-abstrakter Berechnung (Verkehrswert minus Anschaffungskosten), dass also der subjektive entgangene Gewinn aus dem Immobilienprojekt unter dem positiven Schaden liegt.

**Unzulässig** ist es naturgemäß, die objektiv-abstrakte mit der subjektiv-konkreten Berechnung zu Lasten des Geschädigten zu kombinieren, also die konkreten Finanzierungskosten gegenüber dem (objektiven) Verkehrswert, in dem die Finanzierungskosten unter generalisierenden Gesichtspunkten bereits eingepreist sind, in Rechnung zu bringen. Entweder berechnet man objektiv-abstrakt (dann ist der Verkehrswert maßgebend, in dem Nutzungen und Finanzierungskosten typisierend enthalten sind) oder man berechnet subjektiv-konkret (dann kommt es auf die subjektiven Finanzierungskosten, aber auch auf den Weiterveräußerungser-

lös im konkreten Fall an). Der Schädiger darf also nicht vom positiven Schaden (Verkehrswert minus Anschaffungskosten) die konkreten Finanzierungskosten abziehen. Die konkreten Finanzierungskosten werden lediglich beim Interesseersatz in die Berechnung einbezogen.

Fordert die Geschädigte den entgangenen Gewinn, muss sie ihn beweisen. Möchte der Schädiger weniger als den objektiv-abstrakten Verkehrswert ersetzen (was ihm hL und Rsp jedenfalls verwehren<sup>28)</sup>), so muss er auch unter Zugrundelegung der dargelegten Mindermeinung<sup>29)</sup> beweisen, dass die subjektiv-konkrete Differenzmethode zu einem Schaden führt, der unter dem positiven Schaden liegt.

28) Siehe oben C.

29) Oben C.

### → In Kürze

Im Verkehrswert kommen nicht nur die Nutzungen einer Sache, sondern auch die Kosten der Aufbringung des Kapitals für den Anschaffungspreis unter generalisierenden Gesichtspunkten zum Ausdruck. Unzulässig ist es, gegenüber dem Verkehrswert (zusätzlich) die konkreten Finanzierungskosten schadensmindernd in Anschlag zu bringen. Eine Kombination der objektiv-abstrakten und der subjektiv-konkreten Schadensberechnung zu Lasten des Geschädigten darf nicht vorgenommen werden.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Univ.-Prof. Dr. Max Leitner (SFU) ist Rechtsanwalt in Wien (Leitner & Häusler Rechtsanwälte) und Professor für Zivilrecht an der Sigmund Freud PrivatUniversität.  
E-Mail: max.leitner@ralh.at



# Zur Reichweite der Genehmigungspflicht nach dem Investitionskontrollgesetz

Mit 25. 7. 2020 traten die ersten Bestimmungen des Investitionskontrollgesetzes<sup>1)</sup> in Kraft, mit denen – basierend auf der FDI-ScreeningVO der EU<sup>2)</sup> und als Ersatz der nationalen Vorgängerbestimmung des § 25a AußWG – die staatliche Kontrolle gewisser Direktinvestitionen von Drittstaatsangehörigen neu geregelt wurde.<sup>3)</sup> In der Praxis stellt sich – wie bei jedem neuen Regelungswerk – eine Reihe von Auslegungsfragen. Im vorliegenden Beitrag wird der Frage nachgegangen, unter welchen Voraussetzungen für die Parteien entsprechender Erwerbsvorgänge eine Antragspflicht zur Genehmigung der Direktinvestition gem § 6 Abs 1 InvKG besteht.

Von Valerie Mayer und Alexander Weber

#### Inhaltsübersicht:

- A. Bedeutung für die beratende Praxis
- B. Der inhaltliche Anwendungsbereich des InvKG
- C. Die Voraussetzungen der Anmeldepflicht
  1. Inländisches Unternehmen
  2. „Ausländische ...“
  3. „... Direktinvestition“ →

1) Bundesgesetz über die Kontrolle von ausländischen Direktinvestitionen (Investitionskontrollgesetz – InvKG), BGBl I 2020/87; Verweise ohne Angabe eines Gesetzes beziehen sich in diesem Beitrag auf das InvKG.

2) VO (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 3. 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union (ABl L 2019/79 I, 1).

3) Zur Historie des Gesetzgebungsverfahrens vgl ausf Bohnert, Die Neuregelung der österreichischen Investitionsprüfvorschriften, RdW 2020/474, 659 (659).

ÖJZ 2021/109

InvKG;  
VO (EU) 2019/452

Investitions-  
kontrolle;  
Direkt-  
investitionen;  
Außen-  
wirtschaftsrecht;  
FDI-ScreeningVO

4. Tätigkeitsbereich des Zielunternehmens iS der Anlage zum InvKG?
  - a) Die Bereiche der Anlage zum InvKG
  - b) Automatische Anmeldepflicht bei ausdrücklicher Nennung des Tätigkeitsbereichs des Zielunternehmens in Teil 2 der Anlage?
  - c) Anmeldepflicht bei nicht ausdrücklicher Nennung des Tätigkeitsbereichs in Teil 2 der Anlage?
  - d) Unklarheiten bei der Abgrenzung von Teil 1 und Teil 2 und ihre Folgen für die Stimmrechtsanteile (§ 4)
5. Unions- und völkerrechtliche Vorschriften
- D. Ausnahmen von der Genehmigungspflicht: „Start up-Klausel“
- E. Wann empfiehlt sich die Einholung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung?
- F. Ausblick

### A. Bedeutung für die beratende Praxis

Ausländische Direktinvestitionen unterliegen unter bestimmten Voraussetzungen einer Genehmigungspflicht der zuständigen Behörde, dh der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaft (BMDW) (unter Einbeziehung der Europäischen Kommission [EK]). Eine wesentliche Frage für die rechtsberatende und vertragsgestaltende Praxis ist, welche Investitionsvorgänge in den Anwendungsbereich des InvKG fallen. Die richtige Einordnung der Sachverhalte ist schon deswegen von eminenter Bedeutung, da §§ 25 ff für die Nichtbeachtung der Antragspflicht strenge Sanktionen vorsehen: neben der zivilrechtlichen Nichtigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts und Verwaltungsstrafen ist auch die gerichtliche Strafbarkeit bestimmter Handlungsweisen (ua der Durchführung einer genehmigungspflichtigen Direktinvestition ohne Genehmigung) normiert. Zudem hat die zuständige Behörde amtswegig Genehmigungsverfahren einzuleiten, wenn ihr ein genehmigungspflichtiger Vorgang bekannt wird; dies kann letztlich bis zur Rückabwicklung bereits durchgeführter Vorgänge führen (§ 8).

### B. Der inhaltliche Anwendungsbereich des InvKG

Das InvKG sieht mehrere Voraussetzungen vor, die (kumulativ) vorliegen müssen, damit eine Antragspflicht des Erwerbers zur behördlichen Genehmigung einer Direktinvestition entsteht:

- Das Zielunternehmen muss ein inländisches Unternehmen iSd § 1 Z 1 sein (vgl dazu C.1.);
- es muss sich um eine ausländische Direktinvestition handeln (§ 2 Abs 1 iVm § 1 Z 3; vgl dazu C.2. und C.3.);
- das Zielunternehmen muss in einem der in der Anlage des InvKG genannten Bereiche tätig sein (§ 2 Abs 1 Z 1; vgl dazu C.4.);
- unions- und völkerrechtliche Vorschriften dürfen einer Genehmigungspflicht nicht entgegenstehen (§ 2 Abs 1 Z 2; vgl dazu C.5.).

Eine Ausnahmeregelung sieht schließlich vor, dass ausländische Direktinvestitionen in Kleinunternehmen

(einschließlich Start up-Unternehmen) mit weniger als zehn Beschäftigten und (kumulativ) einem Jahresumsatz oder einer Jahresbilanzsumme von unter 2 Mio Euro keiner Genehmigungspflicht unterliegen (§ 2 Abs 2, vgl dazu unten D.).

Liegen alle oben genannten Voraussetzungen (kumulativ) vor und greift die Ausnahmebestimmung nicht, ist ein Antrag auf Erteilung einer Genehmigung zu stellen.<sup>4)</sup> Diese Verpflichtung trifft grundsätzlich jeden Erwerber, subsidiär ist das Zielunternehmen anzeigepflichtig (§ 6 Abs 2). Neben dem InvKG sind zudem eine Reihe anderer Regelungsbereiche zu beachten, die grundsätzlich vom InvKG nicht verdrängt werden: So hat die Zusammenschlusskontrolle nach dem KartG einen ähnlichen, aber nicht identen Anwendungsbereich.<sup>5)</sup> Auch die Bestimmungen der Grundverkehrsgesetze der Länder bleiben unberührt (§ 2 Abs 3).

### C. Die Voraussetzungen der Anmeldepflicht

Im Folgenden werden die Voraussetzungen im Einzelnen behandelt und der Versuch einer Klärung der bestehenden Auslegungsschwierigkeiten bzw Zweifelsfragen unternommen.

#### 1. Inländisches Unternehmen

Vom InvKG werden lediglich Erwerbstatbestände an „inländischen Unternehmen“ erfasst, das sind Unternehmen iSd § 1 Abs 2 UGB (dh jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein) mit Sitz oder (alternativ) Ort der Hauptverwaltung in Österreich (§ 1 Z 1). Hinsichtlich der Unternehmereigenschaft kann auf die reichhaltige Rsp und Lit verwiesen werden, die sich mit dieser Frage beschäftigt.<sup>6)</sup> Wird aus einer größeren Organisation ein Betrieb oder Teilbetrieb ausgegliedert und veräußert, müssen die Voraussetzungen des InvKG uE für diesen (Teil-)Betrieb vorliegen, um die Anmeldepflichtung auslösen zu können.

#### 2. „Ausländische ...“

Beim Erwerbsvorgang betreffend ein inländisches Unternehmen muss es sich um eine „ausländische Direktinvestition“ iSd § 1 Z 6 handeln. Eine Direktinvestition (s dazu sogleich unter C.3.) erfüllt diese Voraussetzung dann, wenn zumindest eine der erwerbenden Personen eine ausländische Person ist, dh eine natürliche Person ohne Staatsbürgerschaft eines Staates der EU, des EWR oder der Schweiz oder eine juristische Person ohne Sitz oder (alternativ) Hauptverwaltung in diesen Staaten (§ 1 Z 2 und 6). Aus dem Wortlaut des Gesetzes (arg „ohne Staatsbürgerschaft“) ergibt sich, dass Doppelstaatsbürger keine „ausländischen Personen“ iS des

4) Zur Antragslegitimation vgl auf *Chausse*, Das Verfahren nach dem InvKG, *ecolex* 2020, 856.

5) Für einen Vergleich mit der Fusionskontrolle vgl auf *Hummer/Mathesis*, Gemeinsamkeiten zwischen der Investitionskontrolle für ausländische Direktinvestitionen und der Zusammenschlusskontrolle, *RdW* 2020, 758.

6) Vgl statt vieler *Artmann/Herda* in *Artmann* (Hrsg), Unternehmensgesetzbuch: Kommentar I<sup>3</sup> (2019) zu § 1 UGB mwN.

InvKG sind, wenn sie auch nur aufgrund einer ihrer Staatsbürgerschaften „Inländer“ sind. Nicht erforderlich ist, dass die ausländische Person Unternehmer ist.<sup>7)</sup>

### 3. „... Direktinvestition“

Eine Direktinvestition ist der – mittelbare oder unmittelbare – Erwerb

- eines österr Unternehmens (direkt zB im Wege eines Asset Deals);
- von Stimmrechtsanteilen an einem solchen Unternehmen, wobei (unter Beachtung der Bestimmung des § 5 für die Ermittlung der Stimmrechtsanteile)
  - das Erreichen oder Überschreiten eines Mindestanteils an Stimmrechten in Höhe von 25% und 50% für alle vom InvKG erfassten Unternehmen gilt und
  - für die in Teil 1 der Anlage zum InvKG genannten Bereiche zusätzlich eine Schwelle von 10% eingezogen wurde;<sup>8)</sup>
- eines beherrschenden Einflusses am Zielunternehmen (unabhängig von konkreten Stimmrechtsanteilen), wobei solch ein beherrschender Einfluss in der Möglichkeit begründet liegt, durch Rechte, Verträge oder andere Mittel einzeln oder zusammen unter Berücksichtigung aller Umstände bestimmend auf die Tätigkeit des Zielunternehmens einzuwirken, zB durch Eigentums- und Nutzungsrechte am Vermögen oder an Vermögensteilen des Zielunternehmens oder durch einen bestimmenden Einfluss iS der FKVO oder
- eines beherrschenden Einflusses auf zumindest einen Teil des Zielunternehmens durch den Erwerb wesentlicher Vermögensbestandteile.

Diese Rechtslage ergibt sich aus den Bestimmungen des § 1 Z 3, 6 und 7, § 2 Abs 1, § 4 und § 5.

Auch ein mittelbarer Erwerb löst die Rechtsfolge aus.<sup>9)</sup> Die Materialien<sup>10)</sup> stellen auf den wahren wirtschaftlichen Wert des Vorgangs ab. Maßgeblich ist letztlich, ob der ausländischen Person durch den mittelbaren Erwerb (bei wirtschaftlicher Betrachtung) eine Position zukommt, die ihr auch bei einem unmittelbaren Erwerb zukäme.

#### Beispiel

So kann uE zB der Erwerb eines Zielunternehmens durch eine österr Privatstiftung mit ausländischem Stifter dem InvKG unterliegen, wenn die Position des Stifters (zB durch den Vorbehalt des Änderungs- und Widerrufsrechts oder sonstiger Stifterrechte) so ausgestaltet ist, dass ihm eine maßgebliche Kontrolle über die Privatstiftung (und damit mittelbar über die von ihr gehaltenen Beteiligungsunternehmen) zukommt.

Die Regelungen zur Zusammenrechnung von Stimmrechtsanteilen gem § 5 Abs 2 sollen Umgehungsstrukturen verhindern.<sup>11)</sup> Sie führen aber dazu, dass geplante Erwerbsvorgänge sehr genau geprüft werden müssen, da das Erfüllen der Voraussetzungen für eine Antragspflicht nicht immer auf den ersten Blick eindeutig sein muss:

#### Beispiel

Ein Drittstaatsangehöriger erwirbt 8% eines Zielunternehmens, welches eine Tätigkeit nach Teil 1 der Anlage zum InvKG ausübt. Zugleich erwirbt ein Unternehmen, an dem dieser Drittstaatsangehörige zu 10% beteiligt ist,<sup>12)</sup> eine Beteiligung in Höhe von 2% am selben Zielunternehmen. Aufgrund § 5 Abs 2 Z 1 sind die 2% (zur Gänze) den 8% hinzuzurechnen, weshalb der Drittstaatsangehörige die 10%-Schwelle erreicht und die Anmeldepflicht ausgelöst wird.

Gem § 5 Abs 3 ist darüber hinaus beim Abschluss von Vereinbarungen über die gemeinsame Ausübung von Stimmrechten Vorsicht geboten. Auch hier ist der Wortlaut des Gesetzes – wie bereits in § 25a Abs 5 AußWG – sehr weit gefasst. Erfasst ist ua die Beendigung von Stimmbindungsverträgen, sofern eine der Vertragsparteien nach dieser Beendigung eine relevante Schwelle erreicht. Gesellschafter, die für sich allein betrachtet bereits eine Schwelle nach § 4 erreichen, sollten daher bei Abschluss eines Syndikatsvertrags beachten, dass nicht nur der Vertragsabschluss eine Antragspflicht nach dem InvKG nach sich ziehen kann (und zwar bei Erreichen einer Schwelle), sondern auch die Vertragsbeendigung.<sup>13)</sup>

### 4. Tätigkeitsbereich des Zielunternehmens iS der Anlage zum InvKG?

Liegt nach dem eben Gesagten eine ausländische Direktinvestition in ein inländisches Zielunternehmen vor, ist für die Verwirklichung der Antragspflicht relevant, ob das Zielunternehmen in einem der in der Anlage zum InvKG genannten Bereiche tätig ist (§ 2 Abs 1 Z 1).

Die Vorgängerbestimmung des § 25a Abs 2 AußWG<sup>14)</sup> wählte eine weitgehend offene, demonstrative Auflistung sicherheitsrelevanter Bereiche und eröffnete damit einen weiten Anwendungsbereich der

7) Vgl *Adler*, Das Investitionskontrollgesetz – Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in Österreich, *ecolex* 2020, 852 (854).

8) Zum Hintergrund dieser Schwelle aus dem Gesetzgebungsprozess vgl *Bohner*, *RdW* 2020/474, 659 (660f).

9) Denkbar ist uE zB der über Konzernunternehmen oder Treuhänder vermittelte Erwerb. Vgl dazu zB *Bohner*, *RdW* 2020/474, 659 (663).

10) ErläRV 240 BlgNR 27. GP 2.

11) Vgl dazu ausf *Barbist/Kröll/Khol*, Das neue Investitionskontrollrecht (2020) §§ 4, 5; *Barbist/Kröll*, Die Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen in Österreich, *EuZW* 2021, 354 (356f).

12) UE sind die Verweise von § 5 auf § 4 so zu verstehen, dass es wiederum auf den Tätigkeitsbereich des Zielunternehmens ankommt, ob die Schwellen nach § 4 Z 1 oder Z 2 zur Anwendung kommen. Dies ergibt sich uE auch aus der Wendung „das Zielunternehmen“ in § 4. Die andere theoretische Möglichkeit, dass es bei der Beurteilung der Schwellen für § 5 Abs 2 Z 1 bis 3 jeweils auf den Tätigkeitsbereich der „anderen ausländischen Person“ ankommt, ist uE schon vom Wortlaut nicht gedeckt.

13) Siehe zur alten Rechtslage *Fellner/Gappmeyer/Trebuch*, *Außenwirtschaftsrecht* (2019) § 25a AußWG 2011.

14) § 25a AußWG legte eine Genehmigungspflicht für ausländische Direktinvestitionen fest, wenn das Zielunternehmen in einem Bereich tätig war, der die öffentliche Sicherheit und Ordnung iSv Art 52 und Art 56 Abs 1 AEUV betraf, insb Bereiche der inneren und äußeren Sicherheit Österreichs und der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, einschließlich der Daseins- und Krisenvorsorge. Es wurden zudem beispielhaft einzelne einschlägige Bereiche angeführt.

Genehmigungspflicht von Direktinvestitionen. Für den Rechtsanwender bot sich häufig kein eindeutiges Bild in Hinblick auf die Genehmigungsbedürftigkeit einer Direktinvestition.<sup>15)</sup> Seit Inkrafttreten des InvKG findet sich nunmehr ein vergleichsweise erweiterter, an moderne Technologien angepasster Katalog sicherheitsrelevanter Bereiche in einer zweiteiligen Anlage.

**a) Die Bereiche der Anlage zum InvKG**

Teil 1 der Anlage sieht taxativ „besonders sensible Bereiche“ mit einem erhöhten Gefährdungspotenzial vor (weshalb hier auch die in § 4 Z 1 genannten Stimmrechtsanteile maßgeblich sind), und zwar

- Verteidigungsgüter und -technologien (Z 1),
- das Betreiben kritischer Energieinfrastruktur (Z 2),
- das Betreiben kritischer digitaler Infrastruktur, insb von 5G-Infrastruktur (Z 3),
- Wasser (Z 4),
- das Betreiben von Systemen, die die Datensouveränität der Republik Österreich gewährleisten (Z 5), sowie
- (vorläufig bis 31. 12. 2022)<sup>16)</sup> die Forschung und Entwicklung in den Bereichen Arzneimittel, Impfstoffe, Medizinprodukte und persönliche Schutzausrüstung (Z 6).

Die in Teil 2 der Anlage demonstrativ genannten „anderen Bereiche, in denen es zu einer Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge iSv Art 52 und Art 65 AEUV kommen kann“, orientieren sich hingegen weitestgehend an den unionsrechtlichen Vorgaben der FDI-ScreeningVO. Für diese Bereiche sind die Stimmrechtsanteile des § 4 Z 2 zu beachten. Hiervon umfasst sind

- kritische Infrastrukturen, nämlich Einrichtungen, Systeme, Anlagen, Prozesse, Netzwerke oder Teile davon, wozu insb die Bereiche 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 oben genannten Infrastrukturen von entscheidender Bedeutung sind, zählen (Z 1);
- kritische Technologien und Güter mit doppeltem Verwendungszweck,<sup>17)</sup> einschließlich künstlicher Intelligenz, Robotik, Halbleiter, Cybersicherheit, Verteidigungstechnologien, Quanten- und Nukleartechnologien, Nanotechnologien und Biotechnologien (Z 2);
- die Sicherheit der Versorgung mit kritischen Ressourcen, einschließlich Energie-, Rohstoff- und Lebensmittelversorgung sowie die Versorgung mit Arzneimitteln und Impfstoffen, Medizinprodukten und persönlicher Schutzausrüstung einschließlich Forschung und Entwicklung in diesen Bereichen (Z 3);
- der Zugang zu sensiblen Informationen, einschließlich personenbezogener Daten (darunter auch Ge-

sundheitsdaten), oder die Fähigkeit, solche Informationen zu kontrollieren (Z 4); und  
 → die Freiheit und Pluralität der Medien (Z 5).

Dass die Aufzählung in Teil 2 der Anlage – anders als in Teil 1 – demonstrativ ist, hat zur Folge, dass sich eine Genehmigungspflicht auch für nicht ausdrücklich in der Anlage genannte Bereiche ergeben kann. Dies ist uE einer der Hauptgründe für die in der Praxis bestehenden Unsicherheiten. Welche Bereiche abseits der ausdrücklich genannten „kritisch“ sind, bestimmt der **letzte Absatz (von Teil 2) der Anlage** in seiner Legaldefinition. Demnach gelten jene Infrastrukturen, Technologien und Ressourcen als „kritisch“<sup>18)</sup> iS des Teil 2 der Anlage, 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.<sup>19)</sup>

An dieser Stelle soll auch auf § 3 verwiesen werden, dessen Wortlaut auf die Überschrift des Teil 2 der Anlage Bezug nimmt. Ob § 3 lediglich den behördlichen Prüfungsmaßstab im Genehmigungsverfahren festlegt oder auch für die Beurteilung der Anmeldepflicht relevant ist, bleibt unklar.<sup>20)</sup> Dabei ist zu beurteilen, ob eine Direktinvestition zu einer Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge iSd Art 52 und Art 65 AEUV führen kann.<sup>21)</sup> Es sind die Auswirkungen der Direktinvestition in den in der Anlage genannten Bereichen zu prüfen und überdies weitere Eigenschaften des Erwerbers zu berücksichtigen (§ 3 Abs 2). Dies sind uE Überlegungen, die bei der inhaltlichen Prüfung eines Genehmigungsantrags eine Rolle spielen, weniger bei der Beurteilung, ob überhaupt eine Genehmigungspflicht vorliegt.<sup>22)</sup>

Die Anlage zum InvKG ist umfassender als der Anwendungsbereich des § 25a AußWG. Dem Gesetzgeber ist es aber nicht gelungen, ein Regelwerk zu schaffen, das dem Rechtsanwender eine problemlose und abschließende Bewertung einer möglichen An-

15) Vgl *Madner/Mayr*, JRP 2020, 220 (222).  
 16) Vgl § 29 Abs 3 und ErläutRV 240 BlgNR 27. GP 2. Bis Ende 2022 soll evaluiert werden, ob Z 6 in Teil 2 verschoben werden soll (wodurch die höhere Schwelle gem § 4 Z 2 greifen würde).  
 17) ISd Art 2 Abs 1 VO (EG) 428/2009.  
 18) Der Begriff „kritisch“ findet sich bereits in Teil 1 der Anlage, die Legaldefinition bezieht sich jedoch ausdrücklich nur auf Z 1 bis 3 von Teil 2 der Anlage. Es ist uE davon auszugehen, dass die Legaldefinition auch zur Auslegung der Z 2 und 3 des Teil 1 der Anlage herangezogen werden kann; idS auch *Bohnert*, RdW 2020/474, 659 (665).  
 19) Vgl dazu *ErwGr 19 FDI-ScreeningVO*.  
 20) Vgl dazu *Madner/Mayr*, JRP 2020, 220 (223); *Barbist/Kröll*, EuZW 2021, 354 (358); *Barbist/Kröll/Khol*, Das neue Investitionskontrollrecht § 3 (62) (für Beachtlichkeit schon im Rahmen der Prüfung der Genehmigungspflicht).  
 21) Vgl krit *Madner/Mayr*, JRP 2020, 220 (223).  
 22) Auf § 3 kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden; vgl auf zu dieser Bestimmung (ua) in *Barbist/Kröll/Khol*, Das neue Investitionskontrollrecht § 3; *Brugger*, Unternehmenserwerb<sup>2</sup> Rz 16.30f; *Hartung/Schönhuber*, Das Investitionskontrollgesetz, ÖZK 2020, 185 (189f); *Madner/Mayr*, JRP 2020, 220 (223); *Weiss/Fladerer*, Unionsrechtliche Schnittstellen des InvKG, eolex 2020, 867 (869).

tragspflicht ermöglicht. Es besteht eine Reihe von Auslegungsschwierigkeiten. Im Folgenden stellen wir die aus unserer Sicht relevantesten Problematiken dar, und zwar:

- ob im Fall einer in Z 1 bis 3 der Anlage aufgezählten Tätigkeit (auch) zu prüfen ist, ob diese „kritisch“ iS der Legaldefinition ist, oder ob jedenfalls anzumelden ist (vgl Punkt C.4.b.);
- wie vorzugehen ist, wenn die Tätigkeit nicht ausdrücklich in der Anlage angeführt ist (vgl Punkt C.4.c.);
- wie Teil 1 und 2 der Anlage voneinander abzugrenzen sind und welche Konsequenzen dies nach sich zieht (vgl Punkt C.4.d.).

#### b) Automatische Anmeldepflicht bei ausdrücklicher Nennung des Tätigkeitsbereichs des Zielunternehmens in Teil 2 der Anlage?

Gem § 2 Abs 1 Z 1 besteht eine Genehmigungspflicht dann, wenn das Zielunternehmen in einem der in der Anlage genannten Bereiche tätig ist. Teil 1 bereitet wenige Auslegungsschwierigkeiten, werden hier doch schlicht (ohne weitere Verweise) die relevanten Bereiche abschließend aufgezählt. Der demonstrativen Aufzählung in Teil 2 ist allerdings die Legaldefinition des Begriffes „kritisch“ nachgestellt, die die Frage aufwirft, worauf sich diese bezieht und wer diese Beurteilung vorzunehmen hat. Dabei gibt es aus unserer Sicht iW zwei (theoretische) Auslegungsvarianten:

1. Eine grundsätzliche Genehmigungspflicht sämtlicher Z 1 bis 3 des Teil 2 der Anlage in irgendeiner Weise berührender Direktinvestitionen wird häufig als überschießend erachtet. Daher wird die in der Anlage angeführte Legaldefinition des Begriffes „kritisch“ im Schrifttum mitunter als Erheblichkeitsschwelle angesehen. Der Rechtsanwender habe eigens zu beurteilen, ob die Tätigkeit des Zielunternehmens, die unter einen der in Z 1 bis 3 des Teil 2 der Anlage genannten Bereiche fällt, tatsächlich als „kritisch“ iS der Legaldefinition anzusehen ist.<sup>23)</sup> Sollte dies nicht der Fall sein, entfielen die Pflicht zur Stellung des Genehmigungsantrags.

2. Alternativ dazu könnte sich die Legaldefinition grammatikalisch jeweils lediglich auf den Einleitungssatz der Z 1 bis 3 des Teil 2 der Anlage beziehen, womit die ausdrücklich aufgezählten Bereiche jedenfalls „kritische“ Infrastrukturen, Technologien und Ressourcen darstellen würden.<sup>24)</sup> Nach dieser Auslegung würde eine Direktinvestition in den in Z 1 bis 3 ausdrücklich gelisteten Bereichen (wie bei den in Teil 1 der Anlage genannten Bereichen) bei Vorliegen der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen immer die Pflicht zur Stellung eines Genehmigungsantrags auslösen.

Aus dem Gesetzestext ergeben sich für keine der beiden Auslegungsvarianten zwingende Hinweise. Eindeutig bezieht sich die Legaldefinition jedoch nur auf Z 1 bis 3 und nicht auf Z 4 und 5, sodass für diese eine „Erheblichkeitsschwelle“ jedenfalls nicht besteht. Auch im Hinblick auf die ausdrücklich in Z 1 bis 3 genannten Bereiche sprechen – nach der derzeitigen Gesetzeslage – uE die besseren Argumente für die zweite Auslegungsvariante:

Aus unserer Sicht lassen Wortlaut und Systematik von Teil 2 der Anlage auf eine derartige Auslegung schließen: In den Einleitungssätzen zu Z 1 bis 3 ist jeweils der Begriff „kritisch“ enthalten, wobei „insbesondere“ die nachfolgend aufgelisteten Bereiche dazu zählen. Durch die Aufzählung hat der Gesetzgeber für die aufgezählten Bereiche uE die Wertung bereits vorgenommen, ohne dass eine eigenständige Subsumtion des Rechtsanwenders über die Legaldefinition des Begriffes „kritisch“ erforderlich wäre.<sup>25)</sup> Hier könnte nun freilich eingewendet werden, dass dies keinesfalls zwingend ist und die Verweise der Legaldefinition („*Infrastrukturen im Sinne von Z 1, Technologien im Sinne von Z 2 und Ressourcen im Sinne von Z 3*“) sich nicht nur auf den Einleitungssatz, sondern stets auch auf die folgende Aufzählung beziehen und daher immer eine Beurteilung vorzunehmen sei, ob der Bereich, in dem das Zielunternehmen tätig ist, als „kritisch“ gilt. Dass über die gewählte Systematik (Legaldefinition) eine Einschränkung des Umfangs der Genehmigungspflicht in den ausdrücklich aufgezählten Bereichen gewollt war, ergibt sich uE aber weder aus den unionsrechtlichen Grundlagen noch den österr. Materialien.

Der mögliche Einwand, dass diesfalls die Legaldefinition des Begriffes „kritisch“ in Teil 2 der Anlage überflüssig sei, da damit in allen Bereichen – unabhängig von einer weiteren Beurteilung als kritisch oder nicht kritisch – eine Genehmigungspflicht bestünde, übersieht, dass die wesentliche Bedeutung der Legaldefinition eben nicht in der weiteren Konkretisierung der ausdrücklich genannten Bereiche liegt, sondern für die Beurteilung der nicht ausdrücklich genannten (aber dennoch in der demonstrativen Aufzählung enthaltenen) Bereiche relevant ist.<sup>26)</sup>

Für dieses Auslegungsergebnis spricht uE ferner, dass – wie bereits erwähnt – lediglich Z 1 bis 3, nicht aber Z 4 und 5 durch die Legaldefinition des Begriffes „kritisch“ ergänzt werden.<sup>27)</sup> Bestünde der Zweck der Legaldefinition aber darin, die kritischen Teile der in der Anlage ausdrücklich angeführten Bereiche (die zu einer Genehmigungspflicht führen) von den unkritischen abzugrenzen, wäre dies gerade für die besonders unbestimmten Begriffe der Z 4 und 5 wichtig gewesen, die aufgrund ihrer Formulierung wohl besondere Unsicherheiten in der Praxis auslösen werden. Dass sich die Legaldefinition auf die Ergänzung jener Ziffern des Teil 2 beschränkt, die (arg „insbesondere“) eine demonstrative Aufzählung enthalten, stützt uE die oben vertretene Auslegungsvariante. →

23) Vgl dazu *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, Investitionskontrollgesetz im Nationalrat beschlossen, CFOaktuell 2020, 162 (162); *Hartung/Schönhuber*, ÖZK 2020, 185 (185).

24) Vgl *Madner/Mayr*, JRP 2020, 220 (224).

25) Von der Systematik erinnert diese Vorgehensweise an die Verwendung der Generalklausel des „wichtigen Grundes“, die in mehreren Gesetzen von (ebenfalls demonstrativen) Aufzählungen begleitet wird. Für die beispielhaft aufgezählten Tatbestände ist es hM, dass für diese die Prüfung, ob diese „wichtig“ sind, bereits vom Gesetzgeber vorgenommen wurde, vgl dazu *Weber*, Der „wichtige Grund“ für Gesellerausschluss und Geschäftsführerabberufung (2016) 30 mwN.

26) Vgl dazu auf unter Punkt 4.c.

27) *Hartung/Schönhuber*, ÖZK 2020, 185 (185).

Abgesehen vom Wortlaut und der Systematik spricht auch die teleologische Interpretation für die zweite Auslegungsvariante. Ziel des InvKG ist nämlich, die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Republik Österreich und der Europäischen Union zu sichern und etwaig nachteilige Direktinvestitionen einem Genehmigungsverfahren und damit der innerstaatlichen und gemeinschaftlichen Investitionskontrolle zu unterziehen. Wird der zweiten Auslegungsvariante gefolgt, hat dies zur Folge, dass der zuständigen Behörde aufgrund der obligatorischen Genehmigungspflicht sämtliche Teil 2 der Anlage berührende Direktinvestitionen zur Kenntnis zu bringen sind. Es haben sodann einzig die zuständigen Behörden (und nicht der Rechtsunterworfenen) zu beurteilen, ob die Transaktion in Hinblick auf eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung unbedenklich erscheint oder ob ein vertieftes Prüfverfahren einzuleiten sowie gegebenenfalls Auflagen zu erteilen sind oder die Direktinvestition gänzlich zu untersagen ist.

Würde hingegen der ersten Auslegungsvariante gefolgt, hinge die Genehmigungspflicht nicht nur am Vorliegen eines bestimmten Tätigkeitsbereichs des Zielunternehmens, sondern zusätzlich an einer mitunter diffizilen Abwägung, ob der Bereich, in dem das Zielunternehmen tätig ist, als kritisch iS der Legaldefinition zu beurteilen wäre (oder gerade nicht mehr). Dies würde in weiterer Folge unweigerlich zu Rechtfertigungsversuchen der Rechtsanwender führen, weshalb die Tätigkeit des Zielunternehmens eben nicht in einen Bereich der Anlage fallen soll. Eine derartige Tendenz, (mitunter) gewagte Rechtsauffassungen zu vertreten, um eine Genehmigungspflicht zu vermeiden, hätte zur Folge, dass wohl zahlreiche (anmeldepflichtige) Direktinvestitionen der (sofortigen) Kenntnis der zuständigen Behörden entzogen würden. Dies wäre aber aus Gründen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht zielführend, zumal die Vielzahl der Rechtsanwender wohl (im Gegensatz zu einer sich herausbildenden Behördenpraxis) keinen einheitlichen Maßstab bei der Beurteilung der Frage, ob die Erheblichkeitsschwelle überschritten wird, anlegen würden. Ferner würden diesfalls wohl viele Direktinvestitionen einer amtswegigen Prüfung unterzogen. In derartigen Fällen müsste der Genehmigungsprozess sodann erst recht (nachträglich) durchlaufen werden und hätte einen für die Parteien nicht wünschenswerten Zeitverlust gegenüber einer rechtzeitigen Antragstellung zur Folge.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Verwaltungspraxis der zuständigen Behörde in den ersten Monaten seit Inkrafttreten des InvKG ebenfalls die Tendenz einer eher weiten Auslegung der Genehmigungspflicht iS unserer obigen Ausführungen erkennen lässt.<sup>28)</sup> Eine Klarstellung des Gesetzgebers in diesem zentralen Punkt des InvKG ist uE jedenfalls erforderlich, wobei auch zu hinterfragen wäre, ob ein derart weiter Anwendungsbereich der Genehmigungspflicht tatsächlich geboten ist. Wenngleich uE *de lege lata* von einem weiten Anwendungsbereich auszugehen sein wird, wird *de lege ferenda* über den Umfang der Anmeldepflicht (zB über eine anwenderfreundliche

Definition der dargestellten Bereiche) noch zu diskutieren sein. Nach derzeitiger Gesetzeslage ist aber jedenfalls Vorsicht geboten.

**Beispiel**

Ein Drittstaatsangehöriger erwirbt unmittelbar sämtliche Anteile an und alleinige Kontrolle über ein österr Zielunternehmen, welches im Energiesektor tätig ist. Da dieser Bereich als kritische Infrastruktur iSd Z 1 von Teil 2 der Anlage gilt, unterliegt der Erwerb/die Direktinvestition (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 2) einer Genehmigungspflicht. Der Drittstaatsangehörige hat daher als unmittelbarer Erwerber (subsidiär das Zielunternehmen) unverzüglich nach Abschluss des Anteilskauf- und Abtretungsvertrags einen Genehmigungsantrag bei der BMDW einzubringen. Auf eine weitere (inhaltliche) Beurteilung durch den Rechtsanwender kommt es nicht an.

**c) Anmeldepflicht bei nicht ausdrücklicher Nennung des Tätigkeitsbereichs in Teil 2 der Anlage?**

Nach § 2 Abs 1 Z 1 bedürfen ausländische Direktinvestitionen einer Genehmigung, wenn das Zielunternehmen „in einem der in der Anlage genannten Bereiche“ tätig ist. Teil 2 der Anlage sieht jedoch eine beispielhafte Auflistung jener Bereiche vor, in denen es zu einer Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge iSv Art 52 und Art 65 AEUV kommen kann. Die Formulierung des § 2 Abs 1 Z 1 vom Gesetzgeber ist daher uE unglücklich gewählt und führt in der Praxis zuweilen dazu, dass die angesprochenen Verkehrskreise keine Veranlassung zu einer weiteren Prüfung der Genehmigungspflicht einer Direktinvestition sehen, wenn das Zielunternehmen nicht in einem der (ausdrücklich) genannten Bereiche der Anlage tätig ist. Diese Schlussfolgerung, wonach eine Direktinvestition nicht genehmigungspflichtig sei, da das Zielunternehmen in keinem der in der Anlage aufgelisteten Bereiche tätig ist, muss aber im Einzelfall nicht unbedingt zutreffend sein. Vielmehr kann eine Genehmigungspflicht auch dann vorliegen, wenn das Zielunternehmen in einem anderen als den ausdrücklich aufgelisteten Bereichen tätig ist.<sup>29)</sup> Diesfalls hat der Rechtsanwender eine Vorprüfung anzustellen, ob die Tätigkeit des Zielunternehmens eine wesentliche Bedeutung für die Aufrechterhaltung wichtiger gesellschaftlicher Funktionen hat und damit als kritische Infrastruktur, Technologie oder Ressource Z 1 bis 3 zuzuordnen ist. Zutreffendenfalls würde die Transaktion (bei Vorliegen der übrigen Erfordernisse) einer Genehmigungspflicht nach dem InvKG unterliegen. Bei Zweifeln, ob die Tätigkeit des Zielunternehmens einem der Bereiche der Anlage zuzuordnen ist, empfiehlt sich die Beantra-

28) Vgl Barbist/Kröll, EuZW 2021, 354 (358).

29) Dies stellt kein Novum dar, zumal auch § 25a AußWG bloß eine demonstrative Auflistung sicherheitsrelevanter Bereiche vorsah und sich die Antragspflicht keinesfalls auf die gesetzlich normierten Bereiche beschränkte.

gung der Ausstellung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung gem § 9 (s dazu näher unter Punkt E.).

Auch im Lichte dieser Ausführungen wäre uE eine klarere und präzisere Formulierung des InvKG wünschenswert.

#### d) Unklarheiten bei der Abgrenzung von Teil 1 und Teil 2 und ihre Folgen für die Stimmrechtsanteile (§ 4)

Schließlich bereitet die Abgrenzung zwischen den in Teil 1 und 2 der Anlage genannten Bereichen mitunter Schwierigkeiten. Unklar ist, welche Stimmrechtsanteile bei der Beurteilung der Genehmigungspflicht einer Transaktion zu berücksichtigen sind, wenn die Tätigkeit des Zielunternehmens sowohl einem in Teil 1 als auch Teil 2 der Anlage genannten Bereich zugeordnet werden kann.

Dies kann aus dem Umstand resultieren, dass sich die genannten Bereiche zwar auf dieselbe Branche beziehen, Teil 1 jedoch auf enger gefasste, besonders sensible Bereiche dieser Branche Bezug nimmt (zB Verteidigungsgüter und -technologien oder das Betreiben kritischer Energieinfrastruktur), während Teil 2 die gesamte Branche nennt (zB Verteidigung und Energie). Bei derartigen Überschneidungen wird jedoch stets der enger gefasste, besonders sensible Bereich als *lex specialis* heranzuziehen und die etwaige Genehmigungspflicht der Transaktion unter Berücksichtigung der niederschwelligeren Stimmrechtsanteile des § 4 Z 1 zu prüfen sein.<sup>30)</sup>

Abgesehen davon können sich Überschneidungen zwischen Bereichen von Teil 1 und 2 der Anlage ergeben, wenn diese zwar derselben Branche zuzuordnen sind, allerdings auf unterschiedliche (häufig schwer voneinander abzugrenzende) Tätigkeiten innerhalb der Branche abstellen (zB Forschung und Entwicklung in den Bereichen Arzneimittel, Impfstoffe, Medizinprodukte und persönliche Schutzausrüstung oder das Betreiben von Systemen, die die Datensouveränität der Republik Österreich gewährleisten, iS des Teil 1 und die Versorgung mit Arzneimitteln und Impfstoffen, Medizinprodukten und persönlicher Schutzausrüstung einschließlich Forschung und Entwicklung in diesen Bereichen oder Datenverarbeitung oder -speicherung iS des Teil 2).<sup>31)</sup> Hier mangelt es uE an näheren Erläuterungen bzw Anhaltspunkten, die dem Rechtsanwender eine Abgrenzung dieser Bereiche erleichtern.

Es liegt somit auf der Hand, dass der Gesetzgeber Überlappungen der in Teil 1 und 2 der Anlage genannten Bereiche in Kauf genommen hat, ohne eine Klärstellung dahingehend vorzunehmen, welchem Bereich im Zweifel Vorrang einzuräumen ist.<sup>32)</sup> Vielmehr wird der Rechtsanwender vor die Wahl gestellt, entweder die Begriffe der in der Anlage genannten Bereiche auszulegen und dabei eigens zu beurteilen, ob die Tätigkeit des Zielunternehmens Teil 1 oder 2 der Anlage zuzuordnen ist, oder – bei dem Wunsch nach Rechtssicherheit – eine Unbedenklichkeitsbescheinigung gem § 9 zu beantragen.

## 5. Unions- und völkerrechtliche Vorschriften

Fällt die Tätigkeit des Zielunternehmens unter die Anlage zum InvKG, dürfen keine unions- und völker-

rechtlichen Vorschriften einer Genehmigungspflicht entgegenstehen (vgl § 2 Abs 1 Z 2). Zu berücksichtigen sind dabei insb auch die im Primärrecht der EU verankerten Grundfreiheiten, insb die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit gem Art 49 ff und Art 63 ff AEUV, wobei hier zumeist ein tauglicher Rechtfertigungsgrund für einen Eingriff in diese Freiheiten vorliegen wird, sowie auf völkerrechtlicher Ebene (ua) das WTO-Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) und zwischen der EU und Drittstaaten bestehende Freihandelsabkommen. Dem in § 2 Abs 1 Z 2 genannten Erfordernis kommt jedoch in der Praxis geringe Bedeutung zu.<sup>33)</sup>

## D. Ausnahmen von der Genehmigungspflicht: „Start up-Klausel“

§ 2 Abs 2 nimmt „Kleinstunternehmen, einschließlich Start up-Unternehmen“ mit weniger als zehn Beschäftigten und einem Jahresumsatz oder einer Jahresbilanzsumme von unter 2 Mio Euro<sup>34)</sup> von der Genehmigungspflicht aus. Der Wortfolge „*einschließlich Start up-Unternehmen*“ kommt kein eigenständiger Inhalt zu<sup>35)</sup> und diese kann uE nur als Klarstellung verstanden werden, dass die Befreiung von der Genehmigungspflicht auch für junge, erst gegründete Unternehmen greift, von denen auszugehen ist, dass sie in absehbarer Zeit die Werte des § 2 Abs 2 im Hinblick auf Mitarbeiterzahl/Umsatz übersteigen werden. Der Ausnahmebestimmung für Kleinstunternehmen wird wohl kein allzu großer praktischer Anwendungsbereich zukommen.<sup>36)</sup>

Weitere Ausnahmen sieht das InvKG nicht vor, insb keine – mit § 7 Abs 4 KartG vergleichbare – „Konzernausnahme“, sodass auch Umschichtungen im Konzern nicht *per se* vom Anwendungsbereich ausgenommen sind.<sup>37)</sup> Konzerninterne Vorgänge fallen uE aber dann nicht in den Anwendungsbereich, wenn es letztlich zu keiner Änderung in der Kontrolle über das Zielunternehmen kommt (zB wenn eine Tochtergesellschaft lediglich von einer Konzerngesellschaft an die [in identem Eigentum stehende] Schwestergesellschaft „verschoben“ wird, ohne dass sich Änderungen an den Eigentumsverhältnissen ergeben). Umgekehrt kann eine Umschichtung im Konzern aber durchaus in den Anwendungsbereich des InvKG fallen, wenn aufgrund unterschiedlicher Beteiligungsverhältnisse in den einzelnen Konzerngesellschaften durch die Verschiebung

30) *Madner/Mayr*, JRP 2020, 220 (224); *Hartung/Schönhuber*, ÖZK 2020, 185 (186).

31) *Hartung/Schönhuber*, ÖZK 2020, 185 (186).

32) *Bohnert*, RdW 2020/474, 659 (662).

33) Vgl. ausf. *Hartung/Schönhuber*, ÖZK 2020, 185 (187 f).

34) Wie lange ein solches Kleinstunternehmen bereits besteht, gibt das Gesetz nicht vor. UE ist die Ausnahme daher auch auf den Erwerb von Unternehmensteilen anwendbar, sofern die Schwellenwerte für Umsatz und Mitarbeiter erfüllt werden. Im Fall einer „Aufstückelung“ eines Unternehmens in mehrere „Kleinstunternehmen“ zum Zweck der Umgehung der Anmeldepflicht wird uE aber dennoch der Gesamtvorgang zu beurteilen sein.

35) IdS. auch *Arzt/Strass*, Investitionskontrolle 2.0. – neue Hürde für Venture Capital-Investments? *ecolex* 2020, 862 (866).

36) Vgl. *Arzt/Strass*, *ecolex* 2020, 862 (866); *Adler*, *ecolex* 2020, 852 (854).

37) Vgl. *Hartung/Schönhuber*, ÖZK 2020, 185 (189) sowie die Mat (ErläutRV 240 BlgNR 27. GP 3).

ein Tatbestand nach dem InvKG erfüllt wird (zB eine ausländische Person eine Beteiligungsschwelle überschreitet). Das InvKG wird daher nicht nur bei M&A-Transaktionen, sondern auch bei „rein konzerninternen“ Umstrukturierungen mitzubedenken sein.

**E. Wann empfiehlt sich die Einholung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung?**

Gem § 9 kann vor Durchführung der Direktinvestition der Antrag auf Ausstellung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung (UB) bei der BMDW gestellt werden. Antragsberechtigt ist gem § 9 Abs 1 jede erwerbende Person oder das Zielunternehmen. Der Antrag hat im Wesentlichen jene Angaben zu enthalten, die auch im Genehmigungsantrag anzuführen sind (vgl § 9 Abs 2 iVm § 6 Abs 4 Z 1 bis Z 10).

Die Stellung eines solchen Antrags kann in verschiedenen Konstellationen sinnvoll sein, zB

- bei Unklarheiten über die Zusammenrechnung von Stimmrechtsanteilen oder die Beurteilung eines beherrschenden Einflusses im Einzelfall;
- wenn Unklarheit darüber herrscht, ob die Tätigkeit des Zielunternehmens einem der in der Anlage ausdrücklich genannten Bereiche zuzuordnen ist;
- wenn das Zielunternehmen nicht in einem der in Teil 2 der Anlage ausdrücklich genannten Bereiche tätig ist, allerdings nicht eindeutig festgestellt werden kann, ob es in einem Bereich „kritischer“ Infrastruktur, Technologien oder Ressourcen iS des Teil 2 der Anlage (Legaldefinition) tätig ist;
- wenn eine eindeutige Abgrenzung zwischen den in Teil 1 und 2 der Anlage genannten Bereichen nicht endgültig vorgenommen werden kann (und damit Unklarheit über die anzuwendenden Stimmrechtsschwellen besteht);
- gegebenenfalls auch, wenn das Zielunternehmen zwar in einem ausdrücklich genannten oder von der „Auffangklausel“ erfassten Bereich tätig ist, diese Tätigkeit allerdings im Vergleich zur (nicht unter die Anlage fallenden) Haupttätigkeit des Zielunternehmens eine bloß unbedeutende bzw untergeordnete Rolle spielt und daher davon ausgegangen wird, dass es zu keiner Gefährdung der Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge iSv Art 52 und Art 65 AEUV kommen kann.

In diesen Szenarien kann es daher – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – sinnvoll sein, Zweifel über bzw im Zusammenhang mit einer Genehmigungspflicht durch eine UB ausräumen zu lassen.<sup>38)</sup> Zu bedenken ist dabei aber, dass mit der Stellung eines Antrags gem § 9 mitunter ein erheblicher „Zeitverlust“ verbunden sein kann. Dies resultiert aus der zweimonatigen Entscheidungsfrist über die Genehmigungspflicht einer Direktinvestition ab Einlangen des vollständigen Antrags auf Ausstellung einer UB.

Gelangt die zuständige Behörde innerhalb dieser Frist zu dem Schluss, dass die Direktinvestition einer Genehmigungspflicht unterliegt, wird der Antrag auf Ausstellung einer UB gem § 9 Abs 1 in einen Genehmigungsantrag gem § 6 umgedeutet. Dies hat wiederum die Einleitung eines Genehmigungsverfahrens

gem § 7 einschließlich der hierbei zu beachtenden Entscheidungsfristen der EK und des BMDW zur Folge.

Daraus folgt, dass die bis zu zweimonatige Verfahrensdauer wegen der Beantragung einer UB im „worst case“ zu den im Genehmigungsverfahren gewöhnlich zu berücksichtigenden Fristen hinzutreten und damit die Abwicklung der Transaktion deutlich verzögern kann.

Gelangt die zuständige Behörde nach Prüfung des Antrags auf Ausstellung einer UB allerdings zum Ergebnis, dass keine Genehmigungspflicht besteht, kann die Transaktion nach Ausstellung der UB (somit spätestens nach Ablauf von zwei Monaten ab Einlangen des vollständigen Antrags) ohne Einbeziehung der EK abgewickelt werden.

Die UB wird von der Behörde in Form eines Bescheides erlassen oder gilt durch Zeitablauf als erteilt, wenn dem Anmelder innerhalb der vorgenannten zweimonatigen Frist kein Bescheid über die Erteilung einer UB oder eine Mitteilung, wonach der Antrag auf UB nunmehr als Genehmigungsantrag behandelt werde, zugestellt wird.

**Beispiel**

Ein Drittstaatsangehöriger hegt Zweifel, ob die Tätigkeit des österr Zielunternehmens unter Teil 2 der Anlage fällt, und stellt daher bei der BMDW einen Antrag auf Ausstellung einer UB. Die BMDW teilt dem Erwerber nach Ablauf von maximal zwei Monaten mit, dass keine UB erteilt werden kann und ein Genehmigungsverfahren eingeleitet wird. Nach Information der EK (§ 7 Abs 1) verstreichen weitere 35 Kalendertage, die EK verlangt keine zusätzlichen Informationen (vgl § 12 Abs 1, 5 und 9). Die BMDW hat daraufhin innerhalb eines Monats zu entscheiden, ob die Genehmigung erteilt oder ein vertieftes Prüfverfahren mit einer maximal zweimonatigen Dauer eingeleitet wird.

Daraus ergibt sich eine geschätzte Genehmigungsdauer von über vier Monaten im Fall eines einstufigen Genehmigungsverfahrens bzw von über sechs Monaten im Fall eines vertieften Prüfverfahrens.

Ob bei Zweifeln in Hinblick auf eine Genehmigungspflicht ein Genehmigungsantrag gestellt oder zunächst die Ausstellung einer UB beantragt wird, muss daher unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls entschieden werden. Bei besonderer Dringlichkeit der Abwicklung einer Transaktion ist uE die Stellung eines Genehmigungsantrags (unter Hinweis auf die nach Ansicht der Parteien fraglichen Punkte) einem (weitestgehend den gleichen Inhalt enthaltenden) Antrag auf Ausstellung einer UB vorzuziehen.

Unter Bedachtnahme auf den beträchtlichen Aufwand der Beantragung einer UB und des potenziell da-

38) Dass die UB damit eine praktische Bedeutung erhält, die nicht unbedingt beabsichtigt war – vgl krit *Barbist/Kröll*, EuZW 2021, 354 (358) –, ist uE richtig, ändert aber nichts an der grds Verfügbarkeit dieses Instruments im Fall jeglicher Unklarheit iZm dem Bestehen der Anmeldepflicht.



mit verbundenen Zeitverlusts wäre es uE rechtspolitisch geboten, für die Rechtsanwender ein zeitsparendes, weniger aufwändiges und kostengünstigeres Instrumentarium vorzusehen, um Rechtssicherheit in Hinblick auf eine Anmeldepflicht zu erlangen.

## F. Ausblick

Die obenstehenden Ausführungen haben sich mit der Frage befasst, welche Konstellationen eine Antragspflicht nach dem InvKG auslösen. Dabei ergeben sich in der Praxis insb Unsicherheiten, ob eine Verpflichtung zur Stellung eines Genehmigungsantrags besteht oder nicht. Aus unserer Sicht sollten dabei immer die drohenden (Straf-)Sanktionen im Fall eines Verstoßes gegen die Genehmigungspflicht nach dem InvKG be-

rücksichtigt werden. All dies spricht uE dafür, im Zweifel eine „vorsichtigere“ Auslegung vorzunehmen. Dies ändert nichts daran, dass eine Klarstellung des Gesetzgebers in den oben genannten Punkten dringend erforderlich ist, um das InvKG anwenderfreundlicher zu gestalten.

Kommt man zum Ergebnis, dass ein Antrag nach dem InvKG zu stellen ist, ergeben sich eine Reihe von verfahrensrechtlichen und materiell-rechtlichen Fragen, die zT in der Lit bereits behandelt werden. Diese und andere Themen werden in den nächsten Monaten und Jahren bestimmt weiterhin vom Schrifttum diskutiert werden, wobei die Entwicklung der Entscheidungspraxis der Behörde besonders interessant sein wird.

### → In Kürze

Nach dem InvKG sind bestimmte Erwerbsvorgänge an inländischen Unternehmen einer Genehmigungspflicht unterworfen. Für die betroffenen Unternehmen und die rechtsberatende Praxis stellt sich daher oftmals die Frage nach der genauen Abgrenzung des Anwendungsbereichs des InvKG. Die Systematik des Gesetzes und der Anlage sowie die demonstrative Aufzählung in Teil 2 der Anlage führen zu einer Reihe von Auslegungsschwierigkeiten. In Zweifelsfällen ist abzuwägen, ob ein Antrag gestellt werden soll (oder nicht). Hier können in bestimmten Situationen Anträge auf Ausstellung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung durchaus sinnvoll sein.

### → Zum Thema

#### Über die AutorInnen:

Dr. Valerie Mayer ist Rechtsanwältin bei Herbst Kinsky Rechtsanwälte, Dr. Karl-Lueger-Platz 5, 1010 Wien; zuvor war sie Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien. Sie ist schwerpunktmäßig im Bereich des Öffentlichen Rechts tätig.  
E-Mail: valerie.mayer@herbstkinsky.at

Dr. Alexander Weber ist Rechtsanwalt und Partner bei Lang Weber Rechtsanwälte, Mariahilfer Straße 36, 1070 Wien; zuvor war er Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien. Er berät mit Fokus auf zivil- und gesellschaftsrechtliche Fragestellungen.  
E-Mail: alexander.weber@langweber.at



# Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen

Christoph Brenn, Richard Hargassner, Helge Hoch, Herbert Painsi, Eckart Ratz, Martina Weixelbraun-Mohr, Jörg Ziegelbauer

88. Jahrgang – Nr 123 – 129

## → Keine Löschung von Pfandrechten wegen Sanierungsplans

### §§ 149, 156a IO

Aus § 156a Abs 1 IO ist abzuleiten, dass die „Begrenzung“ der gesicherten Forderung nach § 149 Abs 1 Satz 2 IO zunächst nur eine Hemmung des Anspruchs bewirkt, die zur Abweisung der Pfand-

klage und gegebenenfalls zum Erfolg der Oppositionsklage führt. Eine Löschung des Pfandrechts hat erst zu erfolgen, wenn die dem Pfandgläubiger zustehende Quote zur Gänze erfüllt ist.

– gegenüber jenem der Bekl **vorrangiges** – Absonderungsrecht am Liegenschaftsanteil geltend gemacht. Der Insolvenzverwalter erkannte beide Forderungen in vollem Umfang an. Das Gericht bestätigte den von den Gläubigern angenommenen Sanierungsplan und hob das Insolvenzverfahren auf.

Der KI begehrt die **Einwilligung** der Bekl in die **Löschung** der auf seinem Hälftanteil einverleibten Höchstbetragspfandrechte. Wegen des vorrangigen Pfandrechts der anderen Bank sei die Forderung der Bekl weder derzeit noch bei Bestätigung des Sanierungsplans gedeckt bzw gedeckt gewesen; daher

EvBI 2021/123

§ 149 IO  
(§ 156a IO)

OGH 10. 3. 2021,  
17 Ob 12/20v  
(OLG Graz  
2 R 86/20i;  
LG Klagenfurt  
21 Cg 2/18f)

### Sachverhalt:

Der KI und seine Frau sind **Hälfteeigentümer** einer Liegenschaft, die in einem Versteigerungsverfahren mit € 168.000,- geschätzt wurde. Auf der Liegenschaft haften zugunsten der Bekl (Bank) Pfandrechte im Höchstbetrag von € 150.000,- und von € 50.000,-. Vor diesen Pfandrechten ist das Pfandrecht einer anderen Bank im Höchstbetrag von € 200.000,- einverleibt. Im über das Vermögen des KI geführten **Sanierungsverfahren** hatte die Bekl eine Forderung von € 475.782,91 angemeldet und ihr **Absonderungsrecht** am Liegenschaftsanteil geltend gemacht. Die andere Bank hatte € 270.917,48 angemeldet und ebenfalls ihr

**Neue Rsp zur Auslegung des § 149 Abs 1 Satz 2 IO (Wirkung des Sanierungsplans auf Pfandrechtseintragungen).**