

## Schwerpunkt Teilungsklage und Wohnungseigentum

Die Begründung von Wohnungseigentum  
im Teilungsverfahren

Die Begründung von Wohnungseigentum  
im Exekutionsverfahren

Mietrecht

Grobes Verschulden am Zinsrückstand

Immobilienwirtschaft

Investitionskontrollgesetz: Auswirkungen  
auf Liegenschaftstransaktionen

Immobilienbesteuerung

Die COVID-19-Investitionsprämie aus Sicht  
der Immobilienbranche

Forum Immobilientreuhänder

Abweichender Aufteilungsschlüssel  
im Wohnungseigentum

nicht anspruchsschädlich; ob dies auch bei einer 100%igen Beteiligung des Verkäufers an der Maklergesellschaft noch so zu beurteilen wäre, bleibt indes offen. Nimmt man die Annahme ernst, dass in solchen Fällen die Maklergesellschaft kein wirtschaftliches Interesse hat, dann dürfte es auf das Beteiligungsverhältnis nicht ankommen. Eine Klarstellung, welches Kriterium tatsächlich ausschlaggebend ist, wäre aus Sicht der Praxis wünschenswert gewesen. In Zusammenschau mit den früheren E 7 Ob 127/03g und 4 Ob 224/10k scheint auch eine alleinige Beteiligung unschädlich zu sein.

Vor dem Hintergrund der bisherigen Rsp überrascht die vorliegende Entscheidung im Ergebnis nicht. Die an der bisherigen Rsp geübte Kritik bleibt aber aufrecht, dass nämlich dem Eigengeschäft nach § 6 Abs 4 MaklerG damit der Anwendungsbereich weitgehend entzogen wird (siehe wobl 2011/131 [Kothbauer] und GesRZ 2011, 316 [Noss]) und die eigentlich geforderte wirtschaftliche Betrachtung nicht mehr stattfindet.

Daniel Richter

Mag. Daniel Richter ist Rechtsanwalt und Partner bei Jolklik Katary Richter Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien.

## Ausländische Direktinvestitionen in politischer Hand

Das neue Investitionskontrollgesetz hat gravierende Auswirkungen auf die M&A-Praxis und kann – man höre und staune – auch „reine“ Liegenschaftstransaktionen erfassen. Der folgende Beitrag bietet eine erste Orientierung.

JOHANNES BARBIST

### A. Einführung

Am 25. 7. 2020 trat das Bundesgesetz, mit dem ein Investitionskontrollgesetz erlassen und das Außenwirtschaftsgesetz 2011 geändert wird,<sup>1)</sup> in Kraft. Sein Art 1 beinhaltet das neue Bundesgesetz über die Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen (Investitionskontrollgesetz – InvKG).<sup>2)</sup>

Erklärtes Ziel des Gesetzgebers ist es, den „Aufkauf heimischer Unternehmen“ durch Drittstaatserberwerber (sog „ausländische Direktinvestition“) vorab zu prüfen, sofern dies zu einer Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge führen kann.

Dieses Konzept ist nicht neu: Direktinvestitionen durch Rechtsträger außerhalb des EWR und der Schweiz (*foreign direct investment* – FDI) unterlagen bereits seit Ende 2011 einem behördlichen Genehmigungsvorbehalt (vgl § 25 a Außenwirtschaftsgesetz 2011 (AußWG 2011)).<sup>3)</sup> Allerdings waren die Voraussetzungen für eine Genehmigungspflicht legislativ enger gefasst bzw vom zuständigen Bundesminister<sup>4)</sup> bis dato eng ausgelegt.

Über die letzten Jahre hat sich die Einstellung der europäischen und nationalen Politik zu ausländischen Direktinvestitionen auch und gerade aus dem asiatischen Raum geändert. Auf europäischer Ebene wurde die Verordnung (EU) 2019/452 zur Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen<sup>5)</sup> („EU-FDI-Screening-Verordnung“) erlassen. In Kraft getreten ist diese bereits am 11. 4. 2019, gilt aber erst ab 11. 10. 2020 in vollem Umfang.<sup>6)</sup> Sie führt keine EU-weit einheitliche Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen ein, sondern will lediglich einen intensiveren Informationsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten untereinander und mit der Europäischen Kommission verankern sowie

die Mitgliedstaaten zur Einführung bzw Anpassung der nationalen FDI-Kontrollregime motivieren.

Vor diesem Hintergrund und dem Eindruck der COVID-19-Krise hat der österr Gesetzgeber die nationale FDI-Kontrolle massiv verschärft.<sup>7)</sup>

- Der Begriff „ausländische Direktinvestition“ wird erheblich erweitert. Erfasst sind neben dem Erwerb (eines Mindestanteils)<sup>8)</sup> von Stimmrechten an oder eines beherrschenden Einflusses auf eine österr Gesellschaft auch „Asset Deals“ (Erwerb sämtlicher oder wesentlicher Vermögensbestandteile österr Gesellschaften). Miteinbezogen werden auch bloß mittelbare Erwerbsvorgänge, wenn

Dr. Johannes Barbist, MA (Limerick), ist Rechtsanwalt und Partner bei BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH (Wien – Innsbruck).

- 1) BGBl I 2020/87.
- 2) Paragrafenbezeichnungen ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf das InvKG.
- 3) BGBl I 2011/26 idF BGBl I 2019/104. § 25 a AußWG 2011 wurde mit dem Budgetbegleitgesetz 2012 BGBl I 2011/112 eingeführt und trat mit 8. 12. 2011 in Kraft. Kleinere Adaptierungen wurden mit der Novelle BGBl I 2013/37 vorgenommen.
- 4) Nunmehr Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort – BMDW.
- 5) Verordnung (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 2019/791, 1.
- 6) Aus diesem Grund treten der 3. Abschnitt des InvKG (Kooperation in der Europäischen Union), §§ 10 bis 17, sowie darauf referenzierende Regelungen in § 19 auch erst mit 11. 10. 2020 in Kraft (§ 29 Abs 1).
- 7) Der Autor ersucht um Verständnis, dass die neue Rechtslage an dieser Stelle nur ansatzweise dargestellt werden kann. Für eine ausführliche Darstellung vgl Barbist/Kröll/Khol, Das neue Investitionskontrollrecht – Einführung und Kurzkommentar zum InvKG (2020).
- 8) Je nach Tätigkeitsbereich des Zielunternehmens: 10% oder 25% (bzw in beiden Fällen 50%).

IMMOBILIEN-  
WIRTSCHAFT

Investitions-  
kontrollgesetz;  
EU-FDI-  
Screening-  
Verordnung

Direkt-  
investition;  
Investitions-  
kontrolle;  
FDI;  
FDI-Screening

zwar eine Zwischengesellschaft mit Sitz im EWR oder in der Schweiz als Partei der Transaktion auftritt, hinter dieser Zwischengesellschaft aber eine natürliche oder juristische Person außerhalb des EWR und der Schweiz steht.

- Die Bereiche, die eine „Gefährdung der Sicherheit und öffentlichen Ordnung einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge im Sinn von Art 52 und Art 65 Abs 1 AEUV“ betreffen (können), werden näher präzisiert: (i) durch eine *abschließende* Liste von sechs besonders sensiblen Bereichen<sup>9)</sup> (Teil 1 der Anlage zum InvKG) und (ii) eine *beispielhafte* Liste „normal“ sensibler Bereiche, in denen es zu einer derartigen Gefährdung kommen kann (Teil 2 der Anlage zum InvKG). Teil 2 der Anlage führt damit interpretativ wiederum zum allgemeinen Tatbestand der (möglichen) „Gefährdung der Sicherheit und öffentlichen Ordnung“ (§ 3) zurück. Folglich ergibt sich eine zusätzliche „Öffnung“, welche dem Wortlaut des § 2 Abs 1 Z 1 („das Zielunternehmen in einem der in der Anlage genannten Bereiche tätig ist“) gar nicht zu entnehmen ist. Dadurch und durch die zusätzliche Einbeziehung erwerberbezogener Faktoren in die „Gefährdungsprüfung“ wird der Anwendungsbereich des österr FDI-Kontrollregimes in der Praxis zumindest nach dem Wortlaut erheblich erweitert.

Sind beide Voraussetzungen (ausländische Direktinvestition, mögliche Gefährdung der Sicherheit und öffentlichen Ordnung) gegeben, besteht grds eine Genehmigungspflicht. Diese entfällt allerdings, wenn das Zielunternehmen ein Kleinunternehmen ist (sog De-minimis-Schwelle, § 2 Abs 2).<sup>10)</sup>

Am Genehmigungsverfahren selbst ändert sich wenig. Die Verfahrensdauer bleibt bei einem Monat (Phase 1) bzw weiteren zwei Monaten (Phase 2, vertieftes Prüfverfahren). Allerdings ist seit 11. 10. 2020 der EU-Kooperationsmechanismus vorgeschaltet; er führt zu einer Verlängerung des Verfahrens um mehrere Wochen.

Wie bei der Fusionskontrolle darf das Rechtsgeschäft über einen genehmigungspflichtigen Vorgang nicht durchgeführt werden, solange keine „FDI-Clearance“ durch die zuständige Behörde (BMDW) vorliegt. Bis dahin gilt das Rechtsgeschäft als schwebend unwirksam.

Unverändert bleiben auch die drakonischen Strafdrohungen bei Non-Compliance: gerichtliche Freiheitsstrafen und Befugnis des BMDW zum amtswegigen Einschreiten bis hin zur nachträglichen Untersagung der Transaktion. Dies ist bei staatlichen Regulierungsmaßnahmen im öffentlichen Interesse nicht ungewöhnlich.

Bereits die ersten Wochen zeigen aber massive Unsicherheiten bei der Anwendung des InvKG. Dies betrifft va die Frage, ob „das Zielunternehmen in einem der in der Anlage genannten Bereiche tätig ist“ (§ 2 Abs 1 Z 1).

## B. Das InvKG im Immo-Umfeld

Liegenschaften und Gebäude sind typische Assets eines operativ tätigen Zielunternehmens. Insoweit er-

geben sich grds keine immobilienwirtschaftlichen Besonderheiten einer M&A-Transaktion im Lichte des InvKG: Prüfobjekt ist

- das Zielunternehmen mit
- der auf der Liegenschaft bzw im Gebäude ausgeübten Tätigkeit. Aus investitionskontrollrechtlicher Sicht ist zu prüfen, ob diese Tätigkeit unter einen „der in der Anlage genannten Bereiche“ (§ 2 Abs 1 Z 1) subsumiert werden kann.

Hypothetisches Beispiel: Ein asiatischer Investor erwirbt das Wiener Allgemeine Krankenhaus (AKH), dh Spitalsbetrieb und Liegenschaft. Die Transaktion wäre nicht (bzw jedenfalls nicht primär) wegen der zu erwerbenden Liegenschaft oder des zu erwerbenden Gebäudes selbst genehmigungspflichtig. Die investitionskontrollrechtliche Genehmigungspflicht resultierte vielmehr daraus, dass das Zielunternehmen in diesem Gebäudekomplex eine kritische Gesundheitsinfrastruktur iSv Pkt 1.1.4, Teil 2 der Anlage zum InvKG, betreibt und von einer ausländischen Person erworben würde.

Dieses Beispiel macht zunächst deutlich, dass eine investitionskontrollrechtliche Genehmigungspflicht überhaupt nur dann in Betracht kommt, wenn die Immobilientransaktion auf ein Unternehmen iSd § 1 Abs 2 UGB (jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn ausgerichtet sein) oder den Betreiber eines solchen Unternehmens (Unternehmer iSd § 1 Abs 1 UGB) abzielt.

Nicht erfasst ist demnach der bloße Erwerb einer Immobilie zu eigenen Wohnzwecken oder der Erwerb von Baugrund. Andererseits fällt der Erwerb einer land- oder forstwirtschaftlichen Liegenschaft oder einer Gewerbeimmobilie jedenfalls dann unter den Begriff der „Direktinvestition“, wenn damit auch ein lebendes Unternehmen (land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb, Hotelbetrieb etc) erworben wird. Der bloße Erwerb einer Besitz- oder Holdinggesellschaft (als Vermieter oder Verpächter) wird grds dann den Tatbestand „Direktinvestition“ erfüllen, wenn darin – über die reine (private) Vermögensverwaltung hinaus – bei gesamthafter Betrachtung eine marktgerichtete Tätigkeit mit entsprechender Professionalität zu sehen ist.

Durch die Ausrichtung auf den nicht immer klar abgrenzbaren Unternehmensbegriff bleibt auch der Begriff der „Direktinvestition“ etwas diffus. In der Praxis sollte dies bei Immobilientransaktionen aber selten wirklich relevant werden. Vor allem auch deshalb, weil ja über die De-minimis-Schwelle Kleintransaktionen ex lege aus der Genehmigungspflicht herausfallen.

9) Verteidigungsgüter und -technologien; Betreiben kritischer Energieinfrastruktur; Betreiben kritischer digitaler Infrastruktur, insb von 5G-Infrastruktur; Wasser; Betreiben von Systemen, die die Datensouveränität der Republik Österreich gewährleisten; Forschung und Entwicklung in den Bereichen Arzneimittel, Impfstoffe, Medizinprodukte und persönliche Schutzausrüstung.

10) Ein Kleinunternehmen liegt vor, wenn das Unternehmen (i) die Mitarbeiterzahl von 10 unterschreitet und (ii) zumindest eine der beiden Finanzkennzahlen (Jahresumsatz, Jahresbilanzsumme) die Schwelle von 2 Mio Euro nicht überschreitet.

Ist der Erwerb eines österr Zielunternehmens hingegen nicht de minimis, kommt es in der Praxis entscheidend darauf an, ob ein Erwerbsvorgang die Sicherheit oder öffentliche Ordnung gefährden kann. Hierfür können wie erwähnt eine abschließende Liste in Teil 1 der Anlage und ein Beispielkatalog in Teil 2 der Anlage („Andere Bereiche, in denen es zu einer Gefährdung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung einschließlich der Krisen- und Daseinsvorsorge iSv Art 52 und 65 AEUV kommen kann“) als Konkretisierung und Orientierung herangezogen werden. Die Rechtsunsicherheit ist allerdings groß:

Von den fünf Oberkategorien sind die ersten drei für die Immobilienwirtschaft besonders interessant; diese werden durch einen Beispielkatalog (arg „einschließlich“) näher konkretisiert:

- Z 1 – kritische Infrastrukturen (Einrichtungen, Systeme, Anlagen, Prozesse, Netzwerke oder Teile davon)<sup>11)</sup>
- Z 2 – kritische Technologien und Güter mit doppelem Verwendungszweck im Sinne des Art 2 Abs 1 Verordnung (EG) 428/2009<sup>12)</sup>
- Z 3 – die Sicherheit der Versorgung mit kritischen Ressourcen.<sup>13)</sup>

Der jeweils verwendete Begriff „kritisch“ wird dahingehend legal definiert, dass die Infrastrukturen, Technologien bzw Ressourcen „eine wesentliche Bedeutung für die Aufrechterhaltung wichtiger gesellschaftlicher Funktionen haben [müssen], 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“.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass unter der Oberkategorie „Z 1. Kritische Infrastrukturen (Einrichtungen, Systeme, Anlagen Prozesse, Netzwerke oder Teile davon)“ auch folgender Beispielfall genannt wird: „Z 1.14. Investitionen in Grundstücke und Immobilien, die für die Nutzung der unter 1.1. bis 1.13. genannten Infrastrukturen von entscheidender Bedeutung sind“. Was dies genau bedeutet, kann nur im konkreten Einzelfall beurteilt werden.

Z 1.14 erstreckt jedenfalls die Genehmigungspflicht von Erwerbsvorgängen über kritische Infrastrukturen hinaus auch auf (für deren Nutzung besonders wichtige) Grundstücke / Immobilien. Ein „entscheidender Nutzungs-Konnex“ zwischen Grundstück / Immobilie und kritischer Infrastruktur muss nach dem Wortlaut zwingend vorliegen. Eine bloße räumliche Nähe wird daher grds nicht ausreichen (bei besonders wichtigen „Sites“, zB im Bereich Verteidigung oder verfassungsmäßige Einrichtung, könnte eine Genehmigungspflicht aufgrund räumlicher Nähe allenfalls über die Generalklausel des § 3 argumentiert werden).

Folgendes Prüfschema erscheint mir aber zwingend zu sein:

- Der geplante Erwerb muss sich auf ein Grundstück / eine Immobilie beziehen.
- Das Grundstück / die Immobilie muss für die Nutzung einer in Z 1.1 bis 1.13 genannten Infrastruktur von entscheidender Bedeutung sein.
- Die in Z 1.1 bis 1.13 genannte Infrastruktur muss eine kritische Infrastruktur iS der oben genannten Legaldefinition sein.

Man wird sehen, wie sich die Behördenpraxis dazu entwickelt. Endgültige Aussagen sind zu diesem Zeitpunkt noch nicht möglich. Das InvKG sollte aber auf der Checkliste für jede Immo-Transaktion mit Drittstaatserwerbern stehen. Unverändert sind die Grundverkehrsgesetze der Bundesländer parallel anzuwenden.

### Praxistipp

Das neue Investitionskontrollgesetz ist auch für die Immobilienwirtschaft relevant. Sogar „reine“ Liegenschafts Kaufverträge können eine Genehmigungspflicht auslösen. Dies muss im Vorfeld geprüft und gegebenenfalls bei der Vertragserrichtung (aufschiebende Bedingung der investitionskontrollrechtlichen Freigabe) berücksichtigt werden.

- 11) Darunter fallen nach Teil 2 der Anlage insb Energie (Z 1.1), Informationstechnik (Z 1.2), Verkehr und Transport (Z 1.3), Gesundheit (Z 1.4), Lebensmittel (Z 1.5), Telekommunikation (Z 1.6), Datenverarbeitung oder -speicherung (Z 1.7), Verteidigung (Z 1.8), verfassungsmäßige Einrichtungen (Z 1.9), Finanzen (Z 1.10), Forschungseinrichtungen (Z 1.11), Sozial- und Verteilungssysteme (Z 1.12), chemische Industrie (Z 1.13), Investitionen in Grundstücke und Immobilien, die für die Nutzung der unter 1.1 bis 1.13 genannten Infrastrukturen von entscheidender Bedeutung sind (Z 1.14).
- 12) Darunter fallen nach Teil 2 der Anlage insb künstliche Intelligenz (Z 2.1), Robotik (Z 2.2), Halbleiter (Z 2.3), Cybersicherheit (Z 2.4), Verteidigungstechnologien (Z 2.5), Quanten- und Nukleartechnologien (Z 2.6), Nanotechnologien (Z 2.7), Biotechnologien (Z 2.8).
- 13) Darunter fallen nach Teil 2 der Anlage insb Energieversorgung (Z 3.1), Rohstoffversorgung (Z 3.2), Lebensmittelversorgung (Z 3.3), Versorgung mit Arzneimitteln und Impfstoffen, Medizinprodukten und persönlicher Schutzausrüstung einschließlich Forschung und Entwicklung in diesen Bereichen (Z 3.4).

### SCHLUSSTRICH

*Das neue Investitionskontrollgesetz erweitert die Genehmigungspflicht von Unternehmenstransaktionen mit Drittstaatserwerbern. Sogar „reine“ Liegenschafts Kaufverträge sind erfasst, wenn die zu erwerbende Liegenschaft für die Nutzung kritischer Infrastrukturen von entscheidender Bedeutung ist.*