



Bundesministerium für Finanzen
Frau Dr. Beate Schaffer
Abteilungsleiterin
Abteilung III/5
Hintere Zollamtsstraße 2b
1030 Wien

Wiedner Hauptstr. 63 | Postfach A-1045
Wien
T +43 (0) 5 90 900DW | F + 43 (0) 5 90 90013739
E Erich.Kuehnelt@wko.at
W <http://wko.at>

6. Mai 2013

Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz (AIFMG) - Begutachtungsentwurf

Sehr geehrte Frau Dr. Schaffer,

Die Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ) dankt für die Übermittlung des Entwurfs und nimmt dazu wie folgt Stellung:

Grundsätzlich bedauern wir, dass bei dieser komplexen Materie eine eher kurze Begutachtungsfrist eingeräumt wurde, und behalten uns daher vor, etwaige weitere Anliegen nachzureichen.

Grundsätzliche Anmerkungen zum Entwurf

Art. 1 AIFMG

Für die betroffenen Branchen stellt die Umsetzung der EU-rechtlichen Vorgaben eine besondere Herausforderung in zeitlicher und materieller Hinsicht dar.

- Vorab dürfen wir darauf hinweisen, dass die Begriffsverwendung im AIFMG einheitlich erfolgt. Dies betrifft insbesondere zentrale Begrifflichkeiten, wie etwa „Konzession“, „Bewilligung“ oder „Zulassung“, deren uneinheitliche Verwendung materielle Probleme aufwirft.

In diesem Kontext weisen wir auch darauf hin, dass in Österreich nicht „Vertragsbedingungen“ (wie etwa in Deutschland), sondern „Fondsbestimmungen“ verwendet werden, sodass es im Hinblick auf die existierende Terminologie hilfreich wäre, die für Anleger vertrauten Begriffe (aus InvFG 2011 oder ImmoInvFG) zu verwenden. Zumindest eine diesbezügliche Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen wäre empfehlenswert.

- Von Bedeutung sowohl für die Wirtschaft als auch für die Aufsichtsbehörden ist eine klare Bestimmung des Anwendungsbereichs des Gesetzes. Aufgrund einer weiten Formulierung in vielen Sachverhalten besteht die Gefahr, dass es bei zahlreichen Formen der mittelbaren Kapitalanlage zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommt.

Sowohl auf europäischer als auch nationaler Ebene wird die Reichweite der AIFM-Richtlinie kontrovers diskutiert, ohne dass bisher für die potenziell betroffenen Marktteilnehmer eine abschließende Klärung des Anwendungsbereichs der Richtlinie (bzw. des diese in nationales Recht umsetzenden Gesetzes) erreicht wurde. Diese Unsicherheit, wer nun ein AIFM ist und wer nicht, scheint insbesondere für die kapitalintensive Immobilienbranche zu gelten, die sich in ihren verschiedenen Ausprägungen zwischen Finanz- und Realwirtschaft bewegt, so dass hier die Grenzlinie unter Umständen schwer nachvollziehbar ist.

Mit einem Immobilienvermögen von circa 20 Mrd. Euro bzw. einer kumulierten Marktkapitalisierung von rund 5 Mrd. Euro stellen die börsennotierten Immobiliengesellschaften einen relevanten Sektor am österreichischen Kapitalmarkt dar. Die strittige Frage, ob diese Gesellschaften als AIFM zu qualifizieren sind oder nicht, hat folglich nicht nur eine massive Auswirkung auf die Unternehmen, sondern würde die in den Anwendungsbereich des AIFMGs fallenden Vermögenswerte in Österreich zumindest verdoppeln.

- Das AIFMG reguliert den Vertrieb von AIF an professionelle Anleger als Hauptziel, der Vertrieb an Privatkunden wird im AIFMG als Ausnahme normiert. Die Änderungen des BMSVG im Entwurf erlauben unter § 30 Abs. 2 Z 7 ausschließlich die Veranlagungen in AIF, welche in Österreich (bzw. entsprechend in einem anderen Mitgliedstaat) zum Vertrieb an professionelle Anleger zugelassen sind, nicht aber die Veranlagung in AIF, welche auch zum Vertrieb an Privatkunden zugelassen sind, obwohl diese zweite Art von AIF strengeren Vorgaben unterworfen ist. Die Sinnhaftigkeit und faktischen Konsequenzen dieser Regelung sollten überdacht werden.
- Das AIFMG verwendet den Begriff „Kleinanleger“. Dieser Begriff ist aufgrund der Richtlinienvorgabe ident mit dem Begriff „Privatanleger“ im Wertpapieraufsichtsgesetz 2007. Zur Rechtsvereinheitlichung wäre es sinnvoll, den gleichen Begriff zu verwenden. Insbesondere, da auch die Richtlinie vom gleichen Begriff ausgeht. Im WAG 2007 wurde bewusst der Begriff Privatanleger verwendet, da der Begriff Kleinanleger missverständlich ist, da selbst sehr große Anleger typischerweise Privatanleger sind, wenn diese nicht als bestimmte Institutionen (Kreditinstitute usw.) auftreten oder über ein komplexes, in der Praxis kaum relevantes Verfahren auf Kundenwunsch umgestuft werden.
- Weder die AIFMD, noch das AIFMG oder die Durchführungsmaßnahmen zur AIFMD definieren den objektiven Grund für die vertragliche Beauftragung eines Dritten mit der Verwahrung der der Verwahrstelle übertragenen Vermögenswerte in ausreichendem Ausmaß. Eine Klarstellung hierzu wäre wünschenswert.
- Für notierte Immobilienunternehmen wären die Auswirkungen einer Qualifizierung als AIFM besonders gravierend.

Nach derzeit geltender Rechtslage unterliegen börsennotierte Immobilien-AGs - wie alle anderen gelisteten Gesellschaften - einer umfangreichen Regulierung, insbesondere hinsichtlich der Transparenz. Sie werden derzeit jedoch (richtigerweise) von keiner weiteren fonds-spezifischen Regulierung umfasst. Während somit z.B. für einen offenen Immobilienfonds der Schritt vom aktuellen regulatorischen Regime in die AIFM-Vorschriften nur ein gradueller ist, würden die Immobilien-AGs einer gänzlich neuen Regulierung unterliegen, die in vielen Aspekten im Gegensatz zur organisatorischen und rechtlichen Gestalt dieser Unternehmen steht. Auch ergeben sich aus der AIFM-Eigenschaft für das Unternehmen selber keine Vorteile, da insbesondere die Möglichkeit einer europaweiten Zulassung, die ein Kernstück der AIFM-Regulierung ist, bei einer täglich an der Börse handelbaren Gesellschaft keine Relevanz haben kann.

Eine Problematik ist die Pflicht zur Bestellung einer Depotbank als Verwahrstelle. Immobilien-AGs bestehen aus mehreren Tochter- bzw. Beteiligungsgesellschaften, die in bis zu 15 Ländern verteilt sind. Derzeit ist nicht erkennbar, wie eine Depotbank in einer solch gewachsenen Unternehmensstruktur ihren Aufgaben in der Praxis nachkommen können soll. Im Minimum ist mit erheblichen Mehrkosten zu rechnen. Erste Schätzungen gehen von zusätzlichen Verwaltungskosten in Höhe von bis zu rund 0,3 % des Immobilienvermögens aus, die zu Lasten des Ertrags der Investoren gingen. Fraglich ist auch, ob Immobilien-AGs überhaupt eine Depotbank finden, die die Aufgaben einer Verwahrstelle übernehmen kann.

- In Abweichung zu den europarechtlichen Vorgaben in Art. 4 Abs.1 AIFM-RL nimmt die durch den Zusatz „ohne dass das eingesammelte Kapital unmittelbar der operativen Tätigkeit dient“ eine Klarstellung vor. Der auf europäischer Ebene gewählte rein materielle Fonds-begriff neigt dazu, im Wortlaut zu weitgehend zu sein. Es besteht hierdurch die Gefahr, dass eine Vielzahl von operativ tätigen Unternehmen, wie beispielsweise börsennotierte Immobilien-AGs, in den Anwendungsbereich fällt, die nicht Gegenstand der vorliegenden Regulierung sind.

Diese Klarstellung ist zu begrüßen und entspricht auch der Auffassung der ESMA in dem im Dezember 2012 veröffentlichten Konsultationspapier zu den *guidelines on key concepts of the AIFMD*. Darin wird ausdrücklich klargestellt, dass ein Organismus nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen soll, der als „ordinary company with general commercial purpose“ zu qualifizieren ist; vgl. Annex V - Draft guidelines on key concepts of the AIFMD der ESMA (Annex, Punkt VI. 9. (a)).

- Der Unternehmensgegenstand, wie er in der Satzung von Immobilien-AGs definiert ist, ist nur eine allgemeine Unternehmensstrategie („business strategy“) und reicht gemäß ESMA für eine Qualifizierung als festgelegte Anlagestrategie nicht aus. Der regelmäßig sehr weit und unbestimmt gefasste Unternehmensgegenstand kann nicht mit dem Terminus der Anlagestrategie gleichgesetzt werden. Denn der Unternehmensgegenstand macht für Dritte lediglich den Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft erkennbar und definiert

- das generell verfolgte Unternehmensziel. Diesbezügliche Entscheidungen liegen grundsätzlich im Ermessen der Geschäftsführung. Die operative Ebene ist für den Gesellschafter bzw. Aktionär grundsätzlich im Vorhinein nicht bekannt und stellt demnach gerade keine Anlagestrategie dar.

Art. 7

Die WKÖ spricht sich gegen die Einschränkung von Berufsrechten der Gewerblichen Vermögensberatung aus (betrifft Vermittlung von geschlossenen Fonds).

Art. 9 KMG

Die Anhebung der Untergrenze für die Prospektpflicht für Genossenschaftsanteile sollte durch eine deutliche Anhebung der allgemeinen Untergrenze der Prospektpflicht (§ 3 Abs. 1 Z 10) ergänzt werden, um den Unternehmen den Zugang zu Finanzierungen zu erleichtern. Die WKÖ hat dazu einen konkreten Vorschlag erarbeitet, der bereits dem BMF übermittelt wurde (Anhebung der Untergrenze in § 3 Abs. 1 Z 10 auf 500.000 Euro, spezifische Informationspflichten bei Angeboten von 500.000 bis zu 5 Mio. Euro, volle Prospektpflicht ab 5 Mio. Euro).

Auch der Begriff des Einlagengeschäfts im BWG müsste modifiziert werden, damit Unternehmen Darlehen von Bürgern aufnehmen können, um Investitionen zu finanzieren. Dabei wären die europarechtlichen Vorgaben zu beachten (Kontrolle im Sinne des Art. 5 der Bankenrichtlinie).

Zu den Bestimmungen im Einzelnen

Art. 1 AIFMG

§ 1

Wir erlauben uns darauf hinzuweisen, dass der Geltungsbereich bei wörtlicher Interpretation dieser Bestimmung zu weitgehend ist, da die Anwendbarkeit des österreichischen AIFMG einen österreichischen Anknüpfungspunkt voraussetzt und zwar:

Z 1 - Sitz des AIFM in Österreich,

Z 2 - die Verwaltung eines österreichischen AIFM durch Nicht-EU-AIFM sowie

Z 3 - der Vertrieb von AIF in Österreich.

Abs. 6: Im vorliegenden Gesetzesentwurf wird die Problematik bezüglich des Anwendungsbereichs nicht angesprochen, der Verfahrenslauf sieht nur vor, dass ein Unternehmen offenbar bereits genau zu wissen hat, ob es ein AIFM sei, um dann unter Nachweis der bereits gesetzten wesentlichen Vorbereitungs Schritte (Vereinbarung zur Bestellung der Verwahrstelle, Geschäftsplan, etc.) um eine Konzession/Zulassung anzusuchen. Da jedoch von der EU-Kommission festgestellt wird, dass jede Situation einzelfallbezogen zu beurteilen ist, ist die Möglichkeit, eine behördliche Klärung der Frage zu erhalten, ob ein Unternehmen ein AIFM ist oder nicht, eine

wesentliche Voraussetzung für die sach- und praxisgerechte Umsetzung der Richtlinie bzw. der Anwendung des AIFMGs. Dies insbesondere, da die möglichen Konsequenzen einer Klassifizierung als AIFM derart weitreichend und für das einzelne möglicherweise betroffene Unternehmen von einschneidender Bedeutung sind, dass eine Klärung wichtig ist.

Wir empfehlen, im AIFMG die Möglichkeit, einen Feststellungsbescheid erwirken zu können, zu verankern und ersuchen folgende Formulierung neu als § 1 Abs. 6 in das Gesetz aufzunehmen: *„Bestehen begründete Zweifel, ob eine Person ein AIFM ist oder ob es sich bei einem von ihr verwalteten Vermögen um einen AIF handelt, hat die FMA dies entweder von Amts wegen oder auf Antrag des Betroffenen innerhalb von drei Monaten mit Bescheid festzustellen.“*

Diese Formulierung orientiert sich an § 6 des Abfallwirtschaftsgesetzes, bei welchem es sich ebenfalls um die Umsetzung einer offenbar in wesentlichen Definitionsfragen ambivalenten EU-Richtlinie handelt.

§ 2

Die subsidiäre Anwendung der Begriffe des BWG und KMG ist nicht enthalten (vgl. § 3 Abs. 1 InvFG 2011), wodurch einzelne wichtige Begriffe im AIFMG nicht definiert sind (z.B. Mitgliedstaaten, Union). Eine entsprechende Klarstellung wäre hilfreich.

Abs. 1: Hier wird das Vorliegen einer festgelegten Anlagestrategie als Abgrenzungskriterium benannt. Leider wird jedoch weder im Gesetz, noch in den Erläuterungen zum Gesetzentwurf dieses Kriterium näher definiert. Wir empfehlen, entweder in den Erläuterungen oder als eigene Definition in § 2 folgende Klarstellung aufzunehmen:

„Das Vorliegen einer festgelegten Anlagestrategie setzt voraus, dass die Kriterien, nach denen das eingesammelte Kapital angelegt werden soll, in einem über den einer allgemeinen Geschäftsstrategie hinausgehenden Umfang schriftlich genau definiert sind. Eine festgelegte Anlagestrategie unterscheidet sich damit von einer allgemeinen Geschäftsstrategie eines operativ tätigen Unternehmens dadurch, dass die Anlagekriterien genau bestimmt und die Handlungsspielräume des AIFM durch Anlagebedingungen, Satzung oder Gesellschaftsvertrag eingeschränkt sind.“

Hiernach ist ein Kollektivinvestmentvehikel nur dann als AIF zu qualifizieren, wenn das zu untersuchende Vehikel im Vorfeld der Anlageentscheidung einer mit dem Investor fest vereinbarten Investmentstrategie folgt, die ohne eine Einwilligung durch den Anleger nicht verändert werden darf. Der Anwendungsbereich des Investmentrechts kann demnach nur dann möglich sein, wenn die Zielsetzung des Kollektivvehikels entsprechend eng auf einen Investmentzweck ausgerichtet ist.

Abs. 3: Etwaige konkretisierende Rechtsakte können nur durch ESMA erlassen werden; eine Verordnungsermächtigung für die FMA ist somit nicht richtlinienkonform und zu streichen. Die Formulierung „deren Kriterien“ ist zu unbestimmt. Es stellt sich die Frage, was damit gemeint ist.

§ 3 Z 1: Da inländische Verwaltungsgesellschaften (§ 3 Z 1 InvFG 2011) kraft Gesetz die von ihr verwalteten AIF vertreten, sollte „oder kraft Gesetz“ ergänzt werden.

§ 4

§ 4 iZm § 2 Abs. 1 und § 2 Abs. 2 ImmoInvFG

Aufgrund der Richtlinie ist es möglich, dass künftig eine Wertpapier-KAG (Verwaltungsgesellschaft/VWG) gemäß InvFG2011 auch eine Konzession gemäß ImmoInvFG und eine Konzession gemäß AIFMG halten kann. Dies bedeutet, dass eine VWG zukünftig OGAW und AIF (Spezialfonds, andere Sondervermögen und PIFs) sowie Immobilienfonds gemäß ImmoInvFG verwalten darf und kann.

Aus dem vorliegenden Entwurf kann abgeleitet werden, dass eine VWG „AIF“ gemäß AIFMG verwalten darf (also Spezialfonds und Immofonds). Die Möglichkeit des Managements von Immobilienfonds durch Wertpapier-KAGs ist nicht explizit erwähnt. Aus diesem Grund ist es essenziell, dass dies entsprechend angepasst wird, um Fusionen (Immobilien-KAGs und VWG) zu ermöglichen, was einerseits die Anzahl der Gesellschaften und andererseits die Kosten reduzieren würde.

Wir gehen davon aus, dass die AIFM ihre Aufgaben, die sie gemäß § 4 und Anlage 1 zu § 4 übernommen haben, gemäß §§ 17 und 18 delegieren können.

Gemäß Anlage 1 zu § 4 AIFMG kann der AIFM administrative Tätigkeiten ausführen. Somit sind die Führung der Fondsbuchhaltung, Bewertung und Preisfestsetzung, etc. keine zwingenden Aufgaben des AIFM, diese können vielmehr gemäß § 18 auch an Dritte, im Speziellen die Verwahrstelle delegiert werden. Daher sind wir der Ansicht, dass beispielsweise neben der Berechnung des NAV auch die Führung der Fondsbuchhaltung durch die Depotbank wahrgenommen werden kann. Dies ist bei der Erfüllung der Pflichten der Depotbank von Vorteil.

Abs. 2: Die Konzessionsbestimmung des AIFMG muss auf die Konzession nach dem ImmoInvFG ergänzt werden. § 4 Abs. 2 sollte lauten:

Ein externer AIFM darf vorbehaltlich Abs. 4 keine anderen Tätigkeiten ausüben als die in Anlage 1 genannten Tätigkeiten und die zusätzliche Verwaltung von OGAW vorbehaltlich einer Konzession zum Investmentfondsgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 13 BWG in Verbindung mit § 6 Abs. 2 InvFG 2011 und die zusätzliche Verwaltung von Immobilienfonds vorbehaltlich einer Konzession zum Immobilienfondsgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 13a BWG iVm § 2 ImmoInvFG.

Abs. 6: Die für Zusatztätigkeiten anwendbaren Vorschriften des WAG 2007 sollten nach Tätigkeitsumfang gegliedert werden. Abgesehen von den bei Brokerage zusätzlich anwendbaren Bestimmungen des WAG 2007 sollten die nach § 4 Abs. 6 anwendbaren Vorschriften des WAG 2007 jenen des § 10 Abs. 5 InvFG 2011 entsprechen.

§ 5

Die vorliegende Ausgestaltung sieht nicht die Möglichkeit der Fusion einer OGAW-Verwaltungsgesellschaft mit einer Immobilien-KAG vor. Dies sollte unbedingt ergänzt werden.

In den Erläuternden Bemerkungen zu § 5 wird der Personenkreis der Geschäftsführung erweitert. Diese materiell zu weitgehende Erläuterung ist aber gegenstandslos, da diese ja nicht die Definitionen in den einschlägigen Materiengesetzen derogieren können.

Wir ersuchen um Klarstellung bezüglich der Wortfolge „auf dem neuesten Stand“. Dies kann in den Erläuternden Bemerkungen erfolgen. Bei derartigen Unterlagen handelt es sich jedenfalls um alles, was der Behörde inzwischen gemeldet oder mitgeteilt worden ist oder sonst bereits Gegenstand eines Genehmigungs- oder Bewilligungsverfahrens war. Ansonsten kommt es zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Zudem ist es notwendig, Redundanzen in den Verfahren zu vermeiden, z.B. bei der Fondszulassung.

Vor diesem Hintergrund soll klargestellt werden, dass Unterlagen und Informationen, die der FMA in aktueller Form vorliegen, nicht nochmals und damit mehrfach übermittelt werden müssen.

Dies bedeutet, dass etwa OGAW-Verwaltungsgesellschaften für den Konzessionsantrag nach AIFMG lediglich faktisch neue Unterlagen übermitteln müssen, nicht jedoch etwa Informationen über Fonds, die der FMA aufgrund eines Bewilligungsverfahrens oder einer Anzeige bereits vorliegen, oder Informationen im Zusammenhang mit der Gesellschaft, die der FMA bereits aufgrund gesonderter Anzeigen bekannt sind.

Auch Mehrfachübermittlungen aufgrund von § 29 AIFMG und §§ 50 ff InvFG 2011 sollten vermieden und entsprechende Klarstellungen aufgenommen werden (vgl. die entsprechende Regelung in § 49 Abs. 2 AIFMG).

Wir regen eine Ergänzung um „Kapitalanlagegesellschaften für Immobilien“ an.

Abs. 4 sollte lauten: *Beantragt eine Verwaltungsgesellschaft, die gemäß § 1 Abs. 1 Z 13 BWG in Verbindung mit § 6 Abs. 2 InvFG 2011 konzessioniert ist (im Folgenden „OGAW-Verwaltungsgesellschaft“), oder eine Verwaltungsgesellschaft, die gemäß § 1 Abs. 1 Z 13a BWG in Verbindung mit § 2 ImmoInvFG konzessioniert ist (Kapitalanlagegesellschaft für Immobilien), eine Konzession als AIFM nach diesem Bundesgesetz, so sind jene Angaben und Unterlagen nicht vorzulegen, die sie bereits bei der Beantragung der Konzession nach § 1 Abs. 1 Z 13 BWG in Verbindung mit § 6 Abs. 2 InvFG 2011 bzw. nach § 1 Abs. 1 Z 13a BWG in Verbindung mit § 2 ImmoInvFG vorgelegt hat, sofern diese Angaben oder Unterlagen nach wie vor auf dem neuesten Stand sind.*

§ 7

Abs. 1 und 2: Die bestehenden BWG-Eigenmittelbestimmungen sind für Immobilien-KAGs (5 Mio. Euro) wettbewerbsverzerrend gegenüber anderen AIFM-Anbietern.

Abs. 7: Dieser Absatz bestimmt, dass die Eigenmittel keine „spekulativen Positionen“ enthalten dürfen. Eine Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen hinsichtlich dessen, dass KAGs Fonds auch im Eigenbestand halten dürfen, die ihrerseits Derivate zur Absicherung bzw. im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen des InvFG 2011 verwenden dürfen, wäre sinnvoll.

Abs. 7 und 8: Eine Ergänzung um „Kapitalanlagegesellschaften für Immobilien“ ist notwendig. § 7 Abs. 7 und Abs. 8 sollte lauten:

Abs. 7: Eigenmittel, einschließlich der zusätzlichen Eigenmittel gemäß Abs. 6 Z 1, dürfen nur in liquide Vermögenswerte oder Vermögenswerte investiert werden, die kurzfristig unmittelbar in Bargeld umgewandelt werden können und keine spekulativen Positionen enthalten. Ein AIFM, der zugleich auch OGAW-Verwaltungsgesellschaft oder eine Kapitalanlagegesellschaft für Immobilien ist, hat Abs. 7 nur in Bezug auf die zusätzlichen Eigenmittel gemäß Abs. 6 Z 1 einzuhalten.

Abs. 8: Mit Ausnahme der Abs. 6 und 7 und mit Ausnahme von gemäß Art. 9 der Richtlinie 2011/61/EU erlassenen delegierten Rechtsakten gilt diese Bestimmung nicht für AIFM, die zugleich auch OGAW-Verwaltungsgesellschaften oder Kapitalanlagegesellschaften für Immobilien sind.

§ 9

Abs. 1: Der Wortlaut ist zu weitgehend und nicht richtlinienkonform: Art. 11 der Richtlinie besagt, dass die Behörden die erteilte Zulassung entziehen „können“, die Formulierung in § 9 Abs. 1 AIFMG sollte daher entsprechend angepasst werden: „Zusätzlich zu den ... kann die FMA die Konzession zurücknehmen, wenn ...“

Abs. 3: Die Frist „binnen eines Monats“ sollte im Sinne der Harmonisierung an das InvFG 2011 angepasst werden und somit auf „binnen 6 Monaten“ geändert werden (vgl. § 60 Abs. 2 InvFG 2011).

§ 10

Abs. 2 letzter Satz: Dieser Satz soll sich nur auf den 2. Halbsatz des davorstehenden Satzes beziehen. Jedenfalls steht der letzte Satz im Widerspruch zu § 93 Abs. 5 Z 5 BWG.

Abs. 3: Hier werden durch einen Verweis auf das BWG offenbar die Sorgfaltspflichten von Kreditinstituten auf AIFMs ausgeweitet. Dies ist im Falle von klassischen Fondskonstruktionen, in denen Anleger auf Basis einer direkten vertraglichen Vereinbarung in einen Fonds investieren und damit dem Fonds namentlich bekannt sind, umsetzbar. Bei börsennotierten Aktiengesellschaften (auch „Société Anonyme“ genannt) ist jedoch die Identität der Aktionäre der Gesellschaft selber nicht bekannt, bzw. erfolgen Kauf und Verkauf über die Börse, ohne dass davon die Gesellschaft von einer Änderung in ihrem Aktionariat in Kenntnis gesetzt würde. Die „Know your customer“ checks liegen in diesem Fall bei dem Kreditinstitut, über welches der Anleger seine Order abwickelt. Es wäre somit notwendig, AIFs, die zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen

sind, von diesen Bestimmungen auszunehmen. Wir regen eine Ergänzung im letzten Satz an: Hinsichtlich der Personen der Anteilscheinwerber sollte am Ende des Satzes die Wortfolge „soweit bekannt“ oder „soweit faktisch möglich“ hinzugefügt werden, um auf die Gegebenheiten bei Publikumsfonds Bedacht zu nehmen - und zwar, dass keine Kundendaten der VWG bekannt sind (sein dürfen). Zusätzlich empfehlen wir, eine entsprechende Definition von „Kunden“ vorzunehmen, da dies im Verständnis z.B. einer Immobiliengesellschaft die Mieter bzw. Käufer von Immobilien sind, während hier wohl offenbar Kunden mit Anlegern gleichgesetzt werden.

Die vertragliche Haftungsbefreiung der Verwahrstelle bei Beauftragung von Drittverwahrern ist unter AIFMG gemäß den dort geregelten Voraussetzungen zulässig. Dagegen ist gemäß OGAW-IV bzw. gemäß Entwurf OGAW-V eine solche Haftungsbefreiung nicht zulässig. Bekanntlich haben die OGAW-Richtlinien die Kleinanleger im primären Schutzbereich, wogegen das AIFMG grundsätzlich den professionellen Anleger im Visier hat. Nach dem Entwurf 8. Teil AIFMG können unter gewissen Umständen Anteile von AIF auch an Kleinanleger in Österreich vertrieben werden. Obwohl hinsichtlich Eigenschaft des alternativen Sondervermögens bei solchen Ausnahmetatbeständen eine materielle Gleichheit mit einem OGAW gemäß AIFMG angenommen wird, kommt es beim Haftungsumfang im Falle der Subverwahrung von Anteilen von Privatanlegern zu großen Unterschieden, je nachdem welches Gesetz (InvFG 2011 bzw. UCITS-IV/Entwurf UCITS-V mit Vorwirkungen) für den Privatanleger Anwendung findet, weil die Haftungsbefreiung nur unter AIFMG erlaubt wird.

§ 11 Abs. 3

Etwaige konkretisierende Rechtsakte können ausschließlich von ESMA erlassen werden; eine Verordnungsermächtigung für die FMA wäre nicht richtlinienkonform.

§ 12 Abs. 1

Die Bestimmung kann nur dann zutreffen, wenn die Anleger eines AIF dem AIFM bekannt sind. Bei Publikumsfonds ist dies jedenfalls ausgeschlossen. Eine Präzisierung wäre notwendig.

§ 13 Abs. 5

Etwaige konkretisierende Rechtsakte können, wenn überhaupt, ausschließlich von ESMA erlassen werden; eine Verordnungsermächtigung für die FMA ist materiell zu weitgehend und zudem nicht richtlinienkonform.

§ 15

Wir ersuchen um Streichung dieser Bestimmung. Die VO 231/2013 ist unmittelbar anwendbar, weshalb sie materiell nicht spezifisch in das AIFMG eingearbeitet werden muss. Zudem wäre eine konsistente Vorgehensweise im Sinne der Rechtssicherheit erforderlich. Auch die Erläuternden Bemerkungen wären dahingehend zu korrigieren, weil der entsprechende Hinweis materiell irrelevant ist („... wobei explizit auf die delegierte Verordnung (EU) Nr. 231/2013 zur Ergänzung der Richtlinie 2001/61/EU verwiesen wird, welche von den AIFM einzuhalten sind.“)

§ 17

Die Bestimmung zielt materiell wohl auf die spezifische Vorgehensweise bei der Immobilienbewertung ab und ist daher schwierig für Wertpapierfonds anzuwenden. Um diesbezüglich die notwendige Klarstellung zu erlangen, soll Erwägungsgrund 80 der VO 231/2013 in die Erläuternden Bemerkungen aufgenommen werden. Im Sinne dieses Erwägungsgrunds sollte insbesondere materiell klargestellt werden, dass unter Bewertung nur selbst vorgenommene Wertermittlungen einzelner Vermögenswerte bzw. allfällige zur Bewertung erforderliche eigene subjektive Beurteilungen zu verstehen sind, nicht jedoch die NAV-Berechnung und das zu diesem Zweck erforderliche Heranziehen externer Preisquellen sowie Bewertungen eines externen Bewerter.

Die Verpflichtung gemäß den Abs. 1, 2 und 3 in den Fondsbestimmungen, Bewertungsregeln zu verankern, sollte dahingehend angepasst werden, dass dies nur dann in dieser Form erfolgen muss, wenn nicht ohnehin bereits eine gesetzliche Regelung besteht. Die AIFM-Richtlinie ermöglicht auch eine andere gesetzliche Regelung (Art. 19 Abs. 2 „... geltenden Vorschriften sind in dem Land, in dem der AIF seinen Sitz hat, gesetzlich oder in den Vertragsbedingungen oder der Satzung der AIF geregelt. ...“). Gemäß den geltenden Regelungen werden Angaben zur Bewertung grundsätzlich im Prospekt gemacht, in den Fondsbestimmungen wird auf den Prospekt verwiesen.

Somit sollten die Abs. 1 und 3 mit folgender Wortfolge ergänzt werden:

„... gemäß dieser Bestimmung, sonstigen anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen und den Vertragsbedingungen ...“

Weiters sollte Abs. 2 wie folgt ergänzt werden:

„... seinen Sitz hat, gesetzlich oder in den Vertragsbedingungen ...“

Abs 4: Eine Konkretisierung des „externen Bewerter“ wäre wünschenswert, vor allem in Zusammenhang mit der Unabhängigkeit vom AIF, dem AIFM und anderen Personen mit engen Verbindungen zum AIF oder AIFM. Klarzustellen ist jedenfalls, wie Unabhängigkeit definiert ist, und zwar nach Gesellschaftsrecht oder nach anderen Kriterien.

Vor dem Hintergrund der aktuellen österreichischen Fondsverwaltungsstrukturen wäre eine Festlegung notwendig, dass die Eigenschaft als Konzerngesellschaft an sich allein nicht ein Ausschließungsgrund für die Qualifikation als externer Bewerter sein kann, sondern bei Einhaltung aller gesetzlichen Anforderungen (hinsichtlich funktionaler und hierarchischer Trennung, hinsichtlich Vermeidung von Interessenkonflikten, etc.) die Heranziehung einer Konzerngesellschaft als externer Bewerter möglich bleibt.

Dafür spricht weiters, dass dem AIFM selbst (das wohl ein größeres Naheverhältnis zu den eigenen Mitarbeitern aufweist als zu den Mitarbeitern einer Konzerngesellschaft) ja auch die Möglichkeit eingeräumt wird, die Bewertungsaufgabe, unter Einhaltung gewisser Bedingungen, durchzuführen. Sollte dieser Forderung nicht Rechnung getragen werden, sprechen wir uns zumindest für die Aufnahme einer Klarstellung in die Erläuternden Bemerkungen aus.

Abs. 5 Z 1: Es wäre eine Klarstellung hilfreich welche Konzession, Gewerbeberechtigung oder Ähnliches ein externer Bewerter vorweisen muss.

Abs. 5 Z 2: Was ist unter „ausreichende berufliche Garantien“ zu verstehen?

Abs. 6: Wir gehen davon aus, dass die Verwendung von Kursen, die durch diesbezüglich spezialisierte Softwarefirmen und Kursprovider (z.B.: Reuters, Bloomberg, OeKB, etc.) errechnet werden, auch weiterhin zulässig ist.

Abs. 8 verlangt eine unabhängige Bewertung. Wir dürfen festhalten, dass die Erfüllung dieser Anforderung durch die Bewertung durch geeignete externe dritte Bewerter, z.B. die Verwahrestellen, gefördert wird.

Abs. 10: Der Begriff „Aufgaben“ ist unbestimmt und sollte durch „die im Rahmen des Abs. 4 Z 1 übertragene Aufgaben“ ersetzt werden.

§ 18

Aus Gründen der Rechtssicherheit wird eine Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen ange-regt, dass bereits angezeigte Delegationen als bewilligt gelten. Die Bestimmung kann materiell nur auf neue Sachverhalte ab 22. Juli 2013 zur Anwendung kommen und keinen Widerspruch zur Richtlinie konstituieren. Zudem stellt die Formulierung in Abs. 1 Z 1 „unverzüglich nach Be-schlussfassung“ eine materielle Verschärfung dar, die nicht richtlinienkonform ist.

Weiters ist Abs. 1 letzter Satz sprachlich wie folgt anzupassen, um so dem Richtlinien-text zu entsprechen: „Der AIFM hat fortwährend die von Beauftragten erbrachten Dienstleistungen zu überwachen.“ (Statt „jederzeit“ „zu überprüfen“.)

Abs. 1 Z 4: Für ausgelagerte Portfolio- und Risikomanagementtätigkeiten kann vom Konzessi-onserfordernis nur mit Genehmigung der FMA abgegangen werden. Im Sinne des Legalitätsprin-zips wird eine VO-Ermächtigung für die FMA angeregt, mit welcher diese die Kriterien festzu-legen hat. Bei Fehlen einer näheren Determinierung wäre die Regelung verfassungsrechtlich bedenklich und somit auch im Widerspruch zu § 164 InvFG 2011.

Im Gesetz oder den Erläuternden Bemerkungen soll zudem festgehalten werden, dass für bei Inkrafttreten des Gesetzes bestehende Mandate, welche der FMA bereits gemäß § 164 Abs. 1 InvFG angezeigt wurden, kein zusätzlicher Genehmigungsantrag erforderlich ist.

Es stellt einen Widerspruch dar, wenn AIFMs gemäß Anlage 1 Satz 1 verpflichtet werden, die Anlageverwaltungstätigkeiten Portfoliomanagement und Risikomanagement zu übernehmen, andererseits wiederum eine Übertragungsmöglichkeit der besagten Tätigkeiten zulässig ist. Anlage 1 erster Satz scheint hier nicht klar formuliert.

Abs. 3 vorletzter Satz: Die Definition des Briefkastenunternehmens wird in Art. 82 der VO 231/2013 festgelegt, sodass eine nochmalige Ausführung im österreichischen Umsetzungsgesetz zur Richtlinie nicht erforderlich ist.

Der ohnehin bestehende Normenkonflikt zwischen § 28 Abs. 2 InvFG 2011 und dem nicht derogierbaren Art. 82 VO 231/2013 wird dadurch verstärkt.

Abs. 4: Es stellt sich die Frage, ob diese Regelung bedeutet, dass künftig auch die Sub-Delegation z.B. des Fondsmanagements der FMA angezeigt werden muss (Beispiel: AIFM bestellt einen Fondsmanager, dieser gibt diese Aufgabe an einen anderen Fondsmanager weiter). Eine diesbezügliche Klarstellung wäre notwendig.

§ 19

Abs. 7: Aus der deutschen Fassung der Richtlinie ist unklar, wie der Bezug auf die Grundsätze des Art. 16 der RL 2006/73/EG zu verstehen ist. Aus der englischen Fassung ergibt sich, dass dies die dritte Anforderung an eine Stelle der gleichen Art in dem entsprechenden Markt ist.

Der Gesetzestext sollte daher wie folgt lauten: „... oder bei einer Stelle der gleichen Art in dem entsprechenden Markt, in dem Geldkonten verlangt werden, eröffnet wurde, solange eine solche Stelle einer wirksamen aufsichtlichen Regulierung und Aufsicht unterliegt, die den Rechtsvorschriften der Union entsprechen und wirksam durchgesetzt werden, und mit den Grundsätzen nach Art. 16 der Richtlinie 2006/73/EG übereinstimmt.“

Abs. 9: Die Verwahrstelle hat sicherzustellen, dass das Anteilscheingeschäft und die Berechnung des NAV nach den geltenden Rechtsvorschriften etc. erfolgt. Wir dürfen im Einklang mit unseren Ausführungen zu § 17 Abs. 8 festhalten, dass diese Sicherstellung mit Zuverlässigkeit gewährleistet werden kann, wenn die Depotbank (Verwahrstelle) auch die Fondsbuchhaltung führt bzw. das Anteilscheingeschäft durchführt.

Abs. 9 Z 5: Es wird die Streichung der Wortfolge „geltenden nationalen Rechtsvorschriften und den“ angeregt, da mit „geltenden nationalen Rechtsvorschriften“ offenbar die österreichischen Rechtsvorschriften gemeint sind.

§ 21

Es sollte zumindest in den Erläuternden Bemerkungen klargestellt werden, dass für einen bestehenden Spezialfonds, bei dem der Anteilinhaber bereits veranlagt ist, nachträglich keine Information gemäß § 21 erstellt werden muss. Dies soll durch folgende Wortfolge in den Erläuternden Bemerkungen präzisiert werden:

„Für Anteilinhaber, die bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmung an einem Spezialfonds beteiligt sind, kann eine nachträgliche Information gemäß § 21 entfallen.“

Abs. 1 Z 4: Zum Begriff der „sonstigen Dienstleistungsanbieter“ sollte entweder im Gesetzestext, zumindest aber in den Erläuternden Bemerkungen präzisiert werden, dass Dienstleistungsanbieter nur dann anzuführen sind, wenn an diese wesentliche Funktionen ausgelagert sind.

Abs. 1 Z 11: Wir regen eine Ergänzung am Ende der Bestimmung an: „..., sofern verfügbar.“

Abs. 1 Z 13: Wie auch von der Richtlinie gefordert, ist der „jüngste NAV“ anzugeben. Hier stellt sich die Frage hinsichtlich der praktischen Umsetzbarkeit. Es wäre eine Klarstellung wünschenswert, dass dies z.B. durch Verweis auf die Homepage erfolgen kann.

Abs 1 Z 14: Da der intendierte Zeitraum für die Wertentwicklung in dieser Bestimmung unbestimmt ist, wäre eine Klarstellung hinsichtlich der Einhaltung der bestehenden Verpflichtungen aus dem MiFID- bzw. UCITS-Rahmenwerk hilfreich.

§ 22

Abs. 2 erster Satz: Wir sprechen uns im Sinne einer Determinierung der Bestimmung für folgende praktikable Ergänzung aus:

Abs. 2 sollte lauten:

„Der AIFM hat der FMA auf Verlangen aber mindestens einmal jährlich für jeden von ihm verwalteten EU-AIF und für jeden von ihm in der Union vertriebenen AIF Folgendes vorzulegen:“

Abs. 2 Z 1: Die Formulierung „und für die deshalb besondere Regelungen gelten“ ist unbestimmt und sollte entfallen.

Abs. 2 Z 4: Es ist unklar was unter „wichtigsten Kategorien“ zu verstehen ist.

Abs. 5: Wir ersuchen um richtlinienkonforme Umsetzung des Art. 24 Abs. 5, wonach auch der Satz „Die zuständigen Behörden informieren ESMA über den zusätzlichen Informationsbedarf.“ in die Bestimmung aufgenommen werden sollte.

Abs. 6: Beim hier enthaltenen Verweis auf einen Jahresabschluss gemäß Gliederung nach BWG wurde übersehen, dass im Falle von intern gemanagten AIFs (siehe § 3 Z 2) es keinen vom AIF getrennten Jahresabschluss einer Managementgesellschaft geben kann. Ohne externe Managementgesellschaft ist jedoch nicht erkennbar, welchen Sinn bzw. Erkenntnisgewinn eine auf Finanzunternehmen abzielende Gliederung des Jahresabschlusses entsprechend Anlage 2 zu Artikel I § 43 BWG haben soll (man stelle sich z.B. vor, wie eine Gewinn- und Verlustrechnung einer intern gemanagten AIF-Immobilien-gesellschaft mit Miet- und Veräußerungserlösen, etc. in diesem Schema aussehen würde). Von dieser Verpflichtung sollten somit intern gemanagte AIFs iSd § 3 Z 2 ausgenommen werden (insbesondere wenn es sich bei diesen AIFs um Unternehmen handelt, die zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind und somit entsprechend den börserechtlichen Transparenzvorschriften aussagekräftige testierte Jahresabschlüsse erstellen müssen).

§ 23 Abs. 4

Es ist nicht eindeutig, was mit „unter besonderen Umständen“ gemeint sein soll. Im Sinne der Rechtssicherheit ist eine Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen erforderlich.

§ 29

Mehrgleisigkeiten von Fondszulassung, Konzession, etc. sollten vermieden werden, indem seitens der FMA die Verwaltungsübung und bekannte Tatsachen bezüglich bereits ansässiger Gesellschaften anerkannt werden. Dies ist sowohl für die Aufsicht als auch die Marktteilnehmer eine signifikante Effizienzsteigerung.

Im InvFG 2011, etwa in Form eines neuen Absatzes zu § 163 InvFG 2011 sollte vorgesehen werden, dass § 29 AIFMG auf Spezialfonds keine Anwendung findet.

Alternativ sollte für Spezialfonds eine Übergangsregelung dahingehend vorgesehen werden, dass für bestehende Spezialfonds keine Vertriebsanzeige (nach dem Entwurf noch Vertriebs-Bewilligung) erforderlich ist.

In den Erläuternden Bemerkungen zu § 29 ist der zweite Absatz zu streichen, da die Auflage neuer Produkte auch während der Übergangsfrist schon aufgrund der vorhandenen und ex lege weiter bestehenden Konzession möglich sein muss.

Abs. 2: Es müsste heißen „Anzeigeschreiben“ (so auch Art. 31 der Richtlinie) statt „Antrag auf Bewilligung“.

Ziel der Norm ist, dass für Spezialfonds, die ausschließlich von den im Sideletter erwähnten Anlegern erworben werden dürfen (und daher eigentlich nicht von „Vertrieb“ gesprochen werden kann), eine FMA-Bewilligung gemäß § 29 Abs. 2 nicht notwendig ist.

Abs. 3: Es müsste heißen „... nach Eingang der vollständigen Anzeige“ statt „des vollständigen Antrags“ (so auch Art. 31 der Richtlinie).

§ 30 Abs. 7

Der Verweis auf § 48 Abs. 1 greift aufgrund der Bezugnahme der Bestimmung auf den Vertrieb in anderen Mitgliedstaaten zu kurz. Deshalb sollte die Formulierung wie folgt lauten: „Unbeschadet einer vom § 48 Abs. 1 abweichenden Regelung in einem anderen Mitgliedstaat dürfen die Anteile ...“

§ 33

Verwaltung von EU-AIF in Österreich durch AIFM mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaaten: Der Verweis in Abs. 3 auf § 29 ist unverständlich.

§§ 48 - 50

Die Regelungen in den §§ 48 - 50 AIFMG-Entwurf schließen Kleinanleger/Privatanleger von bereits seit vielen Jahren erfolgreichen und für die Diversifikation sehr sinnvollen Produkten aus. Die zu starke Einschränkung im Produktbereich reduziert mögliche Diversifikationen und erhöht dadurch

das Risiko für Kleinanleger/Privatanleger. Es darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass Kunden jeder Vermögensstufe als Privatanleger gelten. In Zukunft werden nur mehr professionelle Anleger ein ausgewogenes Portfolio haben können. Kleinanleger/Privatanleger werden im Ergebnis dadurch geschädigt, dass ihre Portfolios an Diversifikation verlieren. Eine zu restriktive Einengung reduziert daher die Freiheit und die Auswahl der Kunden.

Die Regelungen sind inländerdiskriminierend, da österreichische AIFM nur sehr geringe Möglichkeiten haben, österreichische AIF für Kleinanleger/Privatanleger zu gestalten. Explizit für AIFM, die keine KAGs sind, nicht erlaubt sind österreichische Investmentfonds und Immobilieninvestmentfonds. Dies ist nicht im Sinne der europäischen Regelung und zwingt diese AIFM dazu, AIF im Ausland aufzulegen, oder gar die Konzession ins Ausland zu verlegen. AIFM als eigene strenge Konzessionsform sollte in Österreich nicht dadurch automatisch vom Markt ausgeschlossen werden, da diese fast keine österreichischen AIF auflegen können.

Insgesamt scheint es vielen heute bereits gut etablierten und über die FMA konzessionierten Wertpapierfirmen, dass ihre AIF in Österreich unerwünscht sind. Für die Wertpapierfirmen ist es - nach dem hier vorgelegten Entwurf - besser, einen ausländischen AIF zu gründen und diesen in der Folge in Österreich zu vertreiben.

Der Vertrieb an Kleinanleger wird im 8. Teil (§§ 48 ff) geregelt. Dabei wird differenziert in

- Vertrieb von österreichischen AIF durch AIFM an Kleinanleger und
- Vertrieb von Nicht-EU-AIF durch österreichische AIFM oder von AIF durch EU-AIFM mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat oder durch Nicht-EU-AIFM an Kleinanleger.

Nicht berücksichtigt wird der Vertrieb von EU-AIF durch österreichische AIFM an Kleinanleger. Diesbezüglich besteht Unklarheit.

§ 48 f

Der Vertrieb von AIF an Kleinanleger wird stark eingeschränkt. Das Abstellen der zum Vertrieb zulässigen AIF-Arten auf jene Strukturen, die denen gleichwertig sind, die nach österreichischem Gesetz aufgelegt werden können, bringt unter dem Gesichtspunkt des Anlegerschutzes in der Praxis keine Verbesserung.

Wichtige Anlagealternativen dürfen dem Kleinanleger nicht vorenthalten werden. In Österreich sind AIF seit vielen Jahren auch für den Kleinanleger zugänglich und werden im Rahmen der Anlageportfolios vor allem zur Beimischung eingesetzt. Eine Beschränkung der Investmentmöglichkeiten für Kleinanleger auf UCITS-Fonds würde insbesondere zu einer Einschränkung der Diversifizierungsoptionen führen, da UCITS-Fonds zahlreiche Anlageklassen nicht offenstehen.

Um dem Kleinanleger wichtige Anlagealternativen auch weiterhin zugänglich zu machen, sollte das AIFMG auch ausdrücklich gewisse Arten von Managed Futures Fonds zum Vertrieb an Kleinanleger zulassen. Bei der Frage der Zulässigkeit der AIF sollte die FMA auch ihre Erfahrungen mit jenen Arten von AIF berücksichtigen, die vor dem 22. Juli 2013 AIF in Österreich vertrieben werden/wurden.

Abs. 1: Analog zur Anmerkung zu § 29 Abs. 2 sollte es „angezeigt“ statt „bewilligt“ heißen. Der Verweis auf § 29 ist unklar und würde nur für § 48 Abs. 1 Z 3 im Zusammenhang mit AIF in Immobilien Sinn machen.

Abs. 2, 3 und 4: Hierbei handelt es sich um eine verfassungsrechtlich bedenkliche Bestimmung mangels Bestimmtheit, die angepasst werden sollte.

Unklar ist, was mit der Formulierung „sofern ... über dieses Bundesgesetz hinausgehen“ gemeint ist.

Die zutreffende Beurteilung dieser und anderer Zweifelsfragen ist aus Sicht der Rechtsanwender aber von Bedeutung, da Verstöße gegen einige Bestimmungen des InvFG 2011 bzw. des AIFMG mit Verwaltungsstrafen bedroht und unter Umständen auch zivilrechtlich sanktioniert sind, sodass Rechtssicherheit gerade in diesem Bereich essenziell ist.

Mit dieser Bestimmung erfolgt eine Überwälzung der Anwendbarkeitsentscheidung bzw. Beurteilung der jeweils „hinausgehenden“ Regelung auf die Rechtsanwender; dies entspricht nicht dem Bestimmtheitsgebot.

Diese Bestimmung ist genauer ausgestaltet als die korrespondierende Regelung im ImmoInvFG, nämlich § 4 Abs. 5 ImmoInvFG. Andererseits ist die Bestimmung im ImmoInvFG enger gefasst.

Eine Verknüpfung dieser beiden Gesetze bedarf einer eingehenden Analyse und genauen Feststellung, welche Bestimmungen in welchem Fall anzuwenden sind bzw. wie die Bestimmungen des ImmoInvFG entsprechend anzupassen sind.

Abs. 5 und 9 sowie § 49 Abs. 5: Der Gesetzestext verwendet das Wort „Warnhinweis“ als Tatbestandsmerkmal offenbar in gleicher Bedeutung sowohl in der Einzahl als auch in der Mehrzahl. Wir ersuchen entweder einheitlich „Warnhinweis“ oder „Warnhinweise“ zu verwenden. Dies ist notwendig, um Rechtsunklarheiten gegenüber der FMA zu vermeiden.

Abs. 5 Z 3: Hier ist die Formulierung „der Einsatz der Hebelfinanzierung wird auf maximal 2 begrenzt“ in Verbindung mit der im Gesetz enthaltenen Definition von Hebelfinanzierung nicht nachvollziehbar.

Sollten Unternehmen, die bisher keiner Beschränkung hinsichtlich des Leverage unterlagen und in bedeutendem Maße Kleinanleger zu ihren Aktionären zählen, dieser Regelung unterworfen werden, träte eine Reihe von im Gesetz nicht gelösten Problemen auf. Insbesondere steht ein Ausschluss von Kleinanlegern in Konkurrenz zu den nach Aktienrecht verpflichtend zu gewährenden Bezugsrechten bei Kapitalerhöhungen. So wäre z.B. ein Ausschluss von Kleinanlegern bei einer marktüblichen unter dem Wert durchgeführten Kapitalerhöhung mit Bezugsrechten („deep discounted rights issue“) zum Nachteil der Kleinanleger, da diese stimmrechts- und insbesondere vermögensmäßig verwässert würden. Hier würde sich anbieten, in der Definition von „Vertrieb“ die Information über bzw. die Ausübung von gesetzlich gebotenen Bezugsrechten explizit aufzunehmen.

Der derzeitige Gesetzesentwurf würde zu einer Beeinträchtigung des Standortes im Wettbewerb gegenüber anderen europäischen Staaten (insbesondere Luxemburg, wo der Vertrieb von AIF an Kleinanleger weiterhin zulässig sein wird) führen.

Abs. 7: „Anzeige“ statt „Bewilligung“ (Begründung siehe auch ad § 29 Abs. 2 und 3).

Abs. 7 und 8: Es sollte eine Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen erfolgen, dass die Bestimmungen nur für AIFM gemäß Abs. 1 Z 3 (AIF in Immobilien) gelten.

§ 49 AIFMG sollte daher wie folgt geändert werden:

Ergänzung zu § 49 Abs. 1 Z 3 wie folgt:

„3. Der AIF materiell einem ...

...
...
...
...

oder es sich um einen AIF handelt, der den Voraussetzungen gemäß Anlage 4 entspricht.“

§ 49 Abs. 3 Z 3 AIFMG-Entwurf ist unrealistisch. Es ist undenkbar, dass ausländische Nicht-EU Behörden eine Bestätigung über europäisches oder gar österreichisches Recht geben. Diese Anforderung kann nicht erfüllt und sollte daher gestrichen werden. Insbesondere, da ESMA ohnehin jene Staaten identifizieren wird, welche ein vergleichbares Recht haben.

§ 51 Abs. 2

Korrektur der Begriffsverwendung: „sinngemäße Anwendung“ statt „Einhaltung“.

§§ 51 bis 53

Es sollte eine Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen hinsichtlich des Adressatenkreises erfolgen: Auf Basis der Erläuternden Bemerkungen und aufgrund der „best of both“-Regelung kann sich § 51 nur auf ausländische, zum Vertrieb in Österreich zugelassene AIF und AIF gemäß § 48 Abs. 1 Z 3 beziehen.

Aus § 52 könnte im Widerspruch zu § 164 Abs. 3 Z 2 InvFG 2011 eine KID-Pflicht für Spezialfonds abgeleitet werden, wenn keine Einschränkung auf ausländische, zum Vertrieb in Österreich zugelassene AIF und AIF gemäß § 48 Abs. 1 Z 3 erfolgt.

§ 52

Da sich die Bestimmung auf § 48 Abs. 5 Z 7 bezieht und dieser nur für AIF in Immobilien anzuwenden ist, sollte eine Einschränkung hinsichtlich der Zurverfügungstellung von KID und Vereinfachtem Prospekt erfolgen: „... sowie der KID oder der Vereinfachte Prospekt, falls solche zu erstellen sind, in der jeweils geltenden Fassung ...“

§ 53

Kann nur für ausländische AIFM bzw. AIF anwendbar sein. Sinnvoll wäre weiters ein klarstellender Hinweis, in welchem Verhältnis diese Bestimmung zur Bezeichnungsschutzvorschrift des § 130 Abs. 1 InvFG 2011 steht.

§ 56

Abs. 2: „Die FMA ist ... insbesondere befugt, ...“ - „insbesondere“ entspricht nicht dem Richtlinienentwurf und ist daher zu streichen.

Abs. 2 Z 1: Die Formulierung „anzufordern“ ist nicht richtlinienkonform und daher entsprechend Art. 46 Abs. 2 lit. a der Richtlinie anzupassen: „1. Unterlagen aller Art einzusehen und eine Kopie von ihnen zu erhalten, ...“

Abs. 2 Z 11: Wir ersuchen um Anpassung der Bestimmung an die Formulierungen der Richtlinie in Art. 46 Abs. 2 lit. k: „11. Die erteilte Zulassung zu entziehen, ...“

§ 60

Die Formulierung sollte lauten: „21. Gegen eine Bestimmung der unmittelbar anwendbaren Rechtsakte der Europäischen Union verstößt.“

Abs. 4: Es gibt hierzu keine Parallelbestimmung, die eine derartige Regelung rechtfertigen würde. Der Absatz ist somit zu streichen.

Abs. 5: Die Formulierung entspricht nicht dem Bestimmtheitsgebot.

§ 63

Abs. 1: Die Formulierung „einschließlich Kundendaten“ sollte gestrichen werden. Diese sind nicht bekannt, werden nicht an Drittlandsbehörden übermittelt und finden sich auch nicht im Richtlinienentwurf (vgl. Art. 52 der Richtlinie).

Die Formulierung „oder entsprechender Regelung im Drittland oder zur Wahrnehmung sonstiger gesetzlicher Aufgaben im Rahmen der Aufsicht über den Finanzmarkt im Drittland“ ist mangels Verankerung im Richtlinienentwurf zu streichen.

Die über die Richtlinie hinausgehende einseitige Öffnung der FMA gegenüber Drittlandsbehörden, wie sie hier vorgesehen ist, ist auch nicht nachvollziehbar.

§ 65 Abs. 4: Wir weisen auf unsere Anmerkungen zu § 63 Abs. 1 hin. Es müsste zumindest Reziprozität hinsichtlich der Informationsübermittlung für die FMA gesichert sein, andernfalls ist auch hier der Zweck nicht erkennbar.

§ 67

Eine Gleichschaltung der Übergangsfrist bis 22. Juli 2014, vor allem betreffend die Anlegerinformationen zu bestehenden AIF, die Auflage von AIF nach InvFG 2011 (sowie Immobilienfonds nach ImmoInvFG) und für die Verwahrstelle, ist unerlässlich, um Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Ebenso sollte eine Übergangsfrist für die Aufgabenübertragung an die Depotbank nach § 5 Abs. 5 InvFG hinsichtlich AIF (nach dem InvFG) vorgesehen werden.

In den Erläuternden Bemerkungen soll zudem klargestellt werden, dass Fondsaufgaben aufgrund der bestehenden und ex lege weiter bestehenden Konzession auch während der Übergangsfrist möglich sind - korrespondierend zur Streichung in den Erläuternden Bestimmungen zu § 29.

Abs. 1 und 2: „eine Anzeige“ statt „einen Antrag auf Bewilligung“.

Die Übergangsfrist in Abs. 3 sollte verlängert werden.

Art. 4 BMSVG

Es sollte klargestellt sein, dass Spezialfonds der Betrieblichen Vorsorgekassen als Fonds gemäß § 30 Abs. 2 Z 5 BMSVG gelten und nicht gemäß Z 7. Anderenfalls könnten die Betrieblichen Vorsorgekassen aufgrund der Limitierung auf 5 % keine Spezialfonds mehr halten.

Von der bisherigen Regelung in § 30 Abs. 2 Z 5a BMSVG waren all jene Anteilscheine von Investmentfonds umfasst, die zwar nicht zum Vertrieb in Österreich zugelassen waren, aber § 176 Z 2 und Z 4 InvFG eingehalten wurde. Diese Regelung hat insbesondere nicht auf eine Vertriebszulassung abgestellt. Es war daher durchaus möglich Anteilsscheine von Sondervermögen zu halten, die zwar die Bestimmungen des § 176 Z 2 und Z 4 InvFG eingehalten haben, aber eben nicht zum öffentlichen Vertrieb zugelassen waren.

Entsprechend dem vorliegenden Entwurf soll in § 30 Abs. 2 Z 7 BMSVG nunmehr auf das AIFMG bzw. die Richtlinie 2011/61/EU verwiesen werden, sodass Investments in AIF, die nicht unter § 3 Abs. 2 Z 31 InvFG zu subsumieren sind, d.h. nicht gemäß dem 3. Teil 1. Hauptstück des InvFG als Sondervermögen gebildet und bewilligt wurden, nur dann möglich sind, wenn diese in Österreich zum Vertrieb an professionelle Anleger oder zum Vertrieb in einem anderen Mitgliedstaat zugelassen sind.

Diese Bestimmung wirkt in Verbindung mit der Bestimmung des § 30 Abs. 3 Z 7 - wonach Veranlagungen des eben genannten Abs. 2 Z 7 mit höchstens 5 % des der Veranlagungsgemeinschaft zugeordneten Vermögens möglich sein sollen - gegenüber AIF gemäß § 3 Abs. 2 Z 30 bzw. Z 31 InvFG diskriminierend.

AIF gemäß § 3 Abs. 2 Z 30 bzw. Z 31 InvFG, worunter beispielsweise inländische Spezialfonds zu subsumieren wären, sind hinsichtlich der Voraussetzungen und Beschränkungen an die Bestimmungen des § 30 Abs. 3 Z 4 BMSVG gebunden und können daher unter Einhaltung gewisser Voraussetzungen unbeschränkt gehalten werden. Jene ausländischen Sondervermögen, die über keine Vertriebszulassung verfügen, beispielsweise ein deutscher Spezialfonds, würde von dieser Bestimmung ausgenommen sein.

Art 5 InvFG 2011

§ 1 InvFG 2011 iVm § 48 AIFMG: Es besteht Klärungsbedarf hinsichtlich des Anwendungsbereichs des InvFG 2011. Wir ersuchen um Klarstellung, dass ein Investmentfonds, der ausschließlich an professionelle Anleger vertrieben werden soll, entweder als AIF nach AIFMG oder als Spezialfonds gemäß InvFG 2011 errichtet und zugelassen werden kann. Dies ist entsprechend im Antrag für die Fondszulassung anzugeben und in den Fondsbestimmungen anzuführen.

§ 1

Der durch den Wortlaut vermittelte Eindruck des Vorrangs des InvFG 2011 gegenüber dem AIFMG steht im Widerspruch zum „best of both“-Prinzip des § 162a und § 48 Abs. 2 und 3, wonach die jeweils anspruchsvollere Norm vorgeht. Der Vorbehalt in Bezug auf § 40 Abs. 2 und 3 reicht nicht aus.

§ 5 Abs. 5

Es sollte eine Übergangsfrist für die Aufgabenübertragung an die Depotbank hinsichtlich AIF (nach dem InvFG 2011) parallel dem AIFMD-Regime bis 22. Juli 2014 vorgesehen werden.

§ 6 Abs. 3

Die Frist für die FMA sollte an die Bestimmung in § 6 Abs. 5 AIFMG angeglichen werden und daher 3 Monate mit Verlängerungsoption um weitere 3 Monate vorsehen.

§ 30 Abs. 5

Durch diese Regelung legt der Gesetzgeber einer inländischen Verwaltungsgesellschaft in Bezug auf die Schaffung eines Depotbanknotfallskonzepts einen höheren Sorgfaltsmaßstab auf als jenen, welchen er bei österreichischen Fonds z.B. von einer mit Management Company Passport tätigen (und damit nach § 36 Abs. 4 letzter Satz dem § 30 nicht unterliegenden) EU-Verwaltungsgesellschaft voraussetzen kann. Indem der Marktzugang insbesondere für luxemburgische Verwaltungsgesellschaften erleichtert wird, würde diese neue Bestimmung dem Finanzplatz Österreich schaden.

Sofern die bestehenden FMA-Anforderungen ohne diese Ergänzung des § 30 keine ausreichende Rechtsgrundlage haben, müssen diese korrigiert werden. Der Versuch, den Mangel durch eine nachträgliche Rechtsgrundlage zu sanieren, erzeugt sonst einen massiven Wettbewerbsnachteil.

§ 64

Die AIFMD steht einer Umgründung eines OGAW in einen Spezialfonds nicht entgegen. In gleicher Weise sollte eine Umgründung eines AIF gemäß § 166 in einen Spezialfonds gemäß § 163 weiterhin zulässig sein, da weder im OGAW- noch im AIFM-Rahmenwerk derartige Restriktionen bekannt sind.

Die Streichung des § 64 - Umwandlung in Spezialfonds bei Zustimmung aller Anteilhaber - ergibt sich nicht aus der Richtlinie. Diese Möglichkeit sollte beibehalten werden, da sie in der Praxis durchaus von Bedeutung ist.

§ 130 Abs. 1

Aufgrund der Definition in § 3 Abs. 2 Z 30 InvFG 2011 müsste es richtig heißen: „Die Bezeichnungen ... dürfen nur für Investmentfonds und deren Anteilsscheine verwendet werden ...“ (anstatt „Kapitalanlagefonds“).

§ 151 Z 18

Die Streichung sollte aufgrund des inhaltlichen Zusammenhanges mit § 64 ebenso rückgängig gemacht werden.

§ 162a

Die Regelung des § 162a, wonach die Bestimmungen der §§ 163 bis 174 „nach Maßgabe des AIFMG“ Anwendung finden, ist zu unbestimmt. Bedenklich sowohl für den Rechtsanwender als auch den Anleger ist, dass weder Anhaltspunkte noch Kriterien determiniert werden, wann eine AIFMG-Regelung einer investmentfondsgesetzlichen Regelung vorgeht. Eine Einarbeitung der Bestimmungen in das InvFG 2011 wird bevorzugt.

Mit der vorliegenden Regelung überlässt es der Gesetzgeber jedoch dem Rechtsanwender, zu entscheiden, welche Bestimmungen - jene des AIFMG oder jene des InvFG 2011 oder ImmInvFG - letztlich anwendbar sind. Dies muss angepasst werden, wie die in der Folge aufgelisteten Beispiele zeigen:

- ob der Halbjahresbericht für AIF, die an professionelle Anleger vertrieben werden, entfallen kann, da § 20 AIFMG bloß einen Jahresbericht vorsieht, oder ob dieser wegen § 164 Abs. 3 Z 2 InvFG 2011 (Spezialfonds), § 167 Abs. 1 InvFG 2011 (Andere Sondervermögen) und § 168 InvFG 2011 (Pensionsinvestmentfonds) weiterhin erforderlich ist;
- ob der Rechenschaftsbericht (Jahresbericht) für AIF innerhalb von sechs Monaten (§ 20 AIFMG) oder innerhalb von vier Monaten (§ 164 Abs. 3 Z 2 iVm § 136 Abs. 2 Z 1 InvFG 2011; § 167 Abs. 1 iVm § 136 Abs. 2 Z 1 InvFG 2011; § 168 iVm § 136 Abs. 2 Z 1 InvFG 2011) erstellt werden muss;

- ob bei der Werbung für AIF (Andere Sondervermögen, Pensionsinvestmentfonds), die sich an Kleinanleger richtet, der gesamte § 128 InvFG 2011 oder nach § 51 Abs. 2 AIFMG nur § 128 Abs. 1 bis 3 InvFG 2011 einzuhalten ist;
- ob trotz §§ 50 ff InvFG 2011 (Fondsbewilligung im weiteren Sinn) zusätzlich auch § 29 AIFMG einzuhalten ist;
- ob KID und Prospekt für Kleinanleger anstelle oder zusätzlich zu den Informationen gemäß § 21 AIFMG zu erstellen bzw. zur Verfügung zu stellen sind;
- ob Verschmelzungen bei AIF trotz Nichterwähnung zulässig sind;
- ob es sich um ein absolutes oder ein relatives Verbot der Verwaltung durch die Verwahrstelle handelt;
- ob bei Fondsbestimmungsänderungen eine Prüfpflicht der FMA zu Anlegerinteresse sowie eine Publikationspflicht gemäß InvFG 2011 besteht;
- ob die Vertriebsbewilligung an Kleinanleger zusätzlich oder anstelle der Fondsbestimmungs-Bewilligung gilt.

Die zutreffende Beurteilung dieser Zweifelsfragen ist deshalb essenziell, da Verstöße gegen einige Bestimmungen des InvFG 2011 bzw. des AIFMG mit Verwaltungsstrafen bedroht sind. Zudem sind zivilrechtliche Sanktionen nicht auszuschließen.

§ 189 Abs. 4

Derzeit besteht ein Wertungswiderspruch, weil der Täter, der einen Schaden gutmacht, straffrei bleibt, wogegen der, dessen Tat zu keinem Schaden führte, diese Chance nicht hat.

Abs. 4 soll daher ergänzt werden wie folgt: „(4) Die Strafbarkeit nach Abs. 2 wird unter den Voraussetzungen des § 167 StGB durch tätige Reue aufgehoben, sofern sich die Schadensgutmachung auf die gesamte für den Erwerb erforderliche Leistung einschließlich der damit verbundenen Nebenkosten bezieht. Die Strafbarkeit wird weiters aufgehoben, wenn kein konkreter Schaden entstanden ist, der gutzumachen wäre oder die Investoren informiert waren.“

§ 195 Abs. 6

Eine Gleichschaltung der Übergangsbestimmung bis 22. Juli 2014 gemäß der AIFM-Richtlinie auch für AIF gemäß InvFG 2011 ist erforderlich. Eine Übergangsregelung darf nicht darauf hinauslaufen, dass trotz bestehender und gültiger Konzession ein Jahr lang keine neuen Fonds auf den Markt gebracht werden können.

§ 198 Abs. 2 Z 1

Eine Einschränkung der Verrechnung der alten Verlustvorträge nur mit Einkünften gemäß § 27 Abs. 3 und 4 EStG ist zu weitgehend.

Angedacht war ursprünglich, dass Verlustvorträge aus Equity und damit im Zusammenhang stehenden Derivaten mit allen zukünftigen Einkünften des Kapitalanlagefonds verrechnet werden

können. Verlustvorträge aus Forderungswertpapieren sind hingegen nicht zu verrechnen, gleichwohl diese Verluste auch schon bisher bei den betrieblichen Anlegern steuerpflichtig waren.

Es stellt sich auch die Frage der Verhältnismäßigkeit der Regelung, sind doch Verrechnungen von Altverlusten mit ordentlichen Erträgen bei reinen Rentenfonds sowie inländischen Aktienfonds (inländischen Dividenden) definitionsgemäß ausgeschlossen.

Diese Vereinfachungsregel ist u.a. auch deshalb erforderlich, da es ansonsten zwei Verlustvorträge geben würde (privat und betrieblich) und das einerseits für die Fondsbuchhaltung wartungstechnisch kaum bewältigbar wäre und es zu verschiedenen KESt-Werten kommen würde.

Eine Einschränkung der Verrechenbarkeit der Altverluste nur mit Einkünften aus § 27 Abs. 3 und 4 EStG würde den betrieblichen Anleger doppelt benachteiligen.

Die Bestimmung sollte daher wie folgt lauten: „Nicht verbrauchte Verlustvorträge aus Aktien und aus damit zusammenhängenden derivativen Produkten können in späteren Geschäftsjahren mit Einkünften des Kapitalanlagefonds gemäß § 27 EStG 1988 verrechnet werden.“

§ 198 Abs. 2 Z 1 nach dem 1. Satz

Die Formulierung sollte folgendermaßen lauten: „Nicht verbrauchte Verlustvorträge können in späteren Geschäftsjahren mit sämtlichen Einkünften des Kapitalanlagefonds verrechnet werden.“

§ 200 Abs. 7

Aufgrund der Vielzahl von Dokumenten, welche zu ändern sind, führt diese Regelung zu administrativem Aufwand bei den betroffenen Verwaltungsgesellschaften. Daher ist eine Übergangsbestimmung notwendig und § 200 wäre entsprechend zu ändern (Streichung von § 162a). Dafür wäre folgender Satz aufzunehmen: „Die Bestimmungen des § 162a sind für AIF, die bereits vor dem Zeitpunkt der Anwendbarkeit des AIFMG bestanden, innerhalb von 12 Monaten ab Inkrafttreten des AIFMG anzuwenden.“

Die von der AIFM-RL vorgegebene Streichung der Übertragung der Aufgaben des § 5 Abs. 2 Z 1 lit. b sub.lit. cc bis hh an die Depotbank führt zu administrativem Aufwand bei den betroffenen Verwaltungsgesellschaften und bei den Depotbanken. Der gesamte Set-up (in manchen Fällen auch die Berechnungsstelle) muss geändert werden. Dazu sind umfangreiche Änderungen und Vertragsverhandlungen nötig.

Weitere Anliegen zum InvFG

Mit Verweis auf den unten angeführten § 2 Abs. 3 InvFG 2011 wäre für die Teilfonds einer Umbrella-Konstruktion nur ein einziger KID, nämlich für den OGAW, zu erstellen, da der KID unter das Vierte Hauptstück fällt. Da sich Teilfonds jedoch erheblich voneinander unterscheiden können, wäre ein eigenes KID ratsam, nachdem dies auch schon für Tranchen vorgesehen ist.

„§ 2 Abs. 3: Ein OGAW kann sich aus verschiedenen Teilfonds zusammensetzen; für die Zwecke des 2. Teiles 3. Hauptstück 3. Abschnitt gilt jeder Teilfonds eines OGAW als eigener OGAW. Für die Zwecke des 2. Teiles 3. Hauptstück 6. Abschnitt und 4. Hauptstück schließt ein OGAW die dazugehörigen Teilfonds ein.“

§ 10 Abs. 6 InvFG

a) Eine Klarstellung betreffend § 39 BWG iVm § 39a BWG ist notwendig, da letzterer explizit nicht anwendbar ist, jedoch § 39 BWG darauf verweist. Zu beachten ist dabei der Sorgfaltsmaßstab des § 52 InvFG 2011. Materiell ist auch der Verweis auf § 75 BWG (Großkreditmeldung) unzutreffend und sollte gestrichen werden.

b) Abs. 6 erklärt die Bestimmungen des § 25 für anwendbar, nach § 3 Abs. 2 Z 4 BWG sind jedoch lediglich die allgemeinen Bestimmungen zur Liquidität (inkl. dazu ergangener Verordnungen) einzuhalten (§ 25 Abs. 1 und 2 BWG).

Vor diesem Hintergrund sollte § 10 Abs. 6 InvFG 2011 daher wie folgt lauten:

(6) Verwaltungsgesellschaften haben die §§ 2, 20 bis 21, § 23 Abs. 1 bis 5 und Abs. 7 bis 16, die §§ 24, 25 Abs. 1 und 2, die §§ 27 bis 28, § 28a Abs. 1 bis 4, die §§ 29 bis 30, die §§ 35 bis 38, 39 (mit Ausnahme des Halbsatzes „sowie über Pläne und Verfahren gemäß § 39a zu verfügen“), § 39b, die §§ 40 bis 41, 43 bis 68, § 70a, die §§ 74, 76 und 81 bis 91 sowie die §§ 93 bis 93c BWG einzuhalten.

§ 33 Abs. 2 InvFG 2011

Die Verbuchungspflicht von Fondstransaktionen in der Fondsbuchhaltung trifft nach dieser Bestimmung die Depotbank, wenn sie mit den Aufgaben der Kontraktabrechnung beauftragt ist. Richtigerweise haben Kontraktabrechnungen für physische Zertifikate nichts mit der Verbuchung von Portfoliotransaktionen zu tun. Richtigerweise wäre hier auf die Bewertung und Preisfestsetzung (= § 5 Abs. 2 Z1 lit. b sub.lit. cc) abzustellen.

§ 134 Abs. 1, letzter Satz InvFG 2011

Diese Bestimmung kann dahingehend verstanden werden, dass im KID der Ausdruck „Wesentliche Anlegerinformation“ auf Deutsch und auf Englisch zu erwähnen ist. § 138 Abs. 1 Z 1 und Abs. 7 InvFG 2011 sprechen allerdings davon, dass das KID (und wohl auch der darin verwendete Ausdruck „Wesentliche Anlegerinformation“) nur auf Deutsch zu verfassen ist. Hier wäre eine Korrektur notwendig.

Art. 8 WAG 2007

Völlig unverständlich für die Gewerbetreibenden der Gewerblichen Vermögensberatung ist es, dass die Vermittlung von geschlossenen Fonds - ohne einen rechtlichen Grund - aus dem eigenständigen Gewerberecht gestrichen werden soll.

Rechtlich ergibt sich die Streichung aus folgenden Definitionen: Nach § 2 Abs. 1 Z 1 AIFMG-Entwurf werden AIF als Organismus für gemeinsame Anlagen definiert, welche Kapital einsammeln, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren. (Ausgenommen ist das eingesammelte Kapital nur dann, wenn es unmittelbar der operativen Tätigkeit dient.) Dabei spielt es nach § 1 Abs. 2 keine Rolle, ob es sich bei diesen AIF um einen offenen oder geschlossenen Typ handelt oder in welcher Rechtsform er besteht.

Die Beratung und Vermittlung von AIF soll pauschal (siehe § 1 Z 6 lit. c WAG 2007-Vorschlag) dem WAG 2007 unterworfen werden. Die eigenständige Beratung und Vermittlung von AIF wäre daher für die Gewerbliche Vermögensberatung nicht mehr möglich.

Aus dem WAG 2007 wurden die geschlossenen Instrumente bewusst ausgenommen, da diese im eigenständigen Tätigkeitsbereich der Gewerblichen Vermögensberatung enthalten sind. Die Gewerbliche Vermögensberatung bildet im Zuge ihrer Befähigungsprüfung bereits seit mehr als drei Jahrzehnten Gewerbetreibende in diesem Bereich aus. Es gab auch in den letzten Jahren keine uns bekannten Fälle, die für eine Änderung im Gewerberecht der Gewerblichen Vermögensberatung sprechen würden. In der Richtlinie selbst gibt es keinen Hinweis darauf, dass die Beratung und Vermittlung von geschlossenen Produkten unter das WAG 2007 (bzw. die Richtlinie MiFID) fallen sollte.

Die WKÖ schlägt, damit es zu keiner ungerechten Streichung von Berufsrechten kommt, folgende Formulierung der Änderung des WAG 2007 vor:

§ 1 Z 6 lit. c WAG 2007 lautet: „*Anteile an OGAW gemäß § 2 Abs. 2 Z 1 Alternative Investmentfonds Manager Gesetz, soweit es sich um einen offenen Typ nach § 1 Abs. 2 Z 1 Alternative Investmentfonds Manager Gesetz handelt.*“

Nach § 40 der geltenden Fassung wird das KID als angemessene Anlegerinformation in Bezug auf Anlagestrategie, Anlagerisiken und Kosten anerkannt. In gleicher Weise sollten die für AIF gesetzlich vorgeschriebenen Produktinformationen als angemessene Information nach § 40 WAG anerkannt werden:

§ 40 Abs. 5 Z 1: Als angemessene Information im Hinblick auf Abs. 1 Z 2 und 5 und bezüglich der Kosten und Nebenkosten, einschließlich Ausgabeauf- und Rücknahmeabschläge (Abs. 1 Z 4) gilt:

- a) bei Anteilen eines der Richtlinie 2009/65/EG unterliegenden OGAW ein Kundeninformationsdokument (KID) im Sinne des § 134 InvFG 2011 und im Sinne des Art. 78 der Richtlinie 2009/65/EG,
- b) bei Anteilen eines der Richtlinie 2011/61/EU unterliegenden AIF ein Kundeninformationsdokument (KID) im Sinne des § 48 Abs. 5 Z 7 InvFG 2011 bzw. bei professionellen Anlegern die Informationen gemäß § 21 Abs. 1 AIFMG.

Art. 6 ImmoInvFG

§ 1 Abs. 1a

Der neu eingefügte § 1 Abs. 1a ImmoInvFG ist nicht nachvollziehbar und es konnte auch keine einheitliche Auslegung dieser Bestimmung im Zusammenhang mit dem geänderten § 1 Abs. 1 und dem bestehenden § 1 Abs. 3 ImmoInvFG sowie den Erläuternden Bemerkungen gefunden werden.

Es besteht daher Unsicherheit, ob ein Immobilienfonds, der an professionelle Anleger vertrieben werden soll, tatsächlich zur Gänze (mit Ausnahme der Steuerbestimmungen) unter das neue AIFMG fällt und die Bestimmungen § 2 bis § 39 ImmoInvFG nicht anwendbar sind - was das Gesetz nicht in dieser Form aussagt - oder ob gewisse Bestimmungen schon allein aufgrund des „Fonds-begriffs“ trotzdem anwendbar sind.

Sollte die erste Annahme zutreffen, nämlich die gänzliche Ausnahme von Immobilienfonds für professionelle Anleger aus dem ImmoInvFG, ergeben sich neben dem Vorteil der Flexibilität auch Nachteile. Es gibt professionelle Anleger, die aufgrund ihrer besonderen Veranlagungsbestimmungen nur einen Immobilienfonds gemäß dem ImmoInvFG erwerben dürfen. Sinn und Zweck für diese besonderen Veranlagungsbestimmungen ist nicht die Rechtsform eines Immobilienfonds, sondern die strengen Regelungen über die Produktausgestaltung. Da im AIFMG keine Produktregelungen enthalten sind, besteht die Gefahr, dass ein gemäß AIFMG ausgestalteter Immobilienfonds von dieser speziellen Kategorie der professionellen Anleger nicht erworben werden darf.

Es besteht Klärungsbedarf über den Anwendungsbereich des ImmoInvFG. Im Gesetz soll klar gestellt werden, dass ein Immobilienfonds, der ausschließlich an professionelle Anleger vertrieben werden soll, entweder gemäß AIFMG, oder als Immobilienspezialfonds gemäß ImmoInvFG errichtet und zugelassen werden kann. Dies ist entsprechend im Antrag für die Fondszulassung anzugeben und in den Fondsbestimmungen anzuführen.

Abs. 1a ImmoInvFG sollte daher lauten:

„Die §§ 2 bis 39 gelten für Sondervermögen gemäß Abs. 1, deren Anteile für den Vertrieb an Kleinanleger gemäß § 2 Abs. 1 Z 36 Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz AIFMG, BGBl. Nr. XXX/2013 bestimmt sind, sowie für Sondervermögen gemäß Abs. 1, deren Anteile für den Vertrieb an professionelle Anleger gemäß § 2 Abs. 1 Z 33 Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz AIFMG, BGBl. Nr. XXX/2013 bestimmt sind und die die Anwendung dieser Bestimmungen ausdrücklich in den Fondsbestimmungen vorsehen und von der FMA in dieser Form bewilligt wurden. Für alle sonstigen Sondervermögen gemäß Abs. 1, deren Anteile für den Vertrieb an professionelle Anleger gemäß § 2 Abs. 1 Z 33 Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz AIFMG, BGBl. Nr. XXX/2013, vorgesehen sind, gelten ausschließlich die Bestimmungen des AIFMG sowie die §§ 40 bis 42.“

§ 2 Abs. 2

Die Thematik Konzession der Wertpapier-KAG für die Verwaltung von Immobilieninvestmentfonds wird im Teil der Stellungnahme zu Wertpapierfonds erwähnt. Die Möglichkeit des Erwerbs sowohl der Konzession nach InvFG als auch nach ImmoInvFG für eine KAG wird begrüßt.

§ 2 Abs. 2 sollte daher lauten:

„Kapitalanlagegesellschaften für Immobilien dürfen außer den Geschäften, die zur Anlage des eigenen Vermögens erforderlich sind, nur das Immobilienfondsgeschäft, das Investmentfondsgeschäft vorbehaltlich einer Konzession zum Investmentfondsgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 13 BWG iVm § 6 Abs. 2 InvFG 2011 und Geschäfte, zu denen sie laut AIFMG berechtigt sind, betreiben. [...]“

§ 40 Abs. 1

Der erste Satz unterscheidet im Hinblick auf die Ausschüttungsfiktion zwei Fallgruppen. In beiden Fallgruppen wird auf die Auszahlung der KESt abgestellt und in weiterer Folge unterschieden:

- In Fallgruppe 1 gelten mit der KESt-Auszahlung Gewinne gemäß § 14 an die Anteilhaber anteilig als ausgeschüttet. In diese Gruppe fallen nur die Kleinanleger-Immobilienfonds, vorausgesetzt die Anteile werden öffentlich vertrieben und es erfolgt demgemäß eine KESt-Auszahlung.
- In Fallgruppe 2 gelten entsprechend dem § 14 ermittelte Gewinne von inländischen AIF in Immobilien iSd AIFMG, die als Sondervermögen errichtet sind (....) anteilig als ausgeschüttet. Nach den Erläuternden Bemerkungen sollten damit auch die bestehenden Spezialfonds erfasst werden. Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang, dass für steuerliche Zwecke auf eine spezialgesetzliche Gewinnermittlungsvorschrift im ImmoInvFG verwiesen wird, welche für solche Fonds gemäß § 1 Abs. 1a nicht (mehr) gilt. Außerdem wird auf die KESt-Auszahlung abgestellt, obwohl Spezialfonds mangels öffentlichen Vertriebs regelmäßig gar nicht dem geltenden KESt-Regime unterliegen.

Darüber hinaus beziehen sich beide Fallgruppen ausschließlich auf AIF, die als Sondervermögen errichtet sind und in Wertpapieren verkörperte Anteile zerfallen. Das Besteuerungsregime des § 40 erfasst somit ausschließlich inländische Immobilienfonds nach dem Immobilien-Investmentfondsgesetz. Nach § 1 Abs. 1b gilt § 40 jedoch nicht nur für Sondervermögen iSd ImmoInvFG (Immobilienfonds), sondern ausdrücklich auch für (andere) AIF in Immobilien im Sinne des AIFMG. Ziel des Gesetzgebers ist nach dieser Bestimmung offenkundig und in begrüßenswerter Weise die steuerliche Rechtsformneutralität von AIF in Immobilien. Im Hinblick auf die anderen inländischen AIF in Immobilien besteht in § 40 Abs. 1 erster Satz eine Regelungslücke. Dies ist z.B. im Hinblick auf die gemeinhin als geschlossener Immobilienfonds bekannte Immobilien-GmbH & Co KG der Fall. Die Bestimmung ist im Verhältnis zu § 42 (ausländische Immobilienfonds) auch nicht EU-konform geregelt.

Die Einschränkung in der Z 2 auf inländische Sondervermögen gemäß AIFMG ist nach Maßgabe des § 1 Abs. 1b zu wenig und müsste entsprechend erweitert werden.

Art. 9 Kapitalmarktgesetz

Ergänzend zu der im Entwurf vorgeschlagenen Anhebung der Untergrenze für die Prospektpflicht bei Geschäftsanteilen an Genossenschaften, die wir begrüßen, wäre auch die generelle Untergrenze von 100.000 Euro für den Gesamtgegenwert des Angebots (§ 3 Abs. 1 Z 10 KMG) auf 500.000 Euro anzuheben, um Unternehmen den Zugang zu neuen Finanzierungen zu ermöglichen, und die in den Erläuterungen erwähnten Bürgerbeteiligungsmodelle (finanzielle Beteiligung der Bürger an Unternehmen oder Projekten) zu erleichtern.

Die WKÖ schlägt ergänzend dazu ein „phasing in“ der Prospektpflicht für Angebote über 500.000 bis zu 5 Mio Euro vor, das in einem neuen § 3 Abs. 1 Z 10a KMG zu regeln wäre. In diesem Bereich sollen Informationspflichten, aber noch nicht die volle Prospektpflicht vorgeschrieben sein. Im Bereich 500.000 bis 2,5 Mio. Euro wären grundlegende Informationen verpflichtend, die im Bereich 2,5 bis 5 Mio. Euro noch durch zusätzliche Informationen zu ergänzen wären. Die konkret erforderlichen Informationen wären in einer neuen Anlage F des KMG festzulegen.

Anlage F neu würde für Angebote mit einem Volumen von 500.000 bis 2,5 Mio. Euro u.a. konkrete Informationen über die Angebotsbedingungen, Kündigungsfristen- und -termine, im Zusammenhang mit dem Angebot stehende Kosten für die Anleger, Möglichkeiten der Veräußerung, Stellung des Anlegers im Insolvenzfall, steuerliche Grundlagen und Angaben über Risikofaktoren enthalten. Für Angebote mit einem Volumen von 2,5 bis 5 Mio. Euro würden zusätzlich Informationen über Gewinnprognosen oder -schätzungen und wesentliche Verträge des Emittenten vorgeschrieben sein.

Durch diese Änderung könnte für KMU die Aufbringung von Finanzierungen erleichtert werden, da für diese die Kosten der Prospekterstellung ein Hemmnis ist. Die Änderung entspricht auch dem „Aktionsplan Unternehmertum 2020“ der Europäischen Kommission. In diesem werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, die Rahmenbedingungen für Crowdfunding zu überprüfen. Dadurch würde auch der Spielraum, den die EU-Prospektrichtlinie gewährt, besser genutzt werden.

Auch sollte der Begriff des Einlagengeschäfts im BWG modifiziert werden, damit Unternehmen von mehreren Bürgern Darlehen aufnehmen können, um Investitionen und andere Projekte zu realisieren, ohne dass dafür eine Bankkonzession erforderlich wäre. Dabei wären die europarechtlichen Vorgaben zu beachten (erforderliche Kontrolle im Sinne des Art. 5 der Bankenrichtlinie).

Die WKÖ hat zu den Themen Prospektpflicht und Einlagengeschäft dem BMF bereits einen konkret ausformulierten Gesetzesvorschlag und auch dem Vorsitzenden des Finanzausschusses des Nationalrates übermittelt, und steht für weitere Gespräche zu diesem Thema gerne zur Verfügung.

Redaktionelle Anliegen:

Bestimmung	Anmerkung
AIFMG	
Allgemein zu EB	Zitat der RL iVm. VO 231/2013 lautet immer auf „2001/61/EU“ statt korrekt „2011/61/EU“
§ 2 Abs. 1 Z 23	Müsste lauten: „die Anlage 1 Z 1“ statt „!“
§ 10 Abs. 1	Letzter Absatz: „Der AIFM hat Anleger von den von ihm verwalteten....“
§ 17 Abs. 3	„Ein AIFM <i>hat</i> auch sicherzustellen...“ statt „haben“
§ 17 Abs 7	In Abs 7 soll eine sprachliche Korrektur auf die Wortfolge „gemäß § 18 Abs. 1 anzuzeigen“ anstatt „unverzüglich anzuzeigen“ vorgenommen werden.
§ 17 Abs 9	Abs 9: Anstatt „von <i>diesem</i> “ muss es heißen: „..., so kann die FMA vom AIFM verlangen, ...“
§ 19 Abs. 7	Wortstellung - die wörtlich aus der RL übernommene Formulierung ist unklar: „gemäß den Grundsätzen nach Art. 16 der Richtlinie“ gehört zum letzten Halbsatz (= Relativsatz: ..., die....)
§ 19 Abs. 9 Z 2	Verweis müsste lauten „gemäß § 17“
§ 23 Abs. 1	Verweis müsste lauten: „gemäß § 22“ statt „21“
§ 24 Abs. 3	„Unbeschadet der Abs. 1 und 2 dieser Bestimmung gilt...“ statt „ des vorliegenden Art...“
§ 24 Abs. 4	„Für die Zwecke dieser Bestimmungen“ statt „dieser §§“
§ 28 Abs. 2 Z 3	Unter die unter Z 1 genannte Stelle - statt „lit. a“
§ 29 Abs. 1 2.Satz	Statt „im letzten Satz“ muss es heißen „im <i>vorstehenden</i> Satz“
§ 35 Abs. 3, § 39 Abs. 1 etc.	Ergänzung „Kapitel VI“ der RL - analog zu genauer Bezeichnung „6. Teil“ des AIFMG
§ 35 Abs. 4	Ergänzung „Vollständigkeit der Anzeige“
§ 35 Abs. 8, § 36 Abs. 10, § 37 Abs. 7 etc.	„Nicht-“ streichen, da „EU-Feeder-AIF“ gemeint sind.
§ 36 Abs. 6	Satz fehlt (Art. 35 Abs. 7 letzter Satz erster Unterabsatz RL), wäre Einschub als Satz 2: „Der AIFM kann ab dem Datum dieser Unterrichtung durch die FMA mit dem Vertrieb des AIF in den Aufnahmemitgliedstaaten des AIFM beginnen.“
§ 36 Abs. 8	Statt „kann“ sollte sprachlich folgende Anpassung vorgenommen werden: „... hat die FMA als zuständige Behörde die Angelegenheit an die ESMA zu verweisen, die ... tätig werden kann.“
§ 39 Abs. 1 und 2	Es muss heißen „Ein Nicht-EU-AIFM, der beabsichtigt, EU-AIF zu verwalten...“
§ 44 Abs. 5	Ergänzung „wesentliche Änderung“. Ist zwar nicht in d RL, aber sonst immer enthalten auch in der RL und sollte daher auch im Einklang mit der Bestimmung des § 60 Abs. 2 Z 16 AIFMG gebracht werden.
§ 49 Abs. 3 Z 2	„Kapitel“ statt „Kapital“
§ 54 1. Satz	Endet mit zwei Punkten

§ 57 Abs. 2 am Ende	Ergänzung „§ 9 Abs. 3 1.Satz“
§ 58	Verweisfehler: bei § 32 fehlt „Abs. 6“
§ 60 Abs. 1	In Z 2 fehlt ein Beistrich nach dem Verweis auf § 41 Abs. 4 und beim Verweis auf § 49 ist „4 und“ zu streichen, sowie Streichung „oder 56“ (siehe Z 3!)
§ 60 Abs. 1 Z 9	„Bewerter“ statt „Berater“
§ 67 Abs. 4	„§ 33“ fehlt; in den EB muss es heißen „Art. 61“ statt „Art. 56“
§ 67 Anlage 3 und 4:	Wir weisen auf eine Unstimmigkeit zwischen Einzahl und Mehrzahl hin, wenngleich es sich um RL-Text handelt: Lit. a „Angaben zu den AIF“ (Mehrzahl) vs. lit. b „Vertragsbedingungen oder Satzung des AIF“ (Einzahl).
§ 74 Abs. 1	„und § 61“ fehlt im 2. Satz
InvFG 2011	
§ 166 Abs. 1 Z 4	Zeile 5: „... die von einem EU-AIFM verwaltet werden ...“
WAG 2007	
§ 108 Abs. 17	„... tritt mit 1.Jänner 2014 in Kraft.“

Die WKÖ ersucht um Berücksichtigung ihrer Anliegen und steht für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Wunschgemäß wird diese Stellungnahme auch der Präsidentin des Nationalrates übermittelt.

Freundliche Grüße



Dr. Christoph Leitl
Präsident



Mag. Anna Maria Hochhauser
Generalsekretärin