

Bundesministerium
für Finanzen
Hintere Zollamtsstraße 2b
1030 Wien

per e-Mail: e-Recht@bmf.gv.at

ZI. 13/1 13/93

BMF-040410/0001-III/5/2013

BG, mit dem das Alternative Investmentfonds Manager - Gesetz - AIFMG erlassen wird und das Bankwesengesetz, das Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz, das Investmentfondsgesetz 2011, das Immobilien-Investmentfondsgesetz, das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, Wertpapieraufsichtsgesetzes 2007, das Kapitalmarktgesetz, das Einkommensteuergesetz 1988, das EU-Quellensteuergesetz und das Körperschaftsteuergesetz 1988 geändert werden und das Beteiligungsfondsgesetz aufgehoben wird

Referent: Hon.-Prof Dr. Georg Schima, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

1. Zu § 1 AIFMG

a. § 1 AIFMG regelt zunächst den Anwendungsbereich des AIFMG, wobei entsprechend der Richtlinie hinsichtlich der AIFM zwischen EU-AIFM und Nicht-EU-AIFM sowie hinsichtlich der AIF zwischen den EU-AIF und den Nicht-EU-AIF unterschieden wird. Nicht nachvollziehbar ist, weshalb in der Umsetzung in § 1 Abs 2 Z 3 die Rechtsstruktur des AIFM angeführt wird, ist doch – wie bereits aus der Richtlinie eindeutig ersichtlich – die Rechtsstruktur des AIF, also des Fonds und nicht des Fondsmanagers, maßgeblich.

2. Zu § 2 AIFMG

a. Grundsätzlich stimmen die in § 2 AIFMG enthaltenen Begriffsbestimmungen mit den Definitionen des Art 4 der AIFM-RL überein. Nicht nachvollziehbar ist jedoch § 2 Abs 3 AIFMG. Danach kann die FMA mittels VO „unter Bedachtnahme auf die europäischen Gepflogenheiten“ verschiedene Typen von AIF sowie deren Kriterien festlegen. Eine solche Bestimmung ist der AIFM-RL nicht zu entnehmen, was noch



nicht per se gegen eine derartige Bestimmung spricht. Es sind aber weder der Zweck noch die mit der Typisierung verbundenen Rechtsfolgen ersichtlich. Die Verordnungsermächtigung bleibt daher denkbar unbestimmt. Aus § 2 AIFMG sowie der AIFM-RL ist eindeutig ersichtlich, dass unter einem AIF solche Organismen für gemeinsame Anlagen verstanden werden sollen, die nicht die OGAW-Kriterien erfüllen. Durch diese einerseits eindeutig festgelegte, andererseits jedoch weitgreifende Definition konnte dem Wunsch einer einheitlichen europäischen Regulierung aller Investmentfonds Rechnung getragen werden. Während OGAW-Investmentfonds von der RL 2009/65/EG erfasst sind, werden alle anderen Organismen für gemeinsame Anlagen (bzw konkret deren Fondsmanager) von der AIFM-RL reguliert. Eine einseitige auf Ebene eines Mitgliedstaates ausschließlich auf VO-Ebene eingeräumte Ermächtigung zur weiteren Typisierung ist folglich nicht zweckmäßig und sollte unterbleiben. In letzter Konsequenz könnte diese zu einer unterschiedlichen Typisierung in jedem Mitgliedstaat der Europäischen Union führen. Die „*Bedachtnahme auf die europäischen Gepflogenheiten*“ ist diesbezüglich keine ausreichende Einschränkung.

Überdies ist aus Art 4 Abs 4 der AIFM-RL ersichtlich, dass es nicht um die unterschiedlichen Typen von AIF, sondern vielmehr um die Arten von AIFM geht. Eine solche Typisierung muss jedoch auf Ebene der ESMA und nicht auf Ebene einzelstaatlicher Aufsichtsbehörden angesiedelt werden.

3. Zu § 4 AIFMG

a. Die Definition des externen Verwalters bzw externer AIFM sollte aus systematischen Gründen bei den Begriffsbestimmungen des § 2 AIFMG aufgenommen und in § 4 AIFMG stattdessen ein Verweis eingefügt werden.

b. Nicht nachvollziehbar ist die in § 4 Abs 4 Z 2 lit b AIFMG hinzugefügte Qualifizierung einer „technischen“ Verwaltung, verwendet doch die Richtlinie ausschließlich den Begriff der Verwaltung. Der Begriff „technisch“ sollte daher entweder ersatzlos gestrichen oder dementsprechend erläutert werden.

4. Zu § 7 AIFMG

a. In Absatz 6 sollte der „externe AIFM“ entweder durch einen Verweis auf die Definition in § 3 Z 1 AIFMG ergänzt und/oder der Begriff in den Definitionen-Katalog des § 2 aufgenommen werden.

5. Zu § 17 AIFMG

a. Die Bewertungen und Berechnungen des NAV sollten – ebenso wie nach dem InvFG für OGAW-Investmentfonds – anstatt in den Vertragsbedingungen bzw der Satzung eines AIF im jeweiligen Prospekt veröffentlicht werden, sofern ein solcher veröffentlicht wird.

6. Zu § 21 AIFMG

§ 21 AIFMG regelt die Informationspflichten gegenüber den Anlegern. Gem § 21 Abs 1 und Abs 2 haben AIFM den Anlegern des AIF bestimmte Informationen zur

Verfügung zu stellen. Sofern ein AIF nach der Richtlinie 2003/71/EG oder sonstigen nationalen Vorschriften zur Veröffentlichung eines Prospekts verpflichtet ist, kann dieser die in Abs 1 und 2 enthaltenen Informationen entweder in einem gesonderten Dokument gegenüber den Anlegern offenlegen oder in den jeweiligen Prospekt aufnehmen. Aus formalen Gesichtspunkten ist die in § 21 Abs 3 AIFMG enthaltene Ausnahmeregelung nachvollziehbar. Insgesamt führt eine solche Regelung jedoch zu Rechtsunsicherheiten. § 21 Abs 3 AIFMG bezieht sich sowohl auf Angebote nach der Richtlinie 2003/71/EG, als auch auf solche nach dem österreichischen KMG, somit um Veranlagungen iSd § 1 Abs 1 Z 3 KMG. Öffentliche Angebote von Wertpapieren iSd KMG erfolgen nach der Richtlinie 2003/71/EG sowie der darauf basieren VO 809/2004. Sowohl nach dem KMG als auch nach der RL 2003/71/EG müssen für öffentliche Angebote Wertpapierprospekte erstellt und diese in der Folge entweder geprüft oder gebilligt werden.

Dieser jeweilige Wertpapierprospekt soll die Basis für die Veranlagungsentscheidung des jeweiligen Investors bzw die Basis für das Beratungsgespräch eines Wertpapierberaters sein, weshalb mit dem Regime der Prospekthaftung ein Druck auf die Richtigkeit der im Prospekt enthaltenen Angaben erzeugt werden sollte.

Sofern ein AIF jedoch in der Folge die in § 21 AIFMG enthaltenen wesentlichen und anlagespezifischen Informationen in einem eigenen Dokument zu erstellen hat, welches nicht von der Prospektprüfung bzw –billigung umfasst ist, wird auch das Regime der Prospekthaftung (auch der Prospektprüfer haftet) entwertet. Der Anleger hat folglich zwei Dokumente, von denen ausschließlich eines geprüft bzw gebilligt wurde. Überdies werden vermutlich aufgrund von Überschneidungen zwischen § 21 AIFMG und der VO 809/2004 vielfach auch Informationen des § 21 AIFMG im Prospekt enthalten sein, welcher geprüft bzw gebilligt wurde.

Eine eindeutige Regelung, in welchem Dokument welche Informationen enthalten sein sollen und für welche Informationen gehaftet wird, wäre daher wünschenswert.

7. Zu § 29 AIFMG

Im Gegensatz zum Vertrieb von Anteilen von OGAW-Investmentfonds bzw von nach der Richtlinie 2003/71/EG aufgelegten Wertpapieren sind die Vertriebsvorschriften des AIFMG weitaus strenger. Während für die Emission von Wertpapieren nach der Richtlinie 2003/71/EG sowie für Investmentfonds zahlreiche Ausnahmebestimmungen (Privatplatzierung von Wertpapieren, Auflage von Spezialfonds) bestehen, sind ähnliche Ausnahmebestimmungen in § 29 AIFMG nicht ersichtlich. Eine dem Spezialfonds ähnliche Ausnahmebestimmung hinsichtlich der Vertriebsvorschriften wäre wünschenswert.

8. Zu § 55 AIFMG

In der Bestimmung des § 55 Abs 5 Z 1 AIFMG ist richtig zu stellen, dass es sich bei der dort zitierten Richtlinie um die Richtlinie 2011/61/EU handelt und nicht um die dort bezeichnete Richtlinie 2011/617 EU.

9. Zu § 56 AIFMG

Die Bestimmung des § 56 Abs 2 AIFMG regelt die konkreten Befugnisse der FMA, die ihr nach dem AIFMG zukommen. Unklar ist bei einzelnen Befugnissen, so insb bei den in den Z 1, 3 und 4 geregelten Befugnissen, ob sich diese ausschließlich auf den AIFM beziehen oder auch den AIF erfassen. Aus der Generalklausel in § 56 Abs 1 AIFMG, wonach die FMA die Einhaltung des Gesetzes „*gegenüber AIFM und AIF.... zu überwachen*“ hat, könnte man Letzteres folgern. Insbesondere im Hinblick darauf, dass zB die Z 2 explizit auch den AIF mitumfasst, sollte hier im Sinne der Rechtsklarheit im Gesetzestext explizit geregelt werden, ob sich die Befugnisse der FMA jeweils nur auf den AIFM oder auch auf den AIF beziehen. Auch bei den Z 5 und 7 wäre eine Klarstellung wünschenswert, wenngleich bei diesen Befugnissen (Untersagung von gesetzwidrigen Praktiken und vorübergehende Untersagung der Ausübung der Berufstätigkeit) zumindest implizit klar ist, dass sich nur auf den AIFM beziehen

10. Zu § 61 AIFMG

Die Bestimmung des § 61 Abs 3 AIFMG regelt, dass die FMA den zuständigen Behörden der anderen Mitgliedstaaten und der European Securities and Markets Authority („ESMA“) unverzüglich die zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben im Rahmen des AIFMG und der Richtlinie 2011/61/EU erforderlichen Informationen zu übermitteln hat. Nicht erwähnt wird in § 61 Abs 3 AIFMG der European Systemic Risk Board („ESRB“). Vor dem Hintergrund, dass in § 61 Abs 1 AIFMG ausdrücklich geregelt ist, dass die FMA unter anderem auch mit der ESRB zusammen zu arbeiten hat, ist in die Bestimmung des § 61 Abs 3 unbedingt – neben der ESMA – auch die ESRB zu erwähnen.

11. Zu § 65 AIFMG

In § 65 Abs 1 AIFMG wird ebenfalls die Formulierung „*die FMA als zuständige Behörde eines Mitgliedstaats*“ verwendet. Aus dem bereits in Punkt 12. angeführten Grund, sollte der Zusatz „*eines Mitgliedstaats*“ auch in dieser Bestimmung entfallen.

Wien, am 16. Mai 2013

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Rupert Wolff
Präsident