

Bundesministerium für Finanzen  
Johannesgasse 5  
1010 Wien

per Email: e-recht@bmf.gv.at

BEREICH Integrierte Aufsicht  
GZ FMA-LE0001.220/0002-INT/2023  
(bitte immer anführen!)

SACHBEARBEITER/IN Dr. Christoph Seggermann  
TELEFON (+43-1) 249 59 -4216  
TELEFAX (+43-1) 249 59 -4299  
E-MAIL christoph.seggermann@fma.gv.at  
E-ZUSTELLUNG: ERsB-ORDNUNGSNR. 9110020375710  
WIEN, AM 24.01.2023

**Stellungnahme der FMA zum Begutachtungsentwurf für ein Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über Wagniskapitalfonds (Wagniskapitalfondsgesetz – WKFG) erlassen und das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, das Investmentfondsgesetz 2011 und das Einkommensteuergesetz 1988 geändert werden;  
Geschäftszahl: 2022-0.906.723**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die FMA bedankt sich für die Gelegenheit, zum vorbezeichneten Gesetzesentwurf Stellung zu nehmen. Entsprechend unserem gesetzlichen Auftrag konzentrieren wir uns auf aufsichtsrechtliche Aspekte und dabei konkret auf den Art. 1 betreffend die Erlassung des Wagniskapitalfondsgesetzes (WKFG) und erörtern keine gesellschafts- und steuerrechtlichen Belange, die durch diesen Gesetzesentwurf berührt werden.

**1. Zu § 11 WKFG-E (Verantwortungsabgrenzung von AG-Vorstand und AG-Aufsichtsrat der beaufsichtigten WK-AG gegenüber dem ebenfalls beaufsichtigten externen AIFM):**

Gemäß § 11 Abs. 1 zweiter und dritter Satz WKFG-E muss die Satzung die Bestellung eines AIFM zur alleinigen Verwaltung der Vermögenswerte der Gesellschaft bestimmen und die Selbstverwaltung ausschließen. Diese aus dem Aufsichtsrecht bekannte externe Verwaltung eines AIF steht in einem Spannungsverhältnis zu den gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeiten bei einer Aktiengesellschaft (AG). Die §§ 70 ff des Aktiengesetzes (AktG), BGBl. Nr. 98/1965, i. d. g. F sehen keine Geschäftsführung einer AG durch eine dritte Gesellschaft vor, sondern berufen den Vorstand der AG zur Geschäftsführung. Die externe Verwaltung durch den AIFM kann allenfalls eine gesetzlich verstärkte Beauftragung ähnlich einer Auslagerung sein, mithin keine (normale) Auslagerung im Sinne des AIFMG, wie § 15 Abs. 2 zweiter Satz WKFG-E regelt. So könnten sich die Leitungs- und Vertretungsbefugnisse des Vorstandes auf Rechte und Pflichten beschränken, die nicht mit dem Mandat auf den externen AIFM übergegangen sind. Dies sind neben rein gesellschaftsrechtlichen Pflichten, die aus aufsichtlicher Sicht uninteressant sind, insb. diejenigen einerseits zur Überwachung der ordnungsgemäßen Pflichterfüllung durch den externen AIFM ohne Weisungsbefugnis und widrigenfalls andererseits zu seiner Auswechslung. Ferner wäre auch der Konflikt mit den Zustimmungsrechten des Aufsichtsrates gemäß § 95 Abs. 5 AktG zu klären, die eine externe Verwaltung durch den AIFM, insb. Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen (vgl.

Z 1 leg. cit.) mit der Zustimmung des Aufsichtsrates junktimieren. Eine Klarstellung ist entscheidend, um die Aufsicht der FMA über die WK-AG gegenüber der Aufsicht über den AIFM zu konturieren. Eine Klarstellung könnte wie folgt lauten:

*„Soweit Rechte und Pflichten auf den externen AIFM mit seiner Bestellung übergehen, treten demgegenüber Entscheidungs- und Mitwirkungsrechte von Vorstand und Aufsichtsrat der WK-AG zurück. Beide trifft die Verantwortung, den externen AIFM bei der ordnungsgemäßen Erfüllung seines Mandates zu überwachen.“*

## **2. Zu § 17 WKFG-E (Teilgesellschaftsvermögen):**

Nach den Erläuternden Bemerkungen zu § 17 WKFG-E soll eine WK-AG Teilgesellschaftsvermögen (TGV) nach dem Vorbild von Umbrella-Konstruktionen gemäß § 47 des Investmentfondsgesetzes 2011 (InvFG 2011), BGBl. I Nr. 77/2011, bilden können. Aus dem Verweis auf die Umbrella-Konstruktion ergibt sich, dass die TGV nicht nur separate Rechnungskreise innerhalb des WKF sind, sondern separate AIF im Sinne von vermögensrechtlich und haftungsrechtlich voneinander getrennten Teilfonds unterhalb des (Umbrella-) WKF. Unabhängig von den sich daraus ergebenden gesellschaftsrechtlichen Fragen sollte diese Intention des Gesetzgebers klargestellt werden, um die Gegenstände der Fondsaufsicht eindeutig zu bestimmen. Zur Minimierung der Risiken, welche sich aus der Zulassung einer Umbrella-Konstruktion ergeben, sollten für alle Teilgesellschaftsvermögen dieselben Gesellschaften als Verwalter und Verwahrer tätig werden. Zur Klarstellung könnte § 17 Abs. 1 erster Satz WKFG-E wie folgt ergänzt werden:

*„§ 17. (1) Die WK-AG kann Teilgesellschaftsvermögen bilden, die ihrerseits AIF bilden. Die WK-AG ist hierbei als Umbrella-Konstruktion zu sehen. Für die Teilgesellschaftsvermögen ist derselbe AIFM und dieselbe Verwahrstelle zu bestellen.“*

## **3. Zu § 18 Abs. 2 (Rechnungslegung):**

Gemäß § 18 Abs. 2 WKFG-E hat die FMA Sonderbestimmungen für die Rechnungslegungsvorschriften eines WKF durch Verordnung zu regeln, die sich an den allgemeinen bilanziellen Grundsätzen des Unternehmensgesetzbuches (UGB), dRGl. S. 219/1897, den Besonderheiten eines WKF und den Interessen der Aktionäre zu orientieren haben. Die Besonderheiten des WKF begründen offensichtlich einen Bedarf vom UGB abzuweichen. Gleiches gilt erst recht für TGV unter einem (Umbrella-) WKF, worauf die Verordnungsermächtigung gemäß § 17 Abs. 8 WKFG-E hindeutet. § 18 Abs. 2 WKFG-E findet in § 30 Abs. 4 des Pensionskassengesetzes (PKG), BGBl. Nr. 281/1990, ein Vorbild. Allerdings zeigt die Genese des PKG, dass der Gesetzgeber selbst zunächst die Besonderheiten bei der Rechnungslegung der Pensionskassen und die sich daraus ergebenden Abweichungen vom UGB – vormals Handelsgesetzbuch (HGB) – definiert hat. So sah § 30 Abs. 4 PKG in seiner Stammfassung vor, dass Sonderbestimmungen in Gestalt von Formblättern in einer Anlage zum Gesetz definiert werden und der Ordnungsgeber lediglich Abweichungen davon regeln darf, die sich aus Rechnungslegungsvorschriften und den Interessen der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten ergeben. § 30 Abs. 4 PKG in der geltenden Fassung, der auch

Abweichungen aufgrund der Besonderheiten des Pensionskassengeschäfts erlaubt, deckt mithin v. a. die Übernahme der Abweichungen aus der alten Gesetzesanlage, nachdem die alte Gesetzesregelung als überholt zwischenzeitlich aufgehoben wurde. Auch die Verordnungsermächtigung für Formblätter zur Offenlegung für kleine GmbHs gemäß § 278 Abs. 2 UGB ist wesentlich durch Abs. 1 leg. cit. gesetzlich vordeterminiert. Deswegen sollte der Gesetzgeber selbst die grundlegenden Entscheidungen treffen, inwieweit von den Rechnungslegungsvorschriften des UGB abgewichen werden soll. § 18 Abs. 2 WKFG-E könnte dann lauten:

*„(2) Die Bilanz sowie die Gewinn- und Verlustrechnung der WK-AG sind entsprechend der Gliederung der in der Anlage 1 enthaltenen Formblätter aufzustellen. Die buchhalterische Darstellung, Rechnungslegung und Ermittlung des Wertes jedes Teilgesellschaftsvermögens sind entsprechend der Gliederung der in der Anlage 2 enthaltenen Formblätter aufzustellen. Die FMA kann durch Verordnung die Formblätter ändern, sofern geänderte Rechnungslegungsvorschriften oder die Interessen der Aktionäre dies erfordern.“*

#### **4. Zu §§ 21 und 23 i. V. m. § 4 Abs. 1 Z 6 WKFG-E (Aufgaben der Aufsicht):**

Gemäß § 21 erster Satz WKFG-E obliegt der FMA die Aufsicht über die WK-AG. Ein Aufsichtsmaßstab wird dort nicht bestimmt. Nach dem Vorbild anderer Aufsichtsgesetze sollte jedenfalls klargestellt werden, dass die Aufsicht über die WK-AG „auf Einhaltung dieses Bundesgesetzes“ (WKFG) – in Abgrenzung zum AIFMG und dem Gesellschaftsrecht – erfolgt.

Aus der Maßnahmenbefugnis zur Vertriebsuntersagung gemäß § 4 Abs. 3 WKFG-E lässt sich ableiten, dass die Einhaltung von § 4 Abs. 1 WKFG-E und der anwendbaren Vorschriften des Alternative Investmentfonds Manager-Gesetzes (AIFMG), BGBl. I Nr. 135/2013, i. d. f. d. WKFG-E zu überwachen ist. § 4 Abs. 1 WKFG-E enthält u. a. Veranlagungsvorschriften und Laufzeitbestimmungen, die bereits in der Aufsicht über den AIFM nach dem AIFMG zu überwachen sind, sowie Vorgaben für die Rechtsform und die Satzung, die vom Firmenbuchgericht vor Eintragung überprüft werden, und schließlich die Pflicht zur Bestellung einer Verwahrstelle gemäß § 19 AIFMG. Letztere wird ebenfalls im Rahmen des AIFMG beaufsichtigt, steht allerdings in einem verdeckten Konflikt damit, dass gemäß § 2 Z 3 WKFG-E auch registrierte AIFM zur externen Verwaltung von WKF befugt sind. Auf AIF, welche von lediglich registrierten AIFM verwaltet werden, sind gemäß § 1 Abs. 5 AIFMG wesentliche Teile des AIFMG nicht anwendbar, so etwa die Pflicht zur Bestellung einer Verwahrstelle. Es sollte sich daher originär aus dem WKFG-E die explizite Pflicht zur Bestellung einer Verwahrstelle ergeben, sowie ein Katalog jener Bestimmungen des AIFMG aufgenommen werden, welcher in Bezug auf WKF auch im Falle einer Verwaltung durch einen registrierten AIFM anwendbar sind. Konkrete, originär aus dem WKFG-E abgeleitete und nicht primär Dritten zugewiesene Aufsichtsmaßstäbe für die FMA ergeben sich ansonsten nicht. Eine Klarstellung im Hinblick auf Verwahrstellen für registrierte AIFM könnte in § 4 Abs. 1 Z 6 WKFG-E wie folgt aufgenommen werden:

„6. ~~Der~~ Für den WKF ~~hat~~ ist eine Verwahrstelle gemäß § 19 AIFMG zu bestellen unabhängig davon, ob er durch einen konzessionierten oder einen registrierten AIFM

errichtet und verwaltet wird:

Aus der Verwaltungsstrafbefugnis gemäß § 23 WKFG-E ergibt sich für den Aufsichtsmaßstab wiederum nur, dass die FMA Verstöße gegen eine Konzessions- und Registrierungspflicht der WK-AG und gegen die Anzeigepflicht bei Errichtung eines WK-F zu verfolgen hat. Allerdings besteht für die WK-AG keine Konzessions- oder Registrierungspflicht nach dem AIFMG – oder auch dem WKFG –, sondern nur für den AIFM nach dem AIFMG. Damit geht dieser Verwaltungsstraftatbestand ins Leere. Demgegenüber erscheint es unüblich und erstaunlich, dass gemäß § 22 WKFG-E ein Bezeichnungsschutz für die WK-AG ohne Verwaltungsstrafbewährung eingeführt werden soll. Dies umso mehr, als mit herkömmlichen AIF eine Alternative zur WK-AG zur Verfügung stünde und die WK-AG stark auf ein besonderes „Label“ ausgerichtet erscheint.

Die Rechtsträgeraufsicht über die WK-AG gemäß § 21 erster Satz WKFG-E ließe außerdem vermuten, dass aus aufsichtlicher Sicht grundlegende Verstöße der WK-AG bzw. ihrer Organe verwaltungsstrafbewährt sind, insb. wenn sie zu stark auf die externe Verwaltung des AIFM Einfluss nimmt oder zu schwach eine nicht ordnungsgemäße Verwaltung dauerhaft duldet. Ein überarbeiteter Verwaltungsstrafkatalog gemäß § 23 WKFG-E könnte lauten:

„§ 23. (1) Wer gegen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 84 Abs. 1 AktG) verstößt, indem er  
1. wiederholt in den Pflichtenkreis des AIFM eingreift und damit gegen § 15 Abs. 2 verstößt oder  
2. seine Kontrollpflichten gröblich vernachlässigt, indem er einem AIFM, der sich als ungeeignet erwiesen hat, nicht die Verwaltung gemäß § 15 Abs. 5 kündigt und seiner Pflicht gemäß § 15 Abs. 1 nachkommt, den ungeeigneten durch einen geeigneten AIFM auszuwechseln, eine WK-AG ohne Konzession gemäß § 4 Abs. 1 AIFMG oder Registrierung gemäß § 3a Abs. 1 AIFMG verwaltet,  
 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist dafür von der FMA mit einer Geldstrafe bis zu 100 000 Euro zu bestrafen.  
 (2) Wer  
1. gegen das Erfordernis einer Anzeige der Errichtung eines WK-F gemäß § 4 Abs. 2 oder  
2. unter Verletzung des Bezeichnungsschutzes gegen § 22  
 verstößt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist dafür von der FMA mit einer Geldstrafe bis zu 60 000 Euro zu bestrafen.“

Im Zusammenhang mit der Kündigung und Bestellung eines AIFM durch die WK-AG weisen wir außerdem darauf hin, dass der AIFM gemäß § 29 AIFMG für die Verwaltung eines AIF verantwortlich ist und seine Kündigung und Auswechslung durch die WK-AG in einem Spannungsverhältnis zu § 29 AIFMG und dessen unionsrechtlichen Grundlage steht. Hier sollte die durchgehende Verantwortung eines AIFM für die Verwaltung klargestellt werden.

Ebenso sei angemerkt, dass der hilfsweise Übergang der Verwaltung auf die Verwahrstelle, wenn sich nach Kündigung des alten AIFM kein neuer AIFM findet, in einem Spannungsverhältnis zu § 18 Abs. 2 und § 19 Abs. 4 AIFMG und deren unionsrechtlichen Grundlagen steht, wonach der Verwahrstelle keine laufenden Verwaltungsaufgaben eines AIFM, sondern allenfalls die

Abwicklung des AIF übertragen werden dürfen. Insbesondere ist die gemäß § 15 Abs. 7 WKFG-E vorgesehene Suche eines neuen AIFM durch die Verwahrstelle problematisch. Deswegen sollte erwogen werden, § 15 Abs. 7 dritter Satz WKFG-E entfallen zu lassen.

Soweit § 21 zweiter Satz WKFG-E die Befugnisse der Aufsicht über die WK-AG regelt, indem § 56 Abs. 1 und 2 AIFMG für anwendbar erklärt werden, begrüßen wir diesen pragmatischen Ansatz einer Sonderfondsaufsicht, sehen allerdings in dreierlei Hinsicht Ergänzungsbedarf. Erstens sollte auch AIFM, soweit er durch das WKFG-E verpflichtet wird, nach diesem Bundesgesetz beaufsichtigt werden, um die Lücke zum Aufsichtsmaßstab des AIFMG zu schließen. Zweitens sollten die Bestimmungen zum internationalen Informationsaustausch aus dem AIFMG ebenfalls für anwendbar erklärt werden. Drittens sollte auch für Anzeigen nach dem WKFG die Nutzung der FMA-Incoming-Plattform vorgesehen werden.

Für die Belange der Aufsicht über den AIFM und des internationalen Informationsaustausches könnte § 21 WKFG-E wie folgt ergänzt werden:

*„§ 21. Die Aufsicht über die WK-AG und den von ihr bestellten AIFM auf Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften dieses Bundesgesetzes obliegt der FMA. Sie hat dabei jeweils die Befugnisse gemäß § 56 Abs. 1 und 2 AIFMG und ist zur Zusammenarbeit einschließlich des Informationsaustauschs mit ausländischen Behörden gemäß dem 9. Teil, 2. Abschnitt des AIFMG berechtigt.“*

Für die Nutzung der FMA-Incoming-Plattform könnte § 58 AIFMG wie folgt ergänzt werden:

*§ 58. Die FMA kann durch Verordnung vorschreiben, dass die Anzeigen und Übermittlungen gemäß § 1 Abs. 5 Z 4, 5 und 5a, [...], § 49 Abs. 2, 3, 9 und 11 dieses Bundesgesetzes sowie § 4 Abs. 2, § 12 Abs. 2, § 13, § 15 Abs. 6 und § 19 Abs. 2 des Wagniskapitalfondsgesetzes (WKFG) ausschließlich in elektronischer Form zu erfolgen haben [...]*

Hinsichtlich der Anzeigepflichten gehen wir im Übrigen davon aus, dass die Änderungen der Fondsbestimmungen, die den Aktionären gemäß § 16 Abs. 3 WKFG-E zur Kenntnis zu bringen sind, gemäß § 29 Abs. 5 in Verbindung mit Abs. 2 und Anl. 3 lit. b AIFMG auch der FMA – im Wege der FMA-Incoming-Plattform – anzuzeigen sind. Deswegen beschränken wir uns anzuregen, auch die Kündigung und Neubestellung eines AIFM gemäß § 15 Abs. 1, 4 und 5 WKFG-E sowie den Auflösungsbeschluss gemäß § 17 Abs. 7 WKFG-E – im Wege der FMA-Incoming-Plattform – anzeigepflichtig zu machen.

Wir ersuchen höflich um Berücksichtigung unserer Stellungnahme und stehen für Rückfragen sehr gerne zur Verfügung.

Diese schriftliche Stellungnahme wurde auch durch Upload auf der Parlamentshomepage (<https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/ME/239>) an das Präsidium des Nationalrats übermittelt.


Finanzmarktaufsichtsbehörde  
Bereich Integrierte Aufsicht

Für den Vorstand

Mag. Lukas Eder

Dr. Christoph Seggermann

elektronisch gefertigt

Signaturwert	cVxycyIGHa02jj7fvVCcZPy/+Ncj4hfnMTmBIpUdAt6IeHLkMl18FcBzLcNT9KJR3G5yMe0gf046kKCbMgf+DTQDuZxc1+fUIEKPLSvSoC2ursFN3qsJgPb55f2oZ1LCZmTMLHG62h9Ay9oX79gcWP2TET9CvIy7zvDjpY2dDeVsJDzqxzUk+/9Te272xwQ+5qf1LlIkzBRj+AOA6fBSM9XBmFA9+agSSkzUJjlrbg/VtRwbYIbYtuhFk8gzb3kmtautAaLWtylignnw69MaKVwe6BPJPHIa70WJw1BuLuIQnAS6IbOU2Cd7mc//Rxw1EZHiaBEWG56FDZ1suwByHIQ==	
	Unterzeichner	Österreichische Finanzmarktaufsichtsbehörde
	Datum/Zeit-UTC	2023-01-25T08:44:01Z
	Aussteller-Zertifikat	CN=a-sign-corporate-light-02,OU=a-sign-corporate-light-02,O=A-Trust Ges. f. Sicherheitssysteme im elektr. Datenverkehr GmbH,C=AT
	Serien-Nr.	532114608
	Methode	urn:pdfsigfilter:bka.gv.at:binaer:v1.1.0
Prüfinformation	Informationen zur Prüfung des elektronischen Siegels bzw. der elektronischen Signatur finden Sie unter: <a href="http://www.signaturpruefung.gv.at">http://www.signaturpruefung.gv.at</a>	
Hinweis	Dieses Dokument wurde amtssigniert. Auch ein Ausdruck dieses Dokuments hat gemäß § 20 E-Government-Gesetz die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde.	