

Bundesministerium für Finanzen
Johannesgasse 5
1010 Wien

per E-Mail: e-recht@bmf.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

ZI. 13/1 19/19

BMF-090102/0003-III/5/2019

BG, mit dem das Bundesgesetz über das öffentliche Anbieten von Wertpapieren und anderen Kapitalveranlagungen (Kapitalmarktgesetz 2019 – KMG 2019) erlassen wird und das Börsegesetz 2018, das Alternativfinanzierungsgesetz, das Immobilien-Investmentfondsgesetz, das Investmentfondsgesetz 2011, das Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz, das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, das Wertpapieraufsichtsgesetz 2018 und das Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz geändert werden

**Referenten: Dr. Clemens Hasenauer, Rechtsanwalt in Wien
Mag. Dr. Volker Glas, Rechtsanwalt in Wien
Dr. Peter Knobl, 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 :

Kapitalmarktregime für Veranlagungen (Allgemeiner Teil der Erläuterungen):

Schon der allgemeine Teil der Erläuterungen zum Ministerialentwurf gibt programmatisch vor, dass „*das bestehende Regime für das öffentliche Angebot von Veranlagungen aufrechtzuerhalten*“ ist. Damit hat es der Ministerialentwurf allerdings verabsäumt, das Kompetenzchaos im österreichischen Kapitalmarktrecht zu beseitigen zu beginnen: während für die Billigung von Wertpapierprospekten die FMA zuständig ist, ist es für die Kontrolle von Veranlagungsprospekten der Prospektkontrollor (in der Praxis überwiegend Wirtschaftsprüfer) und, zusätzlich, seit Inkrafttreten des AltFG im Jahr 2015 für Informationsblätter, die nicht den Vorgaben der Alternativfinanzierungs-InformationsVO entsprechen, die Bezirksverwaltungsbehörden. Im Zuge der KMG 2019-Novellierung wäre es leicht möglich, diese Zuständigkeitszersplitterung zu bereinigen zu beginnen, jedenfalls im

Bereich der Veranlagungen. Aus Sicht des Anlegerschutzes wäre es zu begrüßen, wenn die Entscheidungskompetenz zu allen Arten von Finanzprodukten und der Information darüber, seien es Wertpapier- oder Veranlagungsprospekte oder auch AltFG-Informationsblätter, bei einer Behörde zusammengeführt wird; *de facto* ist dies bereits jetzt die FMA, der allerdings *de lege lata* in mancherlei Hinsicht die Hände gebunden sind.

Der ÖRAK regt daher an, in einem ersten Schritt einen (neuen oder am Prospektprüfungsregime orientierten) Rahmen für die Billigung von Veranlagungsprospekten ebenfalls in die Hände der FMA zu legen und die antiquierte Prospektkontrolle durch Prospektkontrolloren entfallen zu lassen.

Zu § 4 Entwurf des KMG 2019:

Nach dem geplanten § 4 Abs 5 KMG 2019 sind bei Nichtbestehen einer Prospektpflicht alle wesentlichen Informationen des Emittenten oder Anbieters mitzuteilen. Empfehlenswert wäre klarzustellen, welche wesentlichen Informationen mitzuteilen sind, um die Transparenz insgesamt zu erhöhen. Es wäre aus Sicht des ÖRAK von Vorteil, diesen unbestimmten Begriff durch Beispiele zu unterlegen oder näher zu beschreiben.

Ferner wäre zumindest in den Erläuternden Bemerkungen zu § 4 KMG 2019 klarzustellen, dass die Werbevorschriften des WAG 2018 (§§ 49, 68 Abs 2) und Art 44 DelVO (EU) 2017/565 ergänzend neben § 4 KMG 2019 zur Anwendung gelangen.

Zu § 7 Abs 1 Z 4 lit a Entwurf des KMG 2019:

Überschiessend und unklar ist der Anwendungsbereich des § 7 Abs 1 Z 4 lit a KMG 2019, zumal auch auf eine Berechtigung nach § 1 Abs. 1 Z 9 BWG zum Wertpapieremissionsgeschäft sowie nach § 1 Abs. 1 Z 10 BWG zum sonstigen Wertpapieremissionsgeschäft abgestellt wird. Da das 1. Hauptstück des KMG 2019 jedoch auf öffentliche Angebote von „Veranlagungen“ zur Anwendung gelangt, diese im Gegensatz zu „Wertpapieren“ jedoch von den genannten Konzessionsumfängen nicht erfasst sind, müsste § 7 Abs 1 Z 4 lit a KMG 2019 lauten wie folgt:

- a) *einem Kreditinstitut im Sinne des § 1 Abs. 1 des Bankwesengesetzes – BWG, BGBl.Nr. 532/1993, mit der Berechtigung zum Betrieb von Geschäften gemäß § 1 Abs. 1 Z 11 BWG und mit anrechenbaren Eigenmitteln von mehr als 18,2 Millionen Euro oder, (...)*

Zu § 8 Abs 3 Entwurf des KMG 2019:

Eine auf Veranlagungen bezogene Vorabanzeigepflicht gegenüber der FMA, wie veröffentlicht wird und wo der Prospekt erhältlich sein wird, ist nach Ansicht des ÖRAK zu weitgehend. Diese Vorabanzeigepflicht wäre, wenn die Prospektverordnung fiktiv auf Veranlagungen anwendbar wäre, ein Gold Plating gegenüber der Prospektverordnung Verordnung (EU) 2017/1129. Um zu vermeiden, dass Emittenten weitere Verfahrensschritte am österreichischen Kapitalmarkt setzen müssen, deren verbraucherschützender Gewinn nicht absehbar ist, regt der ÖRAK an, den letzten Satz in § 8 Abs 3 KMG 2019 letzter Absatz zu streichen, damit dieser Absatz lautet wie folgt:

Wird der Prospekt gemäß Z 1 oder 2 veröffentlicht, so hat der Emittent oder der Anbieter diesen zusätzlich auch auf einer Internet-Seite gemäß Z 3 oder 4 zu veröffentlichen.

Zu § 9 Entwurf des KMG 2019:

Nach dem ersten Satz sollte aus Gründen der leichteren Lesbarkeit des Gesetzes und aus Transparenzgründen folgender Satz eingefügt werden: *„Die Begebung von Wertpapieren durch Immobiliengesellschaften, von Anteilen an OGAW gemäß der Richtlinie 2009/65/EG, von AIF gemäß dem 3. Teil erstes Hauptstück InvFG 2011 und von Anteilen an Immobilienfonds im Sinne des § 1 Abs 1 ImmoInvFG stellt keine Begebung von Veranlagungen in Immobilien im Sinne der nachfolgenden Bestimmungen dar.“* Dies entspricht der geltenden Rechtslage, erleichtert jedoch die Anwendung der Bestimmungen.

Zu § 10 Abs 1 Entwurf des KMG 2019:

Der ÖRAK regt an, die gerichtlichen Strafbestimmungen des § 25 Abs 1 Z 1 bis 4 Entwurf des KMG 2019, soweit sie sich auf Veranlagungen beziehen, in den Katalog der Verwaltungsstrafbestimmungen des § 10 Abs 1 KMG 2019 aufzunehmen. Falls ein Bedürfnis nach einem höheren Strafraum besteht, wäre dieser in § 10 Abs 1 KMG 2019 über die neu aufgenommenen Tatbestände zu regeln.

Die Begründung dafür liegt in dem seit Jahren bestehenden Anliegen, welches unter anderem auch von der FMA unterstützt wird, die gerichtlichen Strafbestimmungen im KMG zur Gänze zu eliminieren und durch Verwaltungsstrafbestimmungen zu ersetzen. In diesem Zusammenhang möchten wir darauf hinweisen, dass der ÖRAK die Auffassung vertritt, dass Justizstraftatbestände im Nebenstrafrecht, insbesondere im KMG, potentiell unverhältnismäßige Rechtsfolgen für die davon betroffenen natürlichen Personen nach sich ziehen, weil – wie etwa der VwGH judiziert hat – ein Strafverfahren wegen des Verdachts des Verstoßes gegen § 15 KMG bereits ab Einleitung die aufsichtsrechtliche Zuverlässigkeit eines Geschäftsleiters eines Kreditinstituts ausschließt (VwGH 22.2.2008, 2007/17/0201). Eine solche Entscheidung sollte jedoch im Einzelfall der wertenden Dezision der FMA vorbehalten bleiben und nicht, so wie derzeit, in einen Automatismus der Vermutung der fehlenden Zuverlässigkeit münden.

Zu § 15 Abs 1 Entwurf des KMG 2019:

Der ÖRAK regt an, den Katalog der in § 15 Abs 1 KMG 2019 enthaltenen Straftatbestände so wie im Entwurf enthalten, unverändert zu lassen und die in § 25 Abs 1 Z 1 und 2 KMG 2019 enthaltenen Strafbestimmungen, die sich auf Wertpapierangebote beziehen, ersatzlos zu streichen. Die Begründung dafür liegt darin, dass die in § 25 Abs 1 Z 1 und 2 KMG 2019 enthaltenen Straftatbestände ohnehin in § 15 Abs 1 Z 1 und Z 8 KMG enthalten sind und es in Österreich keinen Bedarf nach zusätzlicher gerichtlicher Strafbarkeit der dort enthaltenen Tatbestände gibt. Dies entspricht auch dem Anliegen der FMA.

Zu § 15 Abs 2 Entwurf des KMG 2019:

Die Worte „*im Falle einer Tatbegehung durch eine juristische Person*“ enthalten eine verfassungsrechtlich nicht ausreichend determinierte Anordnung einer Strafbarkeit von juristischen Personen, der es an jedweder Transparenz mangelt. Solches verstößt nicht bloß gegen Art 18 B-VG, sondern auch gegen Art 7 Abs 1 MRK und gegen Art 49 Abs 1 GRC. Wenn mit dieser Anordnung gemeint sein sollte, dass die Fälle der Zurechenbarkeit von Handlungen natürlicher Personen zu einer juristischen Person im KMG geregelt werden sollten, müsste eine Vorschrift nach dem Vorbild des § 156 Abs 2 und des § 156 Abs 3 BörseG 2018 in diesen Absatz - allerdings angepasst an die Strafbarkeitserfordernisse des KMG 2019 - aufgenommen werden.

Zu § 21 Entwurf des KMG 2019:

Nach der überwiegenden Lehre zum KMG alt galt, dass sofern ein Prospekt erstellt und veröffentlicht wurde, dieser aber fehlerhaft ist, solches den Anleger nicht zum Rücktritt berechtigt (Kalss in Perner/Rubin/Spitzer/Vonkilch, Festschrift für Attila Fenyves (2013) 178; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² (2015) § 11 Rz 13; aA OGH 3 Ob 97/16k in Berufung unter anderem auf Graf, Zur Nachtragspflicht des Emittenten gemäß § 6 KMG bei anfänglicher Kenntnis der Unrichtigkeit des Prospekts, *ecolex* 2015, 836). Es wäre wünschenswert, im KMG 2019 den Argumenten der Lehre Rechnung zu tragen und das Rücktrittsrecht nach § 21 KMG explizit nicht auf Unvollständigkeiten oder Unrichtigkeiten im ursprünglich fehlerhaften Prospekt zur Anwendung zu bringen. Ein derartiges Rücktrittsrecht lässt sich der Prospektverordnung nicht entnehmen. So sollte der Anleger dann nicht zum Rücktritt berechtigt sein, wenn ein Prospekt erstellt und veröffentlicht worden und (nur) sein Inhalt fehlerhaft sei.

Zu § 22 Abs 1 Z 2 Entwurf des KMG 2019:

Diese Bestimmung sollte ersatzlos entfallen. Nach dem gegenwärtig geltenden KMG und nach dem neuen Entwurf des KMG 2019 ist die zivilrechtliche Prospekthaftung von Anbietern, Zulassungsantragstellern und Garantiegebern ausreichend durch § 11 Abs 1 Z 3 KMG und § 22 Abs 1 Z 4 des Entwurfes zum KMG 2019 geregelt. Sollte dennoch an der Regelung des § 22 Abs 1 Z 2 KMG 2019 festgehalten werden, so sollte die Haftung auf grobes Verschulden eingeschränkt werden. Dies ist schon deshalb angezeigt, weil andernfalls ein Wertungswiderspruch zwischen § 22 Abs 1 Z 2 und Z 4 KMG 2019 geschaffen würde, der einerseits eine unsachliche Differenzierung von Personengruppen, andererseits eine sehr auslegungsbedürftige Vorschrift schaffen würde.

Darüber hinaus waren nach der bisherigen Rechtslage *weder Anbieter noch Zulassungsantragsteller noch deren Gehilfen* in den Kreis der haftpflichtigen Personen einbezogen, was unionsrechtlich gesehen durchaus beibehalten werden kann. Art 11 Abs 1 Prospekt-VO zwingt zu keiner Ausweitung der Prospekthaftung, da unionsrechtlich nur entweder der Emittent oder dessen Organe oder der Anbieter oder der Zulassungsantragsteller oder der Garantiegeber haften muss. Jeder Mitgliedstaat kann die Haftung auf einen, mehrere oder alle der in der Prospekt-VO genannten Personen sowie auch auf andere Personen ausdehnen [*König*, ZEuS 2004, 251 (285), *Zivny*, Kommentar zum KMG² (2016) § 11 Rz 1)]. Die Regelung stellt ein

unionsrechtlich nicht gebotenes Gold Plating von Haftungsvorschriften dar und ist, sofern sie nicht ersatzlos gestrichen wird, aus Sachlichkeitserwägungen auf grobes Verschulden der genannten Personen einzuschränken. Darüber hinaus sollte die Bezugnahme auf „*oder durch Verschulden seine Leute oder sonstige Personen, deren Tätigkeit zur Prospekterstellung herangezogen wurde*“ jedenfalls ersatzlos entfallen, weil diese Personen bereits unter § 22 Abs 1 Z 1 KMG-Entwurf erfasst sind. Soweit es sich dabei um Abschlussprüfer handelt, steht die Regelung darüber hinaus in Widerspruch zu § 22 Abs 1 Z 5 KMG-Entwurf und wirft die Frage auf, wieso zwischen Abschlussprüfern und sonstigen Gehilfen außerhalb der Abschlussprüfungstätigkeit sachlich differenziert werden kann. Der ÖRAK regt daher an, § 22 Abs 1 Z 2 KMG-2019-Entwurf ersatzlos zu streichen.

Zu § 24 Entwurf des KMG 2019 (Zweck des Emissionskalenders):

§ 24 KMG 2019 sieht im Allgemeinen weitgehend unverändert die Verpflichtungen des § 13 KMG zur Meldung anstehender Emissionen zum Emissionskalender vor; in Absatz 3 wurde die Form der Veröffentlichung von monatlich/anonymisiert auf fortlaufend angepasst, was derzeit ohnehin so stattfindet. Nicht hinterfragt hat der Ministerialentwurf, ob der ursprüngliche Zweck des § 13 KMG, nämlich, die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts durch die Einräumung der Möglichkeit, die Kapitalmarktbeanspruchung angemessen einzuschätzen, noch den heutigen Markterfordernissen entspricht. Das ist nach Ansicht des ÖRAK nicht der Fall, sodass es konsequenter gewesen wäre, die Bestimmungen zum Emissionskalender gänzlich ersatzlos zu streichen.

Zu § 24 Abs 2 Entwurf des KMG 2019:

Für den Fall der Nichtstreichung der Regelungen über den Emissionskalender ist aus rechtstechnischer Sicht folgendes anzumerken: der Entfall der Meldepflicht für Veranlagungen ist ungerechtfertigt im Vergleich zur bisherigen Rechtslage eingeschränkt worden und sollte zumindest auf folgende weitere Ausnahme erstreckt werden: § 3 Abs 1 Z 3 KMG 2019 (entspricht der bisherigen Rechtslage). Darüber hinaus stellt sich jedoch die Frage, ob die Meldepflicht nach § 24 Abs 1 KMG tatsächlich auf geschlossene AIFs erstreckt werden soll, wenn derartige AIFs an Personen angeboten werden, welche unter die Ausnahmen gemäß Art 1 Abs 4 lit e, h und i der Prospekt-VO (allerdings als Veranlagungen) fallen. Solches ist ein durch den Entwurf neu in das KMG hineingetragener Wertungswiderspruch. Deshalb sollte die Ausnahmenvorschrift von der Meldepflicht auf *Veranlagungen gem § 3 Abs 1 Z 3 KMG 2019 und auf Veranlagungen, die die Voraussetzungen des Art 1 Abs 4 lit e, h und i ProspektVO mit Ausnahme des Umstandes, dass es sich um keine übertragbaren Wertpapiere handelt, erfüllen*, erweitert werden.

Zu § 25 Entwurf des KMG 2019:

Diese Bestimmung sollte ersatzlos gestrichen werden. Sie würde nur dann nicht gegen das Verbot der Doppelbestrafung (Art 4 des 7. ZPMRK, Art 50 GRC) verstoßen, wenn ein und dieselben Verhaltensweisen im KMG-Entwurf 2019 unter Justizstrafandrohung und unter Verwaltungsstrafandrohung gesetzt werden sollen, weil § 22 Abs 1 VStG mit der Anordnung der Subsidiarität des Verwaltungsstraftatbestandes den Vorrang des Justizstraftatbestandes in § 25 KMG 2019 vor den Verwaltungsstraftatbeständen §§ 10

und 15 KMG 2019 normieren würde. Dies setzte allerdings beim „Anbieten von Wertpapieren oder Veranlagungen im Zusammenhang mit einem prospektpflichtigen öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder Veranlagungen“ und einer „Verletzung der Veröffentlichungspflichten der Art 3 und 5 ProspektVO“ eine Identität des Beschuldigtenkreises voraus. Solches ist bei juristischen Personen als Zurechnungssubjekten allerdings im Hinblick auf die Regelungen des § 3 VbVG und § 25 KMG 2019 im Justizstrafrecht und den davon abweichenden Regelungen für juristische Personen im VStG und in den §§ 10 und 15 KMG 2019 andererseits mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht gegeben. Daher wird - abgesehen von der unklaren Zuständigkeit für die Einleitung des jeweiligen (Justiz- oder Verwaltungsstraf-) Verfahrens – durch § 25 KMG 2019 tatsächlich die Gefahr einer Doppelbestrafung juristischer Personen eröffnet.

Wie bereits erwähnt regt der ÖRAK an, im Einvernehmen mit der FMA die entsprechenden Regelungen in Verwaltungsstraftatbestände umzuwandeln und in § 10 KMG (in § 15 Abs 1 KMG 2019 ist keine Ergänzung notwendig) aufzunehmen. Die Sinnhaftigkeit dieser Gerichtsstrafdrohung für prospektloses Anbieten von Wertpapieren oder Veranlagungen war schon bis dato für den ÖRAK und weite Fachkreise nicht wirklich nachvollziehbar und hat sich in der Vergangenheit, wohl aufgrund der gravierenden Strafdrohung (Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahre) praktisch offenbar nicht durchgesetzt: So hat die FMA im Zeitraum 2013-2017 jährlich zwischen zwei und 21 Anzeigen (im Jahresdurchschnitt 11) wegen prospektlosem Anbieten, und zwar sowohl für Wertpapier- als auch für Veranlagungsprospekt-Tatbestände, an die Staatsanwaltschaft erstattet. Ob und zu wie vielen Verurteilungen es aufgrund dieser überschaubaren Anzahl von Anzeigen gekommen ist, lässt sich aus keiner Statistik ablesen, aber es ist eine äußerst geringe Anzahl zu vermuten. Der Ministerialentwurf hat es in diesem Zusammenhang verabsäumt, das Kapitalmarktrecht entsprechend zu entkriminalisieren und für eine einheitliche (Verwaltungsstraf-) Zuständigkeit mit rascheren Entscheidungen und einer vereinheitlichten Rechtsprechung zu sorgen. Die Kehrseite ist allerdings für derzeit potentiell kriminalisierte prospektlose Anbieter ebenfalls interessant: Während sie derzeit mit einer hohen, aber nicht sehr wahrscheinlichen Gerichtsstrafe rechnen müssen, hätten sie bei konsequenter Umsetzung als Verwaltungsstrafbestimmung mit hoher Wahrscheinlichkeit mit empfindlichen Verwaltungsstrafen zu rechnen, da ja die FMA bereits jetzt in anderen Verwaltungsstrafbereichen durchaus herzhaf eingreift.

Der ÖRAK regt somit an, § 25 KMG 2019 zu streichen und entsprechende Verwaltungsstraftatbestände für Verletzungen der Bestimmungen für das Angebot von Veranlagungen, soweit erforderlich, in § 10 KMG 2019 zu integrieren.

Zu §§ 28, 29 Entwurf des KMG 2019:

Hier wäre in den Erläuternden Bemerkungen klarzustellen, dass § 28 KMG 2019 § 17c KMG alt (und nicht § 17a KMG alt) entspricht. Auch bei § 29 KMG 2019 wäre der Verweis auf das KMG alt richtig zu stellen.

Zu § 30 Entwurf des KMG 2019:

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist nach Ansicht des ÖRAK die Aufnahme einer Übergangsbestimmung geboten. Um Klarheit für die Praxis zu gewinnen und die

Transparenz zu erhöhen, regt der ÖRAK an, als § 30 Abs 3 KMG 2019 folgende Übergangsbestimmung einzufügen:

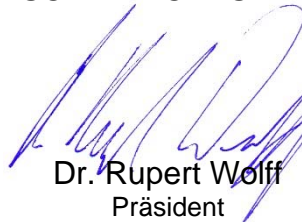
„Auf Prospekte und prospektersetzende Dokumente, die in Bezug auf Wertpapiere vor dem 21.Juli 2019 gebilligt oder in Bezug auf Veranlagungen vor dem 21.Juli 2019 veröffentlicht wurden, ist dieses Bundesgesetz (KMG 2019) nicht anzuwenden.“

Der ÖRAK bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag

Wien, am 7. März 2019

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

