

KAMMER DER
WIRTSCHAFTSTREUHÄNDER

Unser Zeichen 2205/08/MK

Sachbearbeiter Mag. Knotek/PM

Telefon +43 | 1 | 811 73-252

eMail knotek@kwt.or.at

Datum 21. Juli 2008

BUNDESMINISTERIUM FÜR FINANZEN
z.H. Frau Gruppenleiterin Mag. Bernadette Gierlinger
BMF – VI/1
Hintere Zollamtsstraße 2b
1030 Wien

Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesgesetz über Investmentgesellschaften (Investmentgesellschaftengesetz – IGG) erlassen wird und das Körperschaftsteuergesetz 1988 geändert wird – Kapitalmarktstärkungs- und Innovationsgesetz 2008 (KMStIG 2008)

(GZ.: BMF-010000/0014-VI/5/2008)

Sehr geehrte Frau Mag. Gierlinger,

die Kammer der Wirtschaftstreuhänder dankt für die Einladung zur Abgabe einer Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesgesetz über Investmentgesellschaften (Investmentgesellschaftengesetz – IGG) erlassen wird und das Körperschaftsteuergesetz 1988 geändert wird – Kapitalmarktstärkungs- und Innovationsgesetz 2008 (KMStIG 2008), und teilt wie folgt mit:

**Ad Artikel 1 Bundesgesetz über
Investmentgesellschaften (Investmentgesellschaftengesetz – IGG)**

Grundsätzliches

Die Kammer der Wirtschaftstreuhänder begrüßt ausdrücklich die Absicht, den Bereich von Private-Equity-Finanzierungen durch den vorliegenden Gesetzesentwurf zu stärken und zu fördern. Als Gesamtbeurteilung lässt sich festhalten, dass der vorliegende Gesetzesentwurf – unter Beachtung der nachfolgend angeführten Verbesserungen – einen wichtigen Fortschritt gegenüber den derzeit bestehenden und für PE-Finanzierungen wichtigen Regelungen für Mittelstandsfinanzierungsgesellschaften darstellt. Da die österreichische Wirtschaft auch in Zukunft ganz wesentlich vom

Mittelstand getragen wird, wird es wohl unabdingbar sein, auch für dieses Segment die Eigenkapitalfinanzierung zu erleichtern, wobei insbesondere an die Expansion und Nachfolge zu denken ist.

Nicht nachvollziehbar sind allerdings die Ausführungen in den Erläuternden Bemerkungen betreffend finanzielle Auswirkungen des IGG:

Der Gesetzesentwurf sieht für Investmentgesellschaften eine Steuerbefreiung für Veräußerungsgewinne aus nationalen Beteiligungen vor. Diese Steuerbefreiung setzt allerdings im Wesentlichen nur die seit 1994 bestehende Rechtslage für Mittelstandsfinanzierungsgesellschaften fort, die durch eine Novelle mit Wirkung ab 2008 wesentlich eingeschränkt wurde. Eine neue oder zusätzliche Begünstigung ist im Vergleich zur bis Ende 2007 geltenden Rechtslage im Wesentlichen nicht gegeben. Symmetrisch dazu bleiben auch negative Entwicklungen von Beteiligungen für ertragsteuerliche Zwecke unberücksichtigt.

Die im Vorblatt zu den Erläuternden Bemerkungen geäußerte Erwartung von Mindereinnahmen bei der Körperschaftsteuer von insgesamt MEUR 200 jährlich ist nicht nachvollziehbar. Ein derartiger Steuerausfall setzt zusätzlich steuerfrei gestellte Veräußerungsgewinne (Veräußerungserlöse abzüglich Anschaffungskosten!) von MEUR 800 pro Jahr voraus. Bedenkt man jedoch, dass im Jahr 2007 Mittelstandsfinanzierungsgesellschaften insgesamt Veräußerungserlöse (vor Abzug der Anschaffungskosten) von MEUR 210 erzielt haben, was einen neuen Spitzenwert darstellt (Quelle: AVCO), und darin auch Auslandsbeteiligungen und fehlgeschlagene Investments enthalten sind, wird offensichtlich, dass der in den EB geschätzte Steuerausfall völlig unrealistisch (weil viel zu hoch) ist.

Definitionen (§ 1)

- **Definition Investmentgesellschaften (§ 1 Z 1 IGG):**

Investmentgesellschaften können als Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften gegründet werden. Nur für die Variante Kommanditgesellschaften bestehen Einschränkungen hinsichtlich des Gesellschafterkreises. Investoren aus Drittländern (zB Schweiz), Privatstiftungen und generell natürliche Personen werden als Investoren ausgeschlossen. Den Erläuternden Bemerkungen ist nicht zu entnehmen, warum diese Einschränkung notwendig ist. Jedenfalls steht dies im Widerspruch zur vom Gesetz intendierten Stärkung der PE/VC-Wirtschaft in Österreich und den Bemühungen um eine Internationalisierung (Anziehung ausländischen Kapitals). Es wird daher angeregt, diese Einschränkung zu streichen.

Ebenso ist nicht ersichtlich, warum das Geschäftsjahr einer IGG dem Kalenderjahr entsprechen muss. § 1 Z 1 lit d IGG sollte daher entfallen.

Angemerkt sei, dass in den Erläuternden Bemerkungen ausgeführt wird, dass die Einlage eines Investors in eine Investment-Kommanditgesellschaft mindestens EUR 125.000 zu betragen hat. Hier

dürfte es sich um einen Redaktionsfehler handeln, da der Gesetzeswortlaut im § 4 Abs 2 einen Betrag von EUR 50.000 vorsieht.

In § 1 Z 1 lit a sublit aa soll es besser heißen (Verbesserung des Textes in Fettdruck):

„(...) einer inländischen Kommanditgesellschaft, an der ausschließlich inländische und diesen vergleichbare ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz ~~im EU/EWR-Raum~~ **in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes (...),**“

- **Definition der Anlage in Risikokapital (§ 1 Z 4 IGG):**

Eine Anlage in Risikokapital erfordert, dass sie „zum Zwecke der Geschäftseinführung eines Unternehmens, dessen Entwicklung zu einem profitablen Unternehmen oder der Entwicklung der Kapitalmarktreife des Unternehmens mit dem Ziel der Börsennotierung“ erfolgt. Außerdem wird die Beteiligung an Holdinggesellschaften untersagt.

Die verwendeten Begriffe sind weder legaldefiniert noch handelt es sich um allgemein gebräuchliche termini technici, sodass die Regelung hochgradig unbestimmt ist (z.B.: Bedeutet die Alternative „Entwicklung zu einem profitablen Unternehmen“, dass das Unternehmen im Jahr vor dem Einstieg einer IG einen Bilanzverlust (oder einen Jahresfehlbetrag oder ein negatives Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit) haben muss?). Auch die dazu nur bruchstückhaft vorhandenen Erläuternden Bemerkungen bringen nicht Klarheit, sondern vergrößern die Verwirrung (zB der Satz über Nachfolgelösungen). Der Rechtsanwender wird nicht beurteilen können, ob eine konkrete Beteiligungstransaktion nun vom Gesetzeswortlaut gedeckt ist oder nicht; der Auslegungsspielraum ist nahezu unbegrenzt. Auch gibt es keine „Stelle“, die ex ante darüber befinden würde, ob eine Beteiligungstransaktion im Gesetz Deckung findet. Diese Rechtsunsicherheit in einem zentralen Bereich dieses Gesetzes ist unzumutbar und würde zu einer weitgehenden Unanwendbarkeit des Gesetzes führen.

Der vorliegende Gesetzestext scheint auch den in der Praxis wichtigen Bereich von Expansionsfinanzierungen eines bereits eingeführten Geschäftsmodells (zB in neue Märkte) auszuschließen.

Generell stellt sich die Frage, warum keine breitere Definition erfolgt, zB: *“Der Erwerb von Beteiligungen im Sinne der Ziffer 5 und Annexfinanzierungen im Sinne der Ziffer 6 in der Absicht, die Geschäftstätigkeit der Beteiligungsunternehmen zu fördern und zu entwickeln und zur Unternehmenswertsteigerung der Beteiligungsunternehmen beizutragen”*.

Weiters ist nicht ersichtlich, warum das Buy-Out-Geschäft generell ausgeschlossen werden soll. Die Übernahme von Unternehmen, in der Regel gemeinsam mit Partnern (zB Management Buy-Out, Unternehmensnachfolgelösungen, etc), stellt einen wesentlichen Geschäftsbereich von Private Equity-Unternehmen dar. Das Verbot von Buy-Out-Transaktionen hätte gravierende nachteilige Folgen für die Branche, ohne dass dafür irgendein triftiger Grund ersichtlich wäre.

Schließlich sei angemerkt, dass Unternehmensübernahmen gemeinsam mit Partnern in der Regel über gemeinsame Holdinggesellschaften abgewickelt werden. Durch das generelle Verbot der Beteiligung an Holdinggesellschaften, wird auch dies verunmöglicht. Wir ersuchen dringend, die Notwendigkeit dieser Einschränkung zu überdenken.

- **Zuzahlungen (§ 1 Z 6 IGG):**

Die Systematik des Gesetzesentwurfes sieht vor, dass in Z 5 (Beteiligungen) Eigenkapitaltitel erfasst sind, während unter Z 6 (Annexfinanzierung) steuerliche Fremdkapitaltitel aufgezählt werden sollen. Unserer Meinung nach sind die „Zuzahlungen“ in Z 6 lit e falsch eingeordnet. Die Ergänzung „ausgenommen bare Zuzahlungen gemäß Aktiengesetz 1965“ in Verbindung mit den Ausführungen in den Erläuterungen scheint nicht ausreichend umfassend zu sein.

Zuzahlungen können bei verschiedenen gesellschaftsrechtlich veranlassten Vorgängen stattfinden und stellen Eigenkapital dar (zB ein „klassischer“ Gesellschafterzuschuss). Es wird angeregt, sich an § 229 Abs 2 UGB zu orientieren und den Begriff „Zuzahlungen“ in die Z 5 zu verschieben.

- **Definition Gesellschaftskapital (§ 1 Z 7 IGG):**

Es ist international üblich, dass sich Investoren bei Private Equity-Gesellschaften verpflichten, „kommitiertes Kapital“ in bestimmter Höhe aufzubringen. Der Gesetzesentwurf spiegelt dieses Konzept nur hinsichtlich Kommanditgesellschaften richtig wider. Die Definition für Aktiengesellschaften greift zu kurz und müsste wie folgt lauten: *„Bei Aktiengesellschaften das Grundkapital samt Agio und die Verpflichtungen zu sonstigen Zuzahlungen der Investoren an die Investmentgesellschaft.“*

Gesellschaftskapital (§ 4 IGG)

Der Gesetzeswortlaut sieht ein Gesellschaftskapital (für eine Investment-KG als auch eine Investment-AG) von mindestens MEUR 2 vor. Die Einlage eines Investors in eine Investment-KG hat mindestens TEUR 50 zu betragen, wobei mindestens TEUR 25 bei Zeichnung bar einzuzahlen sind.

Allerdings enthalten die Erläuternden Bemerkungen Aussagen, die weit darüber hinaus gehen und nicht im Gesetzeswortlaut Deckung finden. Demnach müssen 50 % der Einlage vom Gesellschafter sofort bei Zeichnung bar eingezahlt werden. Außerdem müsse bei Investment-AGs die Stückelung der Nennbetragsaktien mindestens TEUR 50 betragen.

Abgesehen davon, dass die EB nicht mit dem Gesetzeswortlaut zusammenpassen, regen wir an, § 4 Abs 1 und 2 so zu formulieren, dass sie nicht im Gegensatz zur international üblichen Praxis von Private Equity-Gesellschaften stehen: Nach den nationalen und internationalen Branchenusancen sagt der Investor einer Private Equity-Gesellschaft einen bestimmten maximalen Investitionsbeitrag zu („kommitiertes Kapital“), wobei die PE-Gesellschaft nach Maßgabe des Investmentfortschritts das erforderliche Kapital vom Gesellschafter abrufen („Capital Call“). Diese Praxis erhöht die Rendite auf das eingesetzte Kapital und verhindert das „Herumliegen“ von überschüssiger Liquidität.

Um nicht in Widerspruch zur PE-Praxis zu geraten, regen wir daher an, keine Mindesteinzahlungen vorzusehen, die nicht ohnedies gesetzlich gegeben sind (mindestens 25 % gemäß § 28a AktG).

§ 4 Abs 3 IGG scheint überflüssig und könnte ersatzlos entfallen.

Geschäftsgegenstand (§ 5 IGG)

Der Regelungsgehalt des Abs 2 ist unklar und erschließt sich auch nicht aus den erläuternden Bemerkungen. Unserer Meinung nach sollte er zur Vermeidung von Unklarheiten ersatzlos entfallen.

In Abs 3 sollte ergänzt werden, dass nicht nur die Bestimmungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2007, sondern auch des Bankwesengesetzes (BWG) im übrigen nicht anzuwenden sind.

Manager (§ 6 IGG)

Der Paragraph übernimmt Teile des BWG/WAG („Fit & Proper-Test“) und der Gewerbeordnung. Völlig unklar ist allerdings, wer bzw welche Institution/Stelle die Voraussetzungen prüft sowie welche Konsequenzen eine Verletzung der in den Ziffern 1-6 aufgezählten Voraussetzungen hat.

Ziffer 1 scheint der Gewerbeordnung entnommen zu sein, wobei allerdings die Gewerbeordnung Nachsichtsregelungen enthält, die nicht in das IGG übernommen werden. Jedenfalls bedarf die Ziffer 1 einer Modifikation, wie sich plakativ aus folgendem Beispiel ersehen lässt: Da PE-Unternehmen Risikokapital zur Verfügung stellen, kommt es nicht selten vor, dass Beteiligungen in Insolvenz fallen. § 6 Z 1 IGG würde wohl dazu führen, dass entweder die Risikoneigung der Manager deutlich reduziert wird, womit die Grundidee von Private Equity konterkariert werden würde, oder es wird bald keine erfahrenen Manager mehr geben, weil sie durch diese Bestimmung ausgeschlossen werden. Die volkswirtschaftlich wichtige Übernahme von sanierungsbedürftigen Unternehmen würde daher praktisch nicht mehr stattfinden.

Zu § 6 und § 17 IGG

An verschiedenen Stellen wird vom „Geschäftsleiter“ gesprochen. Gemeint sind damit offenbar die Geschäftsführer bzw. die Mitglieder des Vorstandes der Managementgesellschaft. Ist beabsichtigt, aus Gründen der besseren Lesbarkeit nur den Begriff des Geschäftsleiters zu verwenden, muss dieser wohl in § 1 IGG definiert werden.

In § 6 Z 5 und 6 soll es besser heißen (Verbesserung des Textes in Fettdruck bzw gestrichene Passagen):

„5. mindestens ein Manager hat den Mittelpunkt seiner Lebensinteressen in Österreich zu haben;

6. mindestens ein Manager ~~hat~~ **beherrscht** die deutsche Sprache ~~zu beherrschen~~.“

Beteiligungen (§ 7 IGG)

Um eine gewisse Risikostreuung sicher zu stellen, dürfen einzelne Beteiligungen *einen Anteil „am Eigenkapital gemäß § 224 Abs 3 lit A UGB der Investmentgesellschaft von 25 % zum Anschaffungszeitpunkt nicht überschreiten“*.

Der Satzbau scheint zu erfordern, dass „zum Anschaffungszeitpunkt“ eine Zwischenbilanz aufgestellt werden muss, um das aktuelle Eigenkapital zu ermitteln. Dies ist praktisch unmöglich. Aber auch das alternative Abstellen auf das Eigenkapital gem § 224 Abs 3 lit a UGB des letzten Jahresabschlusses vor Beteiligungserwerb halten wir für untauglich, da es mit dem üblichen Konzept des „kommitierten Kapitals“ nicht zusammenpasst.

Im Hinblick auf den Sinn und Zweck einer solchen Bestimmung regen wir daher an, auf das im § 1 Z 7 IGG definierte Gesellschaftskapital abzustellen. Dieses repräsentiert das „Fonds-Volumen“ (=Summe des von den Investoren verbindlich zugesagten Eigenkapitals), auf diese Kapital hat sich die Risikostreuung zu beziehen. Anderenfalls könnten z.B. zu Beginn der Fondslaufzeit oder nach einem Fehlinvestment, das zu einer Beteiligungsabschreibung und damit zur buchmäßigen Eigenkapitalreduktion führt, nur „Mini-Beteiligungen“ erworben werden.

Depotbank (§§ 8 bis 10 IGG)

Die Bestimmungen sind dem Luxemburger Sicar-Gesetz entlehnt, wobei in Luxemburg einerseits die Depotbank in ein System der „schlanken Beaufsichtigung“ durch die CSSF (= Luxemburger FMA) eingebunden ist und andererseits in Luxemburg eine sehr gut entwickelte „Depotbank—Industrie“ besteht, die es in Österreich nicht gibt. Die Bestimmungen zur Depotbank sind daher aus dem Zusammenhang gerissen und scheinen praktisch undurchführbar. Wie etwa soll eine stille Beteiligung, ein Kommanditanteil oder ein GmbH-Anteil von einer Depotbank verwahrt werden?! Nur in Geld bestehende Vermögenswerte oder Aktienbeteiligungen könnten von einer Depotbank verwahrt werden.

Wenn eine Überwachung von PE-Unternehmen gewünscht ist, sollte dies – wie etwa auch in Luxemburg – durch ein vereinfachtes Verfahren durch die Finanzmarktaufsicht erfolgen. Eine Depotbank kann dies materiell nicht leisten, insbesondere wenn die Bestimmungen praktisch undurchführbar sind.

Zu § 8 und § 9 IGG

In rein textlicher Hinsicht sollte es in **§ 8 Abs 1** besser heißen (Verbesserung des Textes in Fettdruck bzw gestrichene Passagen):

*„(...) eine gemäß § 9 Abs. 4 BWG errichtete inländische Zweigstelle eines ~~EWK-Kreditinstitutes~~
in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums zugelassenen
Kreditinstituts im Sinne von Art. 4 Nummer 1 der Richtlinie 2006/48/EG bestellt werden.“*

Fraglich scheint, ob der zweite Absatz des § 8 mit der Überschrift *Verwahrung und Kontoführung (Die Haftung der Depotbank wird durch die vollständige oder teilweise Übertragung der verwahrten Vermögenswerte auf Dritte nicht berührt.)* nicht besser in den § 9 Haftung einzufügen wäre.

Zu **Abs 3** ist folgendes anzumerken: Die Formulierungen in **Z 1** und **Z 3** beschreiben eine Verpflichtung, dass Depotbanken für die zeitgerechte Erlegung des Zeichnungsbetrages bzw für die satzungsgemäße Ertragsverwendung zu „sorgen“ hat. Die Depotbank hat jedoch keinen Einfluss auf das Verhalten der Investoren, sie kann daher nicht dafür "sorgen", dass der Zeichnungspreis fristgerecht eingeht. Auch gibt es nicht voll eingezahlte Aktien.

Die Depotbank kann nur informieren, wenn der Zeichnungspreis (und auch nur bei Fristsetzung) auf einem Konto der IG fristgerecht eingelangt ist. Gleiches gilt für die „Sorge“ in Bezug auf die satzungsgemäße Ertragsverwendung. Eine derartige Kontrolle steht unter dem Vorbehalt des tatsächlichen Eingangs auf dem Depotbank-Konto der IG.

Außerdem ist die Regelung der **Z 2** wohl überschießend, weshalb sie nicht administrierbar wird. Da sich ja fast alle Geschäfte auf das Vermögen der Gesellschaft beziehen, vom Einkauf des Büromaterials bis zur Einforderung und Zahlung von Gewinnanteilen, wäre die Depotbank stets in das gesamte operative Geschäft einzubeziehen, was wohl nicht gewollt sein kann und auch für die praktische Handhabung der betroffenen Wirtschaftstreibenden nicht erwünscht wird.

Informationsdokument (§ 12 IGG)

Dieser Abschnitt gemeinsam mit den Bestimmungen über die Depotbank soll scheinbar eine Beaufsichtigung durch die FMA substituieren. Das Bemühen um Anlegerschutz wird anerkannt, sollte aber mit Augenmaß erfolgen. Dementsprechend sollte etwa eine Differenzierung zwischen Investment-AG und Investment-KG erfolgen, da letztere definitionsgemäß nur qualifizierte institutionelle Investoren haben darf.

Weiters scheint das Ausmaß der laut Anlage A im Informationsdokument quartalsweise zur Verfügung zu stellenden Informationen überschießend. Das Ausmaß geht über jenes von Unternehmen im ATX hinaus. Auch in Luxemburg kommt man mit einem Jahresbericht und einem Bericht zum Halbjahr über die aktuellen Verkehrswerte der Beteiligungen aus.

Bereits in der Vergangenheit haben Investoren laufend Informationen von PE-Gesellschaften erhalten. Diesbezüglich hat sich über das letzte Jahrzehnt hinweg auch in Österreich ein Branchenstandard entwickelt. So hat etwa die AVCO (Austrian Private Equity and Venture Capital Organisation) im intensiven Bemühen um einen tauglichen Rahmen für Transparenz und Anlegerschutz zusammen mit Investorenvertretern und basierend auf internationalen „Good Practise“-Ansätzen bereits 2005 einen „Code of good Governance“ erarbeitet, dem sich die AVCO-Mitglieder durch freiwilligen Beitritt unterwerfen. Dies entspricht sinngemäß dem Corporate Governance-Kodex für Kapitalmarktunternehmen. Im Sinne der Stärkung des Anlegerschutzes im Rahmen des IGG könnte ein sinnvoller Weg sein, Zentralelemente dieses Code of good Governance in Form einer Verordnung bzw. eines Erlasses des BMF oder der FMA zu kodifizieren und damit rechtsverbindlich und aus Anlegersicht durchsetzbar zu machen. Dies scheint bei weitem praktikabler als Anlage A des IGG-Entwurfes, dessen Informationstiefe sehr unbestimmt erscheint.

Generell ist anzumerken, dass sich für PE-Gesellschaften vielfach das Problem der Informationsbeschaffung hinsichtlich Beteiligungsunternehmen stellen wird, insbesondere wenn Minderheitsbeteiligungen gehalten werden. Schließlich ergibt sich ein Spannungsverhältnis zu begründeten Interessen der Beteiligungsunternehmen und der Beteiligungsgesellschaften (Geschäftsgeheimnisse, Beteiligung an „privaten“ nicht offenkundigspflichtigen Unternehmen, etc). Eine zu weit gehende und detaillierte Transparenz an eine undifferenzierte Öffentlichkeit könnte das Zustandekommen von Transaktionen in vielen Fällen gefährden bzw. verhindern.

Zu § 13 Abs 4 IGG

§ 13 Abs 4 wird in der vorliegenden Form aufgrund unbestimmter Begriffe („alle wesentlichen Informationen“, in vollständiger Sachkenntnis“) abgelehnt. Wir regen an, jene Informationen taxativ aufzuzählen, die über die Anforderungen des § 243 UGB hinausgehen.

Zu § 17 Z 8 IGG

Nach dieser Bestimmung begeht eine strafbare Verwaltungsübertretung, wer es als Abschlussprüfer unterlässt, den Jahresabschluss und den Lagebericht der Investmentgesellschaft gemäß § 13 Abs. 3 IGG zu prüfen.

Norminhalt und Zweck dieser Regelung ist völlig unklar. Eine vergleichbare Vorschrift ist in den einschlägigen unternehmensrechtlichen Vorschriften (§§ 268ff UGB) bisher nicht zu finden und kann daher nur als Kuriosum eingestuft werden! Dem Abschlussprüfer muss es doch wohl in jedem Fall offen stehen, eine erfolgte Wahl bzw. eine Auftragserteilung abzulehnen! Hat der Abschlussprüfer den Prüfungsauftrag angenommen, so gilt grundsätzlich § 270 Abs 6 und 7 UGB.

Es wird vorgeschlagen, die gegenständliche Bestimmung ersatzlos zu streichen.

Zu § 17 Z 10 IGG

Analog zu § 16 sollte auch im § 17 Z 10 auf die Eintragung und nicht die Aufnahme einer Investmentgesellschaft abgestellt werden.

§ 16 IGG idF KMStIG 2008 – 207/ME (XXIII. GP) sieht vor, dass die Eintragung einer Gesellschaft in die Liste der Investmentgesellschaften nicht so beschrieben werden darf, dass sie eine positive Wertung der Qualität der Anteile nahe legen könnte. In den Erläuternden Bemerkungen (S. 8) heißt es dazu: *Die IG kann die Eintragung in die Liste der Investmentgesellschaften ihren Investoren gegenüber gesondert bekannt geben, dies auch in den zu veröffentlichenden Informations- und sonstigen Dokumenten darlegen oder in der Werbung darauf hinweisen, es darf jedoch damit keine Botschaft verknüpft werden, wonach die Eintragung in die Liste eine besondere Qualität der Anteile zum Ausdruck bringt.*

Es soll dann aber auch entsprechend in § 17 Z 10 IGG idF KMStIG 2008 – 207/ME (XXIII. GP) sanktioniert werden, dass die Eintragung in die Liste als besonderes Qualitätsmerkmal beschrieben wird (Verbesserung des Textes in Fettdruck bzw gestrichene Passagen):

10. *als Manager oder Geschäftsleiter einer Managementgesellschaft die ~~Investmentgesellschaften zur Aufnahme~~ **Eintragung** in die Liste der Investmentgesellschaften entgegen § 16 beschreibt;*

Sanktionen (§ 18 IGG)

Die Strafdrohung einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren für „unrichtige“ Aussagen im Informationsdokument, dessen Inhaltsverzeichnis große Interpretationsspielräume offen lässt, erscheint nicht angemessen. Der Strafrahmen sollte max dem Strafrahmen des § 255 AktG entsprechen.

Zu § 19 IGG

Da es sich um eine steuerliche Bestimmung handelt, sollte diese Bestimmung in das KStG aufgenommen werden.

Zur Anlage A Pkt 13 Hauptaktionäre

Wenn tatsächlich "Haupt"aktionäre ab 2 % des Kapitals offenzulegen wären, dann bedeutet dies bei einem Gesellschaftskapital von EUR 2 Mio (§ 4 Abs 1) und einer Mindesteinlage von EUR 50.000 (falls diese Mindesteinlage nicht nur bei der Investment-Kommanditgesellschaft, sondern auch bei der direkten Investment-Aktiengesellschaft eingeführt werden sollte), dass nicht nur Hauptaktionäre, sondern alle Investoren (Untergrenze EUR 40.000) offenzulegen wären.

Wir regen an, die Grenze auf zumindest 5 % anzuheben.

Ad Artikel 2
Änderung des Körperschaftsteuergesetzes 1988

Zu Z 1 und 2 (§ 5 und § 6c KStG 1988)

In § 5 Z 15 und § 6c Abs 1 und 2 sollte „Investment-Aktiengesellschaften und Kapitalgesellschaften als Kommanditisten ...“ ersetzt werden durch „Investment-Aktiengesellschaften und Investoren als Kommanditisten...“.

Zu Z 2 (§ 6c KStG 1988)

- **Zu Abs 1**

In **Abs 1** sollte es heißen (Verbesserung des Textes in Fettdruck bzw gestrichene Passagen):

„Investment-Aktiengesellschaften und Kapitalgesellschaften als Kommanditisten von Investment-Kommanditgesellschaften im Sinne des ~~§ 5 Z 15~~ Bundesgesetzes über Investmentgesellschaften (Investmentgesellschaftengesetz – IGG, BGBl. I Nr. xxx/200x) sind befreit hinsichtlich der

*- Gewinne ~~und Verluste~~ aus der Veräußerung sowie sonstigen **positiven** Wertänderungen aus von der Investmentgesellschaft unmittelbar gehaltenen Beteiligungen im Sinne des § 10 Abs. 1 und 2 – jedoch unabhängig von Beteiligungsausmaß und Behaltedauer – und*

- Gewinne ~~und Verluste~~ aus der Veräußerung von von der Investmentgesellschaft unmittelbar gehaltenen Mitunternehmeranteilen,

soweit die Beteiligungen und Mitunternehmeranteile die Voraussetzungen des § 7 des Investmentgesellschaftengesetzes erfüllen.

Entsprechend bleiben die Verluste aus der Veräußerung sowie sonstige negative Wertänderungen aus von der Investmentgesellschaft unmittelbar gehaltenen Beteiligungen im Sinne des § 10 Abs. 1 und 2 – jedoch unabhängig von Beteiligungsausmaß und Behaltedauer – und Verluste aus der Veräußerung von von der Investmentgesellschaft unmittelbar gehaltenen Mitunternehmeranteilen bei der Ermittlung der Einkünfte außer Ansatz.

§ 10 Abs. 3 ist nicht anzuwenden. § 10 Abs. 4 ist anzuwenden“

Mit dieser Formulierung wird ein „Doppel-Verweis“ – zunächst auf die Vorschrift des § 5 Z 15 KStG idF KMStG 2008, die ihrerseits wiederum auf das Investmentgesellschaftengesetz (IGG) verweist – vermieden.

Die Formulierung, dass die genannten Gesellschaften hinsichtlich der Gewinne **und Verluste** aus der Veräußerung bestimmter Beteiligungen **befreit** sind, ist verunglückt. Verluste sind allenfalls nicht steuerwirksam und somit bei Ermittlung des steuerlichen Ergebnisses der Investment-Aktiengesellschaften und Kapitalgesellschaften, die Kommanditisten von Investment-Kommanditgesellschaften sind, nicht zu berücksichtigen (siehe auch die Erläuternden Bemerkungen, wo von der Steuerneutralität der Substanzgewinne und –verluste die Rede ist; S. 8).

Anzumerken ist, dass der Verweis auf § 10 Abs 2 KStG gemeinschaftsrechtliche Probleme aufwirft. Der VwGH hat in seiner Entscheidung vom 17.04.2008, 2008/15/0064, klargestellt, dass das Abstellen auf eine Beteiligung in der Höhe von mindestens 10 % in § 10 Abs 2 KStG und das gleichzeitige Fehlen eines entsprechenden Mindestbeteiligungserfordernisses in § 10 Abs 1 KStG gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 Abs 1 EG verstößt. Nach § 6c Abs 1 KStG idF KMStIG 2008 stellt sich nun aber das gleichgelagerte Problem. Investmentgesellschaften könnten davon abgehalten werden, Portfoliobeteiligungen an ausländischen Körperschaften zu erwerben, da sie mit den Gewinnen aus deren Veräußerung nicht von der österreichischen Körperschaftsteuer befreit wären, mit Gewinnen aus der Veräußerung von Beteiligungen an inländischen Kapitalgesellschaften aber – unabhängig vom Beteiligungsausmaß – sehr wohl.

- **Zu Abs 2**

In Abs 2 sollte es heißen (Verbesserung des Textes in Fettdruck bzw gestrichene Passagen):

*„Investment-Aktiengesellschaften und Kapitalgesellschaften als Kommanditisten von Investment-Kommanditgesellschaften im Sinne des ~~§ 5 Z 15~~ **Bundesgesetzes über Investmentgesellschaften (Investmentgesellschaftengesetz – IGG, BGBl. I Nr. xxx/200x)** sind (...)“*

Mit dieser Formulierung wird ein „Doppel-Verweis“ – zunächst auf die Vorschrift des § 5 Z 15 KStG idF KMStIG 2008, die ihrerseits wiederum auf das Investmentgesellschaftengesetz (IGG) verweist – vermieden.

Überdies sind die Rechtsfolgen von Ertragsziehungen aus Annexfinanzierungen **unklar**. Im vorliegenden Gesetzestext ist einerseits die Rede von „**Gewinnen aus Einkünften** im Sinne des § 27 Abs 1 Z 2 und 4 EStG 1988“ und andererseits werden „**Zinsen aus Genussrechten**, die **nicht** unter **§ 8 Abs 3 Z 1** fallen“ angeführt. Aus der gewählten Formulierung lässt sich eine gedankliche Trennung zwischen Zinsen aus obligationsähnlichen Genussrechten und anderen bestimmten Vergütungen bzw Zinsen im Bereich der Einkünfte aus Kapitalvermögen ableiten und außerdem eine offenbar unterschiedliche Behandlung der jeweiligen Erträge entnehmen. Warum einerseits der Begriff „Gewinne aus Einkünften“ und andererseits der Begriff „Zinsen“ verwendet wird, ist nicht nachvollziehbar. Grundsätzlich wird der Begriff „Einkünfte“ stets im Sinne einer Nettogröße verstanden, nur bei endbesteuerten Einkünften kommt ein Ausgabenabzug nicht in Betracht, wodurch der Begriff sodann zu einer Bruttogröße wird. Dies trifft aber auf Einkünfte iSd § 27 Abs 1 Z 2 und Z 4 EStG nicht zwingend zu. Die Verwendung „Gewinne aus Einkünften“ ergibt überhaupt keinen Sinn mehr.

Zinsen aus obligatorischen Genussrechten (im Gegensatz zu den Substanzgenussrechten nach § 8 Abs 3 Z 1 KStG 1988) sind außerdem ohnehin von § 27 Abs 1 Z 4 EStG erfasst (vgl. EStR 2000 Rz 6139). Diese gesondert anzuführen scheint daher nur dann Sinn zu machen, wenn tatsächlich die Zinsen aus obligatorischen Genussrechten befreit sind, während bei anderen Zinsen iSd § 27 Abs 1 Z 4 EStG 1988 zunächst damit zusammenhängende Ausgaben – sofern es sich dabei nicht um Fremdfinanzierungsaufwendungen handelt (siehe § 12 Abs 4 KStG idF KMStIG-ME) – abzuziehen sind und tatsächlich der Gewinn steuerbefreit ist. Dies lässt sich der vorgeschlagenen Formulierung aber nicht unzweifelhaft entnehmen.

Zur **Ziffer 3** ist anzumerken, dass die Formulierung „(...) übersteigt, jedenfalls aber, soweit (...)“ nicht eindeutig ist, weil die Wortinterpretation sowohl den Sinn, dass die Befreiung jedenfalls anzuwenden ist, als auch der Sinn, dass die Befreiung jedenfalls nicht anzuwenden ist, zulässt.

Generell wird überdies festgehalten, dass die in § 6c Abs 2 KStG vorgesehene Deckelungsrechnung für die jeweilige Investmentgesellschaft einen erheblichen Verwaltungsaufwand verursachen wird, da die Steuerfreiheit der Erträge für jede einzelne Beteiligung geprüft und die Höchstgrenze für jede einzelne Beteiligung separat berechnet werden muss. Überdies führt die vorgesehene Regelung zu sachlich nicht zu rechtfertigenden Ergebnissen: Der Anteil der Eigenkapital- bzw Fremdkapitalfinanzierung ist nämlich für die IG oft nur teilweise beeinflussbar, da die Eigenkapitalfinanzierung immer mit einer oft nur im begrenzten Umfang durchsetzbaren Verminderung der Beteiligung der bisherigen Eigentümer verbunden ist. Wenn die bisherigen Eigentümer nur einer bestimmten Verminderung ihrer Beteiligung zustimmen, muss die IG die über das zugeführte Eigenkapital (EK) hinausgehend benötigte Liquidität im Wege von Fremdkapital (FK) zur Verfügung stellen. Im Falle von unterschiedlichen EK-FK-Relationen bei den Beteiligungsgesellschaften können sich für die IG aber erhebliche Nachteile ergeben, wie das folgende einfache **Beispiel** zeigt:

Eine IG verfügt über 4 Mio EK und 2 Mio FK (verzinst mit 6%). Sie beteiligt sich mit diesem Kapital an 2 Gesellschaften (die 25%-Grenze wird nachfolgend vernachlässigt): Gesellschaft A erhält 1 Mio EK und 1 Mio FK. Gesellschaft B erhält 3 Mio EK und 1 Mio FK. Das FK wird ebenfalls mit 6% verzinst. Die IG hat somit das von ihr aufgenommene FK insgesamt in gleicher Höhe und mit gleicher Verzinsung an die Tochtergesellschaften weiter gegeben und daher Ertrags- und Aufwandszinsen in Höhe von je 120 (6% von 2 Mio); der Zinsensaldo beläuft sich daher auf Null. Sämtliche Aufwandszinsen sind steuerlich nicht absetzbar. Da die Fremdkapitalquote bei der Gesellschaft A mit 50% über der eigenen FK-Quote der IG von 33,33% liegt, ist allerdings ein Teil (1/3) der vereinnahmten Ertragszinsen bei der IG steuerpflichtig (obwohl Aufwands- und Ertragszinsen insgesamt gleich hoch sind).

Im Sinne einer anzustrebenden sachgerechten Lösung sowie auch im Interesse einer Verwaltungsvereinfachung sollte eine Gesamtbetrachtung dahingehend durchgeführt werden, dass anstelle der geplanten Lösung nur die über die Zinsaufwendungen hinausgehenden Zinserträge steuerwirksam gestellt werden; ein negativer Zinsensaldo könnte zur Vermeidung von Missbrauchsfällen hingegen steuerneutral sein. Die vorgesehene Regelung in § 12 Abs 4 KStG (idF des ME zum KMStIG 2008) wäre sinngemäß anzupassen.

Ad Anmerkungen zu übrigen Abgaben und Steuern

Zum Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG):

Um den Zweck der Verbesserung der Eigenkapitalstruktur abzusichern, wäre in § 12 Z 5 Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG) die Bezugnahme (derzeit nur auf Mittelstandsfinanzierungsgesellschaften) auch auf die neuen Investmentgesellschaften zu ergänzen. Andernfalls wären zumindest bei einer 25% Beteiligung der Investmentgesellschaft (eine der Anwendungsschwellen des EKEG)

- die Annexfinanzierungen aufgrund des EKEG nachrangig, wenn die Gesellschaft, an der die Beteiligung gehalten wird, bei Gewährung der Annexfinanzierung reorganisationsbedürftig iSd URG (EK-Quote < 8%, fiktive Schuldentilgungsdauer > 15 Jahre) oder insolvenzrechtlich überschuldet ist, sowie
- Kredite, die die (Kreditinstituts-)Mutter der Investmentgesellschaft gewährt, unter der genannten Voraussetzung ebenfalls von Nachrangigkeit bedroht.

Beides könnte Investments nach dem IGG zumindest schwieriger machen, wodurch das Verbesserungspotential bei der Eigenkapitalausstattung nicht ausgeschöpft würde.

Zu den Gebühren iSd GebG sowie den Kapitalverkehrsteuern:

Abschließend muss kritisch angemerkt werden, dass für Investmentgesellschaften eine Befreiung von Gebühren und Verkehrsteuern – wie sie für Mittelstandsfinanzierungsgesellschaften gilt – fehlt.

Wir ersuchen höflich, unsere Vorschläge bzw. Anregungen zu berücksichtigen, und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

Prof. Mag. Dr. Karl Bruckner e.h.
(Vorsitzender des Fachsenats für Steuerrecht)

Dr. Gerald Klement
(Kammerdirektor)

Referenten:

Mag. Horst Bergmann
Prof. Mag. Dr. Karl Bruckner
Dr. Stefan Haslinger
Mag. Dr. Andreas Leone Kauba
MMag. Dr. Andrea Lahodny-Karner

Mag. Karl Mitterlehner
Mag. Gottfried Maria Sulz
Mag. Margit Widinski
Mag. DDr. Hans Zöchling