



24/SN-218/ME

ÖSTERREICHISCHER RECHTSANWALTSKAMMERTAG

1010 WIEN, ROTENTURMSTRASSE 13 (ERTLGASSE 2), POSTFACH 612, TELEFON 63 27 18, DW 23

GZ 452/86

Zl. 42/86

Betrifft	GESETZENTWURF
Zl.	3 .GE'9.86
Datum:	28. APR. 1986
Verteilt:	28.4.86 Hellbach

An das

Bundeministerium für Finanzen

Himmelpfortgasse 4-8

1015 W i e n

Betrifft: GZ 23 1009/1-V/4/86

Bundesgesetz, mit dem das Kreditwesengesetz, das Einkommensteuergesetz, das Körperschaftssteuergesetz, das Gewerbesteuer-gesetz, das Bundesgesetz über die Einführung der Zinsertrags-steuer, das Strukturverbesserungsgesetz und das PSK-Gesetz geändert werden

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag erstattet zu dem Bundes-gesetz, mit dem im wesentlichen das Kreditwesengesetz geändert werden soll, folgende

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

Die Stellungnahme wird in einen allgemeinen und einen besonderen Teil gegliedert.

Allgemeines:

Wie immer man zu einer Ordnung des Kreditwesens steht - auch der vor-liegende Entwurf einer Novelle zum Kreditwesengesetz bringt Änderungen, die letztlich unter Berücksichtigung der für und gegen eine Änderung sprechenden Argumente politisch zu entscheiden sein werden -, wird das

- 2 -

zentrale Vorhaben der Novelle, die Eigenkapitalausstattung der österreichischen Kreditunternehmen zu erhöhen und den Funktionsschutz zu stärken, breiteste Zustimmung finden. Auch der österreichische Rechtsanwaltskammertag unterstützt diese Absicht des Gesetzgebers, weist aber entschieden darauf hin, daß eine Verbesserung der Eigenkapitalausstattung allein keineswegs geeignet ist, die wirtschaftliche Kapazität einer Bank entscheidend zu beeinflussen oder gar zu erhöhen.

Es soll nicht übersehen werden, daß die Sicherheit einer Bank vor allem von dem Wert ihrer Aktiva abhängt, also von der Bonität ihrer Kundschaft. Das ist der Grund dafür, warum bei einer kritischen Beurteilung einer Bank vor allem zu beachten ist, wem gegen welche Sicherheiten sie wo (im Inland, im Ausland, in welchen wirtschaftlichen Bereichen) Kredite gegeben hat. Bei bester Eigenkapitalausstattung muß die Beurteilung einer Bank negativ ausfallen, wenn die Rückführung gewährter Kredite gefährdet ist.

Im übrigen ist den im allgemeinen Teil der Erläuterungen dargestellten Grundsätzen im wesentlichen beizupflichten, wobei jedoch die Absicht, die Bankaufsicht zu stärken, gegenüber dem Grundsatz, dem Kreditunternehmen einen ausreichenden Freiraum kalkulierten wirtschaftlichen Ermessens zu erhalten, die Voraussetzung für die Erfüllung der volkswirtschaftlichen Aufgabe jedes Kreditunternehmens ist, in den Hintergrund treten sollte.

Im Rahmen des allgemeinen Teiles dieser Stellungnahme ist schließlich darauf hinzuweisen, daß die Präferenz der Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft für Kreditunternehmen nicht zur Diskriminierung anders organisierter "Einheiten", insbesondere genossenschaftlich organisierter Kreditunternehmen, führen sollte. Ganz allgemein gilt diese Kritik dem Umstand, daß bei den Überlegungen, die zu dem Entwurf geführt haben, Erfordernisse in bezug auf Großbanken ebenso im Vordergrund standen, wie Regelungswünsche, die über die Grenzen hinaus wirksam werden sollen. Vor allem bei den Regelungen, die sich auf das internationale "Bankgeschäft"

- 3 -

-3-

auswirken, sollte Österreich seine Position als neutraler Staat nützen. Die in der Sache gebotene Vorsicht bei der Behandlung von Anträgen ausländischer Banken auf Erteilung einer Konzession für den Betrieb einer inländischen Zweigniederlassung sollte nicht prohibitiv wirken. Das sicherlich zu beachtende Prinzip der Gegenseitigkeit und des örtlichen Bedarfes sollte nicht überbeansprucht werden.

Das Vorhaben, das Bankgeheimnis in seinem Wirkungsbereich zu erweitern und seine Berücksichtigung auch im Bereich von amtlichen Auskünften durch den Bundesminister für Finanzen an ausländische Bankaufsichtsbehörden zu erhalten, ist richtig. Hingegen wird im Interesse der Unabhängigkeit der Kreditunternehmen der Absicht entgegengetreten, die Zulässigkeit des Betriebes von Bankgeschäften im Rahmen einer erteilten Konzession von der Beteiligung an bestimmten Einlagensicherungseinrichtungen, die die Mitgliedsbanken zwingen, Zahlungen für Mitglieder, die ihre Zahlungen eingestellt haben, zu leisten - also über die Sicherungseinrichtung, wenn auch beschränkt aber doch, für eine andere Bank zu haften -, abhängig zu machen. Die Unabhängigkeit der Kreditunternehmen sollte über die notwendige und bestmöglich zu organisierende Bankaufsicht hinaus nicht beschränkt werden.

Besonderes:

Soweit im folgenden nicht zu einzelnen beabsichtigten Änderungen des Kreditwesengesetzes Anmerkungen gemacht werden, wird den vorgesehenen Änderungen zugestimmt.

Zu 9. - § 4 (4):

Wie schon im allgemeinen Teil ausgeführt, wird es erforderlich sein, die Voraussetzungen lit. 4. und 5. nicht restriktiv auszulegen.

Zu 16. - § 8 a:

Es sollte geprüft werden, ob bei Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen, insbesondere im Hinblick auf die vorgesehene Aufsicht, tatsächlich

- 4 -

-4-

ein Zwang dahin ausgeübt werden sollte, Personengesellschaften des Handelsrechtes, deren Jahresbilanzsumme fünf Milliarden Schilling übersteigt, in Aktiengesellschaften einzubringen. Die Erklärung in den erläuternden Bemerkungen, daß Banken, die nicht in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft betrieben werden, die Möglichkeit eingeräumt werden soll, ihr Bankunternehmen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in eine Aktiengesellschaft einzubringen, ist irreführend, weil für Personengesellschaften des Handelsrechtes, deren Jahresbilanzsumme fünf Milliarden Schilling übersteigt, die Verpflichtung, ihr Unternehmen in eine Aktiengesellschaft einzubringen, statuiert wird.

Problematisch ist die Bestimmung, daß einbringende Sparkassen, Landeshypothekenbanken und Hypothekenbanken zwar ihr gesamtes Unternehmen einbringen können aber nicht müssen, also die Einbringung auf den bankgeschäftlichen Teilbetrieb beschränken können, dennoch aber die Einbringungsvorgänge den Rechtsübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge bewirken. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die einbringenden Sparkassen, Landeshypothekenbanken und Genossenschaften mit ihrem gesamten Vermögen für alle gegenwärtigen Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft als Ausfallsbürge gemäß § 1356 ABGB haften. Die Haftung auch für zukünftige Verbindlichkeiten, also Verbindlichkeiten, deren Entstehen die einbringende Sparkasse, Landeshypothekenbank und Genossenschaft nicht zu vertreten hat, ist jedenfalls abzulehnen.

Zu 2o. - § 12 allgemein:

Schon an dieser Stelle ist darauf zu verweisen, daß die unter der Überschrift "Haftkapital" vorgesehene Darstellung der Begriffe Partizipationskapital und Ergänzungskapital keine zivilrechtliche Einordnung finden, was im Hinblick auf die abgabenrechtliche Behandlung aber notwendig wäre. Bei dem Partizipationskapital handelt es sich zivilrechtlich offensichtlich um Genußrechte, wie sie für Aktiengesellschaften im § 174 Abs. 3 und 4 AktG eine ausdrückliche Regelung finden, und für anders organisierte Unternehmen auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit gestützt werden. Vorbild der Bezeichnung Partizipationskapital dürfte der Partizipationsschein als Finanzierungsinstrument schweizerischer Aktiengesellschaften gewesen sein.

-5-

-5-

Bei dem Ergänzungskapital kann es sich zivilrechtlich um verschiedene Rechtsformen des nachrangigen Kapitals, also zum Beispiel um partiarische Darlehen, stille Einlagen aber auch Genußrechte, handeln.

Auf die mit der zivilrechtlichen Einordnung des Partizipationskapitals verbundene Problematik wird im Rahmen der Stellungnahme zu den abgabenrechtlichen Vorschriften noch einzugehen sein.

Zu 2o. - § 12 (5):

Der Entwurf sieht vor, daß zum Eigenkapital auch die offenen Rücklagen zählen, allerdings nur so weit, als sie nicht durch Verpflichtungen belastet sind. Das bedeutet, daß Rücklagen, die für Zwecke zukünftiger Gewinnausschüttung gebildet werden, also insoferne durch eine Verpflichtung belastet sind, solange sie bestehen, nicht dem Eigenkapital zugezählt werden könnten. Gerade derartige Rücklagen stellen aber von ihrer Funktion her Eigenkapital dar.

Zu 2o. - § 12 a (4):

Um den beabsichtigten Zweck sicher zu erreichen, sollte jene Bank, die unmittelbar oder mittelbar Anteilsrechte an einer anderen Bank hält, die nicht gemäß § 12 a (1) konsolidiert ist, verpflichtet sein, zur Ermittlung des Mindestmasses des Haftkapitals 100 % des Buchwertes dieser Anteilsrechte vom eigenen Haftkapital abzuziehen. Dasselbe sollte für sonstige Aktiven gelten, die wirtschaftlich bei einer anderen Bank als Haftkapital anerkannt werden. Die im Entwurf gewählte Lösung, lediglich 95,5 % in Ansatz zu bringen, würde den Grundsatz, daß Haftkapital in der vom Gesetz geforderten Höhe zu halten ist, durchbrechen. Darüber hinaus könnte durch die Gewährung oder Übernahme von Anteilsrechten die Ausstattung mit Haftkapital innerhalb einer Gruppe beeinflusst werden.

- 6 -

-6-

Zu 2o. - § 13:

Die Begrenzung sogenannter Großveranlagungen mit 50 % des Haftkapitals der Bank bzw. einer Bankengruppe könnte zum Problem für kleine Kreditinstitute werden, die in einem enger begrenzten Raum tätig sind. Bei dieser Kritik wird nicht übersehen, daß es schwer möglich ist, entsprechende Ausnahmen zu schaffen, es wird aber auch nicht übersehen, daß die Bestimmungen über die Großveranlagung große Kreditunternehmen gegenüber kleinen deutlich bevorzugt.

Grundsätzlich sind wohl bei jeder Kreditgewährung die wirtschaftlichen Verhältnisse der Verpflichteten und Haftenden in geeigneter Weise zu prüfen, also auch bei der Einräumung eines Kredites, der den Betrag von eine Million Schilling nicht erreicht. Gerade dieser Hinweis macht die Problematik der Einführung dieser Grenze, bei deren Überschreitung der Geschäftsleiter der Bank vor Krediteinräumung sich wirtschaftliche Verhältnisse offenlegen zu lassen und auf Dauer der Veranlagung zu überprüfen hat, deutlich. Es wäre daher zu überlegen, ob diese Bestimmung, die durch die dem Geschäftsleiter auferlegte besondere Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters überflüssig ist - vor allem um Mißverständnisse nach unten zu vermeiden -, entfallen sollte.

Zu 2o. - § 14:

Abgesehen davon, daß die Bestimmung § 14 (1) sprachlich zu verbessern ist - die Formulierung "zur Sicherung ihrer jederzeitigen Zahlungsbereitschaft" war zweifellos besser als die nunmehr gewählte Formulierung "Die Banken haben für ihre Leistungsfähigkeit zur jederzeitigen Erfüllung ihrer Zahlungsverpflichtungen zu sorgen" -, sollte nochmals überdacht werden, ob die neuen sehr ins Detail gehenden Vorschriften dazu führen werden, daß der beabsichtigte Zweck der "dauernden Liquidität" - in dem erforderlichen Umfang - tatsächlich erreicht werden wird.

- 7 -

- 7 -

Zu 28. - § 23:

Die Erweiterung des Bankgeheimnisses auf Personen, die "sonst für die Banken tätig sind" ist im Interesse des Schutzes eines umfassenden Bankgeheimnisses richtig und notwendig. Zu diskutieren ist, ob es richtig war und ist, zu fordern, daß Geheimnisse (wäre es nicht besser, von Tatsachen und Umständen zu sprechen?) ausschließlich aufgrund der Geschäftsverbindung anvertraut oder zugänglich gemacht worden sind. Durch das Beisetzen des Wortes "ausschließlich" wird das Bankgeheimnis unnötig eingeschränkt und bei der Beurteilung, ob eine Tatsache nicht auch aus anderen Gründen anvertraut oder zugänglich gemacht wurde, allenfalls zum Nachteil des Schutzes Raum gegeben.

Zu widersprechen ist der alten und wieder übernommenen Bestimmung, daß die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses für allgemein gehaltene bankübliche Auskünfte über die wirtschaftliche Lage eines Unternehmers nicht besteht, wenn dieser der Auskunftserteilung nicht ausdrücklich widerspricht. Zu fordern ist, daß auch in diesem Falle die Zustimmung ausdrücklich und schriftlich erklärt wird.

Die neu vorgeschlagene Begrenzung des Bankgeheimnisses für den Fall, daß die Offenbarung zur Klärung von Rechtsangelegenheiten aus dem Verhältnis zwischen Bank und Kunden erforderlich ist - wofür grundsätzlich Verständnis besteht -, ist dahin zu ergänzen, daß im Interesse der Wahrung des Bankgeheimnisses beim Prozeßgericht der Ausschluß der Öffentlichkeit auch für den Fall beantragt werden kann, daß Tatsachen, die einer Bank im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit anvertraut wurden, zur Sprache kommen. Durch eine entsprechende Ergänzung des § 172 (2) ZPO durch Einfügen der Worte "oder Tatsachen, die einer Bank im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit anvertraut wurden" ist dies unschwer möglich.

Im Falle einer Verlassenschaftsabhandlung ist vorzusehen, daß die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses auch gegenüber dem Erbenmachhaber nicht besteht. Dies wäre dadurch zu erreichen, daß § 23 (2) lit. 2 KWG die Worte "oder dem Machthaber des erbserklärten Erben" angefügt werden.

- 8 -

-8-

Zu 37. - § 31:

Schon im allgemeinen Teil der Stellungnahme wurde kritisiert, daß Banken, die Mitglieder eines Fachverbandes sind, für Mitgliedsbanken desselben Fachverbandes, wenn auch begrenzt, einzustehen haben, wenn Verpflichtungen durch eine Mitgliedsbank nicht ordnungsgemäß erfüllt werden können. Die neu vorgesehene Bestimmung hätte im Anlaßfall zur Folge, daß eine gut wirtschaftende Bank durch ihre Verpflichtung, für eine Mitgliedsbank, die ihren Verpflichtungen nicht nachkommen kann, eintreten zu müssen, selbst in Schwierigkeiten gerät. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß alle Mitgliedsbanken höchstens zu Beitragsleistungen im Ausmaß eines Drittels der Haftrücklage und im Verhältnis der gesicherten Einlagen zueinander zu Leistungen verpflichtet sind.

Gleiches gilt für die Bestimmung, daß Einlagensicherungseinrichtungen anderer Fachverbände zu Leistungen dann verpflichtet sind, wenn die Einlagensicherungseinrichtung des betroffenen Fachverbandes die Ausbezahlung gesicherter Einlagen selbst nicht voll leisten kann.

Die Unabhängigkeit der Bank bei ihrer Verantwortung für die Erfüllung ihrer Verpflichtungen, abgesichert durch eine entsprechende Bankaufsicht, ist ausreichend, um den gewünschten Zweck einer möglichst effizienten Sicherung des Bankkunden zu gewährleisten. Die Verpflichtung, für "Fehlleistungen" eines anderen Instituts eintreten zu müssen, hingegen würde zu einer Gefährdung der Kunden der mithaftenden Bank führen und damit den beabsichtigten Zweck verfehlen. Das Vorhaben, eine Art Haftungsgemeinschaft über alle Banken zu legen, ist nicht nur überzogen, sondern wirkt direkt gegen die aus grundsätzlichen Überlegungen zu erhaltende Unabhängigkeit der Kreditunternehmen voneinander.

Zu Artikel V - Abgabenrechtliche Bestimmungen:

Unter Bezugnahme auf die Stellungnahme zu 20. - § 12 (allgemein) ist darauf hinzuweisen, daß der Rechtsnatur des Partizipations- und Ergänzungskapitals bei den abgabenrechtlichen Bestimmungen Rechnung getragen

- 9 -

-9-

werden müßte, um nicht durch Sonderregelungen Verwirrung zu stiften (ist der Umkehrschluß zulässig oder die Auslegung durch Analogie?). Ist Partizipationskapital anders zu behandeln als Genußrechte im allgemeinen Sinn? Dieselben Probleme ergeben sich bei der Behandlung des Ergänzungskapitals gegenüber echter und unechter stiller Beteiligungen und zu den Genußrechten im Sinne des § 8 (3) KStG.

Im einkommenssteuerrechtlichen Bereich ordnet die Novelle das Partizipations- und Ergänzungskapital den Einkünften aus Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen zu. Daraus folgt aber eine unterschiedliche Behandlung des Partizipations- und Ergänzungskapitals gegenüber Genußrechten im allgemeinen Sinn, obwohl es sich bei Partizipationskapital zivilrechtlich stets um Genußrechte handeln wird und auch beim Ergänzungskapital oft zivilrechtlich Genußrechte vorliegen werden. Richtig sollte daher Partizipationskapital und Ergänzungskapital den Genußrechten zugeordnet werden.

Im Bereich der Körperschaftssteuerrechtlichen Bestimmungen bedarf das Verhältnis des Partizipations- und Ergänzungskapitals zu den Genußrechten einer Regelung. Es fragt sich, mit welcher sachlichen Rechtfertigung Ergänzungskapital, das mangels dauernder Bindung nicht als Partizipationskapital zu qualifizieren ist, abzugsfähig sein soll, während der aktienähnliche Typus des allgemeinen Genußrechtes zur Einkommensverwendung führt.

Problematisch ist schließlich die geforderte Gleichzeitigkeit eines Beschlusses, offene Ausschüttungen auf Partizipationskapital zu gewähren, mit dem Beschluß über die Verwendung des Reingewinnes. Im Zuge der Aufnahme von Partizipationskapital oder Ergänzungskapital wird es zu zivilrechtlichen Vereinbarungen kommen - das KWG trifft sogar Regelungen über Prospekte, die zur Zeichnung auffordern -, die eine Verzinsung und bestimmte Ausschüttungen vorsehen werden. Es fragt sich daher, ob es überhaupt eines besonderen Beschlusses bedürfen wird und ob ein Zusammenhang zwischen Ausschüttungen auf Partizipationskapital und Gewinnverwendung überhaupt bestehen wird.

-10-

- 10 -

Zusammenfassend wird angeregt, die abgabenrechtlichen Vorschriften unter der aufgezeigten Problematik der zivilrechtlichen Einordnung des Partizipations- und Ergänzungskapitals unter Bedachtnahme auf die abgabenrechtliche Behandlung von Genußrechten im allgemeinen Sinn nochmals zu überarbeiten.

Wien, am 20. März 1986

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. SCHUPPICH

Präsident