

Stellungnahme des Zentralen Kreditausschusses zur Anhörung des Bundestagsfinanzausschusses am 22. Oktober 2007 zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG)

## **Grundsätzliche Anmerkungen**

**Grundsätzlich ist festzuhalten, dass mit dem Regierungsentwurf gegenüber dem Eckpunktepapier vom Mai 2007 zwar ein Schritt in die richtige Richtung getan wurde. Allerdings wären weitergehende Maßnahmen erforderlich, um die im Umfeld von Unternehmensbeteiligungsgesellschaften am Standort Deutschland gesicherten und entstehenden Arbeitsplätze dauerhaft und nachhaltig zu stärken und um den Unternehmen in der Breite mit Beteiligungskapital eine weitere Finanzierungsalternative anbieten zu können.**

**Denn mit einem Gesetz entsprechend dem jetzt vorliegenden Entwurf würde es nicht gelingen, in Deutschland ansässigen Kapitalbeteiligungsgesellschaften gegenüber ausländischen Mitbewerbern vergleichbare Wettbewerbsbedingungen zu verschaffen. Gerade für mittelständische und in den Regionen angesiedelte Unternehmen sind vor Ort ansässige Kapitalbeteiligungsgesellschaften aber unabdingbar.**

**Kritisch zu hinterfragen ist zudem die vorgesehene Zweiteilung der Aufsicht: Für auf junge und kleinere Zielgesellschaften ausgerichtete Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften soll hinsichtlich Zulassung und Aufsicht die BaFin zuständig sein, während Unternehmensbeteiligungsgesellschaften weiterhin den zuständigen obersten Landesbehörden unterstehen sollen. Auch hier besteht Änderungsbedarf.**

## **Anmerkungen im Detail**

### **I. Artikel 1 Gesetz zur Förderung von Wagniskapitalbeteiligungen (Wagniskapitalbeteiligungsgesetz – WKBG)**

Der im Regierungsentwurf vorgesehene neue Typ „Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft“ würde neben den Unternehmensbeteiligungsgesellschaften im Sinne des UBGG eine neue Kategorie von Beteiligungsfonds darstellen. Dies würde zu einer weiteren Rechtszersplitterung führen. Die Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands im Bereich privaten Beteiligungskapitals sollte mit einem einheit-

lichen Gesetz und einem einzigen Typ einer Private-Equity-Gesellschaft mit möglichst hoher Liberalität hergestellt werden.

### **Zu § 2 Begriffsbestimmungen**

Die in § 2 Abs. 1 postulierte Ausschließlichkeit zwischen Wagniskapitalgesellschaften und Unternehmensbeteiligungsgesellschaften trifft nicht die Bedürfnisse der Praxis. Das finanzielle Engagement der Gesellschaften dürfte durch eine solche Regelung in der Realität deutlich eingeschränkt werden. Jede Gesellschaft müsste sich entscheiden, in welchem Marktsegment sie sich finanziell beteiligen möchte.

Die Zielgesellschaften für Wagniskapital sollen Kapitalgesellschaften sein, die nicht älter als zehn Jahre sind und Eigenkapital bei Anteilerwerb bis maximal 20 Millionen Euro aufweisen. Insbesondere die letztgenannte Voraussetzung stellt gegenüber dem Eckpunktepapier des BMF vom 9. Mai 2007 zwar eine wesentliche Verbesserung dar. Ob diese Grenze auch beispielsweise für forschungsintensive Unternehmen mit einem hohen Kapitalbedarf ausreichend ist, muss bezweifelt werden. Völlig unberücksichtigt bleibt zudem die Tatsache, dass sich im Bereich der bereits etablierten Unternehmen gerade im Mittelstand zunehmend die Frage nach der Unternehmensnachfolge stellt. Um auch dort Innovationen, Wachstum und Arbeitsplätze sichern zu können, müssen attraktive Rahmenbedingungen nicht nur für Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften, sondern für die gesamte Private-Equity-Branche geschaffen werden.

Wir treten daher für die Schaffung eines Private-Equity-Gesetzes ein, das insbesondere

- nicht nach dem Alter der Zielgesellschaften oder der Höhe ihres Eigenkapitals
- und grundsätzlich nicht zwischen Wagniskapital- und Unternehmensbeteiligungsgesellschaft

differenziert.

Das Alterskriterium ist vor allem deshalb unangebracht, da zwischen dem Alter einer Gesellschaft und dem eigentlichen Investitionsobjekt kein sachlicher Zusammenhang besteht. So können auch etablierte Zielgesellschaften neue Investitionen (z. B. Forschungsprojekte) tätigen, für die Beteiligungskapitalbedarf besteht. Wenn die Begrenzung der Zielgesellschaften auf ein Eigenkapital von 20 Mio. Euro im Hinblick auf die geplante teilweise Ausnahme von den Verlustabzugsbeschränkungen in § 8c Abs. 2 KStG-E aus fiskalischen Gründen für unverzichtbar gehalten wird, sollte sie dort vorgenommen werden und nicht den Handlungsspielraum von Wagniskapitalgesellschaften generell unnötig einengen.

Dies gilt hinsichtlich der Beschränkung auf Kapitalgesellschaften als Zielgesellschaften entsprechend. Wenn nach § 2 Abs. 3 WKBG-E nur Kapitalgesellschaften als Zielgesellschaften in

Betracht kommen sollen, würde der Investitionsspielraum von Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften ganz erheblich eingeschränkt – und das vor dem Hintergrund, dass rund 85% der Unternehmen in Deutschland in der Rechtsform der Personengesellschaft geführt werden.

Sofern bei einer Beteiligung einer Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft in der Rechtsform der Personengesellschaft an einer Zielgesellschaft, die ebenfalls in der Rechtsform der Personengesellschaft geführt wird, Steuerausfälle befürchtet werden, sollte dies durch eine Einschränkung in § 19 WKBG-E ausgeschlossen werden, wo der vermögensverwaltende Status der Beteiligungsgesellschaft kodifiziert werden soll.

### **Zu § 9 Anlagebestimmungen**

Nach Absatz (1) muss der Anteil der Wagniskapitalbeteiligungen am Gesamtwert des von der Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft insgesamt verwalteten Vermögens mindestens 70 Prozent betragen. Bei dieser Festlegung sollte auf eine jahresdurchschnittliche Mindestanlagesumme abgestellt werden, da der Wert durch Veräußerung von Beteiligungen kurzfristig unterschritten werden könnte.

Gemäß Absatz (2) gelten Zielgesellschaften drei Jahre nach Zulassung oder Einbeziehung ihrer Wertpapiere in den Handel an einen organisierten Markt nicht mehr als Zielgesellschaft im Sinne dieses Gesetzes. Zwar ist es richtig, dass sich das börsennotierte Unternehmen über die Börse Kapital beschaffen kann. Allerdings ist in der Praxis ein längerfristiges Engagement des Investors auch nach Börsennotierung nicht unüblich, so dass die vorliegende Regelung die Möglichkeiten der Wagniskapitalgesellschaft zu sehr einschränken würde. Insofern erscheint eine längere Frist wünschenswert.

### **Zu § 10 Konzernfreiheit**

Gemäß Absatz (1) darf eine Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft spätestens fünf Jahre nach ihrer Anerkennung kein Tochterunternehmen mehr sein. Diese Regelung ist gerade für die von Kreditinstituten gehaltenen regional verwurzelten Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften eine nicht hinnehmbare Einschränkung.

Die kreditwirtschaftlichen Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften können in diesem Zusammenhang nicht als Konzern gelten. Vielmehr flankieren sie das mittelstandspolitische Engagement der Kreditwirtschaft bezüglich der kleinen, mittleren und innovativen Betriebe durch entsprechende Eigenkapitalfinanzierung.

### **Zu § 19 Vermögensverwaltende Tätigkeit der Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft**

Die Vorschrift soll den Status der Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft in der Rechtsform einer Personengesellschaft als vermögensverwaltend im Sinne des Einkommensteuerrechts regeln, sofern bestimmte Voraussetzungen eingehalten werden, insbesondere, dass ausschließlich Beteiligungen an Kapitalgesellschaften gehalten werden.

Wir begrüßen diese äußerst wichtige Klarstellung, denn damit wird auch eine international weitgehend unübliche, auch auf Ebene der Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften in der Rechtsform der Personengesellschaft drohende Ertragsbesteuerung ausgeschlossen. Dies bedeutet keine Steuervergünstigung, sondern eine gerade für ausländische Investoren wesentliche Voraussetzung für ein Beteiligungsengagement an in Deutschland angesiedelten Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften. Denn würde deren Tätigkeit als gewerblich eingestuft, hätte dies unter Umständen eine Besteuerung sowohl auf Fonds- wie auch auf Anlegerebene zur Folge. Gerade die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit, ob die Tätigkeit der Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften als vermögensverwaltend oder gewerblich einzustufen ist, führt dazu, dass die auch an Investitionen in Deutschland interessierten Private-Equity-Fonds fast ausschließlich und zunehmend im Ausland errichtet und verwaltet werden.

Rechtsunsicherheit erzeugt allerdings die in § 19 Satz 2 Ziff. 1 WKBG-E vorgesehene Einschränkung, wonach der „Erwerb und kurzfristige Veräußerung der Beteiligungen“ zum Ausschluss einer vermögensverwaltenden Tätigkeit führen sollen. Hier bedarf es einer Klarstellung, welcher Zeitraum als „kurzfristig“ anzusehen ist.

Natürliche Personen als Gesellschafter einer vermögensverwaltend tätigen Personengesellschaft, die in Anteile an Wagniskapitalgesellschaften investiert, würden auf Basis des Gesetzentwurfs regelmäßig Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielen. Durch die im Zuge der Unternehmensteuerreform 2008 im Rahmen der Abgeltungsbesteuerung eingeführte uneingeschränkte Steuerpflicht für Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften außerhalb der bisher ggf. schon gegebenen Steuerpflicht nach den §§ 17, 23 EStG wird es zukünftig auch für viele Private-Equity-Investoren zu Verschlechterungen kommen. Denn überdies wurde für derartige Einkünfte auch das so genannte Halbeinkünfteverfahren abgeschafft. Um Mehrbelastungen gegenüber der bisherigen Besteuerung zu vermeiden, hat der ZKA bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Unternehmensteuerreformgesetz 2008 Abmilderungen bei der Veräußerungsgewinnbesteuerung gefordert, beispielsweise durch Etablierung eines Teileinkünfteverfahrens. Dieses Petitum bleibt aktuell.

### **Weiterer Regelungsbedarf**

Ferner sollte zur Erleichterung der Finanzierung das Wagniskapitalbeteiligungsgesetz dahingehend ergänzt werden, dass die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft sowie die Gesellschafter einer Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft von den Regeln über den Eigenkapitalersatz befreit werden. Eine entsprechende Regelung weist bereits das – in seinem Zielbereich gegenüber dem Wagniskapitalbeteiligungsgesetz weitergehende – Unternehmensbeteiligungsgesetz auf. Eine entsprechende Ausnahmeregelung ist daher auch für den Bereich der Wagniskapitalbeteiligungen geboten. Nach dem Vorbild des § 24 UBGG (Gesellschafterdarlehen) sollte die Ergänzung des WKBG wie folgt lauten:

„Hat die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft oder ein an ihr beteiligter Gesellschafter einem Unternehmen, an dem die Wagniskapitalgesellschaft beteiligt ist, ein Darlehen gewährt oder eine andere einer Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung vorgenommen, so findet eine Zurechnung nach den Regeln über den Eigenkapitalersatz nicht statt“.

## **II. Artikel 2 Änderung des Gesetzes über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften**

Die partielle Modifizierung des UBGG unterliegt der schon geäußerten grundlegenden Kritik, dass der Entwurf keinen einheitlichen rechtlichen Rahmen für alle Private-Equity-Gesellschaften darstellt. Inhaltlich entspricht er weitgehend dem Gesetzentwurf des Bundesrates aus dem Jahre 2006 (BR-Drucks. 461/06), der insbesondere neuere Entwicklungen bei eigenkapitalähnlichen Finanzierungsformen berücksichtigte, die nicht zuletzt dem Mittelstand zu Gute kommen, und beendet rechtsformabhängige Beschränkungen für die Kapitalanlage.

### **Zu Nummer 2 Buchstabe c (§ 1 Abs. 3)**

Positiv ist die geplante Öffnung des UBGG für Beteiligungen an ausländischen Gesellschaften (§ 1 Abs. 3 UBGG-E). Ferner ist zu begrüßen, dass hierzu – so die Entwurfsbegründung (S. 33) – auch mezzanine Finanzierungsformen, die als Eigenkapital im Sinne des § 272 HGB oder „vergleichbarer ausländischer Vorschriften“ qualifiziert werden können, zählen sollen. Nach dem Wortlaut der vorgeschlagenen Regelung wird jedoch grundsätzlich nur eine Direktbeteiligung an europäischen bzw. ausländischen Gesellschaften zulässig sein, da deren Gesellschaftsrechte in der Regel keinen stillen Gesellschafter und keine Genussrechte kennen. Selbst wo dies der Fall ist, wird es sich nicht um eine stille Gesellschaft "im Sinne von § 230 HGB" handeln, da diese Vorschrift auf ausländische Gesellschaften nicht anwendbar ist. § 1a Abs. 3 Satz 2 UBGG-E sollte daher dem Regelungsvorschlag des Bundesrates insoweit folgend klarstellend ergänzt werden, dass auch „dem Risiko nach eigenkapitalähnliche Finanzierungsformen“ von dieser Regelegung erfasst werden.

Hinzu tritt, dass im Informationspapier zum Referentenentwurf eines MoRaKG unter 1. b) zweiter Absatz noch ausgeführt wurde, dass „zukünftig alle Beteiligungen zulässig sein sollen, die handels- und steuerrechtlich als Eigenkapital eingeordnet werden.“ Auf Seite 22 der Begründung des Regierungsentwurfs wird hingegen allgemeiner gefordert, dass der „zentrale Begriff der Unternehmensbeteiligung ... um solche mezzaninen Finanzierungsformen zu erweitern ist, die als Eigenkapital einzuordnen sind.“ Dies steht insoweit im Widerspruch zum Informationspapier, als gerade die mezzaninen Finanzierungsformen steuerrechtlich als Fremdkapital, aber handelsrechtlich als Eigenkapital ausgestaltet werden können. Im Übrigen wird in der Begründung zur Gesetzesänderung (S. 22 und S. 32) auf die steuerrechtliche Definition von Eigenkapital nicht mehr eingegangen. Damit würden aber eigenkapitalähnliche Finanzierungsformen, die gleichwohl am unternehmerischen Risiko teilhaben, ausgeschlossen. Dies entspricht nicht der Intention des Gesetzes, Risikokapital mittelständischen Unternehmen in möglichst jeder Form zu verschaffen.

§ 1a Abs. 3 Satz 2 UBGG-E sollte daher - zumindest wie folgt ergänzt werden:

„Als Unternehmensbeteiligung gelten auch Beteiligungen als stiller Gesellschafter im Sinne des § 230 des Handelsgesetzbuches und Genussrechte sowie dem Risiko nach eigenkapitalähnliche Finanzierungsformen“.

### **Zu Nummer 3 (§ 4)**

Der Bundesrat hatte sich in seinem Gesetzentwurf vor dem Hintergrund der deutlichen Weiterentwicklung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen seit der letzten Novellierung des UBGG im Jahre 1998 für eine Anpassung der Anlagegrenzen (§ 4 UBGG) ausgesprochen. Hinzu tritt, dass sich die Anlagegrenzen in der Vergangenheit als nicht praxisgerecht erwiesen haben. Ein Unternehmensbeteiligungsgeber kann ein legitimes Interesse daran haben, auf sein Investitionskapital einen beherrschenden Einfluss auszuüben: Die Begrenzung auf 49 Prozent der Kapitalanteile/Stimmrechte (§ 4 Abs. 3 und 4 UBGG) ist daher deutlich zu niedrig.

Wir sprechen uns daher für eine Erhöhung der Anlagegrenzen aus. Zumindest sollte – wie vom Bundesrat vorgeschlagen – die Beteiligungsgrenze an börsennotierten Unternehmen (§ 2 Abs. 2 Satz 2 UBGG) von 250 Mio. € auf 500 Mio. € angehoben werden.

## **III. Artikel 3 Änderung des Einkommensteuergesetzes**

### **Zu Nummer 1 (§ 3 Nr. 40a)**

Zur Gegenfinanzierung der steuerlichen Maßnahmen bezüglich der Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften soll der steuerfreie Anteil des Carried Interest von 50% auf 40% der Vergütungen abgesenkt werden. Dies bedeutet eine Verschlechterung gegenüber der geltenden Regelung.

Zu Recht wurde in dem BMF-Eckpunktepapier vom 9. Mai 2007 festgestellt, dass die Manager von Beteiligungsgesellschaften einen wesentlichen Einfluss auf Ansiedlung und Investitionen ihrer Unternehmen haben. Auch wurde zutreffend hervorgehoben, dass auf Grund der notwendigen Betreuungsintensität Finanzierungsangebote regional auf den Sitz der Gesellschaft konzentriert sind und dort ihre Wirkungen, einschließlich positiver externer Effekte, entfalten. Insofern ist die Anhebung des steuerpflichtigen Anteils des Carried Interest kontraproduktiv, auch im Hinblick auf das dadurch erwartete Steuermehraufkommen.

Auch lässt der Gesetzentwurf eine Erstreckung der abgemilderten Besteuerung des Carried Interest für gewerblich einzustufende Fonds vermissen. Jeder Fonds, bei dem sich das Management aktiver um die Portfoliogesellschaften kümmern muss, läuft außerhalb etwaiger Grenzen durch das MoRaKG Gefahr, als gewerblich eingestuft zu werden. Das stärkere Engagement des Fondsmanagements wirkt sich dann zu seinem Nachteil und zum potenziellen Nachteil für die Investoren aus. Das Risiko der Gewerblichkeit führt dazu, dass das Management Interesse hat, vom Ausland aus zu agieren, wo der Carried Interest günstiger besteuert wird. Dies ist dem Know-how der Manager der Unternehmensbeteiligungsgesellschaften am Standort Deutschland deutlich abträglich.

Daher sollte der Carried Interest sowohl bei vermögensverwaltend als auch bei gewerblich einzustufenden Fonds abgemildert besteuert werden. Dies ist auch sachlich gerechtfertigt, denn beim Carried Interest handelt es sich im Ergebnis um eine disquotale Gewinnausschüttung und dafür gilt bei Bezug im Privatvermögen zukünftig die Abgeltungsbesteuerung mit maximal rd. 28 Prozent (inkl. SolZ und KiSt) oder bei Bezug in einem Betriebsvermögen ein so genanntes Teileinkünfteverfahren, das zu einer Steuerlastbegrenzung in entsprechender Höhe führen soll. Dies ist keine Steuervergünstigung, sondern damit soll die definitive ertragsteuerliche Vorbelastung erwirtschafteter Gewinne auf Ebene der Zielgesellschaft beim Empfänger steuermildernd berücksichtigt werden.

### **Zu Nummer 2 (§ 17 Abs. 3)**

Der Freibetrag für Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, die mindestens 1 Prozent des gesamten Nennkapitals umfassen, soll von 9.060 auf 20.000 Euro angehoben werden.

Die Anhebung des Freibetrags dürfte im Wesentlichen den ebenfalls im Segment der Frühphasenfinanzierung tätigen so genannten „Business-Angels“ zu Gute kommen, die neben wesentlichen

Risikokapitalanteilen auch unternehmerisches Know-how einbringen. Die Anhebung reicht allerdings für eine echte Verbesserung der Attraktivität von Investments dieser Investoren nicht aus. Da Business Angels sich in einem Bereich betätigen, in dem nach Maßgabe des BMF ein Marktversagen konstatiert wird und sie daher unverzichtbar sind, sollte hier an eine deutlichere Besserstellung gedacht werden.

Denn es ist auch zu berücksichtigen, dass der Freibetrag von 20.000 Euro nur dann in voller Höhe gewährt wird, wenn eine hundertprozentige Beteiligung veräußert wird. Ist der Beteiligungsanteil geringer, vermindert sich der Freibetrag entsprechend. Da Business Angels - bewusst - in der Regel etwa 10 Prozent der Anteile einer Zielgesellschaft erwerben, bedeutet dies, dass der Freibetrag durch die vorgesehene Neuregelung von 906 Euro auf 2.000 Euro ansteigen würde. Es ist fragwürdig, ob sich hieraus positive Anreize für Investoren ergeben, die – sei es unmittelbar oder mittelbar über eine Kapitalbeteiligungsgesellschaft – mindestens 1 Prozent der Anteile an einer Zielgesellschaft erwerben. Auch muss berücksichtigt werden, dass sich der Freibetrag nach wie vor gemäß § 17 Abs. 3 Satz 2 EStG um den Betrag ermäßigt, um den der Veräußerungsgewinn 36.100 Euro übersteigt.

#### **IV. Artikel 4 Änderung des Körperschaftsteuergesetzes**

##### **Zu Nummer 1 (§ 8c Abs. 2)**

Durch die Regelung sollen zumindest die Zielgesellschaften von den Härten der erst im Zuge des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 geschaffenen Verlustabzugsbeschränkungen des § 8c KStG ausgenommen werden, an denen sich Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften beteiligen, also lediglich kleine und junge Zielgesellschaften.

Die Regelung ist – für sich genommen – zu begrüßen, denn wie bereits in unserer Eingabe zum Unternehmensteuerreformgesetz 2008 erwähnt, schießt § 8c KStG weit über sein propagiertes Ziel hinaus, nämlich der Verhinderung des Handels mit steuerlichen Verlustvorträgen. In der jetzt vorgeschlagenen Ausnahme von dieser für Investitionsentscheidungen in Deutschland äußerst schädlichen und steuersystematisch auch nicht gerechtfertigten Verlustvernichtungsnorm dürfte die eigentliche „Förderung“ von Wagniskapitalbeteiligungen durch das MoRaKG zu sehen sein.

Zu diesem Zweck soll dem § 8c KStG ein neuer Absatz 2 hinzugefügt werden. Die komplizierte Ausnahmeregelung kann allerdings auch kontraproduktive Wirkungen entfalten.

Im Hinblick auf die Begrenzung des Verlustabzugs auf die im Zeitpunkt des Beteiligungserwerbs im Betriebsvermögen der Zielgesellschaft enthaltenen stillen Reserven sollte zunächst klargestellt werden, dass damit die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Buchwert des Eigenkapitals



der Zielgesellschaft gemeint ist, ein etwaiger Firmenwert also mit in die Ermittlung des weiterhin abziehbaren Verlustes einzubeziehen ist.

Mit der vorgesehenen Beschränkung auf die im Erwerbszeitpunkt vorhandenen stillen Reserven besteht allerdings die grundsätzliche Gefahr, dass in der Startphase eines Unternehmens anfallende Aufwendungen endgültig steuerunwirksam bleiben. Dies wird insbesondere bei Aufwendungen der Fall sein, deren Nutzen sich nicht mehr so sehr konkret nachweisen lässt, dass ihnen Wirtschaftsgutqualität – und sei es auch nur als Teil des Firmenwertes – beigemessen werden kann, und sich die bis zum Anteilswerb durch die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft bereits verflüchtigt haben. Die Beweislast für ihre Existenz würden hier die Zielgesellschaften tragen müssen. Daher erscheinen Meinungsverschiedenheiten mit der Finanzverwaltung in Bezug auf die zutreffende Höhe der (noch vorhandenen) stillen Reserven im Übertragungszeitpunkt vorprogrammiert. Außerdem dürfte ihre Ermittlung mit zusätzlichen Kosten für die Zielgesellschaften verbunden sein. Bereits zu Nachweiszwecken und zur Vorbereitung von Auseinandersetzungen mit den Finanzbehörden würden in der Regel kostspielige Sachverständigengutachten nötig werden.

Vor diesem Hintergrund sollte die Beschränkung der Ausnahmeregelung auf die im Erwerbszeitpunkt auf das (inländische) Betriebsvermögen der Zielgesellschaften entfallenen stillen Reserven – auch unter fiskalischen Aspekten – noch einmal auf ihre Rechtfertigung hin überprüft werden.

Auch geht aus dem Gesetzestext nicht unmissverständlich hervor, dass Verluste, die nach Ablauf von fünf Jahren nach dem Beteiligungserwerb noch nicht abgezogen werden konnten, weiter genutzt werden können. Wir halten eine entsprechende Klarstellung im Gesetzestext für erforderlich.

Im Falle des Nacherwerbs, also einer Weiterveräußerung der Anteile an der Zielgesellschaft an einen Nacherwerber, der keine Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft ist, setzt die fortbestehende Möglichkeit der Verlustnutzung voraus, dass die veräußernde Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft eine Mindesthaltedauer von vier Jahren eingehalten hat. Eine Begründung für diese Frist enthält das Gesetz nicht. Eine solche ist auch nicht ersichtlich: Sofern sich das Zielunternehmen unerwartet schnell und gut entwickelt, wird die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft auch vor Ablauf von vier Jahren eine Weiterveräußerung ihrer Anteile in Betracht ziehen. Beispielhaft seien Börsengänge oder im Zusammenhang damit stehende Kapitalerhöhungen genannt. Die mit dem Gesetz verfolgten Ziele wären erreicht. Warum sollte der Erwerber und die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft nun mit dem Wegfall des Verlustvortrages „bestraft“ werden?

Die in § 8c Abs. 2 KStG-E genannte Mindesthaltefrist von vier Jahren sollte daher ersatzlos gestrichen oder zumindest deutlich verkürzt werden.

Insgesamt vorzugswürdig wäre aber die generelle Modifikation der sachlich nicht gerechtfertigten Regelung des § 8c KStG. Den Verkauf einer aktiven Gesellschaft, die über steuerliche Verlustvorträge verfügt, einem Handel mit Verlustvorträgen gleich zu behandeln, kann nur mit einer rein fiskalischen Motivation erklärt werden. Ein aufgelaufener Verlust ist in diesen Fällen mit dem Betrieb verbunden. Es ist deshalb notwendig, eine Aktivitätsklausel in § 8c KStG einzufügen. Diese könnte so aussehen, dass nur solche Körperschaften betroffen sind, die im Zeitpunkt des qualifizierten Anteilseignerwechsels über keine aktive Geschäftstätigkeit (mehr) verfügen.

Die Ausführungen gelten für die aufgrund der neuen Regelungen zur Zinsschranke noch nicht abgezogenen Zinsaufwendungen analog, denn auch diese sollen nach § 8a Abs. 1 Satz 3 KStG ohne Weiteres bei einem qualifizierten Anteilseigner- oder Stimmrechtswechsel untergehen.

## **V. Artikel 5 Änderung des Gewerbesteuergesetzes**

### **Zu Nummer 1 (§ 3 Nr. 23)**

Durch eine Folgeänderung aufgrund der Einführung eines neuen Absatzes in § 1a UBGG soll weiterhin die persönliche Gewerbesteuerbefreiung von anerkannten Unternehmensbeteiligungsgesellschaften sichergestellt werden.

Die Gewerbesteuerbefreiung von anerkannten Unternehmensbeteiligungsgesellschaften ist grundsätzlich zu begrüßen. Es ist aber zu berücksichtigen, dass bei einem Beteiligungsfonds aufgrund der sachlichen Steuerbefreiungen für Dividenden und Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften Gewerbesteuer ohnehin nicht oder nur in geringem Umfang anfällt. Bei gewerblichen Fonds in der Rechtsform einer Personengesellschaft kommt zudem eine Anrechnung angefallener Gewerbesteuer auf die Einkommensteuer der Investoren in Betracht (§ 35 EStG). Es wäre daher angebracht, wenn bei einem Fonds in der Rechtsform der Personengesellschaft generell keine gewerbliche Tätigkeit der Aktivitäten des Fonds angenommen wird, sofern dieser sich an Kapitalgesellschaften beteiligt. Das Rechtsprinzip des § 19 WKBG-E sollte daher auch in das UBGG übernommen werden.

## **VI. Artikel 7 Änderung des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes**

Die Ergänzung des Katalogs der Umlagepflichtigen ist als folgerichtig zu begrüßen.

## **VII. Weitere notwendige Maßnahmen**

### **Umsatzsteuerbelastung von Managementleistungen ausschließen**

Es sollte in geeigneter Weise sichergestellt werden, dass Managementleistungen gegenüber Private-Equity-Fonds nicht mit Umsatzsteuer belastet werden. Zumindest die sich aus dem BMF-Schreiben vom 31. Mai 2007 (IV A 5 – S 7100/07/0031) ergebenden Verschärfungen bei der Umsatzbesteuerung derartiger Leistungen müssen zurückgenommen werden, denn sie richten sich ausschließlich gegen in Deutschland ansässige Managementgesellschaften. In keinem anderen EU-Mitgliedstaat werden Managementleistungen gegenüber Private-Equity-Fonds mit Umsatzsteuer belastet, die – mangels Vorsteuerabzugsberechtigung der Fonds – zum Kostenbestandteil würde.

### **Klassische Mittelstandsfinanzierung nicht vernachlässigen**

Neben der dringend gebotenen Verbesserung der Rahmenbedingungen der Wagniskapitalbeteiligungsfinanzierung darf jedoch die – auch für Existenzgründer weiterhin relevante – klassische Mittelstandsfinanzierung nicht vernachlässigt werden. In der neueren insolvenzrechtlichen Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte (Karlsruhe, Köln, München und Dresden) bezüglich der Insolvenzfestigkeit revolvingender Kreditsicherheiten (z. B. Globalzessionen und Raumsicherungsübergabungen) zeichnet sich ein Wandel ab, der die Grundlage für die Finanzierung insbesondere von mittelständischen Unternehmen bedroht. Der größte Teil des Forderungs- und Warenbestandes eines Unternehmers kommt hiernach nicht mehr als Kreditsicherheit in Betracht, da dieser – in der Regel im relevanten Dreimonatszeitraum vor Insolvenzantragstellung zugeführt – nunmehr anfechtbar sein soll (§ 131 InsO). Wegen der Anfechtbarkeit muss ein Kreditinstitut die Sicherheiten neu be- und in der Regel abwerten. Dies kann zu einer Kürzung der Kreditlinie und/oder zur Erhöhung der Zinsen wegen des gesteigerten Risikos führen. Sollte der Bundesgerichtshof die Entscheidungen bestätigen, müsste hier kurzfristig der Gesetzgeber einschreiten.

Noch kritischer erscheint uns die gerade auf Existenzgründer zugeschnittene Rechtsprechung des OLG Dresden (vgl. ZInsO 2007, 497 ff.), das jegliche Besicherung für anfechtbar hält, wenn der Erfolg des neu eröffneten Geschäfts nicht durch ein Gutachten gewährleistet wird, das den Anforderungen an Sanierungsprüfungen standhält. Ein solches Unterfangen erscheint aussichtslos; diese Tendenzen der Rechtsprechung konterkarieren die Bemühungen des Gesetzgebers zur Förderung von Existenzgründungen.

### **Rechtssicherheit für kreditgebende Banken und Sparkassen herstellen**

Aus unserer Sicht sollte das Gesetzgebungsverfahren auch dazu genutzt werden, um aus Sicht der in diesem Bereich kreditgebenden Banken und Sparkassen wesentliche strukturelle Nachteile und Unsicherheiten des deutschen Rechts zu beseitigen.

So sollte im GmbH-Gesetz und im Aktiengesetz klargestellt werden, dass in Kreditvertragsdokumentationen vereinbarte Verhaltenspflichten nicht zu einer Subordinierung der Ansprüche des Kreditgebers führen. Hintergrund ist insoweit, dass die üblichen Kreditvertragsdokumentationen im Bereich der Übernahmefinanzierungen restriktive Bestimmungen im Hinblick auf bestimmte Unternehmensmaßnahmen der Zielgesellschaft vorsehen. Beispielsweise ist oft nicht gestattet, Unternehmensverträge einzugehen, den Gesellschaftsvertrag ohne Zustimmung der finanzierenden Banken und Sparkassen zu ändern oder Umstrukturierungen auf der Grundlage des Umwandlungsgesetzes durchzuführen. Nur auf diese Weise kann dem erhöhten Risiko dieser Finanzierung Rechnung getragen werden.

Allerdings kann nach einer Entscheidung des BGH vom 13. Juli 1992 (BGHZ 119, 191 = WM 1992, 1655) eine kreditgebende Bank und Sparkasse unter bestimmten Voraussetzungen gemäß § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG einem Gesellschafter gleichzustellen sein, wenn sie sich über das gesetzliche Leitbild des Pfandgläubigers hinaus weitere Rechte einräumen lässt. In der Literatur gibt es Stimmen, die in entsprechender Anwendung der in diesem Urteil niedergelegten Grundsätze auch ohne Stellung des Kreditgebers als Pfandgläubiger die Gefahr einer Subordinierung sehen. Daher wurde in der Praxis das so genannte Informationsmodell entwickelt. Auf dieser Grundlage hat der Kreditnehmer bei dem vor dem Hintergrund der erwähnten Entscheidung des BGH kritischen Unternehmensmaßnahmen lediglich eine Informationspflicht. Auch bei diesem Modell besteht aber die Gefahr, dass die genannte Entscheidung in Extremfällen zu einer Subordinierung führen könnte.