

Ulrich Kraßnig

Was der Bankenaufsichtsrat zum Partizipationskapital wissen sollte – bilanzielle, gesellschaftsrechtliche und steuerliche Aspekte

Im Oktober 2008 hat der Nationalrat zur Bekämpfung der Finanzkrise mit den Stimmen aller fünf Parlamentsparteien das Interbankmarktstärkungsgesetz (IBSG) und das Finanzmarktstabilitätsgesetz (FinStaG) verabschiedet, (1) deren Volumen sich auf 90 Mrd. Euro beläuft. Im Zuge dieses Hilfspakets für Banken werden mehrere österreichische Kreditinstitute zur Stärkung der Eigenmittelausstattung (Tier 1) das Finanzierungsinstrument des Partizipationskapitals im Sinne des § 23 Abs. 4 BWG in Anspruch nehmen, welches vom Staat zu zeichnen ist. Der vorliegende Beitrag befasst sich vordringlich mit der Bilanzierung und Verlustteilnahme des Partizipationskapitals nach den Vorschriften des Bankwesengesetzes (BWG) und nach International Financial Reporting Standards (IFRS). Außerdem werden Möglichkeiten der Rückführung und steuerliche Aspekte diskutiert.

1. RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN FÜR DAS PARTIZIPATIONSKAPITAL

Eines der wichtigsten Instrumente des FinStaG ist die Übernahme von Partizipationskapital durch den Staat. Durch dieses Finanzierungsinstrument wird insbesondere vor dem Hintergrund neuer, vom internationalen Wettbewerb vorgegebener Kapitalstandards der Notwendigkeit der Stärkung der Eigenkapitalbasis von Kreditinstituten Rechnung getragen. Damit das Partizipationskapital auf die eigenen Mittel angerechnet werden kann und somit als Kernkapital qualifiziert wird, ist gemäß § 23 Abs. 4 BWG auf die Einhaltung folgender Bedingungen zu achten:

- Das Partizipationskapital ist einzuzahlen und auf Unternehmensdauer unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung zur Verfügung zu stellen (Z 1).
- Das Partizipationskapital kann nur unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften herabgesetzt oder gemäß den Bestimmungen des § 102a BWG eingezogen werden (Z 2).
- Die Erträge des Partizipationskapitals sind gewinnabhängig. Als Gewinn ist dabei das Ergebnis des Geschäftsjahres

nach Rücklagenbewegung (Jahresgewinn) anzusehen (Z 3).

- Das Partizipationskapital nimmt wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe am Verlust teil (Z 4).
- Das Partizipationskapital ist mit dem Recht auf Teilnahme am Liquidationserlös zumindest im Ausmaß des Nominales verbunden und kann erst nach Befriedigung oder Sicherstellung aller anderen Gläubiger zurückgezahlt werden. Damit wird dem Kriterium der Nachrangigkeit entsprochen (Z 5).

Die dargestellten Merkmale lassen keine eindeutige Kategorisierung des Partizipationskapitals zu, weil dieses sowohl Eigenkapital- als auch Fremdkapitalkomponenten aufweist. Es nimmt also eine Hybridstellung zwischen Eigen- und Fremdkapital ein und gehört daher zur Gruppe jener innovativen Finanzierungsinstrumente, die als Mezzaninkapital oder Hybridkapital bezeichnet und unter Schonung der Kreditlinien zur Verbesserung der Kapitalausstattung eingesetzt werden. Grundsätzlich ist vom Kreditinstitut, das Partizipationskapital in Anspruch nimmt, eine Dividende von mindestens 9,3 % p. a. vom Nennbetrag an den Partizipanten, also an den Staat, zu entrichten. Unter der Bedingung, dass mindestens 30 % der Kapitalzufuhr von Privaten gezeichnet werden, und solange



Mag.rer.soc.oec. Dr.iur.
Ulrich Kraßnig, LL.M. ist als Steuerberater bei einem börsennotierten österreichischen Kreditinstitut tätig.

(1) Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz zur Stärkung des Interbankmarktes (Interbankmarktstärkungsgesetz – IBSG) und ein Bundesgesetz über Maßnahmen zur Sicherung der Stabilität des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilitätsgesetz – FinStaG) erlassen sowie das ÖIAG-Gesetz 2000, das Bankwesengesetz, das Börsengesetz, das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz sowie das Bundesfinanzgesetz 2008 geändert werden, BGBl. I Nr. 136/2008.

Was der Bankenaufsichtsrat zum Partizipationskapital wissen sollte

von diesen 30 % zu nicht mehr als ein Drittel von bestehenden Aktionären und zu mindestens zwei Drittel von Dritten gezeichnet werden oder die Rückzahlung zu 110 % des Nennwertes erfolgt, beträgt die Verzinsung lediglich 8 % p. a. vom Nennbetrag. Für den Zeitraum der Inanspruchnahme staatlicher Hilfe in Form von Partizipationskapital dürfen vom ausschüttungsfähigen Gewinn vor Rücklagenbewegung lediglich 17 % zur Ausschüttung an Altaktionäre gelangen. Die Ausschüttungsbegrenzung gilt allerdings wiederum dann nicht, wenn eine Beteiligung von Privaten von mindestens 30 % (davon maximal ein Drittel an Altaktionären) erreicht wird.

In den Vereinbarungen zwischen den jeweiligen die Staatshilfe in Anspruch nehmenden Kreditinstituten und dem Staat können die gesetzlichen Mindestvorgaben, wenn auch nur innerhalb enger dispositiver Grenzen, näher konkretisiert bzw. weitere Bedingungen vertraglich festgelegt werden. In der Praxis haben sich in den Vereinbarungen zur Zeichnung von Partizipationskapital idealtypisch etwa folgende über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende Eckpfeiler herauskristallisiert:

- Nach einem bestimmten dem Jahr der Emission des Partizipationskapitals folgenden Geschäftsjahr beträgt der Mindestrückzahlungskurs ein Vielfaches (z. B. 150 %) des Nennwertes, sofern entsprechende Deckung im Unternehmenswert gegeben ist.
- Der Rückzahlungskurs erhöht sich um jene Prozentpunkte, um die die zugesagte Dividende unterschritten wurde, sofern ausschüttungsfähige Gewinne thesauriert wurden und hierfür keine gesetzliche oder aufsichtsbehördliche Verpflichtung bestand.
- Eine Abschichtung ist ausgeschlossen, wenn der Rückzahlungsbetrag unter den Nennbetrag sinken würde.

Gegenstand der Vereinbarung sind ferner der Zeitpunkt, zu dem erstmalig Dividendenberechtigung besteht, und die Frage, ob eine Wandlung der Partizipationsscheine in Stammaktien zulässig ist. Ferner sind Detailfragen zur Abschichtung abzuklären – etwa, ob eine solche zulässig ist, wenn der Rückzahlungsbetrag unter den Nennbetrag sinken würde. Evident ist, dass gemäß § 23 Abs. 4 Z 1 BWG eine Rückführungspflicht zu einem bestimmten Termin im Sinne einer Befristung der Kapitalüberlassung zwar nicht besteht, die Vertragskonditionen ab einem gewissen Zeitpunkt aber für Kreditinstitute so nachteilig sind, dass eine Abschichtung von diesen wohl jedenfalls angestrebt werden wird. Somit besteht eine faktische

Rückzahlungsverpflichtung für die Kreditinstitute als Emittenten der Partizipationsscheine.

Die bisherigen Ausführungen unterstreichen – anders als in der medialen Darstellung suggeriert – die generell strengen Auflagen, denen die heimischen Kreditinstitute bei der Inanspruchnahme des staatlichen Partizipationskapitals unterworfen sind, und den finanziellen Nutzen, den der Staat aus dem Geschäft ziehen kann. Daher werden die Kreditinstitute als Emittenten der Partizipationsscheine jedenfalls danach trachten, dem Staat das Partizipationskapital so bald wie möglich zurückzuzahlen. Im weiteren Verlauf dieses Beitrags werden nach einer Abgrenzung zu ähnlichen Rechtsinstituten bankaufsichtsratsrelevante Aspekte der Gestionierung von bereits aufgenommenem Partizipationskapital erörtert. Diese betreffen insbesondere dessen Bilanzierung und Verlustteilnahme nach nationalen und internationalen Rechnungslegungsstandards, die Rückführung sowie steuerliche Fragen.

2. DIE ABGRENZUNG DES PARTIZIPATIONSKAPITALS ZU EINIGEN VERWANDTEN RECHTSINSTITUTEN

Wie bereits einleitend festgehalten, definiert § 23 Abs. 4 BWG das Partizipationskapital wie folgt:

„Partizipationskapital ist Kapital,

1. das eingezahlt ist und auf Unternehmensdauer unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt wird,
2. das nur unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften herabgesetzt oder gemäß den Bestimmungen des § 102a eingezogen werden kann,
3. dessen Erträge gewinnabhängig sind, wobei als Gewinn das Ergebnis des Geschäftsjahres (Jahresgewinn) nach Rücklagenbewegung anzusehen ist,
4. das wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt,
5. das mit dem Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös zumindest im Ausmaß des Nominales verbunden ist und erst nach Befriedigung oder Sicherstellung aller anderen Gläubiger zurückgezahlt werden darf.“

Im Gegensatz zum Partizipationskapital, das vom Gesetzgeber eindeutig definiert wird, fehlt für das *Genussrecht*, einem weiteren hybriden Finanzierungsinstrument, eine solche gesetzliche Definition, obwohl es explizit im AktG und im UGB erwähnt wird (§ 174 Abs. 3, 4 AktG; § 240 Z 7 UGB). Daraus folgt, dass die inhaltliche Ausgestaltung des *Genussrechts* Gegenstand der Privatautonomie der beteiligten Vertragsparteien

Eines der wichtigsten Instrumente des FinStaG ist die Übernahme von Partizipationskapital durch den Staat. Damit wird der Stärkung der Eigenkapitalbasis von Kreditinstituten Rechnung getragen.

Was der Bankenaufsichtsrat zum Partizipationskapital wissen sollte

ist. Je mehr Eigenkapitalcharakter das Genussrecht aufweist, desto größer ist die Ähnlichkeit mit dem Partizipationskapital. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die Kriterien der Nachrangigkeit, der Gewinnabhängigkeit und Verlustteilnahme sowie des Fehlens einer Befristung der Kapitalüberlassung erfüllt sind. Je mehr dieser Kriterien dagegen nicht erfüllt sind, desto mehr Fremdkapitalqualität hat das Genussrecht und desto weniger vergleichbar ist dieses konsequenterweise mit dem Partizipationskapital.

Häufig wird das Partizipationskapital mit stimmrechtlosen *Vorzugsaktien* verglichen.⁽²⁾ Dieser Vergleich schlägt allerdings insofern fehl, als Partizipationskapital in unbeschränkter Höhe emittiert werden darf, während Vorzugsaktien nur bis zu einem Drittel des Grundkapitals ausgegeben werden können (§ 115 Abs. 2 AktG).⁽³⁾ Vorzugsaktionäre haben darüber hinaus mit Ausnahme des Stimmrechts alle Rechte eines Aktionärs, während Partizipationscheininhaber gemäß § 23 Abs. 5 BWG lediglich über ein Teilnahmerecht an der Hauptversammlung und ein Auskunftsrecht im Sinne des § 112 AktG verfügen.

Beim *partiarischen Darlehen* handelt es sich wiederum um eine zeitweilige Überlassung von Kapital, das im Gegensatz zum Partizipationskapital jedenfalls wieder vollständig zurückzahlen ist. Im Falle eines Konkurses fällt das partiarische Darlehen in die Konkursmasse und der Darlehensgeber kann dieses als Konkursforderung geltend machen. Anders als das Partizipationskapital unterliegt das partiarische *Darlehen* daher nicht dem Kriterium der Nachrangigkeit. Die Gegenleistung ist aber ebenso wie beim Partizipationskapital gewinnabhängig und manifestiert sich in der Regel in einer festen Mindestverzinsung und einer gewinnabhängigen Verzinsung.

Die *stille Gesellschaft* unterscheidet sich vom Partizipationskapital vordringlich dadurch, dass diese ein Kontrollrecht (§ 183 UGB) und ein Kündigungsrecht (§ 184 UGB) hat. Darüber hinaus kann bei der stillen Gesellschaft die Verlustteilnahme ausgeschlossen werden (§ 181 Abs. 2 UGB), wie überhaupt bei dieser Beteiligungsform die dispositiven Grenzen sehr weit gefasst sind. So kann etwa im Rahmen der stillen Gesellschaft zusätzlich eine Beteiligung am Fir-

menwert und den stillen Reserven sowie eine Mitwirkung an der Geschäftsführung vereinbart werden. Steuerrechtlich spricht man in diesem Zusammenhang von einer atypischen bzw. unechten stillen Gesellschaft. Auch der stille Gesellschafter unterliegt mit seiner Einlage im Gegensatz zum Partizipationskapital nicht dem Kriterium der Nachrangigkeit.

3. BILANZIERUNG VON PARTIZIPATIONSKAPITAL NACH BWG UND IFRS

Partizipationskapital ist entsprechend spezialgesetzlicher nationaler Rechnungslegungsvorschriften jedenfalls als bilanzielles Eigenkapital anzusehen (§ 23 Abs. 1 Z 5 BWG). Im Bilanzschema für Kreditinstitute nach dem BWG ist kein gesonderter Posten für den Ausweis von Partizipationskapital vorgesehen.⁽⁴⁾ Daher ist der Nennbetrag des Partizipationskapitals grundsätzlich als Unterposten „*Partizipationskapital*“ zum Passivposten „*Gezeichnetes Kapital*“ auszuweisen.⁽⁵⁾ Da das Bilanzschema für Kreditinstitute nach dem BWG lediglich eine Mindestgliederung darstellt, deren Erweiterung prinzipiell zulässig ist, ist im Sinne der Bilanzklarheit ferner jedoch auch ein Ausweis als gesonderter Hauptposten „*Partizipationskapital*“ denkbar.⁽⁶⁾ Jedenfalls abzulehnen ist dagegen – wie in der Bilanzierungspraxis nicht unüblich – der Ausweis als integrierender Bestandteil des Passivpostens „*Gezeichnetes Kapital*“.

Entscheidendes Kriterium für die bilanzielle Kategorisierung als Eigenkapital oder Fremdkapital nach IFRS ist gemäß IAS 32 grundsätzlich die Frage, ob eine Rückzahlungsverpflichtung im Zusammenhang mit dem überlassenen Kapitalbetrag besteht.⁽⁷⁾ Besteht keine Rückzahlungsverpflichtung, ist das Kapital grundsätzlich als Eigenkapital zu qualifizieren. Ist dagegen eine Rückzahlung zu einem fixen Termin vertraglich festgesetzt, kommt nur eine Qualifikation als Fremdkapital in Frage. Zwar liegt *de iure* eine Rückzahlungsverpflichtung nicht in der Rechtsnatur des Partizipationskapitals (§ 23 Abs. 4 Z 1 BWG), in Anbetracht der damit verbundenen strengen Auflagen und finanziellen Verpflichtungen ist eine solche trotz Fehlens eines Endfälligkeitsdatums aber dennoch als faktisch gegeben anzusehen. Daher sind in die Überlegungen über den Ausweis als Eigenkapital oder

Anders als in der medialen Darstellung suggeriert, bestehen generell strenge Auflagen, denen die heimischen Kreditinstitute bei der Inanspruchnahme des staatlichen Partizipationskapitals unterworfen sind.

(2) Zum Schrifttum siehe anstatt vieler etwa *Chini/Fröhlichstal*, Praxiskommentar zum Bankwesengesetz² (1997) 221.

(3) *Van Husen*, Genussrecht, Genussschein, Partizipationskapital (1998) 303.

(4) Vgl. Anlage 2 zu § 43 BWG.

(5) Vgl. Stellungnahme des IWP zur Bilanzierung von Genussrechten (KFS/RL 13) 16; *Göth*, Bilanzrecht der Kreditinstitute I (1995) 491.

(6) So etwa *GiroCredit* 1997.

(7) Siehe auch *Eberhartinger/Hofians/Six*, Die Behandlung von Mezzaninkapital nach IAS/IFRS, HGB und Steuerrecht, in *Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch* 2006, 231 (244).

Fremdkapital weitere rechtstechnische Merkmale des Partizipationskapitals miteinzubeziehen. Prinzipiell ist darauf abzustellen, ob in Verbindung mit dem hybriden Finanzierungsinstrument jährliche Zinszahlungen anfallen und ob sich der Emittent diesen gegebenenfalls entziehen kann. Jährliche Zinszahlungen implizieren grundsätzlich, dass das Finanzierungsinstrument nach IAS 32 als Fremdkapital auszuweisen ist. Kann sich der Emittent der Zahlungsverpflichtung entziehen, ist dies wiederum ein Indiz für eine Zurechnung zum Eigenkapital. Die jährlichen Zinszahlungen auf das Partizipationskapital sind gemäß § 23 Abs. 4 Z 3 BWG vom Ergebnis des Geschäftsjahres nach Rücklagenbewegung abhängig. Die Partizipationskapital in Anspruch nehmenden Kreditinstitute haben daher die Möglichkeit, sich unter Umständen anhand geeigneter bilanzpolitischer Maßnahmen im Zusammenhang mit der Dotierung von Rücklagen der Zinszahlungsverpflichtung zu entziehen. Im Ergebnis bedeutet dies daher, dass die Zahlung von Zinsen auf das Partizipationskapital im Ermessen der Kreditinstitute liegt und eine Entziehung von der Zahlungsverpflichtung möglich sein kann. Das Partizipationskapital ist daher grundsätzlich auch nach IFRS im Eigenkapital zu bilanzieren. Etwas anderes wird nur dann gelten, wenn eine Dotierung von Rücklagen vertraglich ausgeschlossen wird, sofern der Bilanzgewinn zur Abdeckung der Zinszahlungsverpflichtung nicht ausreicht. In diesem Falle wird das Partizipationskapital als bilanzielles Fremdkapital darzustellen sein, weil der Emittent keine Möglichkeit hat, sich der Zinszahlungsverpflichtung zu entziehen.

Die wesentlichen Merkmale des Partizipationskapitals liegen in der fehlenden Mitgliedschaft, der rein vermögensrechtlichen gläubigerartigen Beteiligung, verbunden mit einer Substanzbeteiligung, dem Gewinnbeteiligungsrecht, der Nachrangigkeit und der Verlustteilnahme.

4. VERLUSTTEILNAHME DES PARTIZIPATIONSKAPITALS NACH BWG UND IFRS

Mangels einschlägiger Literatur bzw. berufständischer Stellungnahmen stellt sich die bilanzielle Behandlung laufender Verluste beim Emittenten nach BWG ungleich schwerer dar. Hierzu bedarf es einer Beleuchtung der Rechtsnatur des Partizipationskapitals. Die wesentlichen Merkmale des Partizipationskapitals liegen in der fehlenden Mitgliedschaft, der rein vermögensrechtlichen gläubigerartigen Beteiligung, verbunden mit einer Substanzbeteiligung, dem Gewinnbeteiligungsrecht, der Nachrangigkeit und der Verlustteilnahme. Die rechtstechnische Ausfor-

mung des Partizipationskapitals lässt meines Erachtens daher lediglich dessen Einordnung als aktiengleiches Genussrecht mit Eigenkapitalcharakter zu.⁽⁸⁾ Demzufolge hat ein Ausweis der Verlustanteile des Partizipationskapitals analog zu jenen des Genussrechtskapitals zu erfolgen. Eine Teilnahme am Verlust kann daher insofern erfolgen, als der Bilanzwert herabgesetzt wird.⁽⁹⁾ Diesem Vorgehen steht auch § 23 Abs. 4 Z 2 BWG nicht entgegen, wonach eine Zurückzahlung des Partizipationskapitals nur unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften möglich ist, weil sich durch die Herabsetzung des Bilanzwertes das Nominalkapital nicht ändert. Der Verlustanteil sollte jedenfalls in einem Davon-Vermerk oder einer Anhangangabe genannt werden, um für den Bilanzleser kenntlich zu machen, welche Teile eines zukünftigen Gewinns für die Wiederauffüllung des Partizipationskapitals gebunden sind und wie hoch das für die Bemessung der Rechte des Partizipationsscheininhabers entscheidende Nominalkapital ist. Dies gilt umso mehr im Falle, dass eine Abschichtung gemäß vertraglicher Vereinbarung ausgeschlossen ist, wenn der Rückzahlungsbetrag unter den Nennbetrag sinken würde. Alternativ können Anteile des Partizipationskapitals an einem Verlust in der Bilanz auch einer dem Partizipationskapital zugeordneten Kapital- oder Gewinnrücklage entnommen oder als gesonderter Abzugsposten vom Eigenkapital (z. B. „Anteil des Genussrechtskapitals am Bilanzverlust“) ausgewiesen werden.⁽¹⁰⁾

Wie bereits erörtert, ist in der Literatur allerdings auch die Meinung anzutreffen, dass das Partizipationskapital mit stimmrechtslosen Vorzugsaktien vergleichbar ist,⁽¹¹⁾ wobei aber offensichtlich nicht berücksichtigt wird, dass Partizipationskapital in unbeschränkter Höhe emittiert werden kann, während Vorzugsaktien nur bis zu einem Drittel ausgegeben werden dürfen (§ 115 Abs. 2 AktG). Darüber hinaus hat der Partizipationsscheininhaber alle Rechte eines Aktionärs. Auch beim Partizipationsscheininhaber ist das Stimmrecht jedenfalls ausgeschlossen. Schließt man sich dennoch dieser Meinung an und behandelt das Partizipationskapital wie eine stimmrechtslose Vorzugsaktie, können Anteile des Partizipationskapitals an einem Verlust freilich nicht vom Passivposten „Partizipationskapital“ direkt abgebucht wer-

(8) Siehe auch Stellungnahme des IWP zur Bilanzierung von Genussrechten (KFS/RL 13) 16; van Husen, Genussrechte, 311 f.; Egger/Samer/Bertl, Der Jahresabschluss nach dem Unternehmensgesetzbuch¹² (2008) 284.

(9) Vgl. Stellungnahme des IWP zur Bilanzierung von Genussrechten (KFS/RL 13) 12; van Husen, Genussrechte, 160; Lühn, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten (2006) 103.

(10) Vgl. Stellungnahme des IWP zur Bilanzierung von Genussrechten (KFS/RL 13) 12; siehe auch Eberhartinger, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen (1996) 115.

(11) Vgl. etwa Chini/Pröhlichsthal, Praxiskommentar², 221.

Was der Bankenaufsichtsrat zum Partizipationskapital wissen sollte

den. Vielmehr sind Verluste durch Auflösung von Rücklagen zu decken oder vorzutragen und durch künftige Gewinne aufzufangen. Wird der Verlust vorgetragen, ist darauf zu achten, dass in die Bilanz ein Passivposten „Verlustanteil der Partizipationsscheininhaber“ eingestellt und der Bilanzverlust entsprechend gemindert wird. Erst im Wege eines Kapitalherabsetzungsverfahrens könnte das Partizipationskapital selbst zur Verlustabdeckung herangezogen werden (§ 23 Abs. 4 BWG).

Wie bereits erörtert, ist das Partizipationskapital auch nach IFRS grundsätzlich im Eigenkapital auszuweisen, sofern nicht individuell vertragliche Vereinbarungen einen Ausweis im Fremdkapital erforderlich machen. Es spricht daher nichts gegen eine bilanzielle Behandlung laufender Verluste analog den nationalen Rechnungslegungsvorschriften. Stellt das Partizipationskapital dagegen nach IFRS bilanzielles Fremdkapital dar, ist zu unterscheiden, ob eine Abschichtung vertraglich möglich ist, wenn der Rückzahlungsbetrag unter den Nennbetrag sinkt. Ist dies der Fall, ist der Bilanzwert des Partizipationskapitals herabzusetzen, wobei im Finanzierungsbereich eine entsprechende Ertragsbuchung vorzunehmen ist. Ist eine Abschichtung vertraglich ausgeschlossen, wenn der Rückzahlungsbetrag unter den Nennbetrag sinkt, würde bei einem Ausweis im Fremdkapital ein Anteil des Partizipationskapitals an einem Verlust in der Bilanz keinen Niederschlag finden. Eine entsprechende Anhangsangabe wird jedoch jedenfalls zu machen sein.

5. ZURÜCKZAHLUNG DES PARTIZIPATIONSKAPITALS DURCH ORDENTLICHE KAPITALHERABSETZUNG BZW. EINZIEHUNG

Das Partizipationskapital kann entweder durch eine analoge Anwendung aktienrechtlicher Kapitalherabsetzungsvorschriften zurückgezahlt oder gemäß den Bestimmungen des § 102a BWG eingezogen werden (§ 23 Abs. 4 Z 2 BWG). Vereinbart kann allerdings sein, dass eine Abschichtung dann ausgeschlossen ist, wenn der Rückzahlungsbetrag unter den Nennbetrag sinken würde. Während die Republik Österreich den gesetzlichen Ausschluss des ordentlichen und außerordentlichen Kündigungsrechts hinzunehmen hat, kann das jeweilige Kreditinstitut hingegen das Partizipationskapital kündigen und dieses unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften zurückzahlen. Die erforderliche Willensbildung richtet sich in diesem Fall nach § 175 AktG, der eine Dreiviertelmehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals (Präsenzquorum) verlangt. Alternativ zur Rückzahlung des Partizipationskapitals im Wege der

ordentlichen Kapitalherabsetzung kann dieses auch gemäß den Bestimmungen des § 102a BWG eingezogen werden. Das Kreditinstitut hat bei der Einziehung das Partizipationskapital bar abzufinden. Die Abfindung des Partizipationskapitals, sofern es nicht vom Kreditinstitut selbst gehalten wird, hat im Falle einer Börsennotierung zum durchschnittlichen Börsenkurs der Partizipationsscheine an den der Beschlussfassung über die Einziehung vorausgehenden 20 Börsetagen zu erfolgen (§ 102a Abs. 3 BWG). Ist das Partizipationskapital nicht börsennotiert, ist dem Berechtigten aus Partizipationskapital eine angemessene Barabfindung zu gewähren (§ 102a Abs. 4 BWG). Die Einziehung hat zuletzt des sich aus der Jahresbilanz ergebenden Bilanzgewinnes oder einer freien Rücklage zu gehen (§ 102a Abs. 7 BWG). Gebundene Rücklagen dürfen zu diesem Zwecke freilich nicht herangezogen werden. Ist eine Einziehung in Ermangelung eines ausreichend hohen Bilanzgewinnes bzw. freier Rücklagen in entsprechender Höhe nicht möglich, ist eine Rückführung des Partizipationskapitals lediglich im Wege einer aufwendigen ordentlichen Kapitalherabsetzung unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften denkbar.

6. STEUERLICHE FRAGEN IM ZUSAMMENHANG MIT DEM PARTIZIPATIONSKAPITAL

Im Zusammenhang mit der Ausgabe von Partizipationsscheinen sind für den Emittenten aus steuerlicher Sicht drei Fragen wesentlich:

- a.) Fällt bei der Emission des Partizipationskapitals Gesellschaftsteuer an?
- b.) Sind die Dividenden bzw. Zinsen auf das Partizipationskapital steuerlich abzugsfähig?
- c.) Ist das Kreditinstitut im Zusammenhang mit der Zahlung der Dividenden bzw. Zinsen zum Kapitalertragsteuerabzugspflicht verpflichtet?

Ad a.) Grundsätzlich bestünde gemäß § 2 i. V. m. § 5 Abs. 1 KVG für die Emission des Partizipationskapitals Gesellschaftsteuerpflicht, wobei die Gesellschaftsteuer 1 % des Emissionsvolumens betragen würde (§ 8 KVG). Steuerschuldner wäre gemäß § 8 KVG der Emittent. Allerdings sieht § 6 IBSG eine Befreiung von der Gesellschaftsteuer für Partizipationskapital vor, das im Rahmen des FinStaG vom Staat gezeichnet wird. Es fällt daher im Zuge der Ausgabe von Partizipationskapital keine Gesellschaftsteuer für die österreichischen Kreditinstitute an.

Ad b.) Bei hybriden Finanzierungsinstrumenten stellt sich immer die Frage nach der steuerlichen Abzugsfähigkeit der damit verbun-

Das Partizipationskapital kann entweder durch eine analoge Anwendung aktienrechtlicher Kapitalherabsetzungsvorschriften zurückgezahlt oder gemäß den Bestimmungen des § 102a BWG eingezogen werden.

denen Wertabgaben. Grundsätzlich gilt, dass je mehr Eigenkapitalmerkmale die hybriden Finanzierungsinstrumente aufweisen, desto höher die Wahrscheinlichkeit ist, dass die anfallenden Dividenden bzw. Zinsen von der Finanzverwaltung wegen ihres Ursprungs im Gesellschaftsverhältnis als Einkommensverwendung qualifiziert werden und damit steuerlich nicht anerkannt werden. Für Dividenden bzw. Zinsen auf Partizipationskapital, das von Kreditinstituten begeben wird, schließt der Gesetzgeber deren steuerliche Abzugsfähigkeit dezidiert aus (§ 8 Abs. 3 Z 1 KStG). Wertabgaben auf Partizipationskapital wird also *ex lege* unterstellt, *causa societatis* geleistet zu werden. Allerdings haben österreichische Kreditinstitute in der Vergangenheit basierend auf Einzelerledigungen des Finanzministeriums vereinzelt die steuerliche Abzugsfähigkeit von Zinsen auf Partizipationskapital gewährt bekommen.

Ad c.) Auf Dividenden bzw. Zinsen auf das Partizipationskapital, das vom Staat gezeichnet wurde, hätten die Kreditinstitute grundsätzlich keine Kapitalertragsteuer abzuziehen, weil der Staat als beschränkt steuerpflichtige inländische Körperschaft des öffentlichen Rechts gemäß § 94 Z 6 EStG von der Kapitalertragsteuer auf Gewinnanteile jeder Art auf Partizipationskapital im Sinne des § 10 Abs. 1 Z 4 KStG befreit ist. Da der Staat seine Partizipationsscheine jedoch auf die *FIMBAG (Finanzmarktbeteiligung Aktiengesellschaft)* überträgt und diese nicht von der Kapitalertragsteuer befreit ist, sind die Kreditinstitute zum Abzug verpflichtet. Bei Dividenden bzw. Zinsen auf jene Partizipationsscheine, die Kreditinstitute im Publikum platzieren, ist Kapitalertragsteuer ebenso durch Abzug einzubehalten und für den privaten Partizipanten, der Schuldner der Kapitalertragsteuer ist, an das zuständige Finanzamt abzuführen. Die Kreditinstitute als zum Abzug verpflichtete Stellen haften dem Staat gegenüber für die Einbehaltung und Abfuhr der Kapitalertragsteuer (§ 93 Abs. 2 Z 1 lit. c i. V. m. § 95 Abs. 2 EStG).

7. SCHLUSSBETRACHTUNG

Im Zuge des staatlichen Hilfspakets für Banken werden mehrere österreichische Kreditinstitute zur Stärkung der Eigenmittelausstattung (Tier 1) das Finanzierungsinstrument des Partizipationskapitals im Sinne des § 23 Abs. 4 BWG in Anspruch nehmen, welches vom Staat zu zeichnen ist. Dabei handelt es sich um ein dem

Kernkapital zurechenbares Kapital, das den Kreditinstituten unbefristet zur Verfügung gestellt wird, vom Emittenten jedoch jederzeit gemäß den gesetzlichen Vorschriften zurückgezahlt werden kann. Das Partizipationskapital, dessen Erträge gewinnabhängig sind und das am Verlust teilnimmt, steht grundsätzlich im gleichen Rang wie das gezeichnete Kapital und ist daher nachrangig gegenüber allen anderen Verbindlichkeiten des Emittenten. Partizipationskapital hat daher nach Befriedigung aller Gläubiger einen Liquidationsanspruch im selben Verhältnis wie Aktienkapital. Im vorliegenden Beitrag wurden im Wege einer grundlegenden Systematisierung bilanzielle, gesellschaftsrechtliche und steuerliche Aspekte im Zusammenhang mit der Emission von Partizipationsscheinen verknüpft. Nach einer Erörterung rechtlicher Rahmenbedingungen und dispositiver Vertragspunkte für das Partizipationskapital sowie einer Abgrenzung zu verwandten Rechtsinstituten wurde dessen bilanzielle Behandlung nach nationalen Rechnungslegungsvorschriften (BWG) und IFRS diskutiert. Sowohl nach BWG als auch nach IFRS ist das Partizipationskapital im Eigenkapital zu bilanzieren. In diesem Kontext wurde auf die bilanzielle Behandlung laufender Verluste eingegangen, wobei im Lichte der rechtstechnischen Ausformung des Partizipationskapitals eine Analogie zum Genussrecht mit Eigenkapitalcharakter hergestellt wurde. *Per analogiam* kann eine Teilnahme am Verlust insofern erfolgen, als der Bilanzwert herabgesetzt wird. Alternativ können Anteile des Partizipationskapitals an einem Verlust in der Bilanz auch einer dem Partizipationskapital zugeordneten Kapital- oder Gewinnrücklage entnommen oder als gesonderter Abzugsposten vom Eigenkapital (z. B. „Anteil des Genussrechtskapitals am Bilanzverlust“) ausgewiesen werden. Weiterhin wurden Möglichkeiten der Zurückzahlung des Partizipationskapitals dargestellt. Hierfür kommen die Zurückzahlung unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften sowie die Einziehung gemäß den Bestimmungen des § 102a BWG in Frage. Aus steuerlicher Sicht wurde ausgeführt, dass im Zuge der Emission des Partizipationskapitals keine Gesellschaftsteuer anfällt, die Zinsen bzw. Dividenden im Zusammenhang mit dem Partizipationskapital Einkommensverwendung und damit steuerlich nicht abzugsfähig sind und Kapitalertragsteuer grundsätzlich auf Zins- bzw. Dividendenzahlungen einzubehalten ist.

Aus steuerlicher Sicht ist zu beachten, dass im Zuge der Emission des Partizipationskapitals keine Gesellschaftsteuer anfällt, die Zinsen bzw. Dividenden im Zusammenhang mit dem Partizipationskapital Einkommensverwendung und damit steuerlich nicht abzugsfähig sind und Kapitalertragsteuer grundsätzlich auf Zins- bzw. Dividendenzahlungen einzubehalten ist.