



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Eidos Wirtschaftsberatungs GmbH, gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern Wien betreffend Gesellschaftsteuer vom 22. August 1997 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Am 10. September 1996 schlossen die A und die B eine Vereinbarung in der einleitend festgehalten wurde, dass die A Gesellschafter der nunmehrigen Berufungswerberin (kurz Bw.), ist und dass diese Geschäftsanteile treuhändig für die C gehalten werden.

In Punkt I. wurde vereinbart, dass die A einen Geschäftsanteil an der Bw., der einer Stammeinlage von Nominale von ATS 25.000,-- entspricht, mittels eines noch zu errichtenden Vertrages, treuhändig für die B halten wird.

Weiters wurde in der Vereinbarung u.a. Folgendes festgelegt:

"II.

Die B wird der Bw. am 2. November 1996 unverzinsliche Gesellschafterdarlehen (verdecktes Stammkapital) in Höhe von ATS 20.000.000,-- zur Verbesserung der Eigenkapitalbasis und mit nachrangiger Wirkung gegenüber den von Dritten gewährten Finanzierungen zur Verfügung stellen.

III.

Für den Fall dass die unter I und II abzuschließenden Verträge zustande kommen, verpflichtet sich die A in der Generalversammlung zu nachstehendem Abstimmungsverhalten bezüglich der Gewinnverteilung:

Für das verdeckte Stammkapital, sowie das einbezahlte offene Stammkapital erhält die B eine jährliche Dividende in Höhe von 25 % unter der Sekundarmarktrendite – Spalte 8 – Emittenten gesamt, lt. Tabelle 5.4 des Statistischen Monatsheftes der Österreichischen Nationalbank des Jahresdurchschnittswertes des entsprechenden Jahres. Als entsprechendes Jahr gilt das Jahr der für die Ausschüttung maßgeblichen Gewinnermittlung der Bw.

Sollte eine Ausschüttung in diesem Umfang aufgrund des zu geringen Gewinnes der Gesellschaft oder aus handelsrechtlichen Gründen nicht möglich sein, so wird die unterlassene Ausschüttung zum nächstmöglichen Zeitpunkt nachgeholt, wobei für nicht ausgeschüttete

Beträge eine Dividende in Höhe der oben definierten Sekundarmarktrendite minus 25 % ausbezahlen ist.

Den gemäß obiger Regelung ermittelten Gewinnanteil erhält die B anteilig für das Jahr des Beteiligungserwerbes bzw. Beteiligungsverkaufes durch die B entsprechend der Beteiligungsdauer während des Jahres.

- - -

VI.

Die B räumt der A bzw. einem von ihr namhaft gemachten Dritten ein Aufgriffsrecht in notarieller Form hinsichtlich des unter Punkt I bezeichneten Geschäftsanteiles zuzüglich aller Erhöhungen gegen Bezahlung des jeweils eingezahlten Nominales ein.

VII.

Macht die A bzw. der von ihr bezeichnete Dritte von diesem Aufgriffsrecht Gebrauch, hat sie dafür zu sorgen, dass die zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Rückübertragung des Geschäftsanteiles in der Gesellschaft befindlichen unverzinslichen Mittel der B mit Wirkung zum Zeitpunkt der Rückübertragung an die B rückgeführt werden."

Am 7. Mai 1997 wurde zwischen der A und der B ein Treuhandvertrag über Geschäftsanteile an der Bw. abgeschlossen, in dem festhalten wurde, dass mit Wirkung zum 1. Jänner 1997 die A als Treuhänder Geschäftsanteile im Nominale von S 25.000,-- und alle damit im Zusammenhang stehenden Rechte und Pflichten ausschließlich im Interesse und auf Rechnung der B als Treugeber verwaltet.

Das Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern Wien ging davon aus, dass die A durch die auf Grund der Vereinbarung vom 10. September 1996 hingegebenen unverzinslichen nachrangigen Darlehen von S 20.000.000,-- Gesellschaftsrechte an der Bw. als erster Erwerber im Sinne des § 2 Z. 1 KVG erworben habe und setzte hierfür mit Bescheid vom 22. August 1997 Gesellschaftsteuer in Höhe von 1 % von S 20.000.000,-- = S 200.000,-- fest.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung wurde vor allem gerügt, dass der angefochtene Bescheid keine Begründung enthalte. Es werde weder erklärt, weshalb Leistungen eines Nichtgesellschafters steuerpflichtig seien, noch werde dargelegt, aus welchem Grund rückzahlbare Darlehen steuerpflichtig sein sollen. Weiters wurde eingewandt, dass im konkreten Fall weder eine Leistung eines unmittelbaren Gesellschafters noch eine werterhöhende Maßnahme vorliege.

Im Antrag auf Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz wurde ergänzend vorgebracht, dass die Vereinbarung zwischen einem Gesellschafter (A) und einem Nichtgesellschaftler (B) abgeschlossen worden sei und die Bw. an diesem Vertrag weder beteiligt gewesen sei, noch ihn unterfertigt habe. Damit sei die unterschwellig anklingende Vorstellung der Behörde entkräftet, die Bw. hätten der B eine Gewinnbeteiligung eingeräumt. Abgesehen davon liege eine Forderung mit Beteiligung am Gewinn nicht vor. Eine Forderung mit Gewinnbeteiligung setze eine Abhängigkeit vom Ertrag der Gesellschaft, und insoweit –

spiegelbildlich – ein gewisses Risiko des Darlehensgebers voraus. Im konkreten Fall sei die vereinbarte "Dividende" fix vorgegeben (Sekundarmarkttrendite minus 25 %), wodurch jegliches Risiko des Financiers ausgeschlossen sei. Der Darlehensgeber erhalte – darüber hinaus – eine weitere Sicherheit in der Form, dass auf Grund fehlender Gewinne in Vorjahren unterlassene "Dividenden" in den Folgejahren nachzuholen seien. Demgemäß sei die Bezeichnung "Dividende" in der Vereinbarung vom 10. September 1996 nicht angebracht, insoweit liege eine – jedoch unschädliche – Fehlbezeichnung vor. Weiters wäre zu erheben gewesen, ob diese Darlehen überhaupt eingeräumt wurden. Im Jahresabschluss zum 31. Dezember 1996 stünden diese Darlehen jedenfalls nur mit S 6,5 Millionen zu Buche. Zu allem kämen noch EU-rechtliche Bedenken, die ihre Ursachen darin haben, dass die Kapitalansammlungs-Richtlinie Leistungen eines echten (=unmittelbar beteiligten) Gesellschafters voraussetze.

Mit Bescheid vom 4. Dezember 2000 wurde das gegenständliche Berufungsverfahren von der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland bis zur Entscheidung über das in einer gleichen Rechtsfrage beim Europäischen Gerichtshof zu C-138/00 anhängige Vorabentscheidungsverfahren gemäß § 281 BAO ausgesetzt. Dieses Vorabentscheidungsverfahren wurde durch Urteil vom 17. Oktober 2002 beendet, sodass das Berufungsverfahren vom nunmehr zuständigen unabhängigen Finanzsenat fortzusetzen ist.

Über Vorhalt des unabhängigen Finanzsenates vom 20. März 2003 gab die Bw. mit Schreiben vom 8. Mai 2003 eine Stellungnahme ab, in der ua. außer Streit gestellt wurde, dass die B auf Basis der Vereinbarung vom 10. September 1996 in drei Tranchen ein "unverzinsliches Gesellschafterdarlehen" im Ausmaß von S 20.000.000,00 an die Bw. geleistet habe und dafür – zusammen mit ihrer (indirekten Kapitalbeteiligung) für den Zeitraum 1996 bis 2000 folgende Zahlungen (nach Abzug der 25 %-igen KEST) erhalten habe:

für 1996: S 14.157,81, für 1997 S 468.655,37, für 1998 S 507.584,61 für 1999 S 135.512,12 und für 2000 S 623.091,64. Weiters wurde ausführlich dargelegt, weshalb nach Ansicht der Bw. weder ein Genussrecht iSd § 5 Abs. 1 Z. 2 KVG noch eine Forderung mit Gewinnbeteiligung iSd § 5 Abs. 1 Z. 3 KVG vorliege.

Im Hinblick auf die Parteistellung des Finanzamtes übermittelte der unabhängige Finanzsenat diesem Kopien sowohl des Vorhaltes des unabhängigen Finanzsenates als auch der Stellungnahme der Bw. und räumte dem Finanzamt für die Abgabe einer allfälligen Gegenäußerung eine Frist bis zum 30. Jänner 2004 ein. Mit Vorhalt vom 8. Juli 2004 teilte der unabhängige Finanzsenat dem Finanzamt mit, auf Grund welcher Erwägungen die Ansicht, dass ein Ersterwerb iSd § 2 Z. 1 KVG vorliege, nicht aufrecht erhalten werde und ersuchte um Wiedervorlage der gegenständlichen Akten bis zum 31. August 2004. Mit Schreiben vom 26.

Juli 2004 legte das Finanzamt die Akten dem unabhängigen Finanzsenat vor, ohne zu den Ausführungen des Bw. bzw. des unabhängigen Finanzsenates Stellung zu nehmen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Z. 1 KVG unterliegt der Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer inländischen Kapitalgesellschaft durch den ersten Erwerber der Gesellschaftsteuer.

Nach der Legaldefinition des § 5 Abs. 1 KVG gelten als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften:

1. Aktien und sonstige Anteile, ausgenommen die Anteile der persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommandit-Erwerbsgesellschaft,
2. Genussrechte und
3. Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren.

Als Gesellschafter einer inländischen Kapitalgesellschaft sind daher nicht nur Personen anzusehen, die nach handelsrechtlichen Vorschriften (etwa als Aktionäre oder Gesellschafter) Anspruch auf Gewinnbeteiligung erheben können, sondern auch Personen, denen bloße Gläubigerrechte einen solchen Anspruch vermitteln. Mit der Bestimmung des § 5 Abs. 1 Z. 3 KVG verfolgte der Gesetzgeber den Zweck, Gläubiger mit einem Anspruch auf Gewinnbeteiligung den eigentlichen Gesellschaftern im Hinblick auf das gemeinsame Interesse an den Betriebsergebnissen gleichzustellen. Wohl verlangt das Gesetz nicht, dass der Gläubiger auch am Verlust der Gesellschaft teilnimmt, jedoch wird gefordert, dass er am Risiko des Unternehmens beteiligt ist, was die Seite der Gewinnerzielung anlangt. Ist neben einer festen Verzinsung der Einlage eine variable, an den Gewinn des Unternehmens geknüpfte Leistung für die Hingabe des Darlehensbetrages vereinbart, so ist für die steuerliche Beurteilung maßgebend, ob die Vereinbarung einer festen Verzinsung oder die Gewinnbeteiligung als die Hauptsache anzusehen ist (vgl. dazu VwGH 24.3.1994, 92/16/0189).

Die Verzinsung eines Darlehens kann jedoch auch variabel gestaltet und an die Gewinnhöhe angeknüpft werden, ohne dass die Natur des Zinses aufgehoben wird. Ist der Darlehensgeber auch in Wirtschaftsjahren mit gutem Geschäftsgang von jeglicher Teilnahme am steigenden Ertrag der Gesellschaft ausgeschlossen, weil sein Vergütungsanspruch auf 6 % der dargeliehenen Summe beschränkt bleibt und ist ihm außer in zwei Verlustjahren nie eine andere Vergütung als 6 % des Kapitals gewährt worden, so ist der Vertragswille darauf gerichtet, dem Darlehensgeber eine feste Verzinsung zu sichern und es liegt keine Forderung,

die eine Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft gewährt, vor (vgl. VwGH 14.11.1974, 1257/73).

Im gegenständlichen Fall orientiert sich die Vergütung der B für das von ihr hingegebene Darlehen primär an der Sekundarmarktrendite. Die Darlehensgeberin nimmt zwar am wirtschaftlichen Erfolg der Bw. teil, da die Auszahlung der Vergütung davon abhängig ist, dass der Vergütungsbetrag in den ausschüttungsfähigen Gewinnen gedeckt ist. Da in der Vereinbarung aber eine Nachholung der unterlassenen Ausschüttungen für Jahre, in denen keine Gewinnausschüttung möglich ist, festgelegt wurde, ist die Teilnahme der B am wirtschaftlichen Erfolg der Bw. sehr eingeschränkt. Die Darlehensgeberin erhält zwar für "schlechte Jahre" die Vergütung erst mit zeitlicher Verzögerung. Ein Risiko gar keine Vergütung für das hingegebene Kapital zu bekommen, besteht für die B aber nur dann, wenn der wirtschaftliche Erfolg der Bw. auf Dauer negativ (oder nur geringfügig) ist. Da die Bw. im Bereich des ***** tätig ist, ist die Argumentation der Bw. nachvollziehbar, dass zwar typischerweise am Anfang Verluste entstehen, es aber in den Folgejahren durch die gut verwertbaren Objekte zu einer Gewinnrealisierung kommt. Daraus ergibt sich, dass die B durchaus damit rechnen konnte, dass ihr die vereinbarte Vergütung (in Höhe von 25 % unter der Sekundarmarktrendite) auch tatsächlich zukommt. Dies wird auch durch die der B tatsächlich zugekommenen Beträge bekräftigt. Eine darüber hinausgehende Teilnahme der B am wirtschaftlichen Erfolg ist jedoch ausgeschlossen, weil die Darlehensgeberin auch in "besonders guten Jahren" nicht mehr erhält als eine am Kapitalmarkt übliche Verzinsung. Die (maximale) Höhe der Vergütung, die die B erhält, ist nicht vom Ergebnis der Gesellschaft abhängig (die B erhält keinen prozentuellen Anteil am Gewinn), sondern bemisst sich die jährliche Vergütung nach der jeweils aushaftenden Darlehensvaluta sowie der jeweiligen Sekundarmarktrendite. Die B hat deshalb keine Forderung, die eine Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft gewährt und somit kein Gesellschaftsrecht iSd § 5 Abs. 1 Z. 3 KVG erworben.

Weiters gelten auf Grund der Bestimmung des § 5 Abs. 1 Z. 2 KVG Genussrechte als Gesellschaftsrechte iSd KVG. Durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 17. Oktober 2002 zur Zahl C-138/00 ist klargestellt ist, dass auch der Erwerb von Genussrechten durch (handelsrechtliche) Nichtgesellschafter besteuert werden kann.

Unter Genussrechten versteht man zivilrechtlich solche Rechte, die ihrem Inhalt nach typische Vermögensrechte eines Gesellschafters sein können (vgl. VwGH 16.12.1993, 92/16/0025). Der Gerichtshof hielt im genannten Erkenntnis fest, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Genussrechtes die Begrenzung des Gewinnbeteiligungsanspruches auf eine bestimmte kontokorrentmäßige Verzinsung von 5 % p.a. nichts an der Qualifikation als Genussrecht ändert. Es kann deshalb (bei Vorliegen anderer typischer Vermögensrechte eines

Gesellschafter) auch bei einer Begrenzung des Gewinnbeteiligungsanspruches mit 25% unter Sekundarmarktrendite ein Genussrecht vorliegen. Nach Auffassung des unabhängigen Finanzsenates ist für die Qualifikation der getroffenen Vereinbarung auf das Gesamtbild abzustellen.

Genussrechte werden zwar nicht immer, wohl aber sehr oft als Gegenleistung für eine zugesagte bzw. erbrachte Unternehmensfinanzierung gewährt. Sie bieten häufig einen Anspruch auf einen Gewinnanteil, oft auch eine Beteiligung am Liquidationserlös und/oder – überschuss, mitunter auch andere Rechte, räumen meist aber keine Herrschafts- und keine Mitverwaltungsrechte ein und werden daher in der Regel als reine "Gläubigerrechte" eingestuft. Es gibt keine gesetzlichen Regelungen, die das Institut des Genussrechtes näher beschreiben würden. Eine legistische "Vertypung" fehlt. In der Regel wird das Genussrecht gewährt, weil der Genussberechtigte dem Verpflichtenden Kapital zur Verfügung stellt. Dieses Kapital kann entweder die Funktion von Eigen- oder von Fremdkapital haben. Je mehr das Genussrechtskapital die Eigenschaften von Eigenkapital aufweist, desto näher liegt es, im Genussberechtigten eine gesellschafterähnliche Person zu sehen (vgl. Krejci/van Husen, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften und partiarische Darlehen, GesRZ 2000, S 54 ff).

In der gegenständlichen Vereinbarung wurde ausdrücklich vereinbart, dass die B der Bw. verdecktes Stammkapital zur Verbesserung der Eigenkapitalbasis mit nachrangiger Wirkung zur Verfügung stellt. Der Zweck der Kapitalzufuhr, nämlich die Verbesserung der Eigenkapitalbasis, und die vereinbarte Nachrangigkeit sprechen dafür, dass die B eine Stellung ähnlich einem Gesellschafter erhalten sollte.

Neben den Bestimmungen des Kapitalverkehrsteuergesetzes sind seit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union am 1. Jänner 1995 auch die Bestimmungen der Richtlinie des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital 69/335/EWG (in Folgenden kurz Richtlinie 69/335) unmittelbar anzuwenden (vgl. zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie das Urteil des EuGH vom 5. März 1998, C-347/96 "Solred SA"). Bei der Festsetzung der Gesellschaftsteuer ist deshalb nicht nur zu beachten, ob ein Tatbestand des iSd § 2 Z. 1 KVG verwirklicht wurde, sondern ist zu prüfen, ob ein in Artikel 4 der Richtlinie 69/335 angeführter Vorgang vorliegt.

Nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335 unterliegen der Gesellschaftsteuer die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art, für die nicht Gesellschaftsrechte gewährt werden, die einen Anteil am Kapital oder am

Gesellschaftsvermögen verkörpern, sondern Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wie zB Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse.

Die in Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335 genannten Rechte decken sich weitgehend mit jenen Rechten, die innerstaatlich typischerweise für das Vorliegen eines Genussrechtes angesehen werden. Da es für den Begriff des Genussrechtes keine gesetzliche Definition gibt ist nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates infolge der unmittelbaren Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechtes für die Auslegung des Begriffes „Genussrecht“ und damit für die Beurteilung der Frage, ob ein Gesellschaftsrecht iSd § 5 Abs. 1 Z. 2 KVG erworben wurde, entscheidend, ob ein Vorgang unter Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 69/335 zu subsumieren ist.

In seinem Urteil vom 17. Oktober 2002 zur Zahl C-71/00 hat der Europäische Gerichtshof ausgesprochen, dass die Feststellung, ob ein Vorgang in den Anwendungsbereich von Artikel 4 der Richtlinie 69/335 fällt, anhand einer wirtschaftlichen und nicht einer formalen, allein auf die Herkunft der Einlagen abstellenden Betrachtungsweise zu treffen ist, indem untersucht wird, wem die Zahlung der Einlagen tatsächlich zuzurechnen ist. Nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335 unterliegt der Gesellschaftsteuer die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art, für die nicht Gesellschaftsrechte gewährt werden, die einen Anteil am Kapital oder am Gesellschaftsvermögen verkörpern, sondern Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wie z. B. Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse. Die Hingabe von Kapital an eine Kapitalgesellschaft löst somit dann Gesellschaftsteuerpflicht aus, wenn die Hingabe einerseits zu einer Erhöhung des Gesellschaftsvermögens führt und wenn andererseits für die Hingabe des Kapitals Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, eingeräumt werden.

Die erstgenannte Voraussetzung liegt hier vor. Durch die Vereinbarung der Nachrangigkeit und die ausdrückliche Widmung des "unverzinslichen Gesellschafterdarlehens" als verdecktes Stammkapital kam es mit der Zuzählung des Betrages von S 20.000.000,00 zu einer Stärkung des Wirtschaftspotentials der Bw und somit zu einer Erhöhung des Gesellschaftsvermögens.

Zur zweiten Voraussetzung ist zu bemerken, dass Artikel 4 Abs. 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335 Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse ausdrücklich als Beispiele jener „Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden“ anführt. Aus dem "oder" in der Aufzählung ergibt sich weiters, dass für die Verwirklichung eines Vorgang iSd Artikel 4 Abs. 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335 dem Kapitalgeber die genannten Rechte nicht kumulativ eingeräumt werden müssen.

Wie bereits oben näher ausgeführt, ist durch die Bindung der Dividendenausschüttung an die Sekundarmarkttrendite nur in einem sehr eingeschränkten Umfang eine Beteiligung der B am wirtschaftlichen Erfolg der Bw. gegeben. Die Vereinbarung sieht auch keine Beteiligung der B an den Liquidationserlösen der Bw. vor. Da der B für das einbezahlte "offene Stammkapital" (und somit für ihren – indirekten – Gesellschaftsanteil) ebenfalls nur eine jährliche Dividende in Höhe von 25 % unter der Sekundarmarkttrendite zusteht, erhält die B für das "unverzinsliche Gesellschafterdarlehen" die gleichen Rechte eingeräumt wie in ihrer Eigenschaft als (indirekte) Gesellschafterin. Dies würde dafür sprechen, dass der B für die Hingabe des Darlehens Rechte gleich einem Gesellschafter zukommen sollten. Dabei ist allerdings zu beachten, dass bei Abschluss der Vereinbarung die Finanzierung bestimmter Objekte im Vordergrund gestanden ist. Die Argumentation der Bw., dass die B für die Hingabe des Darlehens ein entsprechendes Äquivalent im Auge gehabt hat und dass die B das Darlehen nicht hingegeben hätte, wenn sie dafür nicht eine entsprechende Vergütung erhalten hätte, erscheint überzeugend. Es ist nachvollziehbar, dass der Nachrangigkeit im Hinblick auf die gut verwertbaren Objekte in Form von Immobilien für die B keine besondere Bedeutung zu gekommen ist und vor dem Hintergrund der Besonderheiten des ***geschäftes nur zu Beginn der Abwicklung eines Projektes relevant war.

Durch die Vereinbarung wurde das Abstimmungsverhalten hinsichtlich der Gewinnverteilung sowohl für die A als auch für die B determiniert (siehe Punkt III und IV. der Vereinbarung). Durch die Bindung des Stimmrechtes der B an den jeweiligen Vorschlag der A (siehe Punkt IV der Vereinbarung) ist gesichert, dass die B auch für Jahre mit besonders hohen Gewinnen (auch in ihrer Eigenschaft als – indirekte – Gesellschafterin) keine höhere Ausschüttung, als es dem vereinbarten Prozentsatz der Sekundarmarkttrendite entspricht, erhält. Daraus ergibt sich, dass der B für die Hingabe des "unverzinslichen Darlehens" in Höhe von S 20.000.000,00 kein (zusätzliches) Stimmrecht eingeräumt wurde, sondern im Gegenteil die ihr in ihrer Eigenschaft als (indirekte) Gesellschafterin zustehenden Rechte auf Gewinnanteil und Mitbestimmung sogar eingeschränkt wurden.

Da die Vergütung für die B aus den ausschüttungsfähigen Gewinnen zu entrichten ist, erfolgt durch die Vereinbarung im Ergebnis eine Verschiebung der auszuschüttenden Gewinne zwischen A und B. Die Gewinnausschüttungen an die A und die B erfolgen nicht entsprechend ihrer (indirekten) Beteiligung an der Bw. von 5 % bzw. von 95 %, sondern erhält die B unabhängig vom Beteiligungsausmaß eine Dividende in Höhe von 25 % unter der Sekundarmarkttrendite. Damit wird der ansonsten der A zukommende Gewinnanteil geschmälert, sodass im Ergebnis die Vergütung für das "unverzinsliche Darlehen" durch die A getragen wird. Durch die Koppelung der Vergütung an den ausschüttungsfähigen Gewinn ist

gesichert, dass der Bw. für die Nutzung des Kapitals kein Zinsenaufwand entsteht, obwohl die B für das „unverzinsliche Darlehen“ eine zinsenähnliche Vergütung (und zwar im Wege des Ausgleiches zwischen den Gesellschaftern) erhält. Dies alles spricht dafür, dass für die B bei Abschluss der Vereinbarung die Finanzierung der Projekte gegen eine zinsenähnliche Vergütung im Vordergrund gestanden ist und dass ihr für die Hingabe des „unverzinslichen Darlehens“ in Höhe von S 20.000.000,00 keine Vermögensrechte, wie sie ansonsten typischerweise Gesellschaftern zustehen, eingeräumt wurden. Sie hat somit kein Gesellschaftsrecht iSd § 5 Abs. 1 Z. 2 KVG als erster Erwerber erworben und wurde kein gesellschaftsteuerpflichtiger Vorgang iSd § 2 Z. 1 KVG verwirklicht.

Es war daher der Berufung Folge zu geben und der angefochtene Bescheid aufzuheben.

Wien, 24. August 2004