

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Vorsitzende Frau Mag. DDr. Hedwig Bavenek-Weber und die weiteren Senatsmitglieder Herrn R., Herrn LR1 und Herrn LR2 in der Beschwerdesache der Bf. als Rnf der V.B., X., über die Beschwerde gegen die Bescheide des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern Wien vom 4. September 2008, Erf.Nr. x/x, betreffend Rechtsgebühren für

1) Ergänzungskapital V.B. und

2) Ergänzungskapital V.A.

in der Sitzung am 19. November 2018 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben und die angefochtenen Bescheide werden aufgehoben.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Das Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern Wien hat in Folge der Selbstberechnung des Verschmelzungsvertrages zwischen der V.B., der Beschwerdeführerin, und der V.A. vom 3. August 2007 Kenntnis von der Begebung von Ergänzungskapital iSd § 73c VAG durch die V.B. (vormals V,C) und der V.A. in der Höhe von jeweils € 25.000.000,00 jeweils verbrieft in Namensschuldverschreibungen vom 2. Jänner 2004, erlangt (Beilagen 7 und 14 zum Verschmelzungsvertrag). Diese Beilagen bestehen jeweils aus einer mit 16. Dezember 2003 datierten und von der B.N. unterfertigten „Zeichnungserklärung“ und aus einer mit 2. Jänner 2004 datierten „Namensschuldverschreibung“. Diese Urkunden haben folgenden Inhalt (in [Klammern] die unterschiedlichen Textstellen für 1) V,C und 2) V.A.):

„ Zeichnungserklärung

Unter Bezugnahme auf den Beschluss in der [1) Sitzung des Aufsichtsrates der V.C 2) 156. Sitzung des Aufsichtsrates der V.A.] am 4.12.2003 zur Begebung einer Ergänzungskapitalanleihe in Höhe von EUR 25.000.000,-- zeichnet die

B.N.

diese Ergänzungskapitalanleihe in Höhe von EUR 25.000.000,-- gemäß beiliegenden Bedingungen und verpflichtet sich den Betrag von EUR 25.000.000,-- auf das Konto [1) Nr. 0/1 2) Nr. 0/2] bei der B.N., lautend auf [1) V.C, 2) V.A.,] bis zum 2.1.2004 einzuzahlen.“

„NAMENSSCHULDVERSCHREIBUNG

über EUR 25.000.000,--

(in Worten Euro fünfundzwanzig Millionen)

*Die [1) V.C, 2) V.A.,] Wien, verpflichtet sich, an die
B.N.*

gegen diese Namensschuldverschreibung einen Betrag von

EUR 25.000.000,--

(in Worten Euro fünfundzwanzig Millionen)

zurückzuzahlen und bis zur Fälligkeit nach Maßgabe der beigefügten Bedingungen zu verzinsen.“

Die Bedingungen der Namensschuldverschreibungen lauten (wieder in [Klammern] die unterschiedlichen Textstellen für 1) V.C und 2) V.A.):

„1. a) Die Namensschuldverschreibung ist ein Wertpapier über eingezahltes Ergänzungskapital gemäß § 73c Abs.2 VAG.

b) Die Forderungen aus dieser Namensschuldverschreibung sind gemäß § 73c Abs.2 VAG so vereinbart, dass das eingezahlte Kapital

- der [1) V.C 2) V.A.] auf 10 Jahre unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt wird,

- nur verzinst werden darf, soweit die Zinsen im Jahresüberschuss (handelsrechtlicher Gewinn vor Nettoveränderungen von Rücklagen) gedeckt sind,

- vor Liquidation nur unter anteiligem Abzug der während seiner Laufzeit eingetretenen Nettoverluste zurückgezahlt werden darf und

- im Liquidationsfall der [1) V.C 2) V.A.] erst nach Befriedigung oder Sicherstellung jener Forderungen zurückzuzahlen ist, die weder Eigen- noch Partizipationskapital darstellen.

2. a) Die Namensschuldverschreibung wird für 10 Jahre Laufzeit ab Gutschrift des eingezahlten Ergänzungskapitals auf dem Einzahlungskonto der [1) V.C 2) V.A.] ausgestellt; das eingezahlte Ergänzungskapital ist nach Ablauf dieser Laufzeit auf das vom Zeichner der Namensschuldverschreibung zu benennende Konto zurückzuzahlen.

b) Die [1) V.C 2) V.A.] kann die gegenständliche Namensschuldverschreibung unter Einhaltung einer Frist von 3 Monaten zur Gänze oder zum Teil aufkündigen und dementsprechend zur Gänze oder zum Teil vorzeitig zurückzahlen.

3. Für diese Namensschuldverschreibung werden jeweils für die Zinsperiode – das ist das Geschäftsjahr (= Kalenderjahr) – Zinsen kontokorrentmäßig (klm/360) im nachhinein am 31.3. des Folgejahres verrechnet, soweit sie im Jahresüberschuss der vorangegangenen Bilanz zum 31. Dezember Deckung finden. Die Laufzeit der ersten Zinsperiode beginnt mit dem Tag der Zuzählung des Ergänzungskapitals und endet mit Schluss des Geschäftsjahres unserer Gesellschaft, das ist der 31.12. Für die gesamte Laufzeit von 10 Jahren beträgt der Zinssatz 4,95 % p.a. fix. Für unterjährig zur Verfügung gestelltes bzw. zurückgezahltes Kapital (Punkt 2.b)) erfolgt die Zinsberechnung dementsprechend pro rata temporis.

4. Die Verzinsung endet mit dem der Fälligkeit der Namensschuldverschreibung vorangehenden Tag.“

Die Zeichnungserklärung der V,C ist mit einem unterfertigten handschriftlichen Vermerk „übernommen 17.12.03“ versehen.

Der Verschmelzungsvertrag vom 3. August 2007 wurde am 18. August 2007 ins Firmenbuch der aufnehmenden Gesellschaft V.A. (in der Folge umfirmiert in B.N.) eingetragen.

Aus dem Bemessungsakt ist ersichtlich, dass der Selbstberechner des Verschmelzungsvertrages, Notar, dem Finanzamt mit Telefax vom 21. August 2008 mitteilte, dass die V.M. als Konzernmutter ersuchte, die Gebührenvorschreibungen an die Gesamtrechtsnachfolgerin V.B. auszustellen.

Laut Aktenlage setzte das Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern Wien ohne sonstige Erhebungen für die oben dargestellten Namensschuldverschreibungen mit zwei gesonderten Gebührenbescheiden vom 4. September 2008 jeweils eine Gebühr gemäß § 33 TP 19 Abs. 1 Z. 1 GebG in der Höhe von jeweils € 200.000,00 fest. Ergangen sind die Bescheide an die „V.B.“.

Die gegen diese Bescheide nach Ersuchen um Verlängerung der Rechtsmittelfrist eingebrachte Berufung (nunmehr Beschwerde) wurde wie folgt begründet:

„Die v.b. hat Ergänzungskapital iSd § 73b Abs 2 VAG im Betrag von EUR 25.000.000 an die b.n. (verbrieft in der Namensschuldverschreibung vom 2.1.2004) begeben. Die v.a. hat Ergänzungskapital gem derselben Bestimmung iHv ebenfalls EUR 25.000.000 an die b.n. (verbrieft in der Namensschuldverschreibung vom 2.1.2004) begeben. In weiterer Folge wurde die v.a. mit der v.b. verschmolzen. Die gegenständlichen Namensschuldverschreibungen sind daher beide der v.b zuzurechnen.

Im Zuge einer Gebührenprüfung wurde festgestellt, dass die beiden Namensschuldverschreibungen jeweils gem § 33 TP 19 Abs 1 Z 1 GebG als Kreditverträge zu vergewähren gewesen wären.

In diesem Zusammenhang ist zunächst die Frage zu klären, was das Gebührengesetz unter dem Begriff des Kreditvertrages versteht. Da das GebG keine eigene Definition des Kredites vorsieht, sind die allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts zu berücksichtigen.

Daraus folgt, dass einem Vertrag, der zivilrechtlich kein Kreditvertrag ist, auch gebührenrechtlich diese Eigenschaft nicht zukommt. Demnach liegt ein gebührenrechtlich relevanter Kreditvertrag nicht bereits dann vor, wenn ein Vertragspartner über einen bestimmten Geldbetrag verfügen kann.

Mit dem Kreditvertrag wird dem Kreditnehmer die Verfügung über einen Geldbetrag eingeräumt. Das heißt, dass der Kreditnehmer aufgrund des Kreditvertrages rückzahlbare, verzinsliche Geldmittel des Kreditgebers vereinbarungsgemäß in Anspruch nehmen kann. Anders ausgedrückt ist ein wesentliches Merkmal des Kreditvertrages, dass ein bestimmter Kreditrahmen zur Verfügung gestellt wird, der jederzeit abrufbar ist.

Im Gegensatz dazu sind Schuldverschreibungen Wertpapiere zur langfristigen Kreditfinanzierung. Es handelt sich dabei um festverzinsliche Vermögenstitel mit einem schuldrechtlichen Anspruch auf Zahlung eines zeitabhängigen Entgelts und Rückzahlung des überlassenen Kapitalbetrags. Der Käufer einer Schuldverschreibung erhält als Gegenleistung für die Überlassung des Geldes während der Laufzeit den in der Urkunde verbrieften Zins und nach Ablauf der Laufzeit endet das Schuldverhältnis durch die Zahlung des Nennwerts.

Durch die Ausgabe von Schuldverschreibungen wird ein verzinsliches Forderungsrecht verbrieft, das gerade nicht die Verpflichtung des Anleihegläubigers enthält, einen gewissen Geldbetrag zur Verfügung zu stellen, wie es § 33 TP 19 Abs 1 GebG verlangt. Bei einer Namensschuldverschreibung wird nur die einseitige Erklärung des Schuldners beurkundet, für einen bestimmten Geldbetrag bestimmte Zinsen zu bezahlen. Die gegenständlichen Namensschuldverschreibungen stellen daher keinen Kreditvertrag iSd GebG dar.

Zu einer Gebührenpflicht kann ebenso wenig die Tatsache führen, dass die betreffenden Namensschuldverschreibungen an keinen anonymen Kapitalmarkt gerichtet waren und somit keine Wertpapiere iSd § 12 Abs 1 KVG darstellen. Wie der UFS bereits zutreffend festgestellt hat, folgt daraus nicht, dass eine Namensschuldverschreibung unter den Kreditvertragsbegriff des § 33 TP 19 Abs 1 GebG subsumiert werden kann.“

In der Folge setzte das Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern Wien mit Bescheid vom 30. März 2009 die Entscheidung über die Berufung bis zur Beendigung des beim Verwaltungsgerichtshof zur Zl. 2008/16/0139 anhängigen Verfahrens aus. Nach Abschluss dieses Verfahrens wies das Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel mit Berufungsvorentscheidungen vom 24. Juli 2012 die Berufung als unbegründet ab. Begründet wurde diese Abweisung wie folgt:

„Die in der Berufung vorgenommene Gegenüberstellung Kreditvertrag zu Schuldverschreibung genügt nicht, da bei einer Schuldverschreibung schon im Zweifel ein kausales Papier anzunehmen ist. Dies wird durch die vorliegende Beurkundung bestätigt. Unstrittig nach dem Berufungsvorbringen wendet sich die Namensschuldverschreibung nicht an den anonymen Kapitalmarkt, sodass § 15 Abs. 3 GebG nicht anwendbar ist. Die dazu zitierte Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates wurde vom Verwaltungsgerichtshof nicht geteilt.“

In dem gegen diese Erledigungen erhobenen Vorlageantrag wurde vorgebracht:

„Bezüglich der in diesen Berufungsvorentscheidungen vorgebrachten Argumente der Abgabenbehörde I. Instanz (Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern in Wien) - insbesondere der Nichtanwendbarkeit des § 15 Abs 3 GebG mangels Emission der Namensschuldverschreibung (=Ergänzungskapitalanleihe) an den anonymen Kapitalmarkt dürfen wir ergänzend ausführen, dass bisher noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung ergangen ist auf welches Segment des Kapitalmarkts der Terminus „sich an den anonymen Kapitalmarkt wenden“ zu beziehen ist. In diesem Zusammenhang ist weiters festzuhalten, dass bis-dato nicht geklärt ist, ob eine tatsächliche Emission auf dem Kapitalmarkt unabdingbare Voraussetzung für das Vorliegen eines Wertpapierses iSv § 12 Abs 1 KVG ist oder ob nicht schon durch die „Kapitalmarktfähigkeit“ eines Wertpapierses die Eigenschaft iSd § 12 Abs 1 KVG begründet wird. Verstärkt wird dieses Argument dadurch, dass das Anbieten einer Anleihe an „nur“ einen beschränkten Personenkreis einen späteren Handel (bspw am Sekundärmarkt) nicht ausschließt. Außerdem kann lt höchstgerichtlicher Judikatur aus dem angeführten Rechtsgrund „Begebung von Ergänzungskapital“ nicht ohne weiteres auf einen Kreditvertrag rückgeschlossen werden.

Sollte der Berufungssenat wider Erwarten zu einer gegenteiligen Auffassung kommen bzw. die Ansicht der Abgabenbehörde I. Instanz teilen so ist dennoch keine Gebühr nach § 33 TP 19 GebG (Kreditvertrag) festzusetzen. Unter Zugrundelegung der Vertragsbestimmungen über die in Rede stehenden Namensschuldverschreibung kommen wir zur Auffassung, dass die gegenständlichen Urkunden einen unternehmerischen Verpflichtungsschein iSd § 363 Abs 1 UGB gleichstehen, wonach sich ein Unternehmer kraft Rechtsform zu einer Leistung von Geld verpflichtet, ohne diese Leistung von einer weiteren Gegenleistung des Wertpapierinhabers abhängig machen zu können. Der VwGH hat mit Erkenntnis vom 7.12.2000, 97/16/0506 die Gebührenpflicht eines kaufmännischen (nunmehr unternehmerischen) Verpflichtungsscheines nach § 33 TP 8 bzw. 19 GebG verneint, weil aus dem angeführten Rechtsgrund (Ergänzungskapital) nicht auf einen Darlehens- oder Kreditvertrag zu schließen und weil insbesondere eine Verpflichtung zu einer (Gegen-) Leistung nicht beurkundet worden war. Die Schlussfolgerungen der angeführten VwGH-Rsp treffen auch auf den gegenständlichen Sachverhalt zu. Im Beschwerdefall wurde nur die einseitige Erklärung der Anleihenschuldner, für einen bestimmten Geldbetrag (EUR 25.000.000,00) bestimmte Zinsen zu bezahlen, beurkundet. Aus dem Gesagten ist der Schluss zu ziehen, dass die beiden Namensschuldverschreibungen keine Kreditverträge iSd GebG darstellen.

Die Ausgestaltung eines unternehmerischen Verpflichtungsscheines gem § 363 UGB kann auf Inhaber-, Order- oder Rektapapier lauten.

- Nach ständiger Rechtsprechung des OGH liegt kein Inhaberpapier vor, wenn die Bezeichnung eines Berechtigten fehlt. In den gegenständlichen Urkunden ist ein Berechtigter genannt – das Vorliegen eines Inhaberpapiers ist somit nicht gegeben

- Ein Schuldschein auf Rektapapier lautet auf einen konkreten Namen und eine Übertragung ist nur durch Zession möglich, auch diese Ausgestaltungsart liegt im gegenständlichen Fall nicht vor.

- Wie im Erkenntnis vom 7.12.2000, 97/16/0506 sind die beiden gegenständlichen Schuldschiene ob seiner Charakteristika als „wechselähnliches Wertpapier“ einzustufen.

Somit ergibt sich, dass die in Abrede stehenden Namensschuldverschreibungen nicht als Kreditverträge - und damit der Gebühr iSv § 33 TP 19 GebG unterliegen - zu klassifizieren sind, sondern vielmehr der Gebührenpflicht nach § 33 TP 22 Abs 5 GebG unterworfen wären.

Da auf Grund unserer Berufungsausführungen sowie der obigen Ergänzungen bzw. Er widerungen zur Berufungsbegründung der erstinstanzlichen Behörde vom Vorliegen rechtswidriger Bescheide auszugehen ist, dürfen wir auf die Anträge unserer Berufung verweisen und festhalten, dass diese unverändert aufrecht erhalten werden.“

Mit Vorlagebericht vom 3. Dezember 2012 wurden die Berufungen vom Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel dem Unabhängigen Finanzsenat vorgelegt. Da die Berufungen am 31. Dezember 2013 beim Unabhängigen Finanzsenat anhängig waren, ist die Zuständigkeit zur Entscheidung gemäß § 323 Abs. 38 BAO auf das Bundesfinanzgericht übergegangen und sind die Rechtssachen als Beschwerden im Sinne des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen. Vom Bundesfinanzgericht erging am 18. Juni 2015 ein Schriftsatz an die Parteien. In diesem Schriftsatz wird unter „Dazu ist Folgendes zu sagen“ ausgeführt:

„Gemäß § 73c Abs. 2 VAG ist Ergänzungskapital eingezahltes Kapital,

1. das dem Versicherungsunternehmen vereinbarungsgemäß auf mindestens fünf Jahre unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt wird,
2. für das Zinsen nur ausbezahlt werden dürfen, soweit sie im Jahresüberschuss (handelsrechtlicher Gewinn vor Nettoveränderung von Rücklagen) gedeckt sind,
3. das vor Liquidation nur unter anteiligem Abzug der während seiner Laufzeit eingetretenen Nettoverluste zurückgezahlt werden darf und
4. das im Liquidationsfall erst nach Befriedigung oder Sicherstellung jener Forderungen zurückzuzahlen ist, die weder Eigen- noch Partizipationskapital darstellen.

Lt. den vorliegenden Bedingungen wurde hier jeweils Ergänzungskapital begeben, welches im Wesentlichen die Mindestkriterien erfüllt, um als Ergänzungskapital iSd § 73c Abs. 1 VAG zu gelten.

Zum vergleichbaren Ergänzungskapital iSd BWG hat der OGH in seinem Urteil vom 26.09.2014, 5Ob4/14w, ausgesprochen, dass es sich bei Ergänzungskapital, dass den Mindestkriterien des § 23 Abs 7 BWG entspreche, die also neben der in § 23 Abs 7 Z 3 BWG geforderten Nettoverlusttragungspflicht keine „Gewinnbeteiligung“ oder „Liquidationserlösbeteiligung“ vorsehen und gewinnabhängige Zinsen iSd § 23 Abs 7 Z 2

BWG gewähren, um „obligationenartige“ bzw „obligationenähnliche“ Genussrechte handle, die dem Gläubiger funktionell keine gesellschafterähnliche Position einräumen.

Der auf Einräumung derartiger Gläubigerrechte gerichtete Vertrag, der nicht einfach durch Erfüllung, sondern durch Zeitablauf bzw Kündigung ende und auf laufende Zinszahlungen gerichtet sei, begründe ein Dauerschuldverhältnis.

In seinem Urteil vom 13.07.1998, 7Ob354/97b hat der OGH die Ansicht vertreten, dass unter dem Gesichtspunkt der Privatautonomie ein „Ergänzungskapitalvertrag“ am ehestens als partiarisches Darlehen zu qualifizieren sei.

In den gegebenen Fällen ist auf Grund der Zeichnungserklärungen davon auszugehen, dass die vb. bzw. die v.a. der B.N. die Zeichnung von Ergänzungskapital angeboten hatte, wozu die Beschwerdeführerin ersucht wird, die bezughabenden Organbeschlüsse samt dazugehöriger Korrespondenz etc. in Kopie vorzulegen.

Diese Anbote hat die B.N. jeweils schriftlich mit den Zeichnungserklärungen angenommen und es ist hier wohl davon auszugehen, dass diese Zeichnungserklärungen der vb. sowie der v.a. vor Ausstellung der Namensschuldverschreibungen zugekommen sind.

Mit diesen Zeichnungserklärungen über Ergänzungskapital wurden der vb. bzw. der v.a. die Verfügung über einen bestimmten Geldbetrag eingeräumt.

Es erübrigen sich daher Überlegungen, ob mit den Namensschuldverschreibungen ein Kredit iSd § 33 TP 19 GebG beurkundet worden ist.

Dass es sich bei der Verpflichtung Ergänzungskapital iSd VAG einzuräumen (wie iSd KWG bzw BWG) um einen Kreditvertrag iSd § 33 TP 19 GebG handelt, erschließt sich schon daraus, dass der Gesetzgeber Kredite zur Schaffung von Ergänzungskapital im Sinne des KWG von der Befreiung nach § 33 TP 19 Abs. 4 Z 2 GebG ausgenommen hat. Der Gesetzgeber ist demnach davon ausgegangen, dass der Einräumung von Ergänzungskapital, jedenfalls von solchem, welches, wie im gegebenen Fall, bloß den Mindestkriterien entspricht, ein Darlehens- bzw. Kreditvertrag zu Grunde liegt.

Diese Ausnahme von der Befreiung wurde mit dem 2. AbgÄG 1987, BGBl 312/1987 in das Gebührengesetz aufgenommen. Wie aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (108 BlgNR 17 GP) hervorgeht, erfolgte dies in Zusammenhang mit den Änderungen über die Bestimmungen über das Haftkapital im Kreditwesengesetz.

Dazu ist im allgemeinen Teil der Erläuterungen ausgeführt, dass Ergänzungskapital, das in Darlehensform [womit wohl auch Kredite gemeint sind] aufgenommen wird, für Banken und Versicherungen die gleichen gebührenrechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen solle.

Im Hinblick darauf, dass der Gesetzgeber selbst, wie aus der Ausnahme der Kreditverträge zur Schaffung von Ergänzungskapital von der Befreiung nach § 33 TP 19 Abs. 4 Z 2 GebG zu schließen ist, solche Verträge als Kreditverträge iSd § 33 TP 19 GebG ansah, steht es der Gebührenpflicht solcher Verträge nach § 33 TP 19 GebG nicht entgegen, dass diese zivilrechtlich auch als Genussrechtsverträge angesehen werden.

Zur Ansicht, es handle sich hier um Wertpapiere iSd § 12 KVG ist auf die Erkenntnisse des VwGH 07.12.2000, 97/16/0506 und VwGH 10.05.2010, 2008/16/0139 zu verweisen, wonach es ein Kennzeichen von Schuldverschreibungen im Sinne von § 12 Abs. 1 KVG ist, dass sich der Schuldner an den anonymen Kapitalmarkt wendet. Für einen solchen Sachverhalt besteht hier kein Anhaltspunkt.

Auch ist es ungeachtet dessen, dass hier bereits die Zeichnungserklärungen als die gebührenpflichtigen Urkunden (Annahmeschreiben) anzusehen sind, unerfindlich, warum es sich bei einem ausdrücklich als Namensschuldverschreibung benannten Wertpapier um einen kaufmännischen Verpflichtungsschein handeln sollte.

Fraglich könnte lediglich sein, ob die Zeichnung von die Mindestkriterien erfüllendem Ergänzungskapital der Gesellschaftsteuer unterliegt, und deshalb hier eine Befreiung von Kreditvertragsgebühr gegeben sein könnte, zumal ua. die Vergütung für die Einräumung des Ergänzungskapitals zumindest gewinnabhängig ist und der Gläubiger auf Grund der zwingenden Nettoverlusttragungspflicht keinen von vornherein fixierten Rückzahlungsanspruch hat (zur gewinnabhängigen Beteiligung vgl. VwGH 17.10.2012, 2011/16/0237; UFS 08.10.2012, RV/1328-W/08; UFS 20.11.2012, RV/0790-W/11). Entsprechend diesen Judikaten kommt es gar nicht darauf an, ob die „feste“ Verzinsung nur als Deckmantel für eine wirtschaftlich im Vordergrund stehende echte Gewinnbeteiligung dient (vgl. dazu Karrolus, Anwendbarkeit des § 174 auch auf bloß „gewinnabhängige“ Titel, GesRZ 2009, 209).

Eine Beteiligung des Ergänzungskapitals am wirtschaftlichen Erfolg liegt in der vom Jahresüberschuss abhängigen Verzinsung sowie der Nettoverlusttragungsverpflichtung (vgl. Jud, Die Emission von Nachrang- und Ergänzungskapital mit Wandlungsrecht auf Aktien, ÖBA 1995, 413).“

Dazu meint das Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel in seiner Stellungnahme vom 10. Juli 2015, dass im bisherigen Verfahren die Einordnung der Namensschuldverschreibungen über eingezahltes Ergänzungskapital als der Gesellschaftsteuer unterliegend von der Beschwerdeführerin nicht thematisiert worden sei.

Ein gewichtiges Argument dagegen seien die im Vorhalt genannten Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu § 33 TP 19 Abs. 4 Z. 2 GebG, in denen die Ansicht des Gesetzgebers zum Ausdruck komme.

Als Ergänzungskapital kämen Genussrechte iSd § 174 AktG, Darlehens- und Kreditverträge bzw. Schuldverschreibungen sowie Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen in Betracht (Kotrnoch, Die steuerliche Behandlung des Partizipations- und Ergänzungskapitals, Finanzjournal 1987, 60). Hier werde zwischen Genussrechten und Schuldverschreibungen differenziert.

Die im Vorhalt enthaltenen Entscheidungen, die lange Zeit nach der Gebührenfestsetzung ergangen seien, hätten nicht die vorhaltsgegenständliche Frage als Kernthema, sondern seien in Fällen mit ausdrücklich bezeichneten Genussrechten und Partizipationskapital ergangen.

Nach Ansicht des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel sei die Gebührenfestsetzung im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers zu Recht erfolgt.

Zum Vorhalt des Bundesfinanzgerichtes erklärte die Beschwerdeführerin in ihrer Beantwortung vom 17. August 2015 im Wesentlichen, dass Ergänzungskapital wohl unter die Gesellschaftsteuer zu subsumieren sein werde und aufgrund des § 15 Abs. 3 GebG eine Befreiung von einer möglichen Rechtsgeschäftsgebühr gegeben wäre.

In dem in Kopie beigelegten Protokoll der 156. Sitzung des Aufsichtsrates der V.A. am 4. Dezember 2003 ist festgehalten, dass sich die B.N. im Zusammenhang mit Aktienkäufen verpflichtet hat, bei der V.A. eine Ergänzungskapitalanleihe in Höhe von € 25 Mio. zu zeichnen und dass der Aufsichtsrat der Begebung der Ergänzungskapitalanleihe zugestimmt hat. Das entsprechende Protokoll der Aufsichtsratssitzung der V.B. wurde nicht vorgelegt.

In der mündlichen Verhandlung am 19. November 2018 wurde vorgebracht, dass die Befreiungsbestimmung des § 15 Abs. 3 GebG nach Ansicht der Beschwerdeführerin zur Anwendung kommt, da diese Namensschuldverschreibungen der Gesellschaftsteuer unterlegen gewesen wären. Dies ergibt sich aus den Merkmalen der Namensschuldverschreibungen nach dem VAG. Gesellschaftsrechte werden im § 5 KVG definiert. Dazu zählen u.a. Genussrechte, als auch „gewinnbeteiligte“ Forderungen. § 5 Abs. 1 Z 3 KVG ist autonom auszulegen. Eine zivilrechtliche Einordnung ist irrelevant. Wesentlich ist, dass es sich um reine Forderungen handelt, damit sind auch reine Gläubigerrechte umfasst, die die in § 5 Abs. 1 Z 3 KVG angeführten Merkmale erfüllen. Eine Beteiligung am Gewinn ist durch die emittierten Namensschuldverschreibungen insoweit gegeben, als eine Verzinsung nur dann erfolgt, wenn die Verzinsung im Jahresüberschuss gedeckt ist. Durch diese Anknüpfung an den Jahresüberschuss der Emittentin liegt eine gewinnabhängige Verzinsung vor, die nach der Judikatur eine Gewinnbeteiligung begründet (bspw. VwGH 17.10.2012, 2011/16/0237; UFS 8.10.2012, RV/1328-W/08; 25.4.2012, RV/0151-G/10; 30.3.2012, RV/1945-W/10; 30.12.2011, RV/1296-W/10 u.a., 21.5.2013, RV/2888-W/12; 30.4.2013, RV/0164-L/11). Auch in der Kommentarliteratur wird die Gewinnbeteiligung für ein Ergänzungskapital bejaht (vgl. Gassner, Partizipations- und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, 42). Die Gewinnbeteiligung wird darüber hinaus darin unterstützt, dass Zinsen, die nicht im Jahresüberschuss gedeckt sind, ersatzlos ausfallen und nicht in zukünftigen Perioden nachgeholt werden. Darüber hinaus begründet die Namensschuldverschreibung auch eine Beteiligung am Liquidationserlös, dies äußert sich in der in den Bedingungen vorgesehenen Verlustbeteiligungsklausel, Punkt 1 b dritter Teilstrich. Dadurch kommt es zu einer Teilnahme des Zeichners am Verlust der Emittentin. In der Verlustsituation erhält der Zeichner der Anleihe nicht das gesamte eingesetzte Kapital zurück, wodurch eine unternehmerische Beteiligung iSd § 5 Abs. 1 Z 3 KVG begründet wird und der Zeichner entsprechendes Unternehmerrisiko trägt. Für Zwecke der Gesellschaftsteuer schließt eine solche Verlustbeteiligung das Vorliegen eines echten Darlehens aus. Zur Begründung einer Beteiligung am Liquidationserlös siehe UFS 21.5.2013,

RV/2888-W/12, 12.5.2004, RV/0160-W/03; VwGH 16.4.1991, 90/14/0120, 20.12.2007, 2004/16/0118. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Zeichner der Namensschuldverschreibung ein Gesellschaftsrecht gemäß § 5 Abs. 1 Z 3 KVG erwerben, das sowohl eine Beteiligung am Gewinn als auch am Liquidationserlös gewährt, dies begründet die Anwendung der Gebührenbefreiung nach § 15 Abs. 3 GebG.

Das Finanzamt bestreitet das Vorliegen eines Genussrechtes und verweist auf die Stellungnahme vom 10. Juli 2015. Bei den angeführten Entscheidungen und Erkenntnissen handelt es sich nicht um denselben gegenständlichen Sachverhalt. Darüber hinaus stellt es sich als fraglich dar, wenn die Beschwerdeführerin der Meinung ist, es lägen gesellschaftsteuerpflichtige Vorgänge vor, warum diese nicht als solche dem Finanzamt angezeigt worden sind. Darüber hinaus ist es für einen Kreditvertrag nicht zwingend notwendig, dass ein fixer Zinssatz zurückgezahlt wird. Auch das Aussetzen der Zinsen über mehrere Jahre hindert nicht das Vorliegen eines Kreditvertrages nach § 33 TP 19 GebG. Nach Ansicht des Finanzamtes liegt kein der Gesellschaftsteuer unterliegender Vorgang vor, sondern stellen die Namensschuldverschreibungen Kreditverträge iSd § 33 TP 19 GebG dar. Dies ist auch aus der Befreiungsbestimmung des § 33 TP 19 GebG zu schließen, aus dem der Wille des Gesetzgebers nach Ansicht des Finanzamtes eindeutig zum Ausdruck kommt.

Die Parteienvertretung entgegnet dem Finanzamt, dass die Gebührenbefreiung des § 15 Abs. 3 GebG Vorrang vor der Befreiung des § 33 TP 19 Abs. 4 Z 4 GebG hat. Für die Anwendung des § 15 Abs. 3 GebG ist nicht erforderlich, dass es zu einer Festsetzung der Gesellschaftsteuer kommt. Es reicht aus, wenn ein Rechtsgeschäft vorliegt, das nach den dort genannten Gesetzen dem Grunde nach steuerbar ist.

Sachverhalt

Mit Beschluss des Aufsichtsrates der V.B. vom 4. Dezember 2003 stimmte der Aufsichtsrat der V.B. der Begebung von Ergänzungskapital in Höhe von € 25.000.000,00 zur Zeichnung durch die B.N. zu.

Mit Beschluss des Aufsichtsrates der V.A. vom selben Tag stimmte der Aufsichtsrat der V.A. der Begebung von Ergänzungskapital in Höhe von € 25.000.000,00 zur Zeichnung durch die B.N. zu.

Mit Zeichnungserklärungen vom 16. Dezember 2003 zeichnete die B.N.

Ergänzungskapital bei der V.B. und bei der V.A. in der Höhe von je € 25.000.000,00 und verpflichtete sich diesen gegenüber jeweils diesen Betrag zu leisten. Jeweils am 2. Jänner 2004 wurden darüber Namensschuldverschreibungen wie oben dargestellt ausgegeben.

Der Sachverhalt ergibt sich aus dem oben dargestellten Verschmelzungsvertrag vom 3. August 2007, den Erklärungen der Beschwerdeführerin bzw. ihrer Rechtsvorgängerinnen und aus dem Firmenbuch.

Von der Beschwerdeführerin wurde lediglich der Inhalt des Protokolls über die Sitzung des Aufsichtsrates der V.A. vom 4. Dezember 2003 offengelegt. Aus der Parallelität der

Fälle ist jedoch davon auszugehen, dass der Inhalt des Protokolls über die Sitzung des Aufsichtsrates der V.B. vom selben Tag dem Inhalt des vorgelegten Protokolls der V.A. entspricht.

Erwägungen

Gemäß § 33 TP 19 Abs. 1 Z 1 GebG 1957 in der gemäß § 37 Abs. 28 letzter Satz GebG auf Sachverhalte, für die die Gebührenschuld vor dem 1. Jänner 2011 entsteht, anzuwendenden Fassung unterliegen Kreditverträge, mit welchen den Kreditnehmern die Verfügung über einen bestimmten Geldbetrag eingeräumt wird, einer Gebühr von 0,8 vH von der vereinbarten Kreditsumme, wenn der Kreditnehmer über die Kreditsumme nur einmal oder während einer bis zu fünf Jahren vereinbarten Dauer des Kreditvertrages mehrmals verfügen kann.

Nach Abs. 4 leg.cit. sind Verträge über Kredite an Kreditinstituten, die zum Kreditgeschäft (§ 1 Abs. 2 Z 3 KWG) berechtigt sind oder gebührenpflichtige Kredite gemäß Abs. 3 gewähren, sowie Verträge über Kredite an die Oesterreichische Nationalbank und an Bausparkassen, ausgenommen Verträge über Kredite zur Schaffung von Ergänzungskapital im Sinne des Kreditwesengesetzes, BGBl. Nr. 63/1979, in der jeweils geltenden Fassung, gebührenfrei.

Beim Kreditvertrag handelt es sich um einen den Vertragstypen des allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches nicht zuzuordnenden Vertrag sui generis. Darunter ist ein Vertrag zu verstehen, wodurch sich der Kreditgeber verpflichtet, dem Kreditnehmer auf dessen Verlangen Zahlungsmittel zur Verfügung zu stellen. Es handelt sich um ein zweiseitig verbindliches Rechtsgeschäft. Der Kreditgeber verpflichtet sich zur Kreditgewährung. Dieser Verpflichtung entspricht die Berechtigung des Kreditnehmers zur Inanspruchnahme dieses Kredites. Der Kreditnehmer verpflichtet sich seinerseits zur Rückzahlung der in Anspruch genommenen Kreditsumme und zwar samt Zinsen (vgl. VwGH 24.05.2012, 2009/16/0257).

Auf Grund des § 15 Abs. 3 GebG sind u.a. Rechtsgeschäfte, die unter das Kapitalverkehrsteuergesetz (I. Teil Gesellschaftsteuer und II. Teil Wertpapiersteuer), fallen von der Gebührenpflicht ausgenommen.

Nach § 15 Abs. 3 GebG wird die Rechtsgebühr insoweit nicht erhoben, als das Geschäft einem der darin angeführten Verkehrsteuergesetz unterliegt. Eine durch diese Bestimmung zu vermeidende Doppelbesteuerung setzt grundsätzlich die Identität des Rechtsvorganges voraus (vgl. VwGH 19.12.2002, 2002/16/0203). Eine Identität des Rechtsvorganges ist nur dann gegeben, wenn die Zurverfügungstellung des bestimmten Geldbetrages vom Gesellschafter an die Kapitalgesellschaft eine Gesellschaftsteuerpflicht vom gesamten Kapitalbetrag auslöst. Hingegen liegt keine Identität des Rechtsvorganges vor, wenn der Gesellschaftsteuer bloß die fortlaufende Überlassung des Geldbetrages zur Nutzung unterliegt (die Gesellschaftsteuer also nicht vom gesamten Kapitalbetrag, sondern nur von den ersparten Zinsen berechnet wird).

Die Frage, ob ein Rechtsgeschäft unter das Kapitalverkehrsteuergesetz fällt, ist dabei nach den Vorschriften dieses Gesetzes und nicht nach denen des Gebührengesetzes zu lösen, sodass etwa für die Lösung dieser Frage mit dem Hinweis auf § 17 GebG Nichts zu gewinnen ist (vgl. VwGH 28.6.1984, 83/15/0089).

Entsprechend den Ausführungen im Vorhalt des Bundesfinanzgerichtes bleibt zu prüfen, ob die Ausgabe der gegenständlichen Namensschuldverschreibung der Gesellschaftsteuer unterliegt.

Der Gesellschaftsteuer unterliegt u.a. gemäß § 2 Z. 1 KVG der Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer inländischen Kapitalgesellschaft durch den ersten Erwerber. Als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften gelten gemäß § 5 Abs. 1 Z. 2 KVG Genussrechte und nach der Z. 3 leg.cit. Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren.

Nach den Ausführungen der Beschwerdeführerin während der mündlichen Verhandlung erwerben die Zeichner der Namensschuldverschreibungen ein Gesellschaftsrecht gemäß § 5 Abs. 1 Z. 3 KVG, das sowohl eine Beteiligung am Gewinn als auch am Liquidationserlös gewährt. Eine Beteiligung am Gewinn ist insoweit gegeben, als eine Verzinsung nur dann erfolgt, wenn die Verzinsung im Jahresüberschuss gedeckt ist. Durch diese Anknüpfung an den Jahresüberschuss liegt eine gewinnabhängige Verzinsung vor, die eine Gewinnbeteiligung begründet. Darüber hinaus wird die Gewinnbeteiligung darin unterstützt, dass Zinsen, die nicht im Jahresüberschuss gedeckt sind, ersatzlos ausfallen und nicht in zukünftigen Perioden nachgeholt werden.

Durch die in den Bedingungen der Namensschuldverschreibung vorgesehene Verlustbeteiligungsklausel wird auch eine Beteiligung am Liquidationserlös begründet. Es kommt zu einer Teilnahme des Zeichners auch am Verlust, was zur Folge hat, dass bei Verlustsituationen der Zeichner der Anleihe nicht das gesamte eingesetzte Kapital zurückerhält. Dadurch wird eine unternehmerische Beteiligung des Zeichners der Namensschuldverschreibung begründet und trägt er damit ein entsprechendes Unternehmerrisiko. Im Gegensatz zu § 5 Abs. 1 Z. 2 KVG ist in § 5 Abs. 1 Z. 3 KVG eine Beteiligung des Berechtigten am Gewinn gefordert.

In § 5 Abs. 1 Z. 3 KVG knüpft die Kapitalverkehrsteuer nicht an einen bürgerlich-rechtlichen Begriff an: „Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös gewähren“. Sie sind Gesellschaftsrechte iSd KVG. Eine Beteiligung am Verlust ist nicht erforderlich (vgl. VwGH 24.3.1994, 92/16/0189). Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft iSd § 5 Abs. 1 KVG sind nicht nur Personen, die nach unternehmensrechtlichen Vorschriften Anspruch auf Gewinnbeteiligung erheben können, sondern auch Personen, denen bloße Gläubigerrechte einen solchen Anspruch vermitteln. Der Gesetzgeber bezweckt mit dieser Gesetzesbestimmung, Gläubiger mit einem Anspruch auf Gewinnbeteiligung den eigentlichen Gesellschaftern im Hinblick auf das gemeinsame Interesse an den Betriebsergebnissen gleichzustellen. Die

Gesellschaftsteuer knüpft hier nicht an die Art der Beteiligung, sondern daran, ob der Beteiligte einen Anspruch auf Gewinnbeteiligung hat (UFS 25.4.2012, RV/0151-G/10).

In § 5 Abs. 1 Z. 2 KVG knüpft die Kapitalverkehrsteuer an einen bürgerlich-rechtlichen Begriff an: „Genussrechte“. Zivilrechtlich sind Genussrechte Gläubigerrechte schuldrechtlicher Art, die zwar ihrem Inhalt nach typische Vermögensrechte eines Gesellschafters sein können, aber eben nicht einem Gesellschaftsverhältnis entspringen. Sie vermitteln keine gesellschaftlichen Herrschaftsrechte wie z.B. Stimmrechte und können auch Nichtmitgliedern eingeräumt werden. Genussrechte an Kapitalgesellschaften gelten unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung als Gesellschaftsrechte gemäß § 5 Abs. 1 Z. 2 KVG (vgl. Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 470 f). Wesentlich ist, dass das Genussrecht dem Berechtigten einen Anspruch einräumt, der seinem Inhalt nach ein typisches Vermögensrecht eines Gesellschafters ist, z.B. ein Anspruch auf Gewinnbeteiligung.

§ 5 Abs. 1 Z. 2 KVG umfasst sowohl Genussrechte mit Eigenkapitalcharakter als auch jene mit Fremdkapitalcharakter. Erstere gewähren neben der Beteiligung am Ergebnis eine Beteiligung am Firmenwert und den stillen Reserven der Kapitalgesellschaft. Genussrechte mit Fremdkapitalcharakter räumen nur einen Anspruch am Ergebnis, nicht aber am Firmenwert oder den stillen Reserven ein. Das Kapitalverkehrsteuergesetz differenziert hier nicht.

Eine Gewinnbeteiligung ist zwar ein typisches Vermögensrecht eines Gesellschafters, doch kommt infolge ihrer mannigfaltigen Ausprägung bei Genussrechten auch eine andere Teilhabe am Wohl und Wehe der Kapitalgesellschaft in Betracht. Für das Vorliegen eines gesellschaftsteuerlichen Genussrechtes muss eine Risikobeteiligung am Unternehmen vorhanden sein, doch diese muss sich nicht in der „variablenzinsimprägnierten“ Gewinnbeteiligung des § 5 Abs. 1 Z. 3 KVG niederschlagen (vgl. VwGH 29.6.2017, Ra 2017/16/0088).

Aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergibt sich, dass bei einer Beteiligung am Unternehmensgewinn ein Gesellschaftsrecht im Sinne des KVG selbst dann vorliegt, wenn der Gewinnbeteiligungsanspruch auf eine bestimmte über die Laufzeit verteilte feste jährliche Verzinsung der Einlage eingeschränkt ist und das Kapital – unter der Voraussetzung ausreichender Gewinne – lediglich mit fixen jährlichen Zinsen zurückgezahlt wird (VwGH 16.12.1993, 92/16/0025). Auch bei der Vereinbarung regelmäßiger Zinszahlungen in fixer Höhe kann eine Gewinnbeteiligung vorliegen, wenn die Zahlung nur bei Ausweis entsprechender Gewinne vorgesehen ist (UFS 26.6.2006, RV/0371-W/03). Entscheidend für den Charakter eines Zinses als gewinnabhängig ist daher, dass die Auszahlung der Zinsen vom Entstehen eines Unternehmensgewinnes des Genussrechtsemittenten abhängig ist (UFS 20.11.2012, RV/0790-W/11 mit Verweis auf Loukota, Abgrenzungsfragen zur Gesellschaftsteuer bei hybriden Finanzierungen, FinanzJournal Nr. 12/2011, S. 400 ff).

Nach den Bedingungen der Namensschuldverschreibungen werden für die Namensschuldverschreibungen jeweils für die Zinsperiode Zinsen kontokorrentmäßig im Nachhinein am 31.3. des Folgejahres verrechnet, soweit sie im Jahresüberschuss der vorangegangenen Bilanz zum 31. Dezember Deckung finden. Für die gesamte Laufzeit beträgt der Zinssatz 4,95 %. Die Bedingungen enthalten jedoch keine Aussagen darüber, ob die Zahlung der aufgrund des Jahresergebnisses zum Teil oder zur Gänze nicht bezahlten Zinsen zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt wird. Werden während der Laufzeit dieser Namensschuldverschreibungen keine Jahresüberschüsse erwirtschaftet, kämen für diese auch keine Zinsen zur Auszahlung. In diesem Fall würde der Geldgeber für die Zurverfügungstellung seines Kapitals kein Entgelt in Form von festen Zinsen erhalten. Bei einem Kreditvertrag verpflichtet sich der Kreditnehmer jedoch zur Rückzahlung der in Anspruch genommenen Kreditsumme samt Zinsen.

Zu § 5 Abs. 1 Z. 3 KVG judizierte der Verwaltungsgerichtshof, dass das Gesetz nicht vorschreibe, wie der Gewinn zu berechnen sei. Voraussetzung sei nur, dass die Berechnungsgrundlage nicht eine vom Ertrag der Kapitalgesellschaft unabhängigen Größe sein dürfe (VwGH 22.5.1996, 95/16/0235; Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, KVG, Kommentar, § 5 Rz 480). Im Gegensatz zu § 5 Abs. 1 Z. 3 KVG ist für Genussrechte eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft nicht ausdrücklich gefordert.

Der Unterschied zwischen Kredit und Genussrecht liegt darin, dass beim Kredit der Geldgeber Kapital zur Verfügung stellt und dafür Entgelt in Form von fixen Zinsen, berechnet vom Kapitalbetrag erhält und beim Genussrecht der Geldgeber für die Zurverfügungstellung von Kapital eine Beteiligung am Unternehmen, eine Gewinnbeteiligung erhält. Beim Genussrecht ist zwar nicht gefordert, dass der Genussrechtsinhaber am Verlust der Gesellschaft teilnimmt, aber hier ist der Inhaber der Namensschuldverschreibungen auch am Verlust beteiligt, da nach den Bedingungen der Namensschuldverschreibungen die Rückzahlung der Forderungen aus diesen Namensschuldverschreibungen nur unter anteiligem Abzug der während der Laufzeit eingetretenen Nettoverluste erfolgt. Dieses kann im Extremfall dazu führen, dass nach Abzug der Nettoverluste das eingebrachte Kapital aufgebraucht ist und es daher nach dem Ende der Laufzeit zu keiner Rückzahlung mehr kommt.

Aus der Teilnahme am Verlust ergibt sich ein entscheidendes Abgrenzungskriterium zu den Schuldverschreibungen (hier Krediten). Wenn das dem Unternehmen zur Verfügung gestellte Kapital am Verlust des Unternehmens beteiligt ist, dann ist es auch unmittelbar vom Misserfolg des Unternehmens betroffen. Es trägt damit einen Teil des Unternehmerrisikos.

Das eingezahlte Kapital kann im Liquidationsfall erst nach Befriedigung oder Sicherstellung jener Forderungen zurückgezahlt werden, die weder Eigen- noch Partizipationskapital darstellen. Das eingezahlte Kapital kann bis zum vollen Umfang zur Befriedigung dieser Gläubiger herangezogen werden, es steht diesen Gläubigern des Unternehmens als haftendes Kapital zur Verfügung. Die Forderungen aus den

Namensschuldverschreibungen werden daher nachrangig nach den Forderungen dieser Gläubiger befriedigt.

Im Zentrum aller Genussrechte steht der Anspruch, am Gewinn dessen beteiligt zu sein, dem man etwas zukommen ließ. Im Gegensatz zum Kredit ist entscheidend, dass sich der Anspruch nicht nach Maßstäben bestimmen lässt, die von der Sphäre des Schuldners abhängig sind. Den Gewinnbeteiligten tangiert es sehr wohl, ob und inwieweit sein Schuldner im Rahmen seines unternehmerischen Wirkens erfolgreich ist. Auch eine Verlustbeteiligung bindet den Genussberechtigten enger an das Schicksal dessen, der das Genussrecht einräumt. Das vom Genussberechtigten zur Verfügung gestellte Kapital kann entweder die Funktion von Eigen- oder von Fremdkapital haben. Der Begriff der „Nachrangigkeit“ spielt nicht nur im Zusammenhang mit der Frage, ob Eigen- oder Fremdkapital vorliegt eine Rolle, er ist überhaupt für das Verhältnis der Rechte des Genussberechtigten zu den Vermögensrechten der Gesellschafter und anderer Beteiligter von Bedeutung. Je nachrangiger die Genussrechte sind, desto näher rückt das Genussrechtskapital dem Eigenkapital. Die Dauer der Kapitalbindung spielt lediglich eine gewisse Rolle bei der Frage nach der Einschätzung des Genussrechtskapitals als Eigen- oder Fremdkapital.

Im gegenständlichen Fall handelt es sich bei den Namensschuldverschreibungen um eine „unternehmerische“ Beteiligung. Die Rechte aus diesen Namensschuldverschreibungen sind als Genussrechte gemäß § 5 Abs. 1 Z. 2 KVG zu qualifizieren, da die 4,95 % festen Zinsen vom hingegebenen Kapitalbetrag nur bei Deckung im Jahresüberschuss der vorangegangenen Bilanz ausgezahlt werden und eine geringere oder keine Zahlung der Zinsen aufgrund der Bilanzergebnisse bei nachfolgenden Gewinnergebnissen nicht nachzuzahlen sind. Vereinbart wurde auch eine Verlustbeteiligung, welche im Extremfall dazu führen kann, dass am Ende der Laufzeit das eingezahlte Kapital von den abzuziehenden anteiligen Verlusten aufgebraucht wurde und es nicht mehr zu einer Rückzahlung des eingezahlten Betrages kommt. Vereinbart wurde auch eine Nachrangigkeit in dem Sinn, dass im Liquidationsfall das eingezahlte Kapital erst nach Befriedigung oder Sicherstellung jener Forderungen zurückzuzahlen ist, die weder Eigen- noch Partizipationskapital darstellen. Es handelt sich bei den Namensschuldverschreibungen um „unternehmerische, gesellschafterähnliche“ Beteiligungen, da der Geldgeber weder Anspruch auf die Bezahlung von Zinsen (Dividenden) hat noch darauf, dass ihm das eingezahlte Kapital zurückgezahlt wird.

Eine Verlustbeteiligung schließt das Vorliegen eines echten Darlehens oder Kredites aus (vgl. VwGH 16.4.1991, 90/14/0120). Die Verlustbeteiligung spricht nicht nur für eine Zuordnung für ein Genussrecht im Sinne des § 5 Abs. 1 Z. 2 KVG, sondern auch für eine Zuordnung zu einer gewinnbeteiligten Forderung nach § 5 Abs. 1 Z. 3 KVG.

Neben den Bestimmungen des Kapitalverkehrsteuergesetzes sind seit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union am 1. Jänner 1995 auch die Bestimmungen der hier noch maßgeblichen Richtlinie des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital 69/335/EWG (im Folgenden kurz Richtlinie)

unmittelbar anzuwenden (vgl. zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie das Urteil des EuGH vom 5. März 1998, C-347/96 "Solred SA").

Nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 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 z.B. Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse. Diese Rechte werden ausdrücklich als Beispiele angeführt. Aus dem „oder“ in der Aufzählung ergibt sich, dass für die Verwirklichung eines Vorganges iSd Artikel 4 Abs. 1 Buchstabe d der Richtlinie dem Kapitalgeber die genannten Rechte nicht kumulativ eingeräumt werden müssen. Wichtig ist nur, dass die Rechte ähnlich jenen Rechten sind, wie sie Gesellschaftern gewährt werden. Aus den gewährten Rechten muss eine unternehmerische Beteiligung erschießbar sein.

Ob die Namensschuldverschreibungen die Kriterien als nicht gesellschaftsteuerpflichtige Kredite oder als gesellschaftsteuerpflichtige „unternehmerische, gesellschaftsähnliche“ Beteiligung erfüllen, ist keine Frage des Unionsrechtes, sondern der Sachverhaltsklärung. Im gegenständlichen Fall handelt es sich bei den Namensschuldverschreibungen um „unternehmerische, gesellschaftsähnliche“ Beteiligungen, denn im Gegensatz zum Kreditvertrag hat der Geldgeber weder einen Anspruch darauf, dass ihm die Zinsen bezahlt werden, noch dass ihm das eingesetzte Kapital zurückgezahlt wird. Da hier die hingegebenen Geldbeträge auf Grund der Bedingungen der Namensschuldverschreibungen der Gesellschaftsteuer unterliegen, sind diese nach § 15 Abs. 3 GebG von der Gebührenpflicht ausgenommen.

Aus diesen Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Da zur Gesellschaftsteuerpflicht von Genussrechten bereits eine höchstgerichtliche Rechtsprechung vorliegt, war die Revision nicht zuzulassen (z.B. VwGH 16.12.1993, 92/16/0025).

Wien, am 26. November 2018

