



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der A eG, Adresse1, vom 31. Dezember 2010 gegen den Gesellschaftsteuerbescheid des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr vom 30. November 2010 nach der am 25. April 2013 in 4020 Linz, Bahnhofplatz 7, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

In der am 25. November 2010 eingelangten Gesellschaftsteuererklärung gemäß § 10 Abs. 1 Kapitalverkehrsteuergesetz (KVG) erklärte die Berufungswerberin (Bw), eine eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftung, den Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer inländischen Kapitalgesellschaft durch den ersten Erwerber (§ 2 Z 1 KVG). Der Rechtsvorgang wurde mit der Emission von Partizipationsscheinen beschrieben und der Wert der Gegenleistung mit 2.120.000,00 € beziffert.

Mit Bescheid vom 30. November 2010 setzte das Finanzamt die Gesellschaftsteuer für diesen Rechtsvorgang mit 21.200,00 € (1 % vom Wert der Gegenleistung) fest.

Die gegen diesen Bescheid erhobene Berufung begründete die Bw im Wesentlichen damit, dass die Vorschreibung der Gesellschaftsteuer für das von der Bw begebene Partizipationskapital auf der Begründung beruhe, dass die Ausgabe von Partizipationskapital

einen Ersterwerb von Gesellschaftsrechten im Sinne des § 2 Z 1 KVG darstelle. Eine Genossenschaft sei aber keine Kapitalgesellschaft und daher vom Anwendungsbereich des KVG nicht erfasst; die Vorschreibung der Gesellschaftsteuer sei daher zu Unrecht erfolgt.

Die Begebung von Partizipationskapital gemäß § 23 Abs. 4 BWG falle zwar grundsätzlich unter den Begriff des der Kapitalverkehrsteuer unterliegenden Genusskapitals. Im Einzelfall sei jedoch zu prüfen, ob bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise steuerlich eine Beteiligung vorliege, die einer Aktie vergleichbar sei. Eine Beteiligung liege nur dann vor, wenn in Bezug auf das Gesamtvermögen eine Beteiligung am Gewinn und Verlust, am Vermögen und Liquidationsgewinn vorliege. Für diese Gleichstellung von Partizipationskapital mit Genusskapital sei weiters erforderlich, dass den Partizipanten auch Aktionärsrechte, wie insbesondere das Stimmrecht in der Hauptversammlung, zukommen würden. Dies sei beim vorliegenden Partizipationskapital nicht gegeben, weshalb diese Emission vom KVG nicht erfasst werde.

Die Gesellschaftsteuerpflicht könnte eventuell auf den kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen des Abschnitts VIII der KWG-Novelle 1986, BGBl. Nr. 325/1986, ab 1987 in der jeweils gültigen Fassung aufgebaut werden, doch sei dies im Bescheid nicht angeführt.

Diese Bestimmung besage:

"Die mit dem Partizipationskapital im Sinne des Bankwesengesetzes, in der jeweils geltenden Fassung, oder des Versicherungsaufsichtsgesetzes, BGBl. Nr. 569/1978, in der jeweils geltenden Fassung, verbundenen Rechte gelten ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank und des Versicherungsunternehmens als Gesellschaftsrechte und Dividendenwerte, auf welche das Kapitalverkehrsteuergesetz vom 16. Oktober 1934, dRGBI. I S. 1058, in der jeweils geltenden Fassung, anzuwenden ist."

Gemeinschaftsrechtliche, verfassungsrechtliche und kapitalverkehrsteuerrechtliche Bedenken:

1. Aus Sicht der Bw sei Abschnitt VIII der KWG-Novelle 1986 durch Gemeinschaftsrecht verdrängt und gehöre daher seit 1. Jänner 1995 nicht mehr dem Bestand des nationalen Rechtes an.
2. Selbst, wenn man zur Ansicht gelange, dass keine Verdrängung durch Gemeinschaftsrecht erfolge, sei nach Auffassung der Bw der Abschnitt VIII der KWG-Novelle 1986 spätestens seit 1995 verfassungswidrig.
3. Die Emissionsbedingungen erfüllten nicht den verkehrsteuerlichen Besteuerungstatbestand.

Ad 1. Gemeinschaftsrechtliche Bedenken

Die Gesellschaftsteuer sei im Gemeinschaftsgebiet durch die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (in der gültigen Fassung) harmonisiert. Artikel I dieser Richtlinie regle, dass Mitgliedstaaten eine Abgabe (Gesellschaftsteuer) auf die Kapitalzuführung an Kapitalgesellschaften gemäß Artikel 2 – 9 erheben dürften. Darüber hinaus gehende Rechte stünden den Mitgliedstaaten nicht zu.

Als Kapitalgesellschaften im Sinne der Richtlinie würden gelten:

Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung (vgl. Artikel III, Abs. 1 lit. a der Richtlinie) oder

"jede Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbszweck, deren Mitglieder berechtigt sind, ihre Anteile ohne vorherige Genehmigung an Dritte zu veräußern, und deren Mitglieder für Schulden der Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristischen Person nur bis zur Höhe ihrer Beteiligung haften" (Artikel III Abs. 1 lit. c der Richtlinie).

Die Rechtsform der Genossenschaft lasse sich weder gemäß lit. a noch gemäß lit. c in die Richtlinie einordnen. Die Genossenschaft sei eine andere Rechtsform als die in lit. a genannte und die Geschäftsanteile der Genossenschaft könnten nicht ohne "vorherige Genehmigung an Dritte" veräußert werden.

Gemäß Artikel III Abs. 2 der Richtlinie seien zwar zur Anwendung der Richtlinie den Kapitalgesellschaften alle anderen Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen Personen gleich gestellt, die einen Erwerbszweck verfolgten, doch stehe den Mitgliedstaaten frei, diese Rechtsform für die Erhebung der Gesellschaftsteuer als Kapitalgesellschaft zu betrachten oder davon auszunehmen.

Österreich habe von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht und Genossenschaften nicht den Kapitalgesellschaften gleich gestellt. Der österreichische Gesetzgeber habe die Liste in § 4 Abs. 2 KVG, in der geregelt sei, welche Nicht-Kapitalgesellschaften als Kapitalgesellschaften im Sinne des KVG gelten würden, nicht erweitert; demzufolge würden Genossenschaften grundsätzlich nicht als Kapitalgesellschaften gelten.

Das den Mitgliedstaaten in der Richtlinie eingeräumte Wahlrecht, den Kreis der Kapitalgesellschaften für die Gesellschaftsteuer zu erweitern, gelte – aber nur generell und nicht speziell. Diese spezielle Erweiterung, dass nur Partizipationskapital, welches von einer Bank begeben werde – unabhängig von der Rechtsform der Bank – der Gesellschaftsteuer unterliege, entspreche daher nicht der Richtlinie.

Die Anordnungen im Abschnitt VIII der KWG-Novelle 1986 in der gültigen Fassung würden demzufolge hinsichtlich der Gesellschaftsrechte als durch das Richtlinienrecht verdrängt erscheinen.

Ad 2. Verfassungsrechtliche Bedenken

Im Hinblick auf die seit 1. Jänner 1995 geänderte Rechtslage erscheine in höchstem Maße fraglich, ob es sachlich gerechtfertigt sei, die Gesellschaftsteuer gemäß KVG grundsätzlich nur im Zusammenhang mit inländischen Kapitalgesellschaften zu erheben und diesen Grundsatz nur in einem einzigen Ausnahmefall, nämlich bei Partizipationskapital, zu verlassen. Denn nur in diesem Fall würde Gesellschaftsteuerpflicht ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank bzw. des Kreditinstitutes bestehen. Diese Ausnahme könne wohl auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass Banken eine besondere Ertragskraft aufweisen (vgl. Ruppe in ÖStZ 1983, 174 ff), noch dass diese eine Sonderstellung einnehmen würden.

Die verfassungsrechtlichen Bedenken würden dadurch verstärkt, dass in § 102 BWG bei der Einziehung von PS-Kapital dieses nur gegen Aktien, nicht aber gegen Geschäftsanteile an einer Genossenschaft umgetauscht werden könne.

Unter diesem Blickwinkel mache die Gesellschaftsteuerpflicht von PS-Kapital nur für Aktiengesellschaften Sinn, da gemäß § 6 Abs. 1 Z 2 lit. b sublit. aa KVG dieser Umtausch von der Besteuerung ausgenommen sei. Dadurch könnten Aktien erworben werden, ohne dass neuerlich Gesellschaftsteuer zu entrichten sei.

Ad 3. Verkehrsteuerliche Bedenken

Als Gesellschaftsrechte im Sinne des KVG würden Genussrechte sowie Forderungen gelten, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewährten, wenn diese Rechte/Forderungen gegenüber einer Kapitalgesellschaft im Sinne des § 4 KVG bestehen würden. Aus diesem Grund könnte die Regelung des Abschnitts VIII der KWG-Novelle 1986 anwendbar sein.

Eine Auslegung von § 5 Abs. 1 Z 2 und 3 und Abschnitt VIII der KWG-Novelle 1986, BGBl. 325/1986, unter Berücksichtigung der Richtlinie 69/335/EWG, ergebe aber, dass die Gewinnbeteiligung/Liquidationserlösbeteiligung in jedem Fall Voraussetzung für die Erfüllung des Steuertatbestandes sei. Wenn daher das Partizipationskapital im konkreten Fall diese Voraussetzungen nicht erfülle, bewirke die Auslegung, dass Abschnitt VIII der KWG-Novelle, BGBl. 325/1986, nicht als Rechtsgrundlage für die Festsetzung der Gesellschaftsteuer im gegenständlichen Fall herangezogen werden könne.

Artikel IV der Richtlinie führe Folgendes aus:

"d) 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" (vgl. EuGH 17.10.2002, RS C-138/00).

Hinsichtlich der konkreten Form des Partizipationskapitals sei davon auszugehen, dass das Kriterium der Beteiligung am Gewinn bzw. Liquidationserlös nicht erfüllt sei. Stimmrechte würden dem Partizipationsinhaber nicht zustehen. Gemäß den Emissionsbedingungen werde eine feste Verzinsung des eingesetzten Kapitals zugesagt; dies sei kein Recht, das einem Gesellschafter bzw. Genossenschafter zustehe. Unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechtes führe die Auslegung dazu, dass nicht gewinnbeteiligte Partizipationsinhaber keine Gesellschaftsrechte im Sinne des KVG bzw. der Richtlinie darstellten.

Gewinnbeteiligung

Voraussetzung für die Erfüllung des Steuertatbestandes sei, dass die Berechnungsgrundlage nicht eine vom Ertrag der Gesellschaft unabhängige Größe sein dürfe. Die Beteiligung müsse sich auf den Gewinn der Kapitalgesellschaft erstrecken. Sei der Berechnungsfaktor der Gewinn als Bedingung für die Auszahlung des von vorne herein feststehenden Zinsbetrages und nicht der Gewinn als Berechnungsbasis des von vorne herein nicht feststehenden Zinsbetrages, liege nicht Gewinnbeteiligung, sondern nur Gewinnabhängigkeit der Verzinsung vor. Beim vorliegenden PS-Kapital sei der Faktor der Gewinn nur Bedingung für die Auszahlung des von vorne herein feststehenden Zinsbetrages und nicht Berechnungsbasis eines von vorne herein nicht feststehenden Zinsbetrages.

Aus diesem Grund werde das Kriterium der Gewinnbeteiligung von PS-Kapital nicht erfüllt. Unterstrichen werde dies noch dadurch, dass die Verzinsung des Partizipationskapitals gemäß den Emissionsbedingungen den gesamten eingezahlten Betrag umfasse.

Beteiligung am Liquidationserlös

Das vorliegende PS-Kapital räume den Partizipanten eine Beteiligung in Höhe des Nennbetrages am Liquidationserlös ein. Dies spreche eindeutig gegen eine Beteiligung am Liquidationserlös, wie sie einem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft zustehe. Die konkrete Regelung begründe daher keine derartige Beteiligung wie sie üblicherweise Gesellschaftern zustehe, sondern ziele auf eine Rückzahlung des hingegebenen Kapitals und der Beteiligung an während der Laufzeit eingetretenen Verlusten ab. Eine Beteiligung an einem

Liquidationsergebnis im Sinne von § 4 Abs. 1 lit. d der Richtlinie 69/335/EWG, wie sie einem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft zustehe, liege daher nicht vor.

Aus den angeführten Gründen unterliege daher das gegenständliche Partizipationskapital unter Anwendung von Gemeinschaftsrecht nicht der Gesellschaftsteuer gemäß Abschnitt VIII der KWG-Novelle 1986.

Zusammenfassung

Eine Genossenschaft falle nicht in den Anwendungsbereich des KVG, da diese Rechtsform keine Kapitalgesellschaft darstelle.

Gemäß der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital, in der gültigen Fassung, sei die Regelung des Abschnittes VIII der KWG-Novelle 1986 in der gültigen Fassung betreffend

"kapitalverkehrssteuerliche Bestimmungen" jedenfalls insoweit ab 1. Jänner 1995 verdrängt, als sie die mit dem Partizipationskapital verbundenen Rechte ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank/des Kreditinstitutes damit auch im Fall der Genossenschaft als Gesellschaftsrechte (an Kapitalgesellschaften) fingiere.

Der angeführte Bescheid sei daher auf Grund einer fehlenden gesetzlichen Basis ergangen und demzufolge rechtswidrig.

Beantragt werde daher, den angeführten Bescheid auf Grund dessen, dass Genossenschaften nicht vom KVG erfasst seien, in eventu auf Grund des Widerspruchs zum Richtlinienrecht (RL 69/335/EWG), der verfassungsrechtlichen Bedenken und auf Grund des Umstandes, dass dieses Partizipationskapital nicht vom KVG erfasst sei, aufzuheben und keine Gesellschaftsteuer für diese Emission von Partizipationskapital gemäß BWG vorzuschreiben.

Falls die Berufung dem UFS vorgelegt werde, werde beantragt, eine mündliche Berufungsverhandlung abzuhalten, damit die Bw ihre Argumente noch ausführlicher darlegen könne.

Das Finanzamt lege die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung vor.

Die Berufung wurde der nunmehr zuständigen Referentin auf Grund des § 270 Abs. 4 BAO am 23. August 2012 neu zugeteilt.

Den von der Referentin angeforderten Emissionsbedingungen für Partizipationsscheine über das Partizipationskapital 2010/1 der A eG ist auszugsweise, soweit für die gegenständliche Entscheidung von Bedeutung, Nachstehendes zu entnehmen:

4. "Kapitalform, Laufzeit, Nachrangigkeit"

4.1. Mit der Begebung der Partizipationsscheine (im Folgenden: PS-Scheine) beabsichtigt die Emittentin, von den Zeichnern der PS-Scheine Partizipationskapital im Sinne des § 23 Abs. 4 BWG zur Verfügung gestellt zu bekommen. Das Partizipationskapital stellt an die Emittentin eingezahltes Kapital dar, das der Emittentin seitens der Investoren auf Dauer des Unternehmens der Emittentin unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt wird.

4.4. Im Falle der Liquidation ist jeder Investor ausschließlich an den nach dem 31.12.2010 angewachsenen Rücklagen, stillen Reserven und Firmenwert anteilig entsprechend dem von ihm jeweils gehaltenen Partizipationskapital im Verhältnis des rechnerischen Betrages des gesamten Partizipationskapitals zum Genossenschaftskapital beteiligt, maximal aber in der Höhe des Nominalbetrages des vom Investor jeweils gehaltenen Partizipationskapitals.

4.5. Im Falle der Insolvenz oder der Liquidation der Emittentin, der Einziehung von Partizipationskapital (Punkt 11) oder im Fall der Kapitalherabsetzung werden die Ansprüche der Investoren erst nach Befriedigung oder Sicherstellung aller übrigen Gläubiger der Emittentin, insbesondere auch erst nach Befriedigung oder Sicherstellung von Inhabern von Nachrang- oder Ergänzungskapital gemäß § 23 Abs. 1 Z 5 und 6 BWG, im gleichen Rang mit den Inhabern von Partizipationskapital aus anderen Emissionen der Emittentin sowie im gleichen Rang mit den Genossenschaftlern der Emittentin anteilig entsprechend der von jedem Investor jeweils gehaltenen Nominale an Partizipationskapital unter sinngemäßer Anwendung von Punkt 4.4. befriedigt.

6 "Gewinnbeteiligung"

6.1. Für die Gewinnbeteiligung relevante Definitionen

(...)

Gewinn – das Ergebnis des jeweiligen Geschäftsjahres (Jahresgewinn) der Emittentin nach Rücklagenbewegung gemäß § 23 Abs. 4 Z 3 BWG, aber vor Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken sowie vor Vornahme einer Unterbewertung nach § 57 Abs. 1 BWG.

6.2. "Gewinnbeteiligung der Investoren"

6.2.1. Die PS-Scheine verbriefen den Anspruch auf einen Anteil am von der Emittentin im jeweiligen Geschäftsjahr, das dem Kalenderjahr zu entsprechen hat, erzielten Gewinn, jedoch maximal in der in Punkt 6.2.3. festgelegten Höhe.

6.2.3. Berechnungsmodus für Ausschüttung: Dividende fix 4,5 % p.a.

7.1. Über den Gewinn der Emittentin und damit einen allfälligen Dividendenanspruch der Investoren für ein Geschäftsjahr entscheidet im Zuge der Feststellung des Jahresabschlusses die ordentliche Generalversammlung der Emittentin (...).

7.2. Die Partizipationsscheine verbriefen kein Stimmrecht in der Generalversammlung der Emittentin, sondern bloß ein Teilnahme- und Auskunftsrecht (...).

9. "Nachrangigkeit des Dividendenanspruches"

Der Dividendenanspruch des Investors ist gegenüber den Ansprüchen der Genossenschafter der Emittentin gleichrangig, jedoch gegenüber den Ansprüchen anderer Gläubiger der Emittentin nachrangig.

10. "Keine Dividendennachzahlungsverpflichtung"

Es besteht keine Dividendennachzahlungsverpflichtung. Das bedeutet, dass die Investoren keinen Anspruch darauf haben, dass ihnen für ein Geschäftsjahr, für das ihnen keine Dividende gezahlt wurde, in Folgegeschäftsjahren eine Dividende nachgezahlt wird.

13. "Teilnahme am Verlust"

Das Partizipationskapital nimmt wie Aktienkapital in voller Höhe am Verlust der Emittentin teil (§ 23 Abs. 4 Z 4 BWG). Es besteht für die Investoren keine Nachschusspflicht.

15. "Sonstige Rechte der Partizipanten"

15.1. Partizipanten steht gemäß § 23 Abs. 5 BWG das Recht zu, an den Generalversammlungen der Emittentin teilzunehmen und Auskünfte gemäß § 112 AktG zu begehren (...).

15.2. Die Partizipationsscheine gewähren keine über das Teilnahme- und Auskunftsrecht (Punkt 15.1.) hinaus gehenden sonstigen Rechte, insbesondere keine sonstigen Mitgliedschaftsrechte, wie zB das Stimmrecht oder das Recht, in der Generalversammlung der Emittentin Anträge zu stellen.

In der am 25. April 2013 abgehaltenen Berufungsverhandlung wurde seitens des Parteienvertreters im Wesentlichen der bisher vertretene Standpunkt bekräftigt.

Der Finanzamtsvertreter wandte im Wesentlichen ein, dass die Emissionsbedingungen in wesentlichen Punkten nicht dem Berufungsvorbringen entsprechen würden.

Über die Berufung wurde erwogen:

Die Kapitalverkehrsteuern erfassen bestimmte Rechtsvorgänge am Kapitalmarkt, wobei die Zusammenballung und die Bewegung anonymen Kapitals besteuert werden sollen. Die Kapitalverkehrsteuern betreffen den Verkehr, nicht jedoch an sich das Vermögen oder den Vermögensertrag von Kapitalgesellschaften (Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, KVG, Kommentar, § 1 Rz 83).

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

Kapitalgesellschaften sind gemäß § 4 Abs. 1 KVG Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Nach § 4 Abs. 2 KVG gelten als Kapitalgesellschaften im Sinne dieses Gesetzes auch Kommanditgesellschaften, zu deren persönlich haftenden Gesellschaftern eine Kapitalgesellschaft gehört (Z 1), Kommandit-Erwerbsgesellschaften, zu deren persönlich haftenden Gesellschaftern eine Kapitalgesellschaft gehört (Z 2) sowie Gesellschaften, die nach ausländischem Recht gegründet worden sind und den in Abs. 1 oder Abs. 2 Z 1 oder Z 2 bezeichneten Gesellschaften entsprechen (Z 3).

Gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 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,
3. Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren.

Als Gesellschafter einer inländischen Kapitalgesellschaft sind somit nicht nur Personen, die nach handelsrechtlichen Vorschriften (etwa als Aktionäre oder Gesellschafter) Anspruch auf Gewinnbeteiligung erheben können, sondern auch Personen anzusehen, denen bloße Gläubigerrechte einen solchen Anspruch vermitteln. Der Gesetzgeber verfolgte damit den Zweck, Gläubiger mit einem Anspruch auf Gewinnbeteiligung den eigentlichen Gesellschaftern im Hinblick auf das gemeinsame Interesse an den Betriebsergebnissen gleichzustellen. Das Gesetz verlangt 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 (Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, aaO, § 5 Rz 479).

Laut Abschnitt VIII BGBl. 325/1986 idF BGBl. 312/1987 gelten die mit dem Partizipationskapital im Sinne des Bankwesengesetzes (BWG) verbundenen Rechte ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank als Gesellschaftsrechte und Dividendenwerte, auf welche das Kapitalverkehrsteuergesetz in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden ist.

Damit Partizipationskapital den Eigenmitteln zugerechnet werden kann, ist nach § 23 Abs. 4 BWG die Einhaltung nachstehender Bedingungen erforderlich:

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 § 102a BWG eingezogen werden (Z 2);

die Erträge des Partizipationskapitals sind gewinnabhängig (Z 3);

das Partizipationskapital nimmt 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 darf erst nach Befriedigung oder Sicherstellung aller anderen Gläubiger zurückgezahlt werden (Z 5).

Die seitens der Bw mehrfach erwähnte Richtlinie 69/335/EWG vom 17. Juli 1969 wurde ab 1. Jänner 2009 aufgehoben (Artikel 16 der Richtlinie 2008/7/EG des Rates vom 12. Februar 2008 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital).

Nach Art. 2 Abs. 2 der genannten Richtlinie vom 12. Februar 2008 (in der Folge kurz: KapAnsRL) werden für die Zwecke dieser Richtlinie den Kapitalgesellschaften alle anderen Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen Personen, die einen Erwerbszweck verfolgen, gleich gestellt (entspricht Art. 3 Abs. 2 der vorangegangenen Richtlinie 69/335/EWG).

Diese Bestimmung soll nach Auffassung des EuGH verhindern, dass wirtschaftlich gleichwertige Tätigkeiten je nach Wahl dieser oder jener Rechtsform steuerlich unterschiedlich behandelt werden (Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, aaO, § 4 Rz 416 f mit Hinweis auf die einschlägigen Urteile des EuGH).

Nach dieser Richtlinie können daher "alle anderen Gesellschaften" – somit auch Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften – den Kapitalgesellschaften gleich gestellt werden.

Gemäß § 1 Genossenschaftsgesetz dienen österreichische Genossenschaften der Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder und verfolgen somit eine wirtschaftliche Tätigkeit bzw. einen Erwerbszweck.

Genossenschaften wie die gegenständliche sind daher als Kapitalgesellschaften im Sinne der KapAnsRL anzusehen.

Die in BGBl. 325/1986 idF BGBl. 312/1987, Abschnitt VIII, vorgenommene Festlegung, dass die mit dem Partizipationskapital im Sinne des BWG verbundenen Rechte ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank als Gesellschaftsrechte und Dividendenwerte im Sinne des KVG gelten, entspricht daher der KapAnsRL und ist nicht unionsrechtswidrig. Der Kreis der Kapitalgesellschaften wurde durch BGBl. 325/1986 idF BGBl. 312/1987 lediglich im Sinne der KapAnsRL erweitert (Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, aaO, § 5 Rz 497, sowie UFS 30.12.2011, RV/1296-W/10).

Auch die Bw geht in ihrer Berufung davon aus, dass die Begebung von Partizipationskapital gemäß § 23 Abs. 4 BWG grundsätzlich unter den Begriff des der Kapitalverkehrsteuer unterliegenden Genusskapitals fällt. Es sei aber im Einzelfall zu prüfen, ob bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise steuerlich eine Beteiligung vorliege, die einer Aktie vergleichbar sei.

Genussrechte an Kapitalgesellschaften gelten gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG als Gesellschaftsrechte. Diese Bestimmung fingiert, dass Genussrechte, die eine Kapitalgesellschaft begibt, unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltungsform Gesellschaftsrechte sind (VwGH 16.12.1993, 92/16/0025; Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, aaO, § 5, Rz 471).

Eine gesetzliche Definition von Genussrechten bzw. Genussscheinen (das sind verbrieftene Genussrechte) existiert im österreichischen Recht nicht.

Zivilrechtlich sind Genussrechte Gläubigerrechte schuldrechtlicher Art, die zwar ihrem Inhalt nach typische Vermögensrechte eines Gesellschafters sein können, aber eben nicht einem Gesellschaftsverhältnis entspringen (Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, aaO, § 5 Rz 470).

Zentraler wirtschaftlicher Aspekt für die Einräumung von Genussrechten ist das Motiv der Kapitalbeschaffung.

Ein Genussrecht in diesem Sinn ist ein Vermögensrecht, das keine Gesellschafterstellung im engeren Sinn vermittelt, aber eigenkapitalähnlichen Charakter hat. Für den eigenkapitalähnlichen Charakter ist maßgebend, dass die Summe der Eigenkapitalkriterien die der Fremdkapitalkriterien in Qualität und Quantität überwiegen. Für den Eigenkapitalcharakter sprechen eine unbegrenzte Laufzeit, eine Gewinnbeteiligung, ein Rangrücktritt im Falle der

Liquidation bzw. des Konkurses oder Mitwirkungs- und Kontrollrechte. Fremdkapitalkriterien sind dagegen etwa eine mit anderen Gesellschaftsgläubigern gleichrangige Rückzahlungsregelung oder das Fehlen von Mitwirkungs- und Kontrollrechten.

Für das Kriterium der Gewinnbeteiligung ist die Beteiligung am laufenden Gewinn des Unternehmens des Beteiligungsgebers ausreichend. Eine Gewinnbeteiligung ist eine an einer Ertragsgröße des Unternehmens ausgerichtete Beteiligung. Auch bei der Vereinbarung regelmäßiger Zinszahlungen in fixer Höhe kann eine Gewinnbeteiligung vorliegen, wenn die Zahlung nur bei Ausweis entsprechender Gewinne vorgesehen ist (Walter Loukota, Abgrenzungsfragen zur Gesellschaftsteuer bei hybriden Finanzierungen, FJ 2011, 400 f).

Daraus ist zu schließen, dass auch die Art der Gewinnbeteiligung einer vertraglichen Gestaltung zugänglich ist.

Schuldrechtliche Herrschafts- und Verwaltungsrechte Genussberechtigter können, je nach ihrem Ausmaß und ihrer Intensität, zwar dazu führen, dass den Genussberechtigten eine gesellschafterähnliche Position zukommt, doch vermitteln Genussrechte derartige Mitgliedschaftsrechte wie Rede- Stimm- oder Anfechtungsrechte gerade nicht (Krejci/van Husen, Über Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften und partiarische Darlehen GesRZ 2000, 54 ff).

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 unabhängige Größe sein dürfe (VwGH 22.5.1996, 95/16/0235; Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, aaO, § 5 Rz 480).

Im Gegensatz zu § 5 Abs. 1 Z 3 KVG ist für Genussrechte (§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG) eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gesetzlich nicht ausdrücklich gefordert.

Entgegen der Ansicht der Bw vermitteln Genussrechte gerade keine gesellschaftlichen Herrschaftsrechte, wie zB das Stimmrecht, sondern gewähren Rechte anderer Art, wie zB das Recht auf Gewinnbeteiligung.

Wenn die Bw lediglich die Rz 26 der Entscheidung des EuGH 17.10.2002, C-138/00, Solida und Tech, zitiert, so ist dies unvollständig und aus dem Zusammenhang gerissen. Nach den dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalten wurden Genussrechte begeben, die dem Genussrechtsberechtigten kein Stimmrecht gewährten. Dazu stellte der EuGH zwar fest, dass Rechte, wie sie den Gesellschaftern gewährt werden "insbesondere das Stimmrecht und

das Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse der betreffenden Gesellschaft" sind (Rz 26), doch entschied er weiters, dass "die Genussscheine ihrem Inhaber einen Anspruch auf Teilnahme am laufenden Gewinn sowie am Liquidationsgewinn der begebenden Gesellschaft" gewähren (Rz 27), weswegen "die Ausgabe von Genussscheinen durch eine Kapitalgesellschaft grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335" fällt. (Rz 28).

Die Ausgabe von Genussrechten durch eine Kapitalgesellschaft fällt nach Auffassung des EuGH grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Art. 3 lit. d der Richtlinie 2008/7/EG. Dass der Erwerber dieser Genussrechte kein Gesellschafter sei, könne nicht dazu führen, dass dieser Vorgang aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie heraus falle (Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, aaO, § 5 Rz 475 mit Hinweis auf EuGH 17.10.2002, Rs C-138/00, Solida und Tech).

Die vorgelegten Emissionsbedingungen für Partizipationskapital der A eG enthalten die oa. wesentlichen Kriterien für die Einordnung des Partizipationskapitals als Eigenkapital (das Partizipationskapital wurde der Bw auf Unternehmensdauer und unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt, Gewinnabhängigkeit der vereinbarten Vergütung, Rangrücktritt im Falle der Liquidation). Darüber hinaus wird mit dem Hinweis in Punkt 4.1. der Emissionsbedingungen, dass Partizipationskapital im Sinne des § 23 Abs. 4 BWG begeben werde, ausdrücklich auf dessen gewünschte Eigenkapitalqualität verwiesen.

Entgegen dem Berufungsvorbringen ist nach den Emissionsbedingungen das Kriterium der Gewinnbeteiligung zweifelsfrei erfüllt, weil die Dividende von fix 4,5 % vom Gewinn (und nicht, wie in der Berufung eingewendet, vom eingesetzten Kapital) abhängig ist; diese fixe Verzinsung wird damit nicht – wie bei einem Darlehen, bei welchem die Darlehenszinsen ihrer Höhe nach von vornherein feststehen und vom eingesetzten Kapital berechnet werden – unabhängig vom Gewinn fällig.

Nach dem Erkenntnis des VwGH vom 19.8.1997, 95/16/0328, ist im Zusammenhang mit der Gewinnbeteiligung bei Begebung von Genussrechten entscheidend, dass den Berechtigten in Abhängigkeit vom zukünftigen wirtschaftlichen Erfolg ein Anspruch auf einen prozentuellen Anteil des Gewinnes eingeräumt wird.

Dem Einwand der Bw, dass nicht *Gewinnbeteiligung*, sondern nur *Gewinnabhängigkeit* der Verzinsung vorliege, wenn der Berechnungsfaktor der Gewinn als Bedingung für die Auszahlung des von vorne herein fest stehenden Zinsbetrages sei und nicht der Gewinn als Berechnungsbasis des von vorne herein nicht fest stehenden Zinsbetrages, und aus diesem

Grund das Kriterium der Gewinnbeteiligung vom Partizipationskapital nicht erfüllt sei, kann nicht gefolgt werden, weil es den Vertragsparteien offen steht, die Berechnungsgrundlage "Gewinn" in den Vertragsbedingungen zu definieren und allein entscheidend ist, dass, wie oben angeführt, den Berechtigten in Abhängigkeit vom zukünftigen wirtschaftlichen Erfolg ein Anspruch auf einen prozentuellen Anteil des Gewinnes eingeräumt wird. Darüber hinaus ist für das Vorliegen von Genussrechten im Sinne des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG weder ein Anspruch auf *Beteiligung* am Gewinn noch ein Anspruch auf Beteiligung am Liquidationserlös erforderlich.

Die Gewinnbeteiligung lässt sich vertraglich unterschiedlich gestalten. Unter Gewinnabhängigkeit ist vor allem zu verstehen, dass die Erträge vom Vorliegen eines Gewinnes abhängen. Es kommt die Vereinbarung einer festen oder variablen Verzinsung oder eine Kombination beider in Betracht. Die Verzinsung, in welcher Form auch immer, erfolgt nur in Gewinnjahren, sie ist von der Erwirtschaftung eines Gewinns abhängig. Nicht erforderlich ist, dass sich die Verzinsung an der Höhe des Gewinns orientiert, auch eine fixe Mindestverzinsung, die nur in Gewinnjahren erfolgt, ist ausreichend, das Kriterium der Gewinnabhängigkeit zu erfüllen (UFS 30.12.2011, RV/1296-W/10, mit Hinweisen auf van Husen, Genussrechte, Genussscheine, Partizipationskapital, Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 308 f, sowie Eberhartinger, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 76 f).

Zur Beteiligung am Liquidationserlös ist vorauszuschieken, dass eine derartige Beteiligung kein Wesensmerkmal eines Genussrechtsverhältnisses ist (Krejci/van Husen, Über Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften und partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54 ff).

Den Emissionsbedingungen zufolge gewährt das Partizipationskapital im Falle der Liquidation jedem Investor eine Beteiligung an den stillen Reserven und dem Firmenwert. Daran ändert auch nichts, dass diese Beteiligung mit der Höhe des Nominalbetrages des vom Investor jeweils gehaltenen Partizipationskapitals limitiert ist. Nicht zuletzt ergibt sich das Recht auf Liquidationserlöse bereits explizit auf Grund des § 23 Abs. 4 Z 5 BWG.

Die Begebung des Partizipationskapitals unterlag daher als Ersterwerb von Gesellschaftsrechten der Gesellschaftsteuer.

Im Übrigen ging auch der Verwaltungsgerichtshof in seiner jüngst ergangenen Entscheidung (VwGH 17.10.2012, 2011/16/0237) davon aus, dass die Zeichnung von Partizipationsscheinen einer Bank, die als registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung betrieben wurde, der Gesellschaftsteuer unterliegt, wenn die Partizipationsscheine einen Anspruch auf gewinn*abhängige* Erträge sowie eine – wenn auch limitierte – Beteiligung am Liquidationserlös

verbriefen. Zur Subsumtion der Einbringung von Partizipationskapital im Sinne des § 23 Abs. 4 BWG unter § 2 Z 1 KVG äußerte der VwGH auch keine unionsrechtlichen Bedenken.

Eine Klärung der Frage, ob im vorliegenden Fall neben der kapitalverkehrsteuerrechtlichen Qualifikation des Partizipationskapitals als Genussrecht im Sinne des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG auch eine Subsumtion unter § 5 Abs. 1 Z 3 KVG zulässig wäre, kann auf sich beruhen, da im Ergebnis in beiden Fällen Gesellschaftsteuerpflicht gegeben ist.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Linz, am 30. April 2013