



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Senat 21

GZ. RV/1933-W/09

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., gegen den vorläufigen Bescheid des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern Wien vom 8. April 2009, ErfNr. xxx, StNr.yyy betreffend Gesellschaftsteuer entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Strittig ist,

1. ob die Rechte aus dem Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 und 5 BWG unabhängig von den kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen des Abschnittes VIII BGBI. 1986/325, die deren Gesellschaftsrechtscharakter zwingend anordnen, als Genussrechte oder gewinnbeteiligte Forderungen gemäß § 5 KVG zu qualifizieren sind, wenn sie in einer gewinnabhängigen „fixen“ Verzinsung vom Partizipationskapitalnominale und keiner „variable“ Verzinsung vom Gewinn, einer Verlustbeteiligung bis zur vollen Höhe des Partizipationskapitalnominale, einer nachrangigen Beteiligung am Liquidationserlös nur mit 110% des Nominales bestehen und dem Partizipationskapitalberechtigten kein Stimmrecht einräumen?

2. Erfolgte durch die Fiktion der kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen des Abschnittes VIII BGBI. 1986/325, dass die Rechte aus dem Partizipationskapital iSd § 23

Abs. 4 und 5 BWG als Gesellschaftsrechte (Dividendenwerte) gelten, lediglich eine Klarstellung oder die Schaffung eines neuen Typus an Gesellschaftsrechten?

3. Verstößt Abschnitt VIII BGBI. 1986/325 idF BGBI. 1987/312 gegen die Bestimmungen der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 (bzw. 2008/7/EG vom 12. Februar 2008), wenn die Emission von Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 und 5 BWG der Gesellschaftsteuer unterworfen wird? Werden dem Partizipationskapitalberechtigten nach Art. 4 Abs. 1 lit. d 69/335/EWG (Art. 3 lit. d 2008/7/EG) auch dann Rechte gewährt, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wenn der Partizipationskapitalberechtigte kein Stimmrecht hat?

Übersicht:

1. Verfahren
2. Sachverhalt
3. Gesetzliche Grundlagen
 - 3.1. Gesellschaftsteuer
 - 3.2. Die Vorschriften zum Partizipationskapital gemäß § 23 Abs. 4 und 5 Bankwesengesetz
 - 3.3. Die klarstellende Fiktion des Abschnittes VIII BGBI. 1986/325, dass die mit dem Partizipationskapital verbundenen Rechte als Gesellschaftsrechte iSd KVG gelten
4. Das Genussrecht gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG vor seinem zivilrechtlichen Hintergrund
5. Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren gemäß § 5 Abs. 1 Z 3 KVG
6. Zur Rechtsnatur des Partizipationskapitals iSd § 23 Abs. 4 BWG
 - 6.1. *Gassner*, Das Partizipationskapital und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, Überlegungen zur KWG-Novelle, 1986
 - 6.2. *van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, Verlag Österreich
7. Bedeutung und Umfang des Begriffes Gewinnabhängigkeit
8. Das Partizipationskapital ist „Gesellschaftsrecht“ iSd § 5 KVG
 - 8.1. Das KVG erfasst als Gesellschaftsrechte „die unternehmerische Teilnahme“ (und nicht das Darlehen)
 - 8.2. Partizipationskapital iSd BWG kann kapitalverkehrsteuerlich als Genussrecht oder als gewinnbeteiligte Forderung ausgestaltet sein
9. Ein fehlendes Stimmrecht des Partizipationskapitalberechtigten hindert nicht die Anwendbarkeit des Art. 4 Abs. 4 lit. d 69/335/EWG (Art. 3 lit. d 2008/7/EG)
10. Zusammenfassung
11. Schlussfolgerungen

1. Verfahren

Die Bw. reichte am 16.2.2009 beim Finanzamt eine Gesellschaftsteuererklärung gemäß § 10 Abs. 1 KVG ein. Sie beschrieb den Rechtsvorgang als „Begebung von obligationsähnlichem Partizipationskapital in der Höhe von 750,000.000,00 Euro mit fixer Verzinsung in der Form von Partizipationsscheinen. Im Begleitschreiben wies die Bw. darauf hin, dass im gegenständlichen Fall keine Gesellschaftsteuer anfalle, weil eine fixe Verzinsung des Kapitals dem Inhaber des Anteiles am Partizipationskapital zugesagt worden sei. Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG (nunmehr Art. 3 lit. d Richtlinie 2008/7 EG des Rates vom 12. 2.2008) sehe vor,

dass der Gesellschaftsteuer auch Einlagen jeder Art unterliegen, die Rechte verkörpern, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wie zB Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlös.

Das Finanzamt setzte mit Bescheid vom 8. April 2009 die Gesellschaftsteuer vorläufig gemäß § 200 Abs. 1 BAO (Bemessungsgrundlage 750,000.000,00 x1% = 7,500.000,00 Euro) mit folgender Begründung fest:

„Der endgültige Bescheid ergeht nach Begebung der Tranche 2. Die mit dem Partizipationskapital im Sinne des Bankwesengesetzes verbundenen Rechte gelten ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank als Gesellschaftsrechte und Dividendenwerte, auf welche die Bestimmungen des Kapitalverkehrsteuergesetzes idGf anzuwenden sind (Abschnitt VIII, Kapitalverkehrsteuerliche Bestimmungen der KWG-Novelle 1986, BGBl. 325/1986)“

Fristgerecht wurde dagegen Berufung erhoben und beantragt den Gesellschaftsteuerbescheid ersatzlos aufzuheben. Eingewendet wurde, dass mit den Partizipationsscheinen ein Gewinnberechtigungsanspruch von grundsätzlich 8% pro Jahr vom Nennwert verbunden sei. Für die Geschäftsjahre 2014 und 2015 erhöhe sich der Gewinnberechtigungsanspruch um jeweils 50 Basispunkte, für das Geschäftsjahr 2016 um 75 Basispunkte, sowie für jedes folgende Geschäftsjahr um 100 Basispunkte, wobei als Obergrenze der 12-MonatsEURIBOR plus 100 Basispunkte gelte. Auszahlungen auf das gegenständliche Partizipationskapital würden nur in dem Ausmaß gezahlt, als sie im Jahresgewinn Deckung fänden. Das Partizipationskapital nähme im selben Ausmaß wie das Aktienkapital bis zur vollen Höhe des Nominales am Verlust teil.

Im Zusammenhang mit § 5 Abs. 1 Z 3 KVG habe der VwGH 16.12.1993, 92/16/0025 festgehalten, dass den Berechtigten ein Anspruch zustehen müsse, der nach seinem Inhalt ein typisches Vermögensrecht eines Gesellschafters sei, und der Gläubiger mit einem Anspruch auf Gewinnbeteiligung den eigentlichen Gesellschaftern im Hinblick auf das gemeinsame Interesse an den Betriebsergebnissen gleichstellen solle. Im gegenständlichen Fall sei eine fixe Verzinsung vom Kapitalbetrag und nicht vom Gewinn vorgesehen, weswegen es an dem Tatbestandsmerkmal „Gewinnbeteiligung“ fehle. Weiters sei eine Beteiligung am Liquidationserlös nur mit 110% des Nominales vorgesehen. Seit der Änderung des § 23 Abs. 4 Z 5 BWG durch BGBl. I 108/2007 (in Kraft getreten 1. Jänner 2008) stehe allerdings fest, dass eine Substanzbeteiligung nicht Voraussetzung für das Vorliegen von Partizipationskapital iSd BWG sei, denn eine Begrenzung der Beteiligung am Liquidationserlös auf das Nominale sei nunmehr zulässig. Darüber hinaus fehle es am Stimmrecht des Partizipationskapitalinhabers und an der variablen Verzinsung, womit eine Gesellschaftsbesteuerung des Partizipationskapitals der Richtlinie des Rates Art. 4 lit. d 69/335/EWG (Art. 3 lit. d 2008/7/EG) widerspreche.

Das Finanzamt erließ keine Berufungsverentscheidung, sondern legte dem Unabhängigen Finanzsenat die Berufung zur Entscheidung vor. Das Finanzamt beantragte im Vorlagebericht, die Berufung als unbegründet abzuweisen, da nach Artikel VIII BGBI. 325/1986 die Einzahlung von Partizipationskapital unabhängig von seiner rechtlichen Ausgestaltung Gesellschaftsteuer auslöse. Damit sei der Einwand in der Berufung auf Seite 3, seit der Änderung des § 23 Abs. 4 Z 5 BWG BGBI. 108/2007 würde feststehen, dass eine Substanzbeteiligung nicht Voraussetzung für das Vorliegen von Partizipationskapital iSd BWG sei, verfehlt. Das verfahrensgegenständliche Partizipationskapital in seiner durch die gesetzlichen Vorschriften erfolgten Ausgestaltung widerspräche nicht dem hier wegen der Zeitbezogenheit noch anzuwendenden Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 69/335/EWG.

2. Sachverhalt

Die Partizipationskapitalbedingungen 2008/2009 der....Bw.....lauten auszugsweise:

„Beschreibung: Mit Aktienkapital im Liquidationsfall gleichrangige Genussrechte gemäß § 174 AktG in der Form von Partizipationskapital im Sinne des § 23 Abs. 4 und 5 BWG (Bankwesengesetz, BGBI. 1993/5323 in der jeweils gültigen Fassung), das der Emittentin auf Unternehmensdauer zur Verfügung gestellt wird und durch den Partizipationskapitalgeber nicht – auch nicht außerordentlich kündbar ist.....

Gewinnberechtigung:....Der mit den Partizipationsscheinen verbundene Gewinnberechtigungsanspruch (die „Partizipations-Dividende“) beträgt – vorbehaltlich der Regelung im Punkt „Gewinnabhängigkeit der Vergütungszahlung“ – grundsätzlich 8% pro Jahr vom Nennwert des Partizipationsscheins (der „Basis-Gewinnanspruch“)....Sollte dies nicht möglich sein....tritt der durchschnittliche Refinanzierungssatz der Emittentin in den letzten sechs Monaten jenes Geschäftsjahres, in dem die Anrechenbarkeit wegfällt, an die Stelle des zugesagten Basis-Gewinnanspruchs von 8% p.a....Die Partizipationsdividende ist zahlbar jährlich im Nachhinein und wird gleichzeitig mit dem auf die Aktien der Emittentin entfallenden Dividenden zur Zahlung fällig....

Gewinnabhängigkeit der Gewinnberechtigung:Der Gewinnanspruch auf die Partizipationsdividende ist daher gewinnabhängig beschränkt und es besteht kein oder nur ein anteilmäßig beschränkter Anspruch auf Ausschüttung der Partizipations-Dividende:... als die Partizipations-Dividende im Jahresgewinn....desjeweils vorangehenden Geschäftsjahres keine oder nicht ausreichend Deckung findet. Der Anspruch auf Ausschüttungen der Partizipations-Dividende ist jedoch gegenüber den Ausschüttungen auf Aktien der Emittentin vorrangig;....Eine der artige Nichtzahlung oder nur anteilmäßige Zahlung begründet keinen Verzug der Emittentin....Die Vergütungen auf die Partizipationsscheine sind nicht kumulativ. Wenn die Emittentin aufgrund obiger Bestimmungen für ein Geschäftsjahr keine oder nur eine teilweise Partizipations-Dividende leistet, erlischt der Gewinnanspruch auf Zahlung einer Partizipations-Dividendefür das betreffende Geschäftsjahr und ist auch keine Nachzahlung zu leisten, wenn für ein späteres Geschäftsjahr eine Partizipations-Dividende geleistet wird.

Verlustteilnahme: Das Partizipationskapital 2008/2009 nimmt im selben Ausmaß wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe des Nominales am unternehmensrechtlichen Verlust teil....

Nachrangstatus: Das Recht zur Beteiligung am Liquidationserlös....steht dem Partizipationskapital nur nach Befriedigung oder Sicherstellung aller anderen Gläubiger der Emittentin zu wie folgt: (i) nachrangig zu allen anderen....Verbindlichkeiten der Emittentin....

Anspruch auf Liquidationserlös: Im Fall der Liquidation....sind die Inhaber der Partizipationsscheine nach Befriedigung oder Sicherstellung aller Gläubiger....am Liquidationserlös gleichrangigbeteiligt. Der Liquidationsanspruch aus den Partizipationsscheinen ist mit dem Nennwert der Partizipationsscheine begrenzt....

Sonstige Rechte: Den Berechtigten aus Partizipationsscheinen steht das Recht zu, an der Hauptversammlung der Emittentin teilzunehmen und gemäß § 112 AktG Auskünfte über Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen. Die Partizipationsscheine gewähren jedoch keine Gesellschaftsrechte, insbesondere kein Stimmrecht...."

Über die Berufung wurde erwogen:

3. Gesetzliche Grundlagen

3.1. Gesellschaftsteuer

Gemäß § 2 Z 1 KVG unterliegt der Gesellschaftsteuer der Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer inländischen Kapitalgesellschaft durch den ersten Erwerber. Kapitalgesellschaften sind gemäß § 4 KVG Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die GmbH&Co KG, sowie die GmbH&Co KEG. Als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften gelten

1. Aktien, GmbH-Anteile, die Kommanditanteile von GmbH&Co KG und GmbH&Co KEG
 2. Genussrechte
 3. Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn **oder** Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren,
- die Personen, denen diese Gesellschaftsrechte zustehen, gelten als Gesellschafter. (§ 5 KVG).

3.2. Die Vorschriften zum Partizipationskapital gemäß § 23 Abs. 4 und 5 Bankwesengesetz

§ 23 Bankwesengesetz (BWG) trägt die Überschrift „Eigenmittel“. Gemäß § 23 Abs. 1 Z 1 BWG und § 23 Abs. 3 Z 8 BWG sind den Eigenmitteln einer Bank zuzurechnen:

„...Partizipationskapital mit/ohne Dividendennachzahlungsverpflichtung....“.

Gemäß § 23 Abs. 4 BWG ist Partizipationskapital Kapital,

1. das eingezahlt ist und auf Unternehmensdauer unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt wird
2. das nur unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften herabgesetzt oder gemäß den Bestimmungen des § 102a eingezogen werden kann,
3. dessen Erträge gewinnabhängig sind, wobei als Gewinn das Ergebnis des Geschäftsjahres (Jahresgewinn) nach Rücklagenbewegung anzusehen ist,

-
4. das wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt,
5. das mit dem Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös zumindest im Ausmaß des Nominales verbunden ist und erst nach Befriedigung oder Sicherstellung aller anderen Gläubiger zurückgezahlt werden darf.

§ 23 Abs. 5 BWG lautet:Berechtigte aus Partizipationskapital können an der Hauptversammlung (Generalversammlung) teilnehmen und Auskünfte im Sinne des § 112 AktG begehren. Auch bei Sparkassen, Landes-Hypothekenbanken, der Pfandbriefstelle der österreichischen Landes-Hypothekenbanken und der Österreichischen Postsparkasse ist den Berechtigten aus Partizipationskapital einmal jährlich Gelegenheit zu geben, von den Geschäftsleitern des Kreditinstitutes in einer Versammlung, in der über den Jahresabschluss zu berichten ist, Auskunft zu begehren. Für die Einberufung einer solchen Versammlung sind die Bestimmungen des Aktiengesetzes über die Einberufung der Hauptversammlung anzuwenden.

Nach der Regierungsvorlage 934 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVI. GP, 5, gehören zum Haftkapital das Eigenkapital, das Partizipationskapital und das Ergänzungskapital (§ 12 Abs. 3). Nach den Erläuterungen gehören zum Haftkapital das tatsächliche Eigenkapital sowie die Eigenkapitalsurrogate, die insofern Eigenkapitalfunktionen erfüllen, als sie zum Ausgleich von Verlusten dienen und der Bank mit einer gewissen Dauerhaftigkeit zur Verfügung stehen.....Das Eigenkapital ist jenes Haftkapital, das den Anforderungen der Teilnahme am laufenden Verlust durch Bestandsausgleich mit eingezahltem und dauerhaftem Kapital am besten entspricht....Das Partizipationskapital ist dem Eigenkapital weitgehend ähnlich konzipiert. (Regierungsvorlage 934 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVI. GP, 31).

Die Regierungsvorlage zeigt, dass mit den Vorschriften über Partizipationskapital eine Verbreiterung der Eigenkapitalbasis von Banken erwünscht war. Das Partizipationskapital sollte daher eigenkapitalähnlich ausgestaltet sein.

3.3. Die klarstellende Fiktion des Abschnittes VIII BGBI. 1986/325, dass die mit dem Partizipationskapital verbundenen Rechte als Gesellschaftsrechte iSd KVG gelten

Laut Abschnitt VIII BGBI. 1986/325 idF BGBI. 1987/312 gelten die mit dem Partizipationskapital iSd Bankwesengesetzes verbundenen Rechte ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank und des Versicherungsunternehmens als **Gesellschaftsrechte** und **Dividendenwerte**, auf welche die Bestimmungen des Kapitalverkehrsteuergesetzes in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden sind.

Vorweg wird festgehalten, dass nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates Abschnitt VIII BGBI. 1986/325 idF BGBI. 1987/312 zwingend festlegt, dass die mit dem Partizipationskapital iSd Bankwesengesetzes verbundenen Rechte ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank und des Versicherungsunternehmens als **Gesellschaftsrechte** und **Dividendenwerte** iSd KVG gelten. Abschnitt VIII BGBI. 1986/325 idF BGBI. 1987/312 sagt nicht, dass die mit dem Partizipationskapital iSd Bankwesengesetzes verbundenen Rechte Gesellschaftsrechte und Dividendenwerte sind, sondern, dass sie als solche „gelten“. Abschnitt VIII BGBI. 1986/325 idF BGBI. 1987/312 stellt somit die Fiktion auf, dass die mit dem Partizipationskapital iSd Bankwesengesetzes verbundenen Rechte Gesellschaftsrechte und Dividendenwerte sind, da sie ausgestaltet sind wie die Gesellschaftsrechte des § 5 KVG. Abschnitt VIII BGBI. 1986/325 idF BGBI. 1987/312 ordnet die mit dem Partizipationskapital verbundenen Rechte nicht einem bestimmten Gesellschaftsrecht des § 5 Abs. 1 KVG zu, sondern sagt lediglich, dass sie als „Gesellschaftsrechte“ gelten. Unterstützt wird diese Auslegung des Unabhängigen Finanzsenates durch den Beisatz in Abschnitt VIII BGBI. 1986/325, dass auf die mit dem Partizipationskapital verbundenen Rechte die Bestimmungen des KVG anzuwenden sind. Insoweit folgt der Unabhängige Finanzsenat der im Vorlagebericht vertretenen Meinung des Finanzamtes.

Da der zentrale Punkt der Einwendungen der Bw., sowohl innerstaatlich, als auch im Hinblick auf Unionsrecht, die gewinnabhängige fixe Verzinsung der Partizipationskapitalbeteiligung und der Ausschluss des Stimmrechtes des Partizipationskapitalberechtigten in der Hauptversammlung der Bw. sind, wird im Folgenden untersucht, inwieweit dem Partizipationskapitalberechtigten eine unternehmerische Beteiligung an der Bw. eingeräumt wurde. Die Untersuchung wird in zweifacher Hinsicht vorgenommen, nämlich einerseits im Hinblick auf die gesetzliche Anordnung des § 23 Abs. 4 BWG und andererseits im Hinblick darauf, wie die Bw. das Partizipationskapital in ihren Bedingungen und Urkunden tatsächlich ausgestaltet hat.

4. Das Genussrecht gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG vor seinem zivilrechtlichen Hintergrund

Mit dem Begriff „Genussrechte“ greift das KVG auf einen zivilrechtlichen Begriff. Wo Steuergesetze Begriffe verwenden, die dem Zivilrecht entnommen sind, ist zu prüfen, ob dem Gesetzesausdruck, der synonym ist mit einem Begriff des Zivilrechts, nicht ein vom Zivilrecht abweichender wirtschaftlicher Sinn beizumessen ist. Das Steuerrecht hat seine eigene Teleologie, sein eigenes inneres System. Die Richtigkeit der Auslegung hängt vom Normzweck ab. Auch gleichlautende Begriffe sind innerhalb der Rechtsordnung variant, relativ und von der jeweiligen spezifischen Regelungsaufgabe geprägt. Folglich müssen auch die dem Zivilrecht entnommenen Begriffe aus dem steuerrechtlichen Bedeutungszusammenhang

heraus, aus dem Zweck, der Funktion des jeweiligen Steuergesetzes und seiner Normen heraus verstanden werden (*Tipke*, dSteuerrecht, Ein systematischer Grundriß¹³, 101-103f; ähnlich *Stoll*, Rentenbesteuerung³, 590ff).

Abgesehen von den Genussrechten gemäß § 174 AktG gibt es keine gesetzliche Regelung, die das Institut des Genussrechtes näher beschreiben würde, ganz allgemein bieten sie häufig einen Anspruch auf einen Gewinnanteil, oft auch eine Beteiligung am Liquidationserlös und/oder-überschuss, mitunter auch andere Rechte, räumen jedoch meist keine Herrschafts- und keine Mitverwaltungsrechte ein und werden daher in der Regel als reine „Gläubigerrechte“ eingestuft. Genussrechte kann es in den mannigfachsten Formen geben. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54). Laut *Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 17 ist eine Gewinnbeteiligung aber nicht Voraussetzung für das Vorliegen eines Genussrechts, auch andere dem Berechtigten gewährte Vermögensrechte sind denkbar, wie z.B. die Benutzung von Einrichtungen der emittierenden Gesellschaft (Eisenbahn, Theater). Nach Literaturmeinungen steht eine teilweise gewinnunabhängige Gestaltung der Annahme eines Genussrechts nicht entgegen, auch „klassische“ Schuldverschreibungen mit einer festen gewinnunabhängigen Verzinsung werden den genussrechten zugeordnet. (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 13, FN 35 und 14, FN 40). Schuldverschreibungen sind keine Gesellschaftsrechte gemäß § 5 KVG und früher unterlag der Ersterwerb von Schuldverschreibungen der Wertpapiersteuer (§ 12 KVG).

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 jedoch meist 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 legitistische „Vertypung“ fehlt, da der Gesetzgeber das Bestreben hat, die noch laufende Entwicklung dieses Instruments nicht zu behindern. Genussrechte kann es also in den mannigfältigsten Formen geben. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54). Im Zentrum aller Genussrechte steht der Anspruch, am Gewinn dessen beteiligt zu sein, dem man etwas zukommen ließ. Im Gegensatz zum Darlehen ist entscheidend, dass sich der Anspruch nicht nach Maßstäben bestimmen lässt, die von der Sphäre des Schuldners unabhängig sind. Den Gewinnbeteiligten tangiert es sehr wohl, ob und inwieweit sein Schuldner im Rahmen seines unternehmerischen Wirkens erfolgreich ist. Neben der

Gewinnbeteiligung sind im Rahmen von Genusscheinverhältnissen auch Beteiligungen am Liquidationserlös möglich. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 55).

Genussrechte sehen oft eine Verlustbeteiligung vor. Auch dies bindet den Genussberechtigten enger an das Schicksal dessen, der das Genussrecht einräumt. In der Regel wird das Genussrecht gewährt, weil der Genussberechtigte dem Verpflichteten Kapital zur Verfügung gestellt hat. Dieses Kapital kann entweder die Funktion von Eigen- oder von Fremdkapital haben; nicht selten finden sich Elemente des einen wie des anderen. Der Begriff der „Nachrangigkeit“ spielt nicht nur im Zusammenhang mit der Frage, ob Eigen- und 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. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 56). Die Dauer der Kapitalbindung spielt lediglich eine gewisse Rolle bei der Frage nach der Einschätzung des Genussrechtskapitals als Eigen- oder Fremdkapital. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 57). Genussrechtsverhältnisse beruhen auf schuldrechtlichen Verträgen, die selbst dann, wenn dem Genussberechtigten gesellschafterähnliche Herrschafts- und Verwaltungsrechte zugebilligt werden, zu keiner Gesellschafterposition in jener Gesellschaft führen, an deren Gewinn die Genussberechtigten partizipieren. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 62).

Es ist möglich, dass die Gesellschaft Außenstehenden aufgrund zusätzlicher Verträge schuldrechtliche Positionen einräumt, die den Mitwirkungsrechten der eigentlichen Gesellschafter entsprechen, bzw. nahe kommen. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 56). Meist vermitteln Genussrechte derartige Mitgliedschaftsrechte wie Teilnahme-, Rede-, Stimm- oder Anfechtungsrechte aber gerade nicht. Denn es ist ein wesentliches Anliegen dessen, der Genussscheine emittiert, Kapital aufzutreiben, ohne die bisherigen Herrschaftsverhältnisse in der Gesellschaft ändern zu müssen. Bis zu einem gewissen Grad können freilich auch Informations- und Kontrollrechte als mitgliedschaftsähnliche Rechte gewertet werden. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 57). Da Genussrechte keinen Anteil am Grund- bzw. Stammkapital darstellen, gewähren sie auch keine gesellschaftsgleichen Mitgliedschaftsrechte, dazu gehören insbesondere das Stimmrecht, das Teilnahme- und Rederecht in der Haupt- oder Gesellschafterversammlung und das Anfechtungsrecht. Es ist jedoch möglich, auf

schuldrechtlicher Grundlage Kontroll- und Informationsrechte zu gewähren. (*Eberhartinger, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen*, 1996, 17).

Die Bw. stellt in ihrer Berufung richtig fest, dass Genussrechte ihrer rechtlichen Natur nach Gläubigerrechte darstellen, darüber hinaus vermitteln sie Vermögensrechte, wie sie typischerweise einem Aktionär zustehen, dies vor allem dann, wenn sie auf Beteiligung am Gewinn und/oder Liquidationserlös ausgerichtet sind. Im Unterschied zu Gesellschaftsanteilen würden Genussrechte aber keine Mitverwaltungsrechte gewähren.

Nach Meinung des Unabhängigen Finanzsenates ist für kapitalverkehrsteuerliche Beurteilung eines Genussrechtes wesentlich, dass Genussrechte sehr vielgestaltig sein können. Einerseits sollen sie von der Gesellschafterposition jener Gesellschaft, an welcher der Genussrechtsberechtigte teilnimmt, andererseits auch von der Stellung eines Darlehensgebers abgegrenzt werden. Im Zentrum steht der Anspruch, am Gewinn der Gesellschaft beteiligt zu sein, Teilnahme-, Rede-, Stimm- oder Anfechtungsrechte können dem Genussrechtsberechtigten zwar zugebilligt werden, sind aber für ein Genussrecht nicht unbedingt typisch. *Krejci/van Husen* lassen bis zu einem gewissen Grad die Wertung von Informations- und Kontrollrechten als mitgliedschaftsähnliche Rechte zu. Das hat vor allem für den unionsrechtlichen Einwand der Bw. Bedeutung, dass nach Art. 4 Abs. 1 lit. d der RL 69/335/EWG, bzw. Art. 3 lit. d der RL 2008/7/EG das Stimmrecht des Genussrechtsberechtigten für die gesellschaftsteuerliche Beurteilung unabdingbar wäre.

Der Unabhängige Finanzsenat sieht in Art. 4 Abs. 1 lit. d der RL 69/335/EWG, bzw. Art. 3 lit. d der RL 2008/7/E, wonach der Gesellschaftsteuer die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens durch Einlagen jeder Art unterliegt, 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 Liquidationserlös, genau diese Beschreibung von Genussrechten von *Krejci/van Husen* wonach die Genussrechte definitiv keine Gesellschaftsrechte wie Aktien oder GmbH-Anteile sind, sondern verschiedenste Rechte sein können, die kein Darlehen sind, sondern auf eine unternehmerische Beteiligung hinweisen. Der Richtlinientextbestandteil „*Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wie z.B. Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlös*“ vermittelt mit seinen Wortlaut keine taxative, sondern eine beispielhafte Aufzählung, welche Rechte das sein können, aber nicht müssen. Wichtig ist nur, dass die Rechte ähnlich jenen Rechten sind, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, d.h., aus den gewährten Rechten muss eine unternehmerische Beteiligung erschließbar sein.

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

Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren gemäß § 5 Abs. 1 Z 3 KVG, haben dem Wortlaut nach im bürgerlichen Recht/Unternehmensrecht keine Entsprechung. An zivilrechtlichen Evidenzen werden als Beispiele, die unter diese Gesellschaftsbesteuerung fallen, die stille Gesellschaft, partiarisches Darlehen und partiarischer Pachtvertrag genannt.

6. Zur Rechtsnatur des Partizipationskapitals iSd § 23 Abs. 4 BWG

Unstrittig ist, dass nach dem gegenständlichen Sachverhalt das Partizipationskapital ein solches iSd § 23 Abs. 4 BWG ist, womit die kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen des Abschnittes VIII BGBI. 325/1986 idF BGBI. 1987/312 anzuwenden sind.

6.1. Gassner, Das Partizipationskapital und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, Überlegungen zur KWG-Novelle, 1986

Gassner untersucht das Partizipationskapital auf seine Einordnung als Genussrecht in das Abgabenrecht. (*Gassner, Das Partizipationskapital und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, Überlegungen zur KWG-Novelle, 1986*, 15). Mit der KWG –Novelle 1986 (BGBI. 325/1986) wurde das Haftkapital der Banken neu geregelt. Zum Haftkapital gehören das Eigenkapital, das sich aus dem Nennkapital und den offenen Rücklagen abzüglich Verlusten zusammensetzt, sowie dem Partizipations- und Ergänzungskapital. (*Gassner, Das Partizipationskapital und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, Überlegungen zur KWG-Novelle, 1986*, 11). Wirtschaftlich gesehen, handelt es sich beim Partizipationskapital um haftendes Eigenkapital (*Gassner, Das Partizipationskapital und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, Überlegungen zur KWG-Novelle, 1986*, 12). Als haftendes Eigenkapital ist das Partizipationskapital auf Unternehmensdauer zur Verfügung zu stellen. (*Gassner, Das Partizipationskapital und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, Überlegungen zur KWG-Novelle, 1986*, 21). Die Ausformung des Rechtsinstitutes wurde der Praxis überlassen. (*Gassner, Das Partizipationskapital und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, Überlegungen zur KWG-Novelle, 1986*, 15). Die zivilrechtliche Ausgestaltung des Partizipationskapitals ist sehr flexibel. (*Gassner, Das Partizipationskapital und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, Überlegungen zur KWG-Novelle, 1986*, 26). Das Partizipationskapital iSd BWG ist demnach eingezahltes Kapital, dessen Erträge gewinnabhängig sind und das unter anderem bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt und mit dem Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös verbunden ist. Das Partizipationskapital gewährt somit das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der Bank. (*Gassner, Das Partizipationskapital und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, Überlegungen zur KWG-Novelle, 1986*, 16). Beim Partizipationskapital handelt es sich nicht um Gesellschaftsanteile. Die Erträge aus Partizipationskapital müssen nach dem BWG gewinnabhängig sein, doch ist im Gesetz nicht definiert, was „Gewinnabhängigkeit“ ist.

Laut *Gassner* ist dem Wortlaut klar zu entnehmen, dass keine „Gewinnbeteiligung“ erforderlich ist. Es kann daher auch eine feste Verzinsung vorgesehen werden, die nicht nur aus dem Reingewinn bezahlt wird, sondern die sich entsprechend der Gewinnentwicklung verändert. Die parlamentarischen Materialien bekräftigen dieses Interpretationsergebnis, wenn sie von der Möglichkeit einer Ausstattung des Partizipationskapitals mit einer „gewinnabhängigen“ Verzinsung und einem „festverzinslichen“ Partizipationskapital als einer in Betracht kommenden Alternative sprechen. (*Gassner*, Das Partizipationskapital und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, Überlegungen zur KWG-Novelle, 1986, 19). Bei der Einkommensteuer wurde das Partizipationskapital den Genussrechten iSd AktG gleichgestellt. (*Gassner*, Das Partizipationskapital und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, Überlegungen zur KWG-Novelle, 1986, 13). Kapitalverkehrsteuerrechtlich wird das Partizipationskapital den Genussrechten bzw. den Genussscheinen gleichgestellt. Die Zufuhr von Partizipationskapital an Banken unterliegt stets der Gesellschaftsteuer. (*Gassner*, Das Partizipationskapital und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, Überlegungen zur KWG-Novelle, 1986, 29).

Gassner fasst in der Schlussbemerkung zusammen, dass die abgabenrechtlichen Bestimmungen der BWG-Novelle für das Partizipationskapital nur klarstellende Bedeutung haben. Es handelt sich nicht um ein Sonderrecht, sondern nur um die Anwendung des allgemein geltenden Steuerrechts auf die kreditrechtlich neu geschaffenen Instrumentarien. (*Gassner*, Das Partizipationskapital und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, Überlegungen zur KWG-Novelle, 1986, 29).

Der Unabhängige Finanzsenat vertritt dazu die Ansicht, dass für kapitalverkehrsteuerliche Zwecke aus *Gassner*, Das Partizipationskapital und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, Überlegungen zur KWG-Novelle, 1986, zu ersehen ist, dass kapitalverkehrsteuerlich das Partizipationskapital den Genussrechten gleichgestellt wird und die Zufuhr von Partizipationskapital an Banken stets der Gesellschaftsteuer unterliegt. Mit den kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen des Abschnittes VIII BGBI. 1986/325 idF BGBI. 1987/312 wurde keine neue Form der Beteiligung geschaffen, sondern es handelt sich nur um Klarstellungen. Das würde bedeuten, dass die Rechte aus dem Partizipationskapital auch ohne Abschnitt VIII BGBI. 1986/325 idF BGBI. 1987/312 Gesellschaftsrechte iSd KVG wären. Für eine unternehmerische Beteiligung sprechen die gesetzlich ausgestaltete Eigenkapitalähnlichkeit des Partizipationskapitals als Haftkapital, da es auf Unternehmensdauer der Bank zur Verfügung gestellt werden muss und die Gewinnabhängigkeit, sowie die Beteiligung am Verlust und am Liquidationserlös.

6.2. van Husen, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, Verlag Österreich

Der Autor *van Husen* betrachtet das Partizipationskapital vor dem unternehmensrechtlichen genussrechtlichen Hintergrund. Der Autor weist auf Literaturmeinungen hin, die eine Nähe des Partizipationskapitals zur Vorzugsaktie sehen, aber auch zum Genussrecht nach § 174 AktG und eine Rechtsnatur *sui generis* erwogen. (*van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 299).

Das Finanzierungsinstrument des Partizipationskapitals sollte zur Stärkung der Eigenkapitalbasis der österreichischen Banken dienen. § 23 Abs.4 Z 1 BWG bestimmt, dass Partizipationskapital eingezahltes Kapital darstelle. Daher besteht für Partizipationskapital wie sonstiges Haftkapital die Voraussetzung der Einzahlung. (*van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 299, 305). Mit der Regelung, dass Partizipationskapital auf Unternehmensdauer zur Verfügung zu stellen ist, hängt der Verzicht zur ordentlichen und außerordentlichen Kündigung zusammen. Dabei handelt es sich um einen gesetzlich angeordneten Verzicht, der daher nicht im Wege vertraglicher Gestaltung modifiziert werden kann. Während der Partizipant den gesetzlichen Ausschluss des o. und ao. Kündigungsrechts hinzunehmen hat, kann die ausgebende Bank hingegen das Partizipationskapital kündigen und das Partizipationskapital unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften herabsetzen. (*van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 306). Für die Qualifikation als Partizipationskapital erweist sich die gewinnabhängige Vertragsgestaltung als essentiell. Das Schicksal des Partizipationskapitals gleicht daher auch mit Blick auf die Verlustteilnahme dem eines Aktienkapitals. (*van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 307). Die Formulierung des § 23 Abs. 4 Z 3 BWG „*wobei als Gewinn das Ergebnis des Geschäftsjahres (Jahresgewinn) nach Rücklagenbewegung anzusehen ist*“ lässt die aktiengleiche Gewinnbeteiligung des Partizipanten in vollem Umfang erkennen, da sich sein Gewinnbeteiligungsanspruch nach der Dotierung und nach der Auflösung von Rücklagen bemisst. (*van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 308). 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 Verzinsung, einer variablen Verzinsung oder eine Kombination beider in Betracht. § 23 Abs. 4 Z 4 BWG normiert, dass das Partizipationskapital „*wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt*“. Eine Verlustteilnahme kann auch erst im Zuge der Liquidation erfolgen. (*van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 309). Das Partizipationskapital ist „*mit dem Recht auf*

Verteilung aus dem Liquidationserlös verbunden, wobei es „*erst nach Befriedigung und Sicherstellung aller anderen Gläubiger zurückbezahlt werden darf*“. Daraus lässt sich die mit Partizipationskapital verbundene Substanzbeteiligung ableiten. Übersteigt im Falle der Liquidation nach Rückzahlung aller Gläubigeransprüche das übrig bleibende Vermögen die Nennbeträge von Aktien- und Partizipationskapital, so haben die Partizipanten in der erfolgenden Ausschüttung des Überschusses aus dem Liquidationserlös Anteil an den thesaurierten Gewinnen und damit am inneren Wert der Gesellschaft. Sollte das Vermögen zu einer Bedienung aller Gläubiger aber nicht reichen, so ist das Partizipationskapital „*in der anteilig verminderten Höhe zurückzuzahlen*“. Im Fall eines sich aus der Liquidation ergebenden Verlustes gehen Aktionäre und Partizipanten gleichermaßen leer aus, doch trifft sie keine Nachschusspflicht. (*van Husen, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 310*).

Aus der Bestimmung des § 23 Abs.4 Z5 von Partizipationskapital als Kapital, das „*erst nach Befriedigung und Sicherstellung aller anderen Gläubiger zurückbezahlt werden darf*“, ergibt sich auch die Nachrangigkeit des Partizipationskapitals. Die Nachrangigkeit gilt für den Fall der Liquidation und äußert sich in der Weise, dass zunächst alle anderen Gläubiger einschließlich jener aus Ergänzungskapital zu befriedigen und sicherzustellen sind, bevor eine Rückzahlung an die Partizipanten erfolgen darf. Partizipanten werden gleich wie Aktionäre behandelt, wobei die Formulierung „*nach Befriedigung aller anderen Gläubiger*“ sowohl die fehlende Mitgliedschaft, als auch die absolute Nachrangigkeit zum Ausdruck bringen kann. (*van Husen, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 310*). Die Nachrangigkeit des Partizipationskapitals zeigt sich aber auch beim Gewinnbeteiligungsrecht. Ausschüttungen an Partizipanten dürfen nur erfolgen, wenn der Gewinn dies zulässt. Zunächst sind alle Gläubiger mit ihren Zinsen-Ansprüchen zu bedienen, bevor zunächst die Ausschüttung der Vorzugsdividende der Partizipanten und allenfalls eine darüber hinausgehende Gewinnverteilung in Frage kommt. (*van Husen, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 311*).

Der Autor fasst die Rechtsnatur des Partizipationskapitals nach BWG so zusammen: Die wesentlichen Merkmale des Partizipationskapitals liegen in der fehlenden Mitgliedschaft, der rein vermögensrechtlichen gläubigerartigen Beteiligung, verbunden mit einer Substanzbeteiligung, dem Gewinnbeteiligungsrecht, der Nachrangigkeit und der Verlustteilnahme. Die Einordnung des Partizipationsscheins kann bei Betrachtung der rechtstechnischen Ausformung nur unter das Genussrecht nach § 174 Abs.3 und 4 AktG erfolgen. Es handelt sich durch die spezifische Ausformung um ein aktiengleiches Genussrecht. (*van Husen, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 311*).

aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 311). Das BWG gewährt bei der Regelung des Partizipationskapitals in § 23 Abs.4 BWG nur einen gewissen Spielraum zur Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses. Daher eignen sich nur gewisse Punkte zur individuellen Abwandlung in konkreten Emissionen von Partizipationskapital. So werden manche Punkte nahezu einheitlich geregelt: eingezahltes Kapital, auf Unternehmensdauer unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung, Zurückzahlung nur unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften, Teilnahme am Verlust wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe, Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös, Zurückzahlung erst nach Befriedigung oder Sicherstellung aller anderen Gläubiger und Bestätigung durch die Bankenprüfer. (*van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 317, 318).

Der Unabhängige Finanzsenat möchte aus dieser bürgerlich-rechtlichen Literaturmeinung für die vorliegende Entscheidung festhalten, dass *van Husen* den Partizipationsschein dem Genussrecht nach § 174 Abs. 3 und 4 AktG zuordnet und er die Rechte aus dem Partizipationskapital als aktiengleiche Genussrechte ausgeformt sieht. Dies insbesondere, da die Verlustteilnahme wie beim Aktienkapital geregelt ist, der Partizipationsberechtigte ein Recht auf Verteilung aus dem Liquidationserlös hat, allerdings sind zunächst alle anderen Gläubiger zu befriedigen, bevor eine Rückzahlung an die Partizipationsberechtigten erfolgen darf (Nachrangigkeit) und durch die Gewinnabhängigkeit, die nach § 23 Abs. 4 Z 3 BWG nur bedeutet, dass die Erträge vom Vorliegen eines Gewinnes abhängen müssen, in Frage kommt die Vereinbarung einer festen Verzinsung, einer variablen Verzinsung oder eine Kombination beider.

Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates lässt sich auch allein aus § 23 Abs. 4 Z 3 BWG „*Partizipationskapital ist Kapital, dessen Erträge gewinnabhängig sind, wobei als Gewinn das Ergebnis des Geschäftsjahres (Jahresgewinn) nach Rücklagenbewegung anzusehen ist*“ ableiten, dass vom BWG her eine beteiligungsähnliche Stellung des Partizipationskapitalberechtigten gewünscht ist, da er grundsätzlich am Erfolg des Unternehmens teil nimmt. Selbst bei „fixer“ Verzinsung, die dem Partizipationskapitalberechtigten gewährt wird, werden diese fixen Zinsen nur dann gezahlt, wenn die Bank einen Gewinn hat, wobei keine Nachzahlungsverpflichtung besteht. Damit lässt sich der Vergütungsanspruch des Partizipationskapitalberechtigten nicht nach Maßstäben bestimmen, die von der Sphäre der Bank unabhängig sind.

7. Bedeutung und Umfang des Begriffes Gewinnabhängigkeit

In ihrer Berufung vertritt die Bw. die Linie, dass die Beteiligung am Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 und 5 BWG kapitalverkehrsteuerlich weder ein Genussrecht noch eine

„gewinnbeteiligte Forderung“, sondern darlehensähnlich und keine unternehmerische Beteiligung ist. Dies insbesondere deshalb, weil Gewinnabhängigkeit zwar gegeben sei, doch die Gewinnbeteiligung würde fehlen.

Mit den Begriffen der Gewinnabhängigkeit und der Gewinnbeteiligung im Zusammenhang mit Genussrechten setzte sich *Eberhartinger*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 13, auseinander. Gewinnabhängigkeit liegt vor, wenn sich die Höhe der Ausschüttung nach der Höhe des Gewinnes richtet, wenn die Ausschüttung z.B. der Dividende entspricht, an die Dividende gekoppelt ist, sich an der Gesamtkapitalrendite orientiert oder die Ausschüttung überhaupt nur vom Vorliegen eines Gewinnes abhängig ist. Die Vereinbarung einer festen Mindestverzinsung (Auszahlung unabhängig vom Vorliegen eines Gewinnes) mit einer an die Dividende bzw. Gewinn gekoppelten Zusatzvergütung wird allgemein als möglich erachtet. Ebenso steht eine feste Verzinsung der Annahme eines Genussrechts nicht entgegen, sofern die Zahlung nur bei Ausweis entsprechender Gewinne vorgesehen ist. (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 13). Bei bloßer Vereinbarung einer festen Verzinsung kann das Vorliegen eines Genussrechts nur angenommen werden, wenn die Verzinsung gewinnabhängig ist, andernfalls liegt eine Schuldverschreibung vor. (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 14). Da Genussrechte keinen Anteil am Grund- bzw. Stammkapital darstellen, gewähren sie auch keine gesellschaftsgleichen Mitgliedschaftsrechte, dazu gehören insbesondere das Stimmrecht, das Teilnahme- und Rederecht in der Haupt- oder Gesellschafterversammlung und das Anfechtungsrecht. Es ist jedoch möglich, auf schuldrechtlicher Grundlage Kontroll- und Informationsrechte zu gewähren. (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 17).

Die Risikotragung des Eigenkapitals ist durch zwei Merkmale gekennzeichnet, die gleichzeitig gegeben sein müssen, Gewinnabhängigkeit und Nachrangigkeit. Der Begriff der Gewinnabhängigkeit bedeutet in diesem Zusammenhang einerseits eine Gewinn- und Verlustbeteiligung, andererseits aber bloß eine Gewinnbeteiligung mit Aussetzen der Vergütung in Verlustjahren. (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 76). Die Verzinsung, in welcher Form auch immer, erfolgt nur in Gewinnjahren, sie ist von der Erwirtschaftung eines Gewinns abhängig. Dies schließt auch ein, dass die Vergütung nicht zu einem Verlust führen darf. 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. Eine gewinnorientierte Vergütung ist Ausdruck dafür, dass

der Kapitalgeber nicht nur an den Risiken, sondern auch an den Chancen des Unternehmens teilnimmt. Nicht erforderlich für die Eigenkapitalqualität ist das Vorliegen einer Verlustbeteiligung. Wenn das dem Unternehmen zur Verfügung gestellte Kapital am laufenden Verlust des Unternehmens beteiligt ist, dann ist es unmittelbar vom Misserfolg des Unternehmens betroffen und trägt somit einen Teil des Unternehmerrisikos. (*Eberhartinger, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 77*). Das Kapital muss, um als Eigenkapital behandelt zu werden, den Drittgläubigern des Unternehmens als haftendes Kapital zur Verfügung stehen. Das bedeutet, dass es im Konkurs bzw. Liquidationsfall nachrangig ist und dass es erst nach Befriedigung aller Drittgläubiger vom verbleibenden Vermögen bzw. vom Liquidationsgewinn rückgezahlt werden kann. (*Eberhartinger, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 80, 81*). Die Nicht-Gesellschafter-Eigenschaft eines Kapitalgebers steht aufgrund des § 229 Abs. 2 Z 5 HGB der Qualifikation des Kapitals als Eigenkapital nicht entgegen. (*Eberhartinger, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 88*).

Um Kapital als materielles Eigenkapital bezeichnen zu können, müssen zwei Kriterien gleichzeitig gegeben sein: a) die Verzinsung muss abhängig von der Erwirtschaftung eines Gewinns (oder zumindest vom Vorhandensein von Gewinnrücklagen) sein, dies umfasst natürlich auch eine Verlustbeteiligung. Auch eine feste oder gewinnorientierte Verzinsung, die in Verlustjahren ersatzlos ausfällt, ist als gewinnabhängig zu betrachten; b) das Kapital muss nachrangig sein, es muss bei Beendigung der Gesellschaft (Liquidation, Insolvenz) im Rang anderen Gläubigern nachstehen. (*Eberhartinger, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 89*).

Entgegen der Meinung der Bw. hält der Unabhängige Finanzsenat fest, dass Gewinnabhängigkeit bedeutet, dass dem Genussrechtsberechtigten auch fixe Zinsen als Genussrecht gewährt werden können, wobei diese Zinsen nur dann ausgezahlt werden, wenn die Kapitalgesellschaft einen Gewinn in entsprechender Höhe erzielt, bzw. die Zinsen in Verlustjahren ersatzlos ausfallen. Im gegenständlichen Fall wurde keine feste Mindestverzinsung, die unabhängig vom Vorliegen eines Gewinnes ausgezahlt wird, vereinbart. In ihrer Argumentation übersieht die Bw. auch, dass in § 23 Abs. 4 Z 4 BWG Partizipationskapital Kapital ist, das wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt. Verlustbeteiligung ist lediglich die andere Seite der Gewinnbeteiligung: Wenn das dem Unternehmen zur Verfügung gestellte Kapital am laufenden Verlust des Unternehmens beteiligt ist, dann ist es unmittelbar vom Misserfolg des Unternehmens betroffen und trägt somit einen Teil des Unternehmerrisikos. (*Eberhartinger, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 77*).

8. Das Partizipationskapital ist „Gesellschaftsrecht“ iSd § 5 KVG

8.1. Das KVG erfasst als Gesellschaftsrechte „die unternehmerische Teilnahme“ (und nicht das Darlehen)

Die Bw. bestreitet, dass die mit dem Partizipationskapital verbundenen Rechte keine Genussrechte iSd § 5 Abs. 1 Z 2 KVG darstellen, da die fixe Verzinsung im Vordergrund steht und die Partizipationskapitalberechtigten kein Stimmrecht wie es Gesellschaftern zusteht an der Hauptversammlung der Bw. haben. Die Bw. argumentiert dafür mit § 5 Abs. 1 Z 3 KVG. Im Folgenden wird Abschnitt VIII BGBI. 1986/325 im Licht des Kapitalverkehrsteuergesetzes untersucht.

Das Kapitalverkehrsteuergesetz 1934 besteht aus einer Dreiteilung in Gesellschaftsteuer, Wertpapiersteuer und Börsenumsatzsteuer (§ 1 KVG). Wertpapiersteuer und Börsenumsatzsteuer werden seit mehr als 10 Jahren nicht mehr erhoben.

Grundsätzlich ist der Sachverhalt eigenständig nach dem Kapitalverkehrsteuergesetz zu würdigen (*Fraberger*, Besteuerung der Hingabe von Besserungskapital beim Schuldner, ÖStZ 2004, 257f), es gibt weder eine Bindungswirkung, noch eine systematisch gebotene Gleichbehandlung zwischen Ertrag- und Gesellschaftsteuer (*Kirchmayr/Zöchling*, Forderungsverzicht eines Gesellschafters. Neue Akzente durch den BFH. ÖStZ 1998/1/2, 3).

Die Gesellschaftsteuer Besteuerung alles, was der Gesellschafter an seine Kapitalgesellschaft hingibt, um deren Wirtschaftspotential zu stärken (*Knörzer/Althuber*, Gesellschaftsteuer², § 1 Rz 1; *Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker*, Kapitalverkehrsteuergesetz- Kommentar 2008, Rz12, zu §1; EuGH 5.2.1991, Rs C-15/89, Deltakabel BV). Das ist einerseits die Gegenleistung, die der Gesellschafter hingibt, wenn er erstmalig Gesellschaftsanteile erwirbt (auch anlässlich der Gründung einer Kapitalgesellschaft) und andererseits die Leistung, die er während des Bestehens der Gesellschaft hingibt, dass diese besser wirtschaften kann.

Der Argumentation der Bw. folgt der Unabhängige Finanzsenat insoweit, als mit dem KVG die „unternehmerische Beteiligung“ und nicht das „echte“ Darlehen besteuert werden sollte. Zur Beurteilung von Partizipationskapitalanteilen kommen als Gesellschaftsrechte iSd KVG Genussrechte gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG oder die Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren („gewinnbeteiligten Forderungen“) gemäß § 5 Abs. 1 Z 3 KVG in Frage. Prototypen von Gesellschaftsrechten sind Aktien und GmbH-Anteile. Die Genussrechte und die „gewinnbeteiligten Forderungen“ haben gemeinsam, dass sie bürgerlich-rechtlich keine Gesellschafterstellung einräumen, sondern sehr vielgestaltige Gläubigerrechte schuldrechtlicher Art sind. Sie werden oft als Gegenleistung für eine zugesagte bzw. erbrachte Unternehmensfinanzierung gewährt (*Krejci/van Husen*,

Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaft und partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54ff). Sowohl bei Genussrechten als auch bei „gewinnbeteiligten Forderungen“ gibt der Genussrechtsberechtigte bzw. der Gläubiger der gewinnbeteiligten Forderung „seiner“ Kapitalgesellschaft Geld und die Kapitalgesellschaft gibt ihm dafür idR Zinsen, evtl. eine Beteiligung am Liquidationserlös, manchmal auch am Verlust, sie kann ihm auch ein Stimmrecht oder sonstige Mitwirkung an der Gesellschaft einräumen („ich gebe, damit Du gibst“). Gesellschaftsteuerlich liegt ein Genussrecht vor, wenn für das erhaltene Kapital Zinsen vom Gewinn (Gewinnanteil) bis zu fixen Zinsen vom Kapitalbetrag eingeräumt werden und umfangreichste Mitwirkungsmöglichkeiten des Genussrechtsberechtigten bestehen. Gesellschaftsteuerlich liegt eine „gewinnbeteiligte Forderung“ vor, wenn für das erhaltene Kapital eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös eingeräumt wird. Als Beispiele dafür werden in der Literatur die echte und unechte stille Gesellschaft, partiarisches Darlehen und partiarischer Pachtvertrag genannt.

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. (*Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 470*). Genussrechte an Kapitalgesellschaften gelten unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung als Gesellschaftsrechte gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG. 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. Für die Autoren ist die Einräumung eines Anteils am Gewinn einer bestimmten Anlage ausreichend, sofern nur eine getrennte Berechnung des Teilgewinnes dieser Anlage kalkulatorisch möglich ist. (*Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 471*). § 5 Abs.1 Z 2 KVG umfasst nach dieser Kommentarmeining 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 KVG differenziert hier nicht. Mit der Qualität eines Genussrechtes als Gesellschaftsrecht setzte sich der Verwaltungsgerichtshof in mehreren Erkenntnissen auseinander. (z.B. VwGH 21.5.1997, 95/14/0151). Aus § 5 Abs.1 Z 3 KVG ergibt sich, dass der Gesetzgeber auch schuldrechtliche Genussrechte gemeint hat (z.B. partiarischen Darlehen in Z 3). (*Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, KVG-*

Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 472). Die Ausgabe von Genussrechten durch eine Kapitalgesellschaft fällt nach Auffassung des EuGH grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 1 lit.d der RL 69/335/EWG (Art.3 lit.dRL 2008/7/EG). (*Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker*, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 475).

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 (VwGH 92/16/01899, 24.3.1994; *Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker*, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 477). 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. (*Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker*, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 479).

8.2. Partizipationskapital iSd BWG kann kapitalverkehrsteuerlich als Genussrecht oder als gewinnbeteiligte Forderung ausgestaltet sein

Die im Folgenden dargelegten Literaturmeinungen stehen eindeutig und durchgängig auf dem Standpunkt, dass die Rechte aus dem Partizipationskapital auch ohne Abschnitt VIII der KWG-Novelle 1986, BGBl. 325/1986, als Genussrechte oder gewinnbeteiligte Forderungen kapitalverkehrsteuerpflichtig wären.

8.2.1. Der Autor *van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, vertritt zur Behandlung von Genussrechten und Partizipationskapital nach KVG folgende Meinung: Da das KVG Tatbestände des Kapitalzuflusses an Kapitalgesellschaften beinhaltet und diese über die eigentlichen Gesellschaftsrechte ausweitet, sind auch Genussrechte an inländischen Kapitalgesellschaften erfasst. Auf die konkrete Ausgestaltung des Genussrechtes oder die Verbriefung kommt es nicht an. Der Erwerb von Genussrechten, mangels gesetzlicher Differenzierung sowohl von aktiengleichen wie obligationsähnlichen, unterliegt der Kapitalverkehrsteuerpflicht aufgrund von § 2 Z1 iVm § 5 Abs.1 Z2 KVG. (*van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 466). Da

§ 5 Abs.1 Z3 KVG auch den Tatbestand von „Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren“, der Kapitalverkehrsteuerpflicht unterstellt, sind auch Genussrechte, die nur eine Beteiligung am Liquidationserlös vorsehen, erfasst. Aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung der KWG-Novelle in Abschnitt VIII ist daher klargestellt, dass beim Erwerb von Partizipationskapital Kapitalverkehrsteuer anfällt. Da Partizipationskapital ohnedies als Genussrechte zu qualifizieren sind, würden sie bereits aufgrund der in § 5 Abs.1 Z2 KVG erfolgten Gleichstellung mit Gesellschaftsrechten unter das KVG fallen. (*van Husen, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 467*).

8.2.2. Kapitalverkehrsteuerrechtlich wird das Partizipationskapital den Genussrechten bzw. den Genussscheinen gleichgestellt. Die Zufuhr von Partizipationskapital an Banken unterliegt stets der Gesellschaftsteuer. (*Gassner, Das Partizipationskapital und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, Überlegungen zur KWG-Novelle, 1986, 29*).

8.2.3. Mit dem Begriff „Dividendenwerte“ stellte das BGBl. 325 idF BGBl. 1987/312 den Bezug zu seit dem Jahr 2000 nicht mehr erhobenen Börsenumsatzsteuer her. Da der Begriff „Dividendenwerte“ im KVG im Wesentlichen dieselbe Bedeutung wie die Gesellschaftsrechte des § 5 KVG hatte, wird ergänzend auch diese Literaturmeinung untersucht.

Laut *Schartel* handelt es sich beim Partizipationskapital um eine Art von Kapitalbildung, die aus wirtschaftlicher Sicht durchaus dem Eigenkapital zu gerechnet werden kann (Eigenkapital iW), aber wie aus der Differenzierung im BWG und VAG erkennbar ist, zivilrechtlich als Fremdkapital betrachtet werden soll. Im Fall des KWG bildet das Partizipationskapital mit dem Eigenkapital iSd das zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit und zur Erfüllung der Verpflichtungen notwendige Haftkapital der Bank. (*Schartel, Die Börsenumsatzsteuer, 102, und FN 246*).

„Anteile am Partizipationskapital gewähren dem Berechtigten unter Kündigungsverzicht eine Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg und Vermögen der Gesellschaft und zwar in Form einer „Partizipation“ am Gewinn und Liquidationserlös des Unternehmens. Die Mitgliedschaftsrechte an der Gesellschaft sind jedoch beschränkt. So hat der Anteilsinhaber beispielsweise kein Stimmrecht in der Hauptversammlung, obgleich er jedoch das Recht hat, an dieser teilzunehmen und Auskünfte iSd § 112 AktG zu begehren. Insofern kann nicht von einer bloßen gläubigerrechtlichen Stellung gesprochen werden, wenngleich die Geldgeberfunktion im Vordergrund stehen dürfte.“ (*Schartel, Die Börsenumsatzsteuer, 103*).

Das Partizipationskapital ist eine Form der Eigenkapitalbildung, die in den jeweiligen bereits vorhandenen zivil- und handelsrechtlichen Ausgestaltungsvarianten ergehen kann. (*Schartel, Die Börsenumsatzsteuer, 103*). Aufgrund seiner Variationsbreite wird in der Praxis das geeignete Instrument des Genussrechtes sein. (*Schartel, Die Börsenumsatzsteuer, 104*).

8.2.4. Laut *Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker*, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 497 ist

„Partizipationskapital gem § 23 Abs. 4 KWG.... Teil der Eigenmittel eines Kreditinstitutes. Es ist eingezahltes Kapital, das auf Unternehmensdauer zur Verfügung gestellt wird, dessen Erträge gewinnabhängig sind, das bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt und das mit dem Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös verbunden ist und erst nach Befriedigung oder Sicherstellung aller anderen Gläubiger zurückgezahlt werden darf. Mit dem Partizipationskapital verbundene Rechte gelten unabhängig von der Rechtsform der Bank (zB einer Sparkasse) als Gesellschaftsrechte und Dividendenwerte, auf welche die Bestimmungen des KVG idgF anzuwenden sind. Dies ist uE nicht EU-widrig, da gem Art.3 Abs.2 RL69/335/EWG (bzw. Art. 2 Abs.2 RL 2008/7/EG) den KapGes alle anderen Ges, Personenvereinigungen oder juristische Personen gleichgestellt sind, die einen Erwerbszweck verfolgen. Und ein Erwerbszweck wird zweifelsfrei verfolgt.“

8.2.5. Ebenso wird von *Knörzer/Althuber*, Gesellschaftsteuer², § 5, Rz 41 vertreten, dass Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 BWG Bestandteil der Eigenmittel eines Kreditinstitutes ist, das auf Unternehmensdauer zur Verfügung gestellt wird und für das Zinsen nur ausbezahlt werden dürfen, soweit sie im Jahresgewinn nach Rücklagenbewegung Deckung finden. Partizipationskapital ist mit dem Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös des Kreditinstitutes verbunden und darf erst nach Befriedigung oder Sicherstellung aller anderen Gläubiger, einschließlich der Zeichner von Ergänzungskapital und nachrangigem Kapital zurückbezahlt werden. Mit dem Partizipationskapital verbundene Rechte gelten nach Abschnitt VIII der KWG-Novelle 1986, BGBl. 325/1986, ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank als Gesellschaftsrechte und Dividendenwerte, auf welche die Bestimmungen des KVG anzuwenden sind. Auch wenn das Kreditinstitut nicht die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft hat, sondern eine Sparkasse oder eine Genossenschaft ist, steht dies in Einklang mit der KapitalansammlungsRL 2008/7 EG, weil nach deren Art. 2 Abs. 2 Kapitalgesellschaften alle anderen Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen Personen gleichgestellt sind, die einen Erwerbszweck verfolgen und die einzelnen EU-Mitgliedstaaten lediglich das Wahlrecht haben, diese anderen Gesellschaften vom Anwendungsbereich der KapitalansammlungsRL 2008/7/EG auszunehmen. (*Knörzer/Althuber*, Gesellschaftsteuer², § 5, Rz 41 unter Verweis auf *Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker*, KVG Rz 497).

Im Folgenden werden § 2 Z. 1 KVG iVm § 5 Abs. 1 Z 2 KVG und § 5 Abs. 1 Z 3 KVG dem § 23 Abs. 4 BWG und den Partizipationskapitalbedingungen der Bw. gegenübergestellt:

8.2.6. Nach § 23 Abs. 4 BWG ist Partizipationskapital eingezahltes Kapital. Das ist Voraussetzung für das Entstehen der Gesellschaftsteuerschuld. Laut Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes VwGH 22.5.1997, 95/16/0313 entsteht die Gesellschaftsteuerschuld mit dem Erwerb der mit dem Partizipationskapital verbundenen Rechte gemäß § 2 Z1 KVG iVm Abschnitt VIII BWG-Novelle 1986.

8.2.7. Partizipationskapital ist Kapital, das auf Unternehmensdauer unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt wird (§ 23 Abs. 4 Z 1 BWG).

Im vorliegenden Fall werden die Rechte aus dem Partizipationskapital in den Partizipationskapitalbedingungen 2008/2009 der Bw. als Aktienkapital im Liquidationsfall gleichrangige Genussrechte gemäß § 174 AktG beschrieben. Dem entsprechen die Literaturmeinung *van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, ,aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 311, wonach die Einordnung des Partizipationsscheins bei Betrachtung der rechtstechnischen Ausformung nur unter das Genussrecht nach § 174 Abs.3 und 4 AktG erfolgen kann. Es handelt sich durch die spezifische Ausformung um ein aktiengleiches Genussrecht.

Die Bw. führt zur Unterstützung ihres Begehrens die Entscheidung VwGH 16.12.1993, 92/16/0025 an. (Das Erkenntnis erging noch zur alten Rechtslage, ob der begünstigte Steuersatz anwendbar ist). Bei diesem Erkenntnis ging es eigentlich darum, ob ein Genussrecht oder eine gewinnbeteiligte Forderung an der Gesellschaft vereinbart worden war, weiters um die Frage, ob der Zugang des Genussrechtes Eigenkapital- oder Fremdkapitalcharakter hatte. Maßgeblich für den Ausweis einer schuldrechtlich begründeten Kapitalüberlassung als bilanzielles Eigenkapital sei, dass die Summe der Eigenkapitalkriterien, die des Fremdkapitals in Qualität und Quantität überwiegt. Für den Eigenkapitalcharakter des vom Genussrechtberechtigten zur Verfügung gestellten Kapitals sprächen die Vereinbarung einer unbegrenzten Laufzeit, die Vergütung erfolgt ausschließlich aus den zukünftigen Gewinnen, die Bedienung aus dem Gewinn erfolge erst nach Befriedigung anderer Gläubiger und es bestehe kein Rückforderungsanspruch hinsichtlich des Genussrechtskapitals bei negativem wirtschaftlichen Verlauf. Fremdkapitalkomponenten seien beispielsweise fehlenden Mitwirkungs- und Kontrollrechte des Genussrechtsberechtigten sowie eine nicht vorhandene formale Gesellschafterstellung. Wie *Krejci/van Husen* andeuten, spielt die Dauer der Kapitalbindung lediglich eine gewisse Rolle bei der Frage nach der Einschätzung des Genussrechtskapitals als Eigen- oder Fremdkapital und ist nicht unbedingt allein ausschlaggebend. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 57).

Grundsätzlich geht der Unabhängige Finanzsenat davon aus, dass die Zurverfügungstellung von Partizipationskapital auf Unternehmensdauer weniger für ein Darlehen, sondern mehr für „den Einlagencharakter“ des Partizipationskapitals spricht. Unterstützt wird dies im vorliegenden Fall dadurch, dass es sich nach der „Selbstbeschreibung“ bei den Rechten aus dem Partizipationskapital um Genussrechte gemäß § 174 AktG handeln soll, die mit

Aktienkapital im Liquidationsfall gleichrangig sind, es sich um aktiengleiche Genussrechte handelt. Allein daraus ergibt sich eine Annäherung der formellen Stellung des Genussrechtsinhabers iSd § 5 Abs. 1 Z 2 KVG an die des Aktionärs oder des GmbH-Gesellschafters iSd § 5 Abs. 1 Z 1 KVG.

8.2.8. Die Regelung, dass Partizipationskapital Kapital ist, das nur unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften herabgesetzt oder gemäß den Bestimmungen des § 102a eingezogen werden kann (§ 23 Abs. 4 Z 2 BWG), verweist auf eine vom Gesetzgeber gewünschte „Aktienkapitalähnlichkeit“ des Partizipationskapitals.

8.2.9. Die Erträge aus Partizipationskapital müssen gewinnabhängig sein, wobei als Gewinn das Ergebnis des Geschäftsjahres (Jahresgewinn) nach Rücklagenbewegung anzusehen ist (§ 23 Abs. 4 Z 3 BWG).

Nach dem BWG kann auch eine variable Verzinsung für den Partizipationskapitalberechtigten vereinbart werden, ausgeschlossen ist eine fixe Verzinsung, die unabhängig vom Vorliegen eines Gewinnes von der Bank geleistet werden muss, wie bei einem Darlehen. Nach dem Wortlaut dieser Gesetzesstelle besteht für das Partizipationskapital die Möglichkeit, für den Partizipationskapitalberechtigten sowohl variable Zinsen vom Gewinn der Bank, als auch fixe Zinsen, die nur dann bezahlt werden, wenn ein Gewinn oder ein Gewinn in entsprechender Höhe vorhanden ist, als Vergütung zu vereinbaren. Die Erträge des Partizipationskapitals müssen vom Gewinn abhängig sein, wobei als Gewinn der Jahresgewinn nach Rücklagenbewegung anzusehen ist, bedeutet, dass die Ausschüttungen auf das Partizipationskapital vom geschäftlichen Erfolg der Bank abhängen. Auch dieses Element weist auf eine vom Gesetzgeber beabsichtigte unternehmerische Teilnahme des Partizipationsberechtigten an der Bank hin.

Die Partizipationskapitalbedingungen 2008/2009 der Bw. sehen vor, dass der „Gewinnberechtigungsanspruch“ grundsätzlich 8% pro Jahr vom Nennwert des Partizipationsscheines beträgt. Diese „Partizipationsdividende“ ist jährlich im Nachhinein zahlbar und wird gleichzeitig mit dem auf die Aktien der Bw. entfallenden Dividenden zur Zahlung fällig. Die Partizipationsdividende ist gewinnabhängig beschränkt. Die Partizipationsdividende wird nur ausgezahlt, wenn sie im Jahresgewinn des vorangehenden Geschäftsjahres Deckung findet. Tut sie das nicht, besteht kein Anspruch auf die Partizipationsdividende und eine derartige Nichtzahlung begründet keinen Verzug der Bw. Diese Vergütungen sind daher nicht kumulativ, das heißt, wurde mangels Jahresgewinn die Partizipationsdividende nicht ausgeschüttet, erlischt der Gewinnanspruch auf Zahlung der Partizipationsdividende für das betreffende Geschäftsjahr und die Bw. hat keine

Nachzahlungen an die Partizipationskapitalberechtigten zu leisten, wenn in einem späteren Geschäftsjahr ein Jahresgewinn anfällt.

Im vorliegenden Fall wählte die Bw. in den Partizipationskapitalbedingungen 2008/2009 keine variable Verzinsung, sondern eine gewinnabhängige fixe Verzinsung. Die fixe Verzinsung wird nicht unabhängig vom Gewinn fällig und kann auch nicht wie bei einem Darlehen nachgeholt werden, wenn der Gewinn in einem Geschäftsjahr ausfällt. Wenn auch keine variablen Zinsen, keine Gewinnbeteiligung vereinbart wurde, so nimmt der Partizipationskapitalberechtigte insoweit am Geschäftsergebnis der Bw. teil, als er nur dann die fixen Zinsen erhält, wenn die Bw. einen Jahresgewinn ausschüttet.

Die Bw. vertritt dazu den Standpunkt, dass kein Genussrecht gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG anzunehmen ist, wenn eine fixe Verzinsung im Vordergrund stehe, da es hiebei an der geforderten Ergebnisabhängigkeit fehle. Nach Ansicht der Judikatur und Literatur sei für das Genussrecht ein Anspruch auf Gewinnbeteiligung maßgeblich. Zur Unterstützung ihres Vorbringens, es sei für die gesellschaftsteuerliche Beurteilung maßgebend, ob die Vereinbarung einer festen Verzinsung oder die Gewinnbeteiligung als Hauptsache anzusehen sei, zitierte die Bw. die Erkenntnisse des VwGH 24.3.1994, 92/16/0189; VwGH 1.9.1999, 98/16/0374; VwGH 7.12.2000, 2000/16/0301; VwGH 18.7.2002, 99/16/0196.

Dazu vertritt der Unabhängige Finanzsenat folgende Ansicht: § 5 Abs. 1 Z 2 KVG fingiert, dass Genussrechte unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltungsform Gesellschaftsrechte sind. (*Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 471*). § 5 Abs. 1 Z 2 KVG ist im Zusammenhang mit § 2 Z 1 KVG zu lesen, wonach der Gesellschaftsteuer der Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer Kapitalgesellschaft durch den ersten Erwerber unterliegt. Die Wortfolge „Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer Kapitalgesellschaft“ weist darauf hin, dass der Gesellschaftsteuergesetzgeber die unternehmerische Beteiligung und nicht das Darlehen besteuern wollte. Wie der UFS in seiner Berufungsentscheidung UFS 26.6.2006, RV/0371-W/03 bereits festgestellt hat, liegt der Unterschied zwischen Darlehen und Genussrecht darin, dass beim Darlehen 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 Zuverfügungstellung von Kapital einer Beteiligung am Unternehmen, eine Gewinnbeteiligung erhält. Beim Genussrecht ist der Berechtigte am Risiko des Unternehmens beteiligt, beim Genussrecht ist im Gegensatz zum echten Darlehen eine beteiligungsähnliche Stellung des Geldgebers erwünscht.

Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates muss im Genussrecht zwar eine unternehmerische Beteiligung zum Ausdruck kommen, diese muss sich aber nicht unbedingt in einem Anspruch auf Beteiligung am Gewinn oder am Liquidationserlös der

Kapitalgesellschaft niederschlagen. Die vorliegende Frage, ob die Rechte aus dem Partizipationskapital den Gesellschaftsrechten iSd § 5 Abs. 1 Z 2 KVG entsprechen, ist zu bejahen, da die Gewinnabhängigkeit einer Verzinsung genügt, um gesellschaftsteuerlich von einem Genussrecht sprechen zu können. Zur Begründung dieser Ansicht schließt sich der Unabhängige Finanzsenat dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes VwGH 19.8.1997, 95/16/0328 an: Nach dem Sachverhalt wurde ein Betrag von S 16,000.000 als Besserungskapital eingezahlt. Dieser Betrag sollte dann zurückgezahlt werden, wenn die Gesellschaft wirtschaftlich dazu in der Lage ist, d.h. wenn die Gesellschaft ein im Branchenvergleich angemessenes Reinvermögen ausweist. In diesem Fall wird ein Betrag von höchstens 75% des Nettogewinnes des Vorjahres solange in ein zinsloses Darlehen umgewandelt, bis das gesamte Besserungskapital gedeckt ist. Der Verwaltungsgerichtshof nahm auch zu dem von der Bw. zitierten Erkenntnis VwGH 16.12.1993, 92/16/0025 Stellung:

„Während somit in jenem Falle (ausdrücklich) keine Rückzahlung, sondern (nur) eine Gewinnbeteiligung (limitiert durch den Einzahlungsbetrag samt kontokorrentmäßiger Verzinsung) vorgesehen war, wurde im gegenständlichen Fall vereinbart, dass das Kapital ohne Verzinsung zurückzuzahlen ist, wenn gewisse Bedingungen erfüllt sind, und dass die Rückzahlung aus den Nettogewinnen zu erfolgen hat. Letztlich soll somit in beiden Fällen unter der (ungewissen) Voraussetzung, dass Gewinne lukriert werden, das eingezahlte Kapital rückgeführt werden; der vorliegende Fall unterscheidet sich nur insofern vom Fall des Vorerkenntnisses....“

Letzteres schadet aber der Qualifikation als Genußrecht nicht. In der Literatur ist diesbezüglich klargestellt, daß Genußrechte dem Zweck dienen, Aktionären und Nichtaktionären gegenüber Leistungen unterschiedlichster Art abzugelten, so z. B. Sanierungshilfen durch freiwillige Zuzahlungen (vgl. dazu insbesondere Schiemer in Schiemer/Jarbornegg/Strasser, AktG-Kommentar3 Rz 8 zu § 174 AktG). Die Konstruktion eines Genußrechtes kann auch so gestaltet sein, daß der betreffende Berechtigte Leistungen aus dem Jahresgewinn zum Zweck der Amortisation des Genußrechtes bekommt (vgl. Wünsch, Genußscheine als Verbriefung privatrechtlicher Ansprüche, Strasser Fs 877). Auch Gewinnanteile, die einem Gläubiger gewährt werden und die bei der Tilgung der Forderung in Abzug gebracht werden (was einer Teiltilgung gleichkommt), werden als Genußrechte angesehen (Wünsch aaO).

Dadurch widerlegt und auch den von der Beschwerdeführerin zitierten Belegstellen nicht zu entnehmen, ist das Argument der Beschwerdeführerin, die Begrenzung eines Gewinnbeteiligungsanspruches auf eine bestimmte fixe Verzinsung sei sozusagen die untere Grenze für die Qualifikation als Genußrecht. Allein durch die Formulierung "... wird ein Betrag von höchstens 75 Prozent des Nettogewinnes des Vorjahres solange in ein zinsloses Darlehen umgewandelt, bis das gesamte Besserungskapital gedeckt ist", wurde eine Gewinnbeteiligung vereinbart, die der Tilgung der von der P.W.G. freiwillig gewährten Sanierungshilfe dient, sodaß am Genußrechtscharakter der der P.W.G. eingeräumten Berechtigung kein Zweifel sein kann.

Daran kann auch die weiters hier geforderte Voraussetzung nichts ändern, daß nicht jeder Gewinn die Rückzahlungspflicht auslöst, sondern erst dann, wenn die Gesellschaft wirtschaftlich dazu in der Lage ist; "wirtschaftlich in der Lage" wird vereinbarungsgemäß so definiert, daß die Gesellschaft ein im Branchenvergleich angemessenes - also objektiv feststellbares - Reinvermögen aufweist. Es steht ja den Vertragsparteien offen, die Berechnungsgrundlage "Gewinn" in den Vertragsbedingungen zu definieren (Schummer, Genußrechtsemission durch Personenhandelsgesellschaften?, GesRZ 1991, 200). Ein

Genußrecht kann sogar darin bestehen, daß (nur) ein Anteil am Liquidationserlös nach Rückerstattung des eingezahlten Aktienkapitals bleibt (Wünsch aaO 878)

Es kann wohl keine Rolle spielen, ob eine Gewinnbeteiligung vereinbart wird, die - sozusagen zufällig - mit der Höhe des ursprünglich eingezahlten Kapitals begrenzt wird, oder ob eine Rückzahlungspflicht des Kapitals besteht, die aus Anteilen am Gewinn bedient wird.

Entscheidend ist allein, daß den Berechtigten in Abhängigkeit vom zukünftigen wirtschaftlichen Erfolg der Beschwerdeführerin ein Anspruch auf einen prozentuellen Anteil des Gewinnes, also die gewinnabhängige Umwandlung des Besserungskapitales in ein bei Eintreten der vereinbarten Voraussetzungen durchsetzbares Forderungsrecht, eingeräumt wurde. Aus diesem Grund liegt hier auch nicht der von Arnold (Die Unternehmenssanierung aus der Sicht der Gebühren und Verkehrsteuern, in Ruppe, Rechtsprobleme der Unternehmenssanierung 370) erwähnte Fall vor, in dem nur die Fälligkeit eine Verbindlichkeit an den jährlichen Reingewinn geknüpft ist. Die belangte Behörde ist daher völlig zu Recht im vorliegenden Fall vom Steuertatbestand des § 6 Abs. 1 Z. 2 KVG ausgegangen."

Der Unabhängige Finanzsenat stützt seine Begründung ergänzend auf die Meinung *Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 14, an, wonach für das Vorliegen eines Genussrechtes die Gewinnabhängigkeit der Verzinsung genügt, d.h., es können auch fixe Zinsen vereinbart werden, die jedoch nur in Gewinnjahren erfolgt, die von der Erwirtschaftung eines Gewinnes abhängig ist, andernfalls liegt ein Darlehen (Schuldverschreibung) vor. (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 14). Eine gewinnorientierte Vergütung ist Ausdruck dafür, dass der Kapitalgeber nicht nur an den Risiken, sondern auch an den Chancen des Unternehmens teilnimmt. (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 77).

Der Bw. wird daher entgegnet, dass eine Gewinnbeteiligung zwar ein typisches Vermögensrecht eines Gesellschafters ist, doch kommt bei Genussrechten, infolge ihrer mannigfaltigen Ausprägung, auch eine andere Teilhabe am Wohl und Wehe der Kapitalgesellschaft in Betracht. So widerlegte der VwGH 19.8.1997, 95/16/0328 das Argument, dass die Begrenzung eines Gewinnbeteiligungsanspruches auf eine bestimmte fixe Verzinsung die untere Grenze für die Qualifikation als Genussrecht ist. Der Verwaltungsgerichtshof hat allerdings gerade in dem von der Bw. zitierten Erkenntnis VwGH 16.12.1993, 92/16/0025 ausgesprochen, dass die Begrenzung des Gewinnbeteiligungsanspruches bei einem Genussrecht auf eine bestimmte kontokorrentmäßige Verzinsung von 5% p.a. genügt. Laut *Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 77, genügt für das Vorliegen eines Genussrechtes die Vereinbarung fixer Zinsen, die von der Erwirtschaftung eines Gewinnes abhängig sind.

Zum Einwand der Bw., dass die Annahme eines Genussrechtes iSd § 5 Abs. 1 Z 2 KVG ausgeschlossen sei, wenn eine fixe Verzinsung im Vordergrund stehe, wird festgehalten, dass

sich der Verwaltungsgerichtshof in seinen Erkenntnissen zur Frage der fixen oder variablen Verzinsung nicht mit dem Genussrecht, sondern der gewinnbeteiligten Forderung befasste, bei welcher eine Gewinnbeteiligung oder eine Beteiligung am Liquidationserlös gegeben sein muss. § 5 Abs. 1 Z 2 KVG lautet nur „Genussrechte“, im Vergleich zu § 5 Abs. 1 Z 3 KVG ist nicht gefordert, dass das Genussrecht „einen Anspruch auf Beteiligung am Gewinn oder am Liquidationserlös der Kapitalgesellschaft“ gewährt. Die von der Bw. zitierten Verwaltungsgerichtshoferkenntnisse ergingen zu § 5 Abs. 1 Z 3 KVG, der dezidiert das Merkmal Gewinnbeteiligung und nicht Gewinnabhängigkeit anführt. Im Gegensatz zu § 5 Abs. 1 Z. 2 KVG ist hier definitiv eine Beteiligung des Berechtigten am Gewinn gefordert. Der Gewinn muss in diesem Fall Berechnungsbasis des von vornherein nicht feststehenden Zinsbetrages sein. (VwGH 14.11.1974, 1257/73).

8.2.10. Partizipationskapital ist Kapital, das wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt (§ 23 Abs. 4 Z 4 BWG). Eine Verlustbeteiligung schließt das Vorliegen eines echten Darlehens aus (VwGH 16.4.1991, 90/14/0120, in diese Richtung auch VwGH 20.1.1992, 90/15/0074, UFS 12.5.2004, RV/0160-W/03 und VwGH 20.12.2007, 2004/16/0118). Wenn das dem Unternehmen zur Verfügung gestellte Kapital am laufenden Verlust des Unternehmens beteiligt ist, dann ist es unmittelbar vom Misserfolg des Unternehmens betroffen und trägt somit einen Teil des Unternehmerrisikos. (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 77). Die Verlustbeteiligung in voller Höhe würde nach Meinung des Unabhängigen Finanzsenates nicht (nur) für ein Genussrecht gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG, sondern auch für die Zuordnung zu den gewinnbeteiligten Forderungen gemäß § 5 Abs. 1 Z 3 KVG sprechen.

8.2.11. Partizipationskapital ist Kapital, das mit dem Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös zumindest im Ausmaß des Nominales verbunden ist und erst nach Befriedigung oder Sicherstellung aller anderen Gläubiger zurückgezahlt werden darf (§ 23 Abs. 4 Z 5 BWG idF BGBl. I 108/2007). Das Kapital muss, um als Eigenkapital behandelt zu werden, den Drittgläubigern des Unternehmens als haftendes Kapital zur Verfügung stehen. Das bedeutet, dass es im Konkurs bzw. Liquidationsfall nachrangig ist und dass es erst nach Befriedigung aller Drittgläubiger vom verbleibenden Vermögen bzw. vom Liquidationsgewinn rückgezahlt werden kann. (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 80, 81). Die normierte Beteiligung der Partizipationskapitalberechtigten am Liquidationserlös sowie die Nachrangigkeit bilden einen weiteren Mosaikstein zu dessen vom Gesetzgeber gewollten „unternehmerischen“ Beteiligung, die sich gesellschaftsteuerlich im „Erwerb von Gesellschaftsrechten“ niederschlägt.

8.2.12. Nach § 23 Abs. 5 BWG und nach den Partizipationskapitalbedingungen 2008/2009 der Bw. kann der Partizipationskapitalberechtigte an der Hauptversammlung der Bw. teilnehmen und er kann gemäß § 112 AktG Auskünfte über Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Ausdrücklich ist festgehalten, dass die Partizipationsscheine keine Gesellschaftsrechte und insbesondere kein Stimmrecht gewähren. Gemäß § 112 AktG bzw. § 118 AktG idF BGBl. I 71/2009 ist jedem Aktionär auf Verlangen in der Hauptversammlung Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben, soweit sie zur sachgemäßen Beurteilung eines Tagesordnungspunkts erforderlich ist. Die Auskunftspflicht erstreckt sich auch auf die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen der Gesellschaft zu einem verbundenen Unternehmen. Laut *Schiemer*, Handkommentar zum AktG², zu § 112, 2.1., gehört das Auskunftsrecht der Aktionäre zu den in der Hauptversammlung wahrzunehmenden Mitgliedschaftsrechten, es setzt daher das Recht zur Teilnahme an der Aktionärsversammlung voraus.

Das bedeutet, dass die Bw. in den Partizipationskapitalbedingungen den Partizipationskapitalberechtigten in gewissem Ausmaß Mitgliedschaftsrechte wie eben das Teilnahme- und Auskunftsrecht zukommen lässt. Dass dem Partizipationsberechtigte nur ein Teilnahme- und Auskunftsrecht, aber kein Stimmrecht oder andere Mitwirkungsrechte zustehen, spielt für die Beurteilung der Rechte aus dem Partizipationskapital als „gewinnbeteiligte Forderung“ überhaupt keine Rolle, da dies vom Gesetzestext nicht gefordert wird. Bei der Beurteilung als Genussrecht im gegenständlichen Fall auch nicht, da der Partizipationsberechtigte ohnehin am Gewinn (gewinnabhängiger fixer Zinssatz) und voll am Verlust der begebenden Gesellschaft beteiligt ist.

Der Unabhängige Finanzsenat tritt der Ansicht der Bw. entgegen, dass die Nichteinräumung des Stimmrechtes für Partizipationskapitalberechtigte bzw. Genussrechtsberechtigte den Rechten aus dem Partizipationskapital (dem Genussrecht) den unternehmerischen Beteiligungscharakter nimmt. Wie bereits unter Punkt 4. dargelegt, führen weder Genussrechte noch die Rechte aus dem Partizipationskapital zu einer Gesellschafterposition in jener Gesellschaft, an deren Gewinn die Genussberechtigten partizipieren. (s.a. *Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stillen Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 62). Da analog zu den Genussrechten die Rechte aus dem Partizipationskapital keinen Anteil am Grund- bzw. Stammkapital der Bank darstellen, gewähren sie auch kein Stimmrecht in der Haupt- oder Gesellschafterversammlung. (s.a. *Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 17). Bis zu einem gewissen Grad können freilich auch Informations- und Kontrollrechte als mitgliedschaftsähnliche Rechte gewertet werden. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stillen Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 57). Im

gegenständlichen Fall umfassen die Rechte aus dem Partizipationskapital auch Mitgliedschaftsrechte wie das Teilnahmerecht an der Hauptversammlung und das Auskunftsrecht gemäß § 112 AktG aF bzw § 118 AktG nF.

Im gegenständlichen Fall gehen die Partizipationskapitalbedingungen 2008/2009 der Bw. davon aus, dass die Rechte aus dem Partizipationskapital ein aktienähnliches Genussrecht darstellen sollen und nichts spricht dafür, dass diese Rechte inhaltlich fast bis zum Darlehen ausgedünnt sind, wie dies die Bw. in ihren Ausführungen vertritt. Die Gegenüberstellung von § 2 Z. 1 KVG iVm § 5 Abs. 1 Z 2 KVG und § 5 Abs. 1 Z 3 KVG mit § 23 Abs. 4 und 5 BWG und den Partizipationskapitalbedingungen der Bw. ergab, dass gesellschaftsteuerrechtlich eine Zuordnung der Rechte aus dem Partizipationskapital sowohl als Genussrecht als auch als „gewinnbeteiligte Forderung“ möglich ist.

9. Ein fehlendes Stimmrecht des Partizipationskapitalberechtigten hindert nicht die Anwendbarkeit des Art. 4 Abs. 1 lit. d 69/335/EWG (Art. 3 lit. d 2008/7/EG)

Die Richtlinie 2008/7/EG des Rates vom 12. Februar 2008 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital fasst die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 neu und trat im Wesentlichen ab 1. Jänner 2009 in Kraft. Laut Art. 16 wurde die Richtlinie 69/335/EWG ab 1. Jänner 2009 aufgehoben. Verweise auf die aufgehobene Richtlinie gelten als Verweise auf die vorliegende Richtlinie nach der Entsprechungstabelle in Anhang III. Art. 3 lit. d RL 2008/7/EG entspricht seinem Wortlaut nach Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG.

Derartige Vorgänge gelten als „Kapitalzuführungen. Da nach den Partizipationskapitalbedingungen 2008/2009 der Valutatag für die Zahlung des Ausgabebetrages der Partizipationsscheine für die Tranche 1 der 31.12.2008 ist, ist noch die Richtlinie 69/335/EWG anzuwenden.

Nach Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG unterliegen der Gesellschaftsteuer der Vorgang der 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 Liquidationserlös.

Dem EuGH 17.10.2002, C-138/00, *Solida/Tech Gate* wurde bereits die Frage vorgelegt, ob nach Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG bzw. Art. 5 Abs. 1 lit. a RL 69/335/EWG der in der Bestimmung enthaltene Begriff „von den Gesellschaftern geleistete oder zu leistende Einlagen jeder Art“ finanzielle Beiträge erfasst, die an eine Kapitalgesellschaft, die ihr Gesellschaftsvermögen durch Ausgabe von Genussscheinen erhöht, von einem Nichtgesellschafter geleistet werden, der diese Genussscheine erwerben will. Der EuGH überprüfte zuerst die Frage, ob die Ausgabe von Genussscheinen, wie sie im

Ausgangsverfahren in Rede stehen, durch eine Kapitalgesellschaft in den Anwendungsbereich der RL 69/335/EWG fällt (Rz 25). Ausgangsrechtstreitigkeit in der Rechtssache *Solida* war, dass sie Genussscheine im Gesamtnennbetrag von S 465.000 begab. Diese Genussscheine wurden von „*Pelias*“ erworben und verbrieften einen Anspruch auf Teilnahme am laufenden Gewinn, am Vermögen, am Unternehmenswert einschließlich der stillen Reserven und des Firmenwerts sowie am Liquidationsgewinn der *Solida*. (Rz 10). Die Genussscheine gewährten ihrem Inhaber zudem einen Anspruch auf Rückzahlung des Nennbetrages zuzüglich geleisteter Zuzahlungen. Dieser Anspruch war gleichrangig mit den Forderungen der sonstigen Gesellschaftsgläubiger, jedoch vorrangig gegenüber den Ansprüchen der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis auf Rückzahlung ihrer Einlage. Im Fall der Auflösung des Genussrechtsverhältnisses durch Kündigung stand den Inhabern der Genussscheine ein Auseinandersetzungsbetrag in Höhe des anteiligen Unternehmenswerts bezogen auf den Auflösungszeitpunkt, mindestens jedoch der Nennbetrag der Genussscheine zuzüglich etwa geleisteter Zuzahlungen zu. (Rz 11). *Solida* machte damals geltend, dass gemäß der RL 69/335/EWG Zuschüsse von Nichtgesellschaftern nicht der Gesellschaftsteuer unterliegen (Rz 14). Die *Tech Gate* begab Genussscheine mit einem Gesamtnennbetrag von S 2.000.000,00. Diese Genussscheine wurden von der Wirtschaftsparkentwicklung GmbH erworben. Die Beteiligung der Genussscheininhaber bestimmte sich am laufenden Gewinn nach dem Verhältnis des Gesamtnennbetrages dieser Genussscheine zuzüglich etwa von wem auch immer geleisteter Zuzahlungen einerseits der Summe aus dem einbezahlten Stammkapital zuzüglich Zuzahlungen und dem Gesamtnennbetrag aller sonstigen begebenen Genussscheine zuzüglich etwa darauf geleisteter Zuzahlungen andererseits (Rz 17).

Der EuGH 17.10.2002, C-138/00, *Solida/Tech Gate* entschied, dass gemäß Art.4 Absatz 1 d) der RL 69/335/EWG

„(Rz 26) die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art, für die Rechte gewährt werden, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, der Gesellschaftsteuer unterliegt. Solche Rechte sind insbesondere das Stimmrecht und das Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse der betreffenden Gesellschaft.“

(Rz 27) Zum einen hat die Gegenleistung für den Erwerb der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Genussscheine bei der Gesellschaft, der sie zugeflossen ist, eine Erhöhung des Gesellschaftsvermögens bewirkt. Zum anderen gewähren die Genussscheine, wie sich aus dem Vorlagebeschluss ergibt, ihrem Inhaber einen Anspruch auf Teilnahme am laufenden Gewinn sowie am Liquidationsgewinn der begebenden Gesellschaft.

(Rz 28) Daher fällt die Ausgabe von Genussscheinen, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede stehen, durch eine Kapitalgesellschaft grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335.

*(Rz 29) Zweitens ist zu prüfen, ob wie die *Solida* vorträgt, der Umstand, dass der Erwerber der Genussscheine kein Gesellschafter der begebenden Gesellschaft ist, an der vorstehend gegebenen Auslegung etwas ändern kann.*

(Rz 30) Insoweit ist zu beachten, dass Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 69/335 für die darin genannten Vorgänge, zu denen diejenigen gehören, die in den Anwendungsbereich des Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe dieser Richtlinie fallen, zwar vorsieht, dass die Gesellschaftsteuer auf den tatsächlichen Wert der „von den Gesellschaftern“ geleisteten Einlagen jeder Art erhoben wird.....

(Rz 32) Aus dem Wortlaut des Artikels 4 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 69/335 ergibt sich nämlich, dass, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber den Anwendungsbereich einer den Gesellschaftsteuertatbestand festlegenden Bestimmung dieser Richtlinie auf Vorgänge beschränken wollte, die von Gesellschaftern der Kapitalgesellschaft, die die Einlagen erhält, vorgenommen wurden, er dies explizit und unter ausdrücklicher Nennung der Gesellschafter getan hat.

(33) Da Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe der Richtlinie 69/335 nicht vorsieht, dass die dort genannten Einlagen von einem Gesellschafter der Gesellschaft, die sie erhält, stammen müssen, ist einer Auslegung einer Bestimmung dieser Richtlinie, die zu einer Beschränkung des Anwendungsbereichs dieses Artikels führen würde, als ob eine solche Voraussetzung enthielte, nicht zu folgen.

(34) Zum anderen ist festzustellen, dass nach der Systematik der Richtlinie 69/335 der Wortlaut des Artikels 4, in dem ihr sachlicher Anwendungsbereich geregelt wird, dem des Artikels 5 über die Bemessungsgrundlage der Gesellschaftsteuer vorgeht, wenn es um die Festlegung der Voraussetzungen geht, die ein Vorgang erfüllen muss, um in den Anwendungsbereich der Richtlinie zu fallen.

(35) Daher ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 69/335 dahin auszulegen ist, dass der in dieser Bestimmung enthaltene Begriff „von den Gesellschaftern geleistete oder zu leistende Einlagen jeder Art“ finanzielle Beiträge erfasst, die an eine Kapitalgesellschaft, die ihr Gesellschaftsvermögen durch Ausgabe von Genussscheinen erhöht, von einem Nichtgesellschafter geleistet werden, der diese Genussscheine erwerben will.“

In den dem EuGH 17.10.2002, C-138/00, *Solida/Tech Gate* zugrunde 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, 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).

Nach Ansicht des UFS weist nicht nur die beispielhafte Aufzählung in Art. 4 Abs.1 lit. RL 69/335/EWG (Art.3 lit. RL 2008/7/EG) dass Rechte, wie sie den Gesellschaftern gewährt werden, z.B. Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlös, sind, sondern insbesondere das Urteil des EuGH 17.10.2002, C-138/00, *Solida/Tech Gate*, darauf hin, dass jedenfalls die Ausgabe von Genussrechten, die ihrem Inhaber einen Anspruch auf Teilnahme am laufenden Gewinn sowie am Liquidationsgewinn der begebenden Gesellschaft gewährten, in den Anwendungsbereich der Kapitalansammlungsrichtlinie fallen. Ein fehlendes

Stimmrecht des Genussrechtsberechtigten steht der Anwendung des Art. 4 Abs. 1 lit. d der RL nicht entgegen.

10. Zusammenfassung

Abschnitt VIII BGBI. 1986/325 idF BGBI. 1987/312 legt zwingend fest, dass die mit dem Partizipationskapital iSd Bankwesengesetzes verbundenen Rechte ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank und des Versicherungsunternehmens als **Gesellschaftsrechte** und **Dividendenwerte** iSd KVG gelten. Abschnitt VIII BGBI. 1986/325 idF BGBI. 1987/312 ordnet die mit dem Partizipationskapital verbundenen Rechte nicht einem bestimmten Gesellschaftsrecht des § 5 Abs. 1 KVG zu, sondern sagt lediglich, dass sie als „Gesellschaftsrechte“ gelten. Es handelt sich nicht um ein Sonderrecht, sondern nur um die Anwendung des allgemein geltenden Steuerrechts auf die kreditrechtlich neu geschaffenen Instrumentarien. (*Gassner, Das Partizipationskapital und Ergänzungskapital im Abgabenrecht, Überlegungen zur KWG-Novelle, 1986, 29*). Die kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen des Abschnitt VIII BGBI. 1986/325 haben daher nur klarstellende Bedeutung

Im vorliegenden Fall werden die Rechte aus dem Partizipationskapital in den Partizipationskapitalbedingungen 2008/2009 der Bw. als Aktienkapital im Liquidationsfall gleichrangige Genussrechte gemäß § 174 AktG beschrieben, womit es sich durch die spezifische Ausformung um ein aktiengleiches Genussrecht handelt (*van Husen, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 311*). Für die „Eigenkapitalqualität“ des Partizipationskapitals spricht, dass das Partizipationskapital der Bw. auf Unternehmensdauer zur Verfügung gestellt wird und durch den Partizipationskapitalberechtigten nicht kündbar ist. Die Regelung, dass Partizipationskapital Kapital ist, das nur unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften herabgesetzt oder gemäß den Bestimmungen des § 102a eingezogen werden kann (§ 23 Abs. 4 Z 2 BWG), verweist grundsätzlich auf eine vom Gesetzgeber gewünschte „Eigenkapitalähnlichkeit“ des Partizipationskapitals. (Regierungsvorlage 934 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVI. GP, 31).

Im gegenständlichen Fall wählte die Bw. in den Partizipationskapitalbedingungen 2008/2009 eine gewinnabhängige fixe Verzinsung von grundsätzlich 8% des Partizipationsnominalbetrages, die nur dann anfällt, wenn ein Jahresgewinn vorhanden ist. Ist kein Jahresgewinn vorhanden, werden dem Partizipationskapitalberechtigten keine Zinsen gezahlt und die Bw. kommt dadurch auch nicht in Verzug. Wird in den Folgejahren ein Jahresgewinn ausgeschüttet, können die Zinsen für die Verlustjahre nicht „nachgeholt“ werden. Die fixe Verzinsung wird damit nicht wie bei einem Darlehen unabhängig vom Gewinn

fällig. Der hier maßgebliche Unterschied zu einem Darlehen ist, dass kein „Zinsenstundungseffekt“ auftritt, denn die Zinsen können nicht in „guten Jahren“ nachgeholt werden, wenn der Gewinn in einem Geschäftsjahr ausfällt. Wenn auch keine variablen Zinsen vom Gewinn vereinbart wurden, so nimmt der Partizipationskapitalberechtigte insoweit am Geschäftsergebnis der Bw. teil, als er die fixen Zinsen erhält, wenn die Bw. einen Jahresgewinn ausschüttet und er keine fixen Zinsen erhält, wenn die Bw. keinen Jahresgewinn ausschüttet. § 23 Abs. 4 Z 4 BWG ordnet jedoch an, dass Partizipationskapital Kapital ist, das wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt, das heißt, der Partizipationskapitalberechtigte erhält die fixen Zinsen in Gewinnjahren und in Verlustjahren nimmt er bis zur vollen Höhe am Verlust teil. Eine Verlustbeteiligung schließt das Vorliegen eines echten Darlehens aus, da eine Teilhabe am Ergebnisrisiko vorhanden ist (VwGH 16.4.1991, 90/14/0120, in diese Richtung auch VwGH 20.1.1992, 90/15/0074, UFS 12.5.2004, RV/0160-W/03 und VwGH 20.12.2007, 2004/16/0118; *Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 77).

Die vorliegende Frage, ob die Rechte aus dem Partizipationskapital den Gesellschaftsrechten iSd § 5 Abs. 1 Z 2 KVG entsprechen, ist zu bejahen, da die Gewinnabhängigkeit einer Verzinsung genügt, um gesellschaftsteuerlich von einem Genussrecht sprechen zu können. (Siehe VwGH 19.8.1997, 95/16/0328 und *Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 14 und 77). Der Bw. wird daher entgegnet, dass sich die für die Gesellschaftsteuerpflicht des Ersterwerbes von Genussrechten geforderte unternehmerische Beteiligung des Berechtigten nicht unbedingt in einer Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Bw. niederschlagen muss. 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. Im Gegensatz zu § 5 Abs. 1 Z 3 KVG ist in § 5 Abs. 1 Z 2 KVG kein Anspruch auf Beteiligung am Gewinn im Gesetz für das Vorliegen eines Genussrechtes Voraussetzung.

Entgegen dem Vorbringen der Bw. bestehen die Rechte aus dem Partizipationskapital sowohl aus der gewinnabhängigen fixen Verzinsung, der Verlustbeteiligung bis zur vollen Höhe des Partizipationskapitals und aus dem Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös zumindest im Ausmaß des Nominales, als auch aus der Nachrangigkeit des Partizipationskapitals, das heißt, dass es erst nach Befriedigung oder Sicherstellung aller anderen Gläubiger zurückgezahlt werden darf (§ 23 Abs. 4 Z 5 BWG idF BGBl. I 108/2007). Alle diese Merkmale gemeinsam verweisen ebenfalls auf die vom Gesetzgeber gewünschte „Aktienkapitalähnlichkeit“ des Partizipationskapitals, sie bedeuten Beteiligung des Partizipationskapitalberechtigten am Ertrag und Verlust und sprechen nicht dafür, dass lediglich ein Darlehen gewährt werden

sollte, sondern dafür, dass ein Gesellschaftsrecht begeben wurde, das kapitalverkehrsteuerlich sowohl dem Typus des Genussrechtes als auch dem Typus der gewinnbeteiligten Forderung zugeordnet werden kann. Darüber hinaus kann der Partizipationskapitalberechtigte nach den Partizipationskapitalbedingen 2008/2009 der Bw. an der Hauptversammlung der Bw. teilnehmen und er kann gemäß § 112 AktG aF (§ 118 AktG nF) Auskünfte über Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Im gegenständlichen Fall umfassen die Rechte aus dem Partizipationskapital auch Mitgliedschaftsrechte wie das Teilnahmerecht an der Hauptversammlung und das Auskunftsrecht gemäß § 112 AktG aF bzw § 118 AktG nF.

Die Rechte aus dem Partizipationskapital iSd BWG sind daher unabhängig von den kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen des Abschnittes VIII BGBI. 1986/325, die deren Gesellschaftsrechtscharakter zwingend anordnen, als Genussrechte gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG oder als gewinnbeteiligte Forderungen gemäß § 5 Abs. 1 Z 3 KVG ausgestaltet.

Durch die Verortung der Rechte aus dem Partizipationskapital als Genussrecht oder gewinnbeteiligte Forderung kann auch dem Einwand der Bw. entgegengetreten werden, die Besteuerung der Emission von Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 BWG mit Gesellschaftsteuer verstöße gegen die Kapitalansammlungsrichtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 (bzw. 2008/7/EG vom 12. Februar 2008). Denn in den dem EuGH 17.10.2002, C-138/00, *Solida/Tech Gate* zugrunde 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, dass „*die Genusscheine ihrem Inhaber einen Anspruch auf Teilnahme am laufenden Gewinn sowie am Liquidationsgewinn der begebenden Gesellschaft*“ gewähren (Rz 27), weswegen „*die Ausgabe von Genusscheinen durch eine Kapitalgesellschaft grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335*“ fällt. (Rz 28).

Unionsrechtlich gewähren daher die Rechte aus dem Partizipationskapital iSd BWG „Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden“.

11. Schlussfolgerungen

11.1. Die Rechte aus dem Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 und 5 BWG sind unabhängig von den kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen des Abschnittes VIII BGBI. 1986/325, die deren Gesellschaftsrechtscharakter zwingend anordnen, als Genussrechte gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG oder als gewinnbeteiligte Forderungen gemäß § 5 Abs. 1 Z 3 KVG zu qualifizieren, wenn sie in einer gewinnabhängigen „fixen“ Verzinsung vom Partizipationskapitalnominale und

keiner „variable“ Verzinsung vom Gewinn, einer Verlustbeteiligung bis zur vollen Höhe des Partizipationskapitalnominales, einer nachrangigen Beteiligung am Liquidationserlös nur mit 110% des Nominales bestehen und dem Partizipationskapitalberechtigten kein Stimmrecht einräumen, denn damit ist die vom Kapitalverkehrsteuergesetz geforderte Teilhabe des Partizipationskapitalberechtigten an den Risiken und Chancen der Bank gegeben.

11.2. Durch die Fiktion der kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen des Abschnittes VIII BGBI. 1986/325, dass die Rechte aus dem Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 und 5 BWG als Gesellschaftsrechte (Dividendenwerte) gelten, erfolgte lediglich eine Klarstellung und nicht die Schaffung eines neuen Typus an Gesellschaftsrechten.

11.3. Abschnitt VIII BGBI. 1986/325 idF BGBI. 1987/312 verstößt nicht gegen die Bestimmungen der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 (bzw. 2008/7/EG vom 12. Februar 2008), wenn die Emission von Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 und 5 BWG der Gesellschaftsteuer unterworfen wird. Da die Rechte aus dem Partizipationskapital als Genussrechte oder gewinnbeteiligte Forderungen iSd KVG einzustufen sind, unterliegen sie nach Art. 4 Abs. 1 lit. d der RL 69/335/EWG der Gesellschaftsteuer. Dem Partizipationskapitalberechtigten nach Art. 4 Abs. 1 lit. d 69/335/EWG (Art. 3 lit. d 2008/7/EG) werden auch dann Rechte gewährt, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wenn der Partizipationskapitalberechtigte kein Stimmrecht hat, denn der EuGH 17.10.2002, C-138/00, *Solida/Tech Gate* stellte in seinem Urteil zu Genussrechten ohne Stimmrecht fest, dass die Ausgabe von Genussrechten mit Gewinnbeteiligung und Beteiligung am Liquidationserlös aber ohne Stimmrecht jedenfalls in den Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 1 lit. d der RL 69/335 EWG fällt.

11.4. Die Begebung von Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 und 5 BWG unterliegt daher als Ersterwerb von Gesellschaftsrechten gemäß § 2 Z 1 KVG iVm den kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen des Abschnittes VIII BGBI. 1986/325 idF BGBI. 1987/312, die als Genussrechte gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG oder als gewinnbeteiligte Forderungen gemäß § 5 Abs. 1 Z 3 KVG ausgestaltet sein können, der Gesellschaftsteuer.

Aus all diesen Gründen war der Berufung der Erfolg zu versagen.

Wien, am 30. Dezember 2011