



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Q-AG (RNF W-GmbH), Adr, vertreten durch Steuerberater, gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel vom 1. März 2011 betreffend Gesellschaftsteuer entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Im Jahresabschluss der im Oktober 2008 gegründeten Q-AG (= Berufungswerberin, Bw; RNF seit Juli 2012 ist infolge Umwandlung die W-GmbH) zum 31. Dezember 2008 ist unter den Passiva Abschnitt "C. 2. Verbindlichkeiten" ein Genussrechtskapital in Höhe von € 2.350.000 ausgewiesen. Das Unternehmen ist laut Firmenbuch insbesondere tätig im Geschäftszweig Unternehmensbeteiligungen und Erwerb und Verwertung von Immobilien. Im Lagebericht 2008 wird zum Geschäftsverlauf und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft ausgeführt:

"Das erste Geschäftsjahr nach Gründung der Gesellschaft war gekennzeichnet von der Erhöhung des Grundkapitals und der Ausgabe von Gewinnscheinen.

Kapitalerhöhung: Mit Hauptversammlungsbeschluss vom 10.12.2008 wurde eine Erhöhung des Grundkapitals um € 1.200.000 auf € 2.500.000 durchgeführt.

Gewinnscheine: Mit Hauptversammlungsbeschluss vom 10.12.2008 wurde der Vorstand ermächtigt bis zu einem Betrag von € 3.000.000 obligationsähnliche Genussrechte im Sinn des § 174 AktG in mehreren Tranchen von zumindest € 50.000 auszugeben. Der Vorstand hat von der Ermächtigung Gebrauch gemacht und Gewinnscheine mit der Bezeichnung "Q-Beteiligung1" Investoren angeboten.

Zum Bilanzstichtag waren Gewinnscheine im Ausmaß von € 2.350.000 gezeichnet. Zum Ende des ersten Quartals 2009 war von diesen Mitteln bereits ein wesentlicher Teil in Aktien, Anleihen und Forderungen investiert.

Darüber hinaus gab es im Wirtschaftsjahr 2008 keine wesentliche Geschäftstätigkeit."

Zum Geschäftsverlauf im Jahre 2009 wurde im Lagebericht u.a. festgehalten:

"Bereits im Geschäftsjahr 2008 wurde ein Genussschein mit der Bezeichnung "Q-Beteiligung1" mit einem Volumen von EUR 2,35 Mio. gezeichnet. Hinsichtlich der rechtlichen Rahmenbedingungen dieses Gewinnscheins wird auf die Angaben im Anhang verwiesen. Für den Gewinnschein wurde ein eigener Rechnungskreis eingerichtet, dem ab 1. Jänner 2009 die entsprechenden Zielinvestments zugeordnet wurden.

Im Geschäftsjahr 2009 erfolgten Veranlagungen in Wertpapieren und es wurden Unternehmen, die im Immobilienbereich tätig sind, Finanzierungsmöglichkeiten gewährt.

Das für die Investitionen benötigte Kapital wurde 2008 durch Eigenmittel in Höhe von EUR 2,5 Mio. und durch Emission des Gewinnscheins aufgebracht. ...

Die unterjährigen Verkäufe von den für Handelszwecke gehaltenen Wertpapieren mit einem Gewinn von rd EUR 279.000 sowie der positive Zinssaldo führten zu einem positiven Finanzergebnis in Höhe von rd EUR 340.000 und somit zu einem Jahresüberschuss von rd EUR 257.000 (2008: EUR - 32.000).

Dem Gewinnschein konnte in der abgelaufenen Berichtsperiode bereits eine erfreuliche Gewinnzuweisung von rd EUR 136.000 verrechnet werden. ..."

Im Anhang S. 26 wird zum "Genussrechtskapital" ausgeführt:

" ... Das aufgenommene Kapital wurde in einen eigenen Rechnungskreis mit der Bezeichnung "Q-Beteiligung1" eingestellt, in welchem in der Rechnungsperiode vom 1.1.2009 bis 31.12.2009 die lt. Gewinnscheinbedingungen definierten Investitionen eingestellt wurden.

Das Gewinnscheinkapital steht im alleinigen und ausschließlichen Eigentum der Q-AG und wird auch von der Gesellschaft verwaltet und im Rahmen des Rechnungskreises veranlagt. Das Gewinnscheinkapital hat den Charakter nachrangigen Fremdkapitals. Die Ansprüche der Gewinnscheinzeichner im Fall der Insolvenz werden in den Gewinnscheinbedingungen geregelt.

Das mit dem Gewinnschein untrennbar verbundene Genussrecht gewährt im Verhältnis des Nennbetrages des einzelnen Gewinnscheines zum Gesamtnennbetrag aller ausgegebenen Gewinnscheine eine Beteiligung am Ergebnis des Rechnungskreises. Im Falle negativer wirtschaftlicher Entwicklung im Bereich der Zielgesellschaft ergeben sich entsprechende Auswirkungen auf den Rechnungskreis, welche auch zu einem Totalverlust des Gewinnscheinkapitals führen können.

Der Gewinnschein hat eine Laufzeit von 20 Jahren, beginnend mit 1.1.2009 bis 31.12.2034.

Die Q-AG ist mit 15 % am Wertzuwachs beteiligt und erhält zusätzlich eine jährliche Management-Fee in Höhe von 1 % des jeweiligen Nettovermögens zum Einzahlungszeitpunkt bzw. zum jeweiligen Bilanzstichtag.

Zum 31.12.2009 setzt sich das Gewinnscheinkapital wie folgt zusammen (in EUR):

Gewinnscheinkapital-Nominale	2.350.000,00
Gewinnzuweisung 2009	<u>135.621,54</u>
	2.485.621,54"

In Entsprechung eines Ergänzungsersuchens des Finanzamtes, worin auf die Gesellschaftsteuerpflicht bei Ausgabe von Gewinnscheinen hingewiesen wurde, wurde seitens der Bw im Schreiben vom 5. Oktober 2010 dargelegt: Hinsichtlich der am 23. Dezember 2008 ausgegebenen Gewinnscheine sei keine Gesellschaftsteuer entrichtet worden, weil kein abgabepflichtiger Sachverhalt vorliege. Die Gewinnscheine seien von der A-GmbH gezeichnet worden, welche zu dem Zeitpunkt nicht Gesellschafterin der Bw gewesen sei. Die Gewinnscheine seien obligationenartig, würden im Jahresabschluss als Fremdkapital ausgewiesen und würden keinen Anspruch auf das Gesamtergebnis der Bw, sondern nur des Genussrechtskreises verkörpern. Dem Finanzamt wurde dazu die Gewinnschein-Sammelurkunde vorgelegt, wonach die A-GmbH Inhaber von 23.5000 Gewinnscheinen "Q-Beteiligung1" der Bw im Nominale von je € 100 ist. Weiters vorgelegt wurden die Gewinnschein-Bedingungen, worin auszugsweise festgelegt ist:

- Mit Erwerb des Gewinnscheines erwirbt der Zeichner einen Anteil am wirtschaftlichen Erfolg des Rechnungskreises.
- Der Rechnungskreis setzt sich aus dem Gewinnscheinvolumen (Gewinnscheinanteil) sowie den damit erworbenen Beteiligungen sowie sonstigen Vermögensgegenständen zusammen.
- Eine Beteiligung am Stammkapital der Gesellschaft ist mit dem Gewinnscheinkapital nicht verbunden. Kontroll- bzw. Stimmrechte und Dividenden oder Gewinnrechte werden nicht gewährt.
- Der Gewinnschein hat eine Laufzeit von 20 Jahren.
- Gegenstand des obligationenähnlichen Genussrechts ist eine Gewinnbeteiligung am Rechnungskreis. Im Fall negativer wirtschaftlicher Entwicklungen im Bereich einzelner oder aller Zielgesellschaften ergeben sich entsprechende Auswirkungen auf den Rechnungskreis, welche auch zu einem Totalverlust des Gewinnscheinkapitals führen können.
- Die Gewinnschein-Inhaber erwerben mit dem Genussrecht weder einen Anteil an der Emittentin noch mitgliedschaftliche Rechte.
- Es ist beabsichtigt, dass sämtliche Erträge aus Veranlagungen des Rechnungskreises bis zum Ende der Laufzeit thesauriert und wieder veranlagt werden, sodass während der Laufzeit keine Ausschüttungen geplant sind.
- Das Gewinnscheinkapital hat den Charakter nachrangigen Fremdkapitals. Die Ansprüche der Gewinnscheinzeichner werden im Fall der Insolvenz oder Liquidation der Gesellschaft nach allen anderen nicht nachrangigen Gläubigern sowie nach allen nachrangigen Gläubigern, deren Ansprüche als Fremdkapital ausgewiesen sind, jedoch vorrangig vor weiteren nachrangigen Gläubigern, deren Ansprüche als Eigenkapital ausgewiesen sind, und vorrangig vor den Ansprüchen der Aktionäre bedient.
- Die Gesellschaft ist mit 15 % am Wertzuwachs des Rechnungskreises beteiligt. Zusätzlich zur

Beteiligung erhält die Gesellschaft eine jährliche Management-Fee in Höhe von 1 % des Nettovermögens.

- Am Ende der Laufzeit erfolgt eine Liquidation des Rechnungskreises. Das daraus resultierende Vermögen wird anteilig je nach Gewinnscheinnominale ausbezahlt.

Das Finanzamt hat daraufhin der Bw mit Bescheid vom 1. März 2011, StrNr, gemäß § 7 iVm § 2 Z 1 Kapitalverkehrsteuergesetz vom 16. Oktober 1934 (KVG), DRGBI 1, S 1058, idGF, die 1%ige Gesellschaftsteuer im Betrag von € 23.500 vorgeschrieben und dies wie folgt begründet:

Als Gesellschafter gelten nach § 5 Abs. 2 KVG die Personen, denen die in § 5 Abs. 1 KVG bezeichneten Gesellschaftsrechte zustehen. Nach § 5 Abs. 1 Z 2 KVG gelten Genussrechte als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften. Auch obligationenähnliche Genussrechte unterliegen der Gesellschaftsteuer. Gegenstand hier ist eine Gewinnbeteiligung am Rechnungskreis (kurz) "Q-B1". In den Gewinnschein-Bedingungen ist festgehalten, dass die rechtliche Ausgestaltung der Genussrechte nach § 174 AktG keiner besonderen Regelung unterliegt, womit jede mögliche Ausgestaltung von Gläubigerrechten denkbar ist. Dem gesetzlichen Merkmal "Genussrecht" ist nicht zu entnehmen, dass der Berechtigte am gesamten Gewinn oder Liquidationserlös beteiligt sein muss. Der Gewinn muss keineswegs immer der Bilanzgewinn des Unternehmens sein. Es werden oft besondere "Rechnungskreise" gebildet, die eine vom Bilanzgewinn abweichende Berechnungsmethode vorsehen. Das gegenständliche Genussrechtskapital löst daher nach § 2 Z 1 iVm § 5 Abs. 1 Z 2 KVG (Ersterwerb von Gesellschaftsrechten) Gesellschaftsteuerpflicht aus; Bemessungsgrundlage ist der Wert der Gegenleistung in Höhe von € 2.350.000.

In der dagegen erhobenen Berufung wird die Steuerfestsetzung mit Null beantragt und eingewendet, nach Punkt III. Z 8 der Gewinnschein-Bedingungen werde das Genussrechtskapital eindeutig als nachrangiges Fremdkapital definiert, das im Falle der Insolvenz oder Liquidation der Bw nachrangig allen anderen Ansprüchen aus Fremdkapital, jedoch vorrangig vor allen Ansprüchen aus Eigenkapital sowie vor den Ansprüchen der Aktionäre zu bedienen sei. Daneben würden noch die vereinbarte Laufzeit und der tatsächliche Ausweis als Verbindlichkeit in der Bilanz für die Rechtsauffassung der Bw sprechen, wonach kein gesellschaftsteuerpflichtiger Tatbestand nach KVG verwirklicht worden sei. Es sei das allenfalls gebührenpflichtige Fremdkapital von dem nach KVG pflichtigen Eigenkapital teleologisch abzugrenzen.

Die Berufung wurde dem UFS direkt zur Entscheidung vorgelegt.

Der UFS hat Einsicht genommen in die Jahresabschlüsse der Bw für die Jahre 2010 und 2011, woraus hervorkommt:

2010:

Wertpapierverkäufe etc. führten zu einem Jahresfehlbetrag von rund - € 136.000; dem Gewinnschein konnte eine Gewinnzuweisung von rund € 71.000 verrechnet werden.

2011:

Der Jahresverlust beträgt rund € 471.000, dem Gewinnschein wurde ein Gewinn von rund € 81.000 zugewiesen. Der Gesamtsaldo des Verbindlichkeitenkontos "Genussrechtskapital" zum 31. Dezember 2011 beträgt samt bisherigen Gewinnzuweisungen + € 2.637.319,47.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Z 1 Kapitalverkehrsteuergesetz vom 16. Oktober 1934 (KVG), DRGBI 1, S 1058, idgF, unterliegt der Gesellschaftsteuer: der Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer inländischen Kapitalgesellschaft durch den ersten Erwerber.

Nach § 5 Abs. 1 KVG gelten als Gesellschaftsrechte:

Z 1. Aktien und sonstige Anteile ...

Z 2. Genussrechte

Z 3. Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren.

Gemäß § 5 Abs. 2 KVG gelten als Gesellschafter die Personen, denen die im Abs. 1 bezeichneten Gesellschaftsrechte zustehen.

Genussrechte sind Gläubigerrechte schuldrechtlicher Art, die sehr mannigfaltig sein können. Sie unterscheiden sich von Aktien und Gesellschaftsanteilen dadurch, dass sie bürgerlich-rechtlich keine Gesellschafterstellung gewähren. Genussrechte werden z.B. Gründern, Aktionären und Gläubigern gewährt. Auch das Aktiengesetz, dessen § 174 Abs. 1 sinngemäß für die Gewährung von Genussrechten gilt, gibt keine Definition der Genussrechte und regelt auch nicht ihre rechtliche Ausgestaltung. Der häufigste Inhalt des Genussrechtes ist ein Anspruch auf Zahlungen aus dem jeweiligen Gewinn (*Jusits*, Genussscheine im österreichischen Zivilrecht, WBI 1987, 81 ff).

Genussrechte vermitteln insbesondere keine gesellschaftlichen Herrschaftsrechte (wie zB das Stimmrecht) und können auch Nichtmitgliedern eingeräumt werden. Die Bestimmung nach § 5 Abs. 1 Z 2 KVG fingiert, dass Genussrechte, die eine Kapitalgesellschaft begibt, unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltungsform Gesellschaftsrechte sind. Wesentlich ist, dass das Genussrecht dem Berechtigten einen Anspruch einräumt, der seinem Inhalt nach ein typisches Vermögensrecht eines Gesellschafters ist, zB ein Anspruch auf Gewinnbeteiligung. § 5 Abs. 1 Z 2 KVG umfasst sowohl Genussrechte mit Eigenkapitalcharakter als auch jene mit Fremdkapitalcharakter, wobei Letztere nur einen Anspruch am Ergebnis, nicht aber am Firmenwert oder den stillen Reserven einräumen. Das KVG differenziert hier nicht. Ebenso

wird nach der hg. Judikatur (vgl. VwGH 16.12.1993, 92/16/0025) den Genussrechten mit Fremdkapitalcharakter nicht die Eigenschaft als Genussrechte im Sinne des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG abgesprochen. Dafür, dass der Gesetzgeber auch schuldrechtliche Genussrechte gemeint hat, spricht auch die Z 3 des § 5 Abs. 1 KVG, da andernfalls die dortige Einbeziehung von partiarischen Darlehen wohl gleichheitswidrig und unverständlich wäre (*Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker*, KVG-Kommentar, Rz 470 f. zu § 5 mit weiterer Judikatur).

Gewinnabhängigkeit liegt vor, wenn sich die Höhe der Ausschüttungen nach der Höhe des Gewinnes richtet, wenn die Ausschüttung zB an die Dividende gekoppelt ist, sich an der Gesamtkapitalrendite orientiert oder die Ausschüttung überhaupt nur vom Vorliegen eines Gewinnes abhängig ist. Gewinnbeteiligung inkludiert, dass eine Teilnahme am Risiko des Geschäftsbetriebes nach der Seite der Gewinnerzielung vorliegt (VwGH 24.3.1994, 92/16/0189). Entscheidend für den Charakter eines Zinses als gewinnabhängig ist daher, dass die Auszahlung der Zinsen vom Entstehen eines Unternehmensgewinnes des Genussrechtsemitenten abhängig ist. Der Unterschied zwischen Darlehen und Genussrecht liegt 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 Zurverfügungstellung von Kapital eine Beteiligung am Unternehmen, eine Gewinnbeteiligung erhält. Beim Genussrecht ist nicht gefordert, dass der Genussrechtsinhaber am Verlust der Gesellschaft teilnimmt, wohl aber ist er am Risiko des Unternehmens beteiligt. Beim Genussrecht ist im Gegensatz zum "echten" Darlehen eine beteiligungsähnliche Stellung des Gebers erwünscht.

Nach Obigem wäre daher bei gegenständlich emittiertem Genussrechtskapital zunächst grundsätzlich anhand der festgelegten ausschließlichen Gewinnbeteiligung samt vollem Gewinnrisiko, da nämlich bei negativer wirtschaftlicher Entwicklung der Zielgesellschaften auch ein Totalverlust des Gewinnscheinkapitals eintreten könnte, von Genussrechten iSd § 5 Abs. 1 Z 2 KVG auszugehen. Entgegen dem Dafürhalten der Bw spricht selbst eine Einordnung als Fremdkapital aufgrund der gegebenen Umstände, dass eine Definition als nachrangiges obligationenähnliches Fremdkapital in den Gewinnscheinbedingungen, eine bestimmte Laufzeit von 20 Jahren sowie ein tatsächlicher Ausweis als Verbindlichkeit in der Bilanz vorliegt, wie oben ausgeführt nicht gegen eine Qualifizierung als Genussrecht nach § 5 Abs. 1 Z 2 KVG.

Gleichzeitig stellt sich aber die Frage, inwieweit noch von einer Gewinnabhängigkeit am Unternehmen bzw. der Teilnahme am Unternehmensrisiko die Rede sein kann, wenn wie im Gegenstandsfalle das begebene Kapital in einem eigenen, abgeschlossenen Rechnungskreis

verwaltet und veranlagt wird und eine Gewinnzuteilung ausschließlich anhand der erwirtschafteten Erträge im Rechnungskreis erfolgt.

In Literatur und Judikatur ist strittig, ob eine Beteiligung am gesamten Unternehmensgewinn gegeben sein muss oder ob bereits Beteiligungen am Gewinn von Teilbereichen des Unternehmens ausreichen, um ein Gesellschaftsrecht im Sinne des KVG zu begründen. Nach hA reicht eine Beteiligung bloß an einem Teilbetrieb oder einer einzelnen Anlage aus, um ein Genussrecht iSd KVG zu begründen (vgl. VwGH 26.11.1958, 591/56). Kriterium der Gewinnbeteiligung ist, dass sich für den wirtschaftlich gesonderten Teil des Unternehmens ein Teilgewinn errechnen lässt. Gibt zB ein Unternehmen einer österreichischen Kapitalgesellschaft Geld, damit diese sich an weiteren Unternehmen beteiligt und wird eine Weiterleitung der Rückflüsse aus diesen Unternehmen an den Darlehensgeber vereinbart, beziehen sich die vom Darlehensgeber zugewendeten Mittel auf einen Teil der Vermögensgegenstände des Unternehmens, nämlich der vom Unternehmen angeschafften Beteiligungen. Voraussetzung einer gewinnabhängigen Beteiligung an einem Unternehmensteil ist, dass sich für den wirtschaftlich gesonderten Teil des Unternehmens (also der Beteiligungen) ein "Teilgewinn" errechnen lässt. Dabei ist jedoch fraglich, ob sich in diesem Fall ein Teilgewinn berechnen lässt, da lediglich Rückflüsse aus den Beteiligungen, also eine Umsatzgröße, nicht aber ein Teil des Gesamtgewinnes ausgeschüttet wird (siehe zu vor: *Loukota*, Abgrenzungsfragen zur Gesellschaftsteuer bei hybriden Finanzierungen, FinanzJournal Nr. 12/2011, S. 400 ff.).

Der Grund für die Gesellschaftsteuerpflicht der gewinnabhängigen Vermögenseinlagen ist darin zu erblicken, dass Gläubiger, die einen Anspruch auf Gewinnbeteiligung haben, in ähnlicher Weise wie die eigentlichen Gesellschafter an dem Gedeihen der Gesellschaft interessiert sind. Unter einem Anteil am Gewinn ist demzufolge auch nur der Anteil am Reingewinn zu verstehen, nicht aber Beteiligungen am Bruttogewinn oder am Umsatz, die nur in beschränktem Maße auf die Geschäftsergebnisse Rücksicht nehmen. Wenn der Kapitalgeber trotz Vorhandenseins eines Reingewinnes keine Vergütung erhalten kann (weil der beteiligte Rechnungskreis keinen Umsatz abwirft bzw im Fall einer Unterbeteiligung keine Gewinnanteile ausschüttet) und umgekehrt auch bei Fehlen eines Gesamtgewinnes eine Vergütung ausgezahlt wird (nämlich vom Umsatz des betreffenden Rechnungskreises, von der Kapitaleinlage oder der von den Unterbeteiligungen erwirtschafteten Gewinnanteile bzw Dividenden) dann kann nach dem Zweck der Gesellschaftsteuer keine Gewinnbeteiligung angenommen werden (siehe *Loukota* aaO, Punkt 3.6. unter Verweis auf UFS 12.3.2004, RV/1568-W/02).

Im Berufungsfall steht nunmehr fest, dass trotz der Jahresverluste der Bw ab 2010 hinsichtlich der Beteiligungen/Investitionen im Rechnungskreis jeweils ein Gewinn erwirtschaftet wurde und jährlich eine Gewinnzuweisung erfolgt ist, was deutlich macht, dass auch bei Fehlen eines

Gesamtgewinnes des Unternehmens dennoch im Rechnungskreis Gewinne gutgeschrieben werden. Diesfalls ist aber nach dem Zweck der Gesellschaftsteuer nicht von einer Gewinnbeteiligung (insgesamt am Unternehmen) auszugehen.

Der Berufung war daher Folge zu geben und spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 6. Dezember 2012