



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern Wien vom 5. Oktober 2009, ErfNr. xxx, StNryyy betreffend Gesellschaftsteuer entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Strittig ist,

1. ob die Einbeziehung von Banken, die in der Rechtsform einer Genossenschaft betrieben werden, in den Kreis der Kapitalgesellschaften für Zwecke der Gesellschaftsbesteuerung von Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 BWG als spezielles Finanzierungsinstrument für Banken unionsrechts- bzw. verfassungswidrig und ob eine Genossenschaft, die einen Erwerbszweck verfolgt, eine Kapitalgesellschaft iSd Richtlinie 69/335/EWG des Rates 17.7.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital ist, und
2. ob die Rechte aus dem Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 und 5 BWG unabhängig von den kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen des Abschnittes VIII BGBl. 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 Partizipationskapitalnominales, einer nachrangigen Beteiligung am Liquidationserlös stehen und dem Partizipationskapitalberechtigten kein Stimmrecht einräumen?

3. 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?

4. 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 ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank 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 ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank
 - 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. 1 lit. d 69/335/EWG (Art. 3 lit. d 2008/7/EG)
10. Zusammenfassung
11. Schlussfolgerungen

1. Verfahren

Die Bw., eine eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht, machte gegenüber dem Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel am 19. Juni 2009 eine

Selbstanzeige gemäß § 29 FinStrG und teilte mit, dass nach der Emission des Partizipationskapitals vom 17. Juli 2006 iHv 1,000.000 Euro keine Gesellschaftsteuererklärung gemäß § 10 Abs. 1 KVG abgegeben worden sei, da sie der Rechtsmeinung gewesen sei, dass Genossenschaften nicht vom KVG erfasst würden und auch die Emission von Partizipationskapital nicht gesellschaftsteuerpflichtig sei. Beigelegt waren eine Gesellschaftsteuererklärung über die Begebung von Partizipationskapital in Höhe von 1,000.000,-- Euro, die veränderbare Sammelurkunde über 962.000,-- Euro Partizipationsschein-Emission 2006, die Emissionsbedingungen vom 30.6.2006, und ein Zeichnungsschein.

Mit Bescheid vom 5.10.2009 setzte das Finanzamt die Gesellschaftsteuer von 1,000.000 Euro von 1% in Höhe von 10.000 Euro fest. Als Begründung gab das Finanzamt an, dass die Ausgabe von Partizipationskapital einen Ersterwerb von Gesellschaftsrechten im Sinne des § 2 Z 1 KVG iVm Abschnitt VIII des BGBl. 1986/325 darstelle.

Fristgerecht wurde dagegen Berufung erhoben.

Eingewendet wurde, dass Abschnitt VIII der KWG-Novelle 1986 durch Gemeinschaftsrecht verdrängt sei und seit 1.1.1995 nicht mehr dem Bestand des nationalen Rechtes angehöre. Das den Mitgliedstaaten eingeräumte Wahlrecht, den Kreis der Kapitalgesellschaften für die Gesellschaftsteuer zu erweitern, gelte nur generell und nicht speziell. Österreich habe die Genossenschaften nicht im KVG den Kapitalgesellschaften gleichgestellt und könne im Abschnitt VIII der KWG-Novelle 1986 daher den Kreis der Kapitalgesellschaften nicht erweitern. Wenn die Ansicht vertreten werde, dass keine Verdrängung durch Gemeinschaftsrecht erfolgt sei, sei diese Bestimmung verfassungswidrig. Es sei sachlich nicht gerechtfertigt, dass nur im Fall des Partizipationskapitals Gesellschaftssteuerpflicht ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank eintrete. Desweiteren bestünden verkehrsteuerliche Bedenken, da die in § 5 Abs. 1 Z 2 und Z 3 KVG geforderte Gewinnbeteiligung/Liquidationserlös beim Partizipationskapital nicht gegeben sei. Beim vorliegenden Partizipationskapital sei der Faktor der Gewinn nur Bedingung für die Auszahlung des von vorne herein feststehenden Zinsbetrages und nicht Berechnungsbasis eines von vorne herein nicht feststehenden Zinsbetrages. Weiters sei den Partizipanten nur eine Beteiligung von 1% an den buchmäßigen Rücklagen ohne Berücksichtigung der stillen Reserven eingeräumt. Das widerspräche eindeutig gegen eine Beteiligung am Liquidationserlös. Auch Stimmrechte stünden dem Partizipationsinhaber nicht zu. Es liege daher kein Gesellschaftsrecht iSd § 5 KVG vor.

Die Bw. beantragte eine mündliche Verhandlung vor dem Referenten.

Das Finanzamt legt dem Unabhängigen Finanzsenat die Berufung zur Entscheidung vor und stellte den Antrag, die Berufung als unbegründet abzuweisen. Als Begründung gab das Finanzamt an:

„Verfahrensgegenständlich ist – das ist unbestritten – ein Partizipationskapital im Sinne des Bankwesengesetzes (§ 23 BWG). Nach Abschnitt VIII der KWG-Novelle 1986, BGBl. 325/1986, gelten die mit dem Partizipationskapital im Sinne des Bankwesengesetzes verbundenen Rechte ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank und des Versicherungsunternehmens als Gesellschaftsrechte. Nach dieser gesetzlichen Regelung löst die Einzahlung eines solchen Partizipationskapitals unabhängig von der Rechtsform der Bank bzw. des Versicherungsunternehmens sowie unabhängig von seiner rechtlichen Ausgestaltung Gesellschaftsteuer aus. Diese Regelung widerspricht nicht Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 69/335/EWG (Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, KVG, Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, § 5 Rz 497). Dass eine spezielle Erweiterung des Kreises der Kapitalgesellschaften nur Partizipationskapital betreffend richtlinienwidrig wäre, ist der Richtlinie 69/335/EWG nicht zu entnehmen. Das im BWG geregelte Partizipationskapital ist den stimmrechtslosen Vorzugsaktien weitgehend nachgebildet und stellt eine besondere Form eines Genussrechtes dar. Zu Art. 4 lit. d der Richtlinie 69/335/EWG besteht daher kein Widerspruch.“

2. Sachverhalt

Die veränderbare Sammelurkunde über 962.000,-- Euro Partizipationsschein-Emission 2006 hat auszugsweise folgenden Inhalt:

„....Die Dividendenauszahlung erfolgt gemäß den beigehefteten Bedingungen....Die erstmalige Beteiligung am Bilanzgewinn erfolgt für den Bilanzgewinn....der Bw....2006. Die Partizipationsscheine haben eine unbefristete Laufzeit und laufen daher auf Dauer derBw....Alle Dividendenauszahlungen werden gegen Vermerk auf dieser Urkunde/Fortsetzungsblatt ausbezahlt....“

Die Emissionsbedingungen der Bw. lauten auszugsweise folgendermaßen:

„1. Rechtsgrundlage: Die Anteilsscheine....der Bw.... sind Partizipationsscheine und als solche Wertpapiere über eingezahltes Partizipationskapital gem. § 23 Abs. 4 BWG.

2. Partizipationskapital: Partizipationskapital ist eingezahltes Kapital, dasder Bw....seitens der Partizipanten auf Unternehmensdauer unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt wird.....Die Erträge aus Partizipationskapital sind gewinnabhängig.

3. Verhältnis zu Gesellschaftern und Gläubigern: Im Falle der Liquidation....sind die Partizipanten am Liquidationserlös bzw. Unternehmenswert beteiligt. Die Beteiligung der Partizipanten....wird mit einem Prozent am Liquidationserlös bzw. Unternehmenswert festgelegt. Die Partizipanten werden erst nach Befriedigung oder Sicherstellung aller übrigen Gläubiger (inkl. Inhabern von nachrangigem Kapital und Ergänzungskapital), jedoch vorrangig gegenüber anderen Berechtigungen am Liquidationserlös im oben angeführten Verhältnis befriedigt.....

5. Gewinnbeteiligung: Die Partizipationsscheine verbriefen den Anspruch auf gewinnabhängige Erträge. DieBw....verpflichtet sich, das gesamte aufgenommene Kapital (Nominale plus Agio) mit dem durchschnittlichen 3-MonatsEURIBOR plus 13 Basispunkte p.a. bevorzugt zu bedienen, sofern dieser Betrag im Jahresgewinn des Geschäftsjahres nach Rücklagenbewegung, aber vor Dotierung all jener Rücklagen, deren Dotierung nicht gesetzlich

vorgeschrieben ist...Deckung findet. Für die vertragskonforme Bedienung des Partizipationskapitals sind hierbei erforderlichenfalls freie Rücklagen aufzulösen.....Die Dividendenausschüttung....erfolgt....und umfasst die Erträge des vorangegangenen Kalenderjahres....

Teilnahme am Verlust: Das Partizipationskapital nimmt wie Gesellschaftskapital bis zur vollen Höhe am Verlust teil (§ 23 Abs. 4 Z4 BWG). Es besteht keine Nachschusspflicht.

Rechte der Partizipanten: Den Partizipanten steht das Auskunftsrecht gemäß § 23 Abs. 5 BWG zu. Sie haben daher das Recht, an den Gesellschafterversammlungen der....Bw.....teilzunehmen; es sind ihnen Auskünfte im Sinne des § 112 Aktiengesetz zu geben. Die Partizipationsscheine gewähren keine darüber hinausgehenden Rechte, insbesondere keine sonstigen Mitgliedschaftsrechte, wie z.B. das Stimmrecht oder das Recht, in der Gesellschafterversammlung Anträge zu stellen....."

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 ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank 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 BGBl. 1986/325 idF BGBl. 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 BGBl. 1986/325 idF BGBl. 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 BGBl. 1986/325 idF BGBl. 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 BGBl. 1986/325 idF BGBl. 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 BGBl. 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 Generalversammlung 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 Grundriß*¹³, 101-103f; ähnlich *Stoll, Rentenbesteuerung*³, 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 legistische „Vertypung“ fehlt, da der Gesetzgeber das Bestreben hat, die noch laufende Entwicklung dieses Instruments nicht zu behindern. Genussrechte kann es also in den mannigfaltigsten 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 Genussscheinverhältnissen 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 gesellschaftersähnliche 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 Richtlinien textbestandteil „*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 erschießbar 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 BGBl. 325/1986 idF BGBl. 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 (BGBl. 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 BGBl. 1986/325 idF BGBl. 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 BGBl. 1986/325 idF BGBl. 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 Z 5 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). 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. 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 ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank

Eingewendet wird ein Verstoß der Vorschrift kapitalverkehrssteuerliche Bestimmungen Abschnitt VIII BGBl. 325 idF BGBl. 1987/312 gegen die Kapitalansammlungsrichtlinie, Richtlinie des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (69/335/EWG), bzw. Richtlinie 2008/7/EG des Rates vom 12. Februar 2008 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital.

Die Richtlinie des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital bestimmt in Art 3 Abs. 2 69/335/EWG:

„Zur Anwendung dieser Richtlinie werden den Kapitalgesellschaften alle anderen Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen Personen gleichgestellt, die einen Erwerbszweck verfolgen. Ein Mitgliedstaat kann jedoch davon absehen, sie für die Erhebung der Gesellschaftsteuer als Kapitalgesellschaft zu betrachten.“

Dazu *Rief*, Das neue Kapitalverkehrssteuerrecht und die Rechtsprechung des EuGH, SWK-Sonderheft 1995, Rz 62: Der neue § 4 KVG enthält den Katalog der Kapitalgesellschaften. Nunmehr gelten nur mehr Aktiengesellschaften und GmbH, gleichgestellte Kommanditgesellschaften und Kommandit-Erwerbsgesellschaften, sowie vergleichbare Gesellschaften, die nach ausländischem Recht gegründet worden sind, als Kapitalgesellschaften. Eine Subsumtion von anderen juristischen Personen und Personenvereinigungen mit Erwerbszweck unter § 5 Abs. 2 Z 2 KVG idF vor 1995 wurde vor allem bei Erwerbs- u. Wirtschaftsgenossenschaften diskutiert, aber im Hinblick auf die (damals noch bestehende) Gebührenpflicht gemäß § 33 TP 15 GebG verworfen. (*Rief*, Das neue Kapitalverkehrssteuerrecht und die Rechtsprechung des EuGH, SWK-Sonderheft 1995, Rz 65). Was Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften betrifft, wäre eine Ausdehnung des Kapitalgesellschaftenbegriffes auf „andere juristische Personen und Personenvereinigungen mit Erwerbszweck“ grundsätzlich mit der Richtlinie vereinbar und hätte daher beibehalten werden können. Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 69/335/EWG erklärt nämlich jede Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbszweck zur Kapitalgesellschaft, deren Mitglieder berechtigt sind, ihre Anteile ohne vorherige Genehmigung an Dritte zu veräußern, und deren Mitglieder für die Schulden der Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristischen Person nur bis zur Höhe ihrer Beteiligung haften. Darüber hinaus können nach Art. 3 Abs. 2 RL 69/335/EWG alle anderen Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristische

Personen, die einen Erwerbszweck verfolgen, für die Erhebung der Gesellschaftsteuer als Kapitalgesellschaft betrachtet werden. Während Art. 3 Abs. 2 RL 69/335/EWG ein Mitgliedstaatenwahlrecht beinhaltet, ist die Einbeziehung der in Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 69/335/EWG genannten Gesellschaften mit Erwerbszweck, freier Übertragbarkeit der Anteile und beschränkter Haftung der Mitglieder zwingend. (*Rief*, Das neue Kapitalverkehrsteuerrecht und die Rechtsprechung des EuGH, SWK- Sonderheft 1995, Rz 66). Die Ausgabe von Anteilen an einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft ist seit dem Entfall des § 5 Abs.2 Z. 2 KVG aF und des § 33 TP 15 GebG weder gesellschaftsteuerpflichtig noch gebührenpflichtig. Daraus könnte sich ein Verstoß gegen die RL ergeben: Die Übertragung der Geschäftsanteile bedarf zwar im Falle einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung der Bewilligung des Vorstandes (§ 83 Abs. 1 GenG). Diese Vinkulierung kann jedoch durch den Genossenschaftsvertrag ausgeschlossen werden. Haftungsbeschränkung und freie Übertragbarkeit können daher bei Genossenschaften mit beschränkter Haftung kumulativ vorliegen, sodass die Genossenschaft eine Kapitalgesellschaft i.S.d. Art. 3 Abs.1 lit.c RL 69/335/EWG wäre. Die Nichteinbeziehung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in den Katalog des § 4 KVG n.F. könnte nur auf Art. 9 RL 69/335/EWG gestützt werden, wonach für bestimmte Kapitalgesellschaften aus Gründen der Steuergerechtigkeit, Befreiungen aus sozialen Gründen oder um einer besonderen Lage Rechnung zu tragen, vorgesehen werden können. (*Rief*, Das neue Kapitalverkehrsteuerrecht und die Rechtsprechung des EuGH, SWK- Sonderheft 1995, Rz 67).

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. In der Begründung heißt es, dass wenn ein Mitgliedstaat beschlossen hat, keine Gesellschaftsteuer auf alle oder Teile der unter diese Richtlinie fallenden Vorgänge zu erheben, es ihm nicht mehr möglich sein darf, die Steuer wieder einzuführen (6). Die Liste der Kapitalgesellschaften in der Richtlinie 69/335/EWG ist unvollständig und sollte daher angepasst werden (10).

Art. 2 Richtlinie 2008/7/EG lautet: (1) Kapitalgesellschaften im Sinne dieser Richtlinie sind c) jede Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbszweck, deren Mitglieder berechtigt sind, ihre Anteile ohne vorherige Genehmigung an Dritte zu veräußern und deren Mitglieder für Schulden der Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristischen Person nur bis zur Höhe ihrer Beteiligung haften. (2) Für Zwecke dieser Richtlinie werden den Kapitalgesellschaften alle anderen Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen Personen gleichgestellt, die einen Erwerbszweck verfolgen.

Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 2008/7/EG ist somit im Wesentlichen gleich lautend mit Art.3 Abs.2 RL 69/335/EWG. Folgt man der Meinung *Rief*, Das neue Kapitalverkehrsteuerrecht und die

Rechtsprechung des EuGH, SWK- Sonderheft 1995, Rz 66, 67, können Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, die einen Erwerbszweck verfolgen in den Kreis der Kapitalgesellschaften einbezogen werden. Mit BGBl. 325 idF BGBl. 1987/312, wonach 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, wurden Genossenschaften nicht generell zu Kapitalgesellschaften iSd KVG, sehr wohl aber dann, wenn die partizipationskapitalbegebende Bank eine Genossenschaft ist. Das widerspricht weder der RL 69/335/EWG, noch der RL 2008/7/EG, denn Genossenschaften, die einen Erwerbszweck verfolgen, können als Kapitalgesellschaften „gelten“. Laut *Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker*, Kapitalverkehrsteuergesetz- Kommentar 2008, Rz 497, zu § 5 ist BGBl. 325 idF BGBl. 1987/312 nicht EU-widrig, da gem. Art. 3 Abs. 2 RL 69/335/EWG (bzw. Art. 2 Abs. 2 RL 2008/7/EG) den Kapitalgesellschaften alle anderen Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristische Personen gleichgestellt sind, die einen Erwerbszweck verfolgen. Und ein Erwerbszweck wird zweifelsfrei verfolgt. Durch BGBl. 325 idF BGBl. 1987/312 wird auch kein neuer Vorgang besteuert, sondern lediglich der Kreis der Kapitalgesellschaften richtlinienkonform erweitert.

Die Genossenschaft ist als Kapitalgesellschaft im KVG nicht genannt, aber wenn nach den kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen Abschnitt VIII BGBl. 1986/325 idF BGBl. 1987/312 eine Bank in Form einer Genossenschaft geführt wird und Partizipationskapital iSd BWG begibt, ist sie insoweit Kapitalgesellschaft iSd KVG. Im gegenständlichen Fall ist das Partizipationskapital ein solches iSd § 23 Abs. 4 BWG, damit ist Abschnitt VIII BGBl. 1986/325 anzuwenden. Die Genossenschaft wird zur Kapitalgesellschaft iSd KVG. Der Unabhängige Finanzsenat hat in diese Richtungweisend bereits entschieden (UFS 19.4.2011, RV/0338-I/10).

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 BGBl. 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 besteuert 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 werden dafür 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 Kommentarmeinung 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 Z 1 iVm § 5 Abs. 1 Z 2 KVG. (*van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 466). Da § 5 Abs. 1 Z 3 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 klagestellt, dass beim Erwerb von Partizipationskapital Kapitalverkehrsteuer anfällt. Da Partizipationskapital ohnedies als Genussrechte zu qualifizieren sind, würden sie bereits aufgrund der in § 5 Abs. 1 Z 2 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 der 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 iS 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 geeignetste Instrument das 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 Emissionsbedingungen 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).

Bei diesem Erkenntnis, VwGH 16.12.1993, 92/16/0025, 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. 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 Emissionsbedingungen der Bw. sehen vor, dass der „Gewinnberechtigungsanspruch“ grundsätzlich mit dem durchschnittlichen 3-Monats-EURIBOR plus 130 Basispunkte p.a. pro Jahr vom Nennwert des Partizipationsscheines beträgt. Diese „Partizipationsdividende“ ist jährlich im Nachhinein zahlbar. 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.

Im vorliegenden Fall wählte die Bw. in den Emissionsbedingungen 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 hierbei 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 zinsenloses Darlehen umgewandelt, bis das gesamte Besserungskapital gedeckt ist. Der Verwaltungsgerichtshof nahm auch zu dem 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 zinsenloses 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 Besserungskapitals 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 Verkehrssteuern, 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 in seinem 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 befasse, 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 Verwaltungsgerichtshofurteile 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 zurückgezahlt 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, auch wenn nur eine Beteiligung von 1% vorgesehen ist

8.2.12. Nach § 23 Abs. 5 BWG und nach den Emissionsbedingungen 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 Emissionsbedingungen den Partizipationskapitalberechtigten in gewissem Ausmaß Mitgliedschaftsrechte wie eben das Teilnahme- und Auskunftsrecht zukommen lässt. Dass dem Partizipationsberechtigten 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, stille 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, stille 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 Emissionsbedingungen 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 Emissionsbedingungen der Bw. ergab, dass gesellschaftsteuerrechtlich eine Zuordnung der Rechte aus dem Partizipationskapital sowohl als Genussrecht als auch als „gewinnbeteiligte Forderung“ möglich ist.

8.2.13. Die Bw. meint, die Gesellschaftsteuerpflicht bei Begebung von Partizipationskapital ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Bank wäre mangels sachlicher Rechtsfertigung verfassungswidrig.

Die Einwände der Bw. gegen die gesetzliche Regelung an sich und deren Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung können nicht Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens sein, denn der Unabhängige Finanzsenat hat die geltenden Abgabengesetze anzuwenden, nicht jedoch, sie verfassungsmäßig zu prüfen, weswegen er zur Frage der Verfassungswidrigkeit lediglich folgendes anmerkt:

Die Feststellung der Gleichheit oder der Ungleichheit als Ergebnis des Vergleichens und die Feststellung des Gerechtfertigtseins von gleichen Rechtsfolgen (trotz partiell unterschiedlicher Sachverhalte) und die Feststellung der Zulässigkeit unterschiedlicher Regelungen (trotz teilweise gleicher Sachverhalte) erfolgt in einem die Gedankenschritte ordnenden stufenförmigen Verfahren. Dabei steht die Sachlichkeit einer Regelung im Vordergrund. Der Gesetzgeber gestaltet komplexe Regelungen nach einem bestimmten Ordnungssystem. Bestehen innerhalb des Regelungskomplexes von dem einmal eingeschlagenen Ordnungssystem abweichende Ausnahmen, also Einengungen, Erweiterungen und sonstige systemabweichende Bestimmungen, für die keine einsichtigen Gründe bestehen, so läßt sich daraus ableiten, daß der Gesetzgeber, der sich einmal für ein bestimmtes Regelungsprinzip entschieden hat, der einmal getroffenen Systementscheidung in gewissem Grad folgen müsse

(Stoll, Das Sachgesetzlichkeitsprinzip als Ausformung des Gleichheitsgrundsatzes, ÖStZ 1989, 188ff).

Der Kapitalverkehrsteuergesetzgeber besteuert mit der Gesellschaftsteuer im Wesentlichen die Leistungen des Gesellschafters an seine Kapitalgesellschaft. Diese Leistung des Gesellschafters kann auch ein Ersterwerb von Gesellschaftsrechten an dieser Kapitalgesellschaft sein. Das Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 BWG wurde als Spezifikum auf dem Bankensektor eingeführt und kann in dieser Form von anderen Unternehmungen/Kapitalgesellschaften als Banken nicht verwendet werden. Das Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 BWG sollte, wie unter Punkt 6.2. bereits erwähnt, zur Stärkung der Eigenkapitalbasis der österreichischen Banken dienen (van Husen, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 299, 305). Ein Ersterwerb von Gesellschaftsrechten liegt daher auch vor, wenn Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 BWG ausgegeben wird, da diese Rechte als Genussrecht bzw. gewinnbeteiligte Forderung ausgestaltet sind. Mit der Gesellschaftsteuer verfolgte der Gesetzgeber das Ordnungssystem, nur Leistungen an die in § 4 KVG genannten Kapitalgesellschaften zu besteuern. Mit den kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen des Abschnittes VIII BGBl. 1986/325 wurde aus dem Grund eine Erweiterung geschaffen, um nicht Banken mit den in § 4 KVG genannten Rechtsformen steuerlich mehr zu belasten als die Banken, die nicht in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft iSd § 4 KVG geführt werden, da die Stärkung der Eigenkapitalbasis durch das Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 BWG allen Banken in gleicher Weise zukommen sollte.

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 Kassatag für die gezeichneten Partizipationsscheine der 17.7.2006 war, 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 unterlägen (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. d RL 69/335/EWG (Art.3 lit. d 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 BGBl. 1986/325 idF BGBl. 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 BGBl. 1986/325 idF BGBl. 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 kapitalverkehrssteuerlichen Bestimmungen des Abschnitt VIII BGBl. 1986/325 haben daher nur klarstellende Bedeutung. Damit wird eine Bank, die in der Rechtsform einer Genossenschaft betrieben wird, zur Kapitalgesellschaft iSd Kapitalverkehrsteuergesetzes.

Im vorliegenden Fall spricht für die „Eigenkapitalqualität“ des Partizipationskapitals, 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 Emissionsbedingungen eine gewinnabhängige fixe Verzinsung von grundsätzlich dem durchschnittlichen 3-Monats-EURIBOR plus 130 Basispunkte p.a. des Partizipationsnominalbetrages, die nur dann anfällt, wenn ein Jahresgewinn vorhanden ist. Die Emissionsbedingungen besagen nur, dass die Erträge aus Partizipationskapital gewinnabhängig sind, sofern der fixe Zinssatz im Jahresgewinn Deckung findet. Das bedeutet folgendes: Ist kein Jahresgewinn vorhanden, werden dem Partizipationskapitalberechtigten keine Zinsen gezahlt. 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, 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 kapitalverkehrssteuerlich sowohl dem Typus des Genussrechtes als auch dem Typus der gewinnbeteiligten Forderung zugeordnet werden kann. Darüber hinaus kann der Partizipationskapitalberechtigte nach den Emissionsbedingungen 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 Generalversammlung und das Auskunftsrecht gemäß § 112 AktG aF bzw § 118 AktG nF.

Die Rechte aus dem Partizipationskapital iSd BWG sind daher unabhängig von den kapitalverkehrssteuerlichen Bestimmungen des Abschnittes VIII BGBl. 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 verstoße 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 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).

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

Die kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen Abschnitt VIII BGBL. 325 idF BGBL. 1987/312 waren zwar am 1.7.1984 noch nicht in Geltung, jedoch:

- enthalten diese Bestimmungen nur eine Klarstellung, dass die Rechte aus dem Partizipationskapital der Gesellschaftsteuer unterliegen. Wie gezeigt werden konnte, würden diese Rechte auch ohne kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen Abschnitt VIII BGBL. 325 idF BGBL. 1987/312 entweder als Ersterwerb von Genussrechten gemäß § 2 Z 1 KVG iVm § 5 Abs. 1 Z 2 KVG oder als Ersterwerb einer gewinnbeteiligten Forderung gemäß § 2 Z 1 KVG iVm § 5 Abs. 1 Z 3 KVG kapitalverkehrsteuerpflichtig sein.
- Der Ersterwerb von Genussrechten bzw. einer gewinnbeteiligten Forderung waren zum 1.7.1984 Vorgänge, die der Gesellschaftsteuer mit 2% unterlagen.
- Die Richtlinie 69/335/EWG in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 hat in Art. 4 Abs. 2 69/335/EWG den Einleitungssatz „*Soweit sie am 1. Juli 1984 der Steuer zum Satz von 1v.H. unterlagen, können die folgenden Vorgänge auch weiterhin der Gesellschaftsteuer unterworfen werden....*“. Im vorliegenden Fall geht es um den Ersterwerb von Rechten aus dem Partizipationskapital, der nach der nationalen Rechtslage § 2 Z 1 KVG unterliegt und auf welchen nach der Richtlinie Art. 4 Abs. 1 lit d 69/335/EWG anzuwenden ist und nicht Art. 4 Abs. 2 69/335/EWG. Art. 4 Abs. 1 69/335/EWG enthält keinen solchen Einleitungssatz wie Art. 4 Abs. 2 69/335/EWG.

Das Unionsrecht hat die kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen Abschnitt VIII BGBL. 1986/325 nicht verdrängt, auch eine Genossenschaft ist eine Kapitalgesellschaft iSd Richtlinie.

11. Schlussfolgerungen

11.1. Eine Genossenschaft, die einen Erwerbszweck verfolgt, ist eine Kapitalgesellschaft iSd Kapitalansammlungsrichtlinie. Die Einbeziehung von Banken, die in der Rechtsform einer Genossenschaft betrieben werden, in den Kreis der Kapitalgesellschaften für Zwecke der Gesellschaftsbesteuerung von Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 BWG ist nicht unionsrechtswidrig und auch nicht verfassungswidrig, da mit dem Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 BWG ein Finanzierungsinstrument geschaffen wurde, das die Eigenkapitalbasis aller Banken gleich welcher Rechtsform gleichmäßig stärken sollte.

11.2. Die Rechte aus dem Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 und 5 BWG sind unabhängig von den kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen des Abschnittes VIII BGBL. 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 mit 1% 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.

11.3. Durch die Fiktion der kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen des Abschnittes VIII BGBl. 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.

11.4. Abschnitt VIII BGBl. 1986/325 idF BGBl. 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.

11.5. Die Begebung von Partizipationskapital iSd § 23 Abs. 4 und 5 BWG durch eine Bank, die in der Rechtsform einer Genossenschaft betrieben wird, unterliegt daher als Ersterwerb von Gesellschaftsrechten gemäß § 2 Z 1 KVG iVm den kapitalverkehrsteuerlichen Bestimmungen des Abschnittes VIII BGBl. 1986/325 idF BGBl. 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.

Gemäß § 284 Abs. 1 Z 1 BAO hat über die Berufung eine mündliche Verhandlung stattzufinden, wenn es in der Berufung, im Vorlageantrag oder in der Beitrittserklärung beantragt wird.

Zum Antrag der Bw. auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist zu bemerken, dass die Bw. durch das Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.11.2001, 97/13/0138) zwar in ihrem aus § 284 Abs. 1 BAO erfließenden Verfahrensrecht verletzt wird. § 284 Abs. 3 BAO gestattet jedoch das Unterbleiben beantragter mündlicher Verhandlungen. Die Durchführung liegt auch bei Vorliegen der Voraussetzungen dieser Bestimmung im Ermessen (Ritz, BAO-Handbuch, 214f.). Ermessensentscheidungen sind nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände zu treffen. Das Absehen von der beantragten mündlichen Verhandlung ist angemessen sowohl in Bezug auf die berechtigten Interessen der Partei als auch in Bezug auf das öffentliche Interesse, insbesondere an der Einbringung der Abgaben, da die Beurteilung der Gesellschaftsteuerpflicht des von der Bw. abgegebenen Partizipationskapitals im gegenständlichen Fall keine noch aufzuklärende Sachverhalts-, sondern eine reine Rechtsfrage ist. Der Sachverhalt wurde, wie er von der Bw. gegenüber dem Finanzamt bekanntgegeben wurde, der Berufungsentscheidung zugrunde gelegt. Der Sachverhalt blieb von der Bw. unbestritten, ihre Berufungseinwendungen beziehen sich ausschließlich auf die Rechtsauslegung. Weiters wurde auch im Hinblick darauf, dass nach den vorstehenden Ausführungen ausgeschlossen werden kann, dass der Unabhängige Finanzsenat bei Vermeidung dieses Mangels (Durchführung einer mündlichen Verhandlung) zu einem anderen Bescheid hätte gelangen können, von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen. Darüber hinaus sind noch die Beschleunigung des Verfahrens, sowie die Kostenminimierung für die Ausübung des Ermessens ins Treffen zu führen.

Wien, am 30. Dezember 2011