



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Gassauer-Fleissner Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Wallnerstraße 4, gegen den endgültigen Bescheid des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern Wien vom 10. Jänner 2003, ErfNr. xx, StNr. xxx betreffend Gesellschaftsteuer entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Laut Bilanz der Berufungswerberin (Bw.) zum 31. Dezember 1993 ist unter den Passiven Position C "Rückzahlbares Genussrechtskapital" ein Betrag von S 40,000.000.- ausgewiesen.

Im Anhang zum Jahresabschluss zum 31. Dezember 1994 wird dazu erläutert:

"Rückzahlbares Genussrechtskapital ('Profit Participation Agreement')

Beim ausgewiesenen Betrag handelt es sich um gewinnberechtigtes Kapital der Gesellschafter der S Holdinggesellschaft m.b.H., welches gemäß den vertraglichen Bestimmungen zum 16. April 2002 rückzuzahlen ist, wobei im Konkurs- oder im Liquidationsfall ein Rangrücktritt gegenüber allen anderen Gläubigern sowie gegenüber den Darlehensgebern der ausgewiesenen nachrangigen Gesellschafterdarlehen besteht.

Der auf Grund des 'Profit Participation Agreement's' vereinbarte Gewinnanspruch beläuft sich auf 20% des konsolidierten Gewinns nach Steuern und Zinsen, jedoch nicht mehr als 20% des aushaltenden Genussrechtskapitals. Darüber hinaus besteht ein Gewinnanspruch nur unter

der Voraussetzung, dass der konsolidierte Gewinn vor Steuern 25% der Umsatzerlöse desselben Geschäftsjahres übersteigt."

Unter der Position D der Bilanz ist "Nachrangiges Gesellschafterdarlehen" im Betrag von S 144,128.611.- ausgewiesen. Dazu heißt es im Jahresabschluss:

"Bei den ausgewiesenen Beträgen handelt es sich um nachrangige Gesellschafterdarlehen, wobei im Konkurs- oder Liquidationsfall ein Rangrücktritt gegenüber allen anderen Gläubigern besteht. Der Subordinated Loan ist zum 16. April 2002 rückzahlbar. Der Convertible Loan ist unter bestimmten Bedingungen kurzfristig rückzahlbar, ansonsten kann eine Umwandlung in Grundkapital bzw. in ein nachrangiges Gesellschafterdarlehen ('Subordinated Loan') oder in gewinnberechtigtes Kapital ('Profit Participation Agreement') erfolgen."

Der erstinstanzliche Bescheid vom 15. Dezember 1995, mit welchem die Gesellschaftssteuer festgesetzt wurde (S 40.000.000.- x 2% = S 800.000.-), war deshalb vorläufig erlassen worden, weil noch die Frage eines allenfalls gegebenen Zusammenhangs zwischen dem Genussrechtskapital und einem in der Bilanz ebenfalls ausgewiesenen „nachrangigen Gesellschafterdarlehen“ zu klären war.

In der Berufung wurde dagegen vorgebracht, der auf Grund des 'Profit Participation Agreement' eingezahlte Betrag unterliege nicht der Gesellschaftssteuer. Wirtschaftlich bestünde ein Zusammenhang mit den Darlehensvereinbarungen ('Subordinate Loan Agreement'), weswegen die Kapitalgeber als Darlehensgeber anzusehen seien. Eine echte Gewinnbeteiligung sei im Hinblick auf die wirtschaftliche Situation der Darlehensnehmerin nicht im Vordergrund gestanden, sondern eine fixe Verzinsung des Kapitals.

Das Rechtsmittel wurde mit Berufungsentscheidung RV/715-09/96 vom 12. Mai 1999 als unbegründet abgewiesen. Dagegen wurde Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben. Der Verwaltungsgerichtshof setzte das Verfahren gemäß § 38 AVG iVm § 62 Abs. 1 VwGG bis zur Vorabentscheidung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften über die an ihn gestellte Frage, ob der Erwerb von Genussrechten - gemessen am Gemeinschaftsrecht – überhaupt gesellschaftsteuerpflichtig ist, mit Beschluss vom 30. März 2000, Zlen. 99/16/0192, 0392, aus. Nachdem die Vorfrage vom EuGH mit Urteil vom 17. Oktober 2002, C-138/00 positiv beantwortet wurde, wies der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 6. November 2002, Zi. 2002/16/0243 die Beschwerde als unbegründet ab.

Am 10. Jänner 2003 erließ das Finanzamt den endgültigen Bescheid, der lautet: „Der vorläufige Bescheid betreffend Gesellschaftssteuer vom 15. Dezember 1995 wird gemäß § 200 Absatz 2 BAO für endgültig erklärt. In der Höhe der festgesetzten Gesellschaftssteuer (S 800.000,00 = € 58.138,27) tritt keine Änderung ein.“

Fristgerecht wurde dagegen Berufung erhoben.

Eingewendet wurde, dass die St GmbH liquide Mittel in Höhe von etwa S 170 Mio. benötigte. Da diese Mittel von den Darlehensgebern zu im Detail leicht unterschiedlichen Bedingungen sowie verschiedener Laufzeit zur Verfügung gestellt werden sollten, mussten drei zwar getrennt eingegangene, aber wirtschaftlich zusammengehörige Vereinbarungen abgeschlossen werden. Für die aus dem Profit Participation Agreement der Darlehensnehmerin zur Verfügung gestellten Mittel war eine Verzinsung vereinbart und die drei Vereinbarungen vom 24. 7.1992 (Subordinated Loan Agreement, Convertible Loan Agreement, Profit Paticipation Agreement) wurden in wirtschaftlicher Einheit abgeschlossen. Das Profit Participation Agreement sieht eine **variable** Verzinsung des Kapitals welche mit maximal 20% des aushaltenden Darlehensbetrages begrenzt ist, vor, sowie eine Rückzahlbarkeit des Kapitals bis zum 16.4.2002. Die Nachrangigkeit spricht nicht gegen ein Darlehen.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

#### I.) Genussrecht und Gewinnbeteiligung

Im gegenständlichen Fall ist noch das Kapitalverkehrsteuergesetz in der Fassung vor der Novelle BGBl. 629/1994 anzuwenden.

Gemäß § 2 Z. 1 KVG unterliegt der Gesellschaftsteuer der Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer Kapitalgesellschaft durch den ersten Erwerber. Gemäß § 6 Abs. 1 Z. 2 KVG gelten als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften auch Genussrechte.

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

IdR sind Genussrechte auf wiederkehrende Leistungen (Gewinnbeteiligung) gerichtet, sie begründen dann ein Dauerschuldverhältnis.

Die gewährten Vermögensrechte bestehen im häufigsten Fall aus einem laufenden Entgelt in Form einer Gewinnbeteiligung, also in Form einer gewinnabhängigen "Verzinsung". Gewinnabhängigkeit liegt vor, wenn sich die Höhe der Ausschüttung nach der Höhe des

Gewinnes richtet, wenn die Ausschüttung z.B. 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. den Gewinn gekoppelten Zusatzvergütung wird allgemein als möglich erachtet. Ebenso steht eine feste Verzinsung der Annahme eines Genussrechtes nicht entgegen, sofern die Zahlung nur bei Ausweis entsprechender Gewinne vorgesehen ist (Eberhartinger, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 13ff).

## II.) Genussrecht - Darlehen

Der Unterschied zwischen Darlehen und Genussrecht liegt darin, dass beim Darlehen der Geldgeber Kapital zur Verfügung stellt und dafür Entgelt in Form von fixen Zinsen, berechnet vom Kapitalbetrag erhält und beim Genussrecht der Geldgeber für die Zurverfügungstellung von Kapital eine Beteiligung am Unternehmen, eine Gewinnbeteiligung erhält. Beim Genussrecht ist nicht gefordert, dass der Genussrechtsinhaber am Verlust der Gesellschaft teilnimmt, wohl aber ist er am Risiko des Unternehmens beteiligt. Beim Genussrecht ist im Gegensatz zum "echten" Darlehen eine beteiligungsähnliche Stellung des Geberts erwünscht.

## III.) Qualifikation der Vereinbarung über das Profit Participation Agreement als Genussrechtsbegründung

Diese Vereinbarung wurde von den Parteien als "Nachrangiges Genussrechtskapital" bezeichnet. Die englische Überschrift könnte mit den Worten "Gewinnbeteiligungsübereinkommen" übersetzt werden. Im Vereinbarungstext wird vom "gewinnberechtigten Kapital der Gesellschafter" gesprochen.

Das Wort "Participation" lässt darauf schließen, dass eine beteiligungsähnliche Stellung des Genussrechtsberechtigten vertraglich erwünscht war. Aus dem Vertragswortlaut ist zu entnehmen, dass bei einem gewöhnlichen Verlauf des wirtschaftlichen Erfolges in der Hauptsache eine Beteiligung des Genussrechtsberechtigten am Gewinn gegeben ist. Der dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. März 1994, ZI 92/16/0189 zu Grunde liegende Sachverhalt unterscheidet sich gravierend von vorliegendem Sachverhalt, denn dort gaben Arbeitnehmer ihrer Gesellschaft Darlehen, die überwiegend fix verzinst waren und erst ab einer bestimmten Höhe an dem Gewinn einer ganzen Unternehmensgruppe minimal beteiligt waren. Abgesehen vom Überwiegen war keine wirtschaftliche Organisation vorhanden, d.h. nach den Darlehensvereinbarungen war nicht einmal eine minimale Beteiligung vorgesehen. Für eine Beteiligung und nicht für ein Darlehen spricht, dass im Konkurs- oder im Liquidationsfall gegenüber allen Gläubiger und den ("nachrangigen") Darlehensgebern ein Rangrücktritt besteht.

Das "Profit Participation Agreement" ist als Einräumung eines Genussrechtes zu qualifizieren. Das Genussrecht besteht darin, dass die Bw. 1/5 des Gewinnes an die Gesellschafter zu zahlen hat. Die Zahlung ist zwar beschränkt mit 1/5 des aushaftenden Genussrechtskapitals, doch ist die Verzinsung nicht fix (vom Kapital), sondern insgesamt gewinnabhängig (Zinsen werden vom jeweiligen Gewinn bezahlt). Über diese Begrenzung hinaus besteht ein Gewinnanspruch nur bei exorbitanten Gewinnen. Die Gewinnbeteiligung orientiert sich am Reingewinn, das heißt, das Gewinnrisiko ist immanenter Bestandteil der Genussrechtsvereinbarung.

In der Begrenzung der Beteiligung mit dem Höchstbetrag von 1/5 des Kapitalsbetrages und anschließender Änderung der Gewinnbeteiligungsrichtlinien ist keine fixe Verzinsung auszumachen, sondern nur eine Grenzziehung für die Staffelung der variablen Verzinsung. Die Bw. schreibt im Übrigen in ihrem Vorlageantrag vom 6. März 2003, dass das Profit Participation Agreement eine **variable** Verzinsung des Kapitals vorsieht, welche mit maximal 20% des aushaftenden Darlehensbetrages begrenzt ist.

Die von der Bw. angesprochene ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, dass für die Beurteilung als Darlehen oder als Gesellschaftsrecht maßgebend ist, ob die Vereinbarung einer festen Verzinsung oder die Gewinnbeteiligung als Hauptsache anzusehen ist, betrifft nicht Genussrechte, sondern § 5 Abs. 1 Z. 3 KVG: Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft gewähren. Der gegenständliche Sachverhalt wurde unter § 5 Abs. 1 Z. 2 KVG gereiht, unter „Genussrechte“. Genussrechte gelten unabhängig von ihrer Ausgestaltung als Gesellschaftsrechte.

IV.) Die Genussrechtseinräumung und die Darlehensverträge bilden keine wirtschaftliche Einheit in dem Sinn, dass es zu einer Überbindung der Darlehensabmachungen auf das Genussrecht kommt.

Der Verwaltungsgerichtshof äußerte sich im Erkenntnis vom 6. November 2002, ZI. 2002/16/0243 dazu folgendermaßen:

„Was die von der Beschwerde gegen die Behandlung der in Rede stehenden Leistung als Genussrecht und für das Vorliegen eines Darlehens ins Treffen geführten Argumente anlangt, ist die „Bw.“ darauf zu verweisen, dass sie selbst im Anhang zur Bilanz dem für 10 Jahre gebildeten „Genussrechtskapital“ und den allenfalls auch kurzfristig rückzahlbaren „nachrangigen Gesellschafterdarlehen“ differenziert, wobei sie auch ausdrücklich eine Umwandlung der nachrangigen Gesellschafterdarlehen in „Profit Participation Agreement“ und damit in das von ihr selbst so bezeichnete Genussrechtskapital ins Auge fasst. Wollte man nicht von vornherein dieser Differenzierung jeden Sinn absprechen....so ergibt sich daraus,

dass schon nach den eigenen Darlegungen der „Bw.“ in ihrem Bilanzanhang unter Genussrechtskapital eben kein Darlehen zu verstehen war.“

Die Genussrechtseinräumung und die Darlehensverträge wurden nach Angabe der Bw. an einem Tag abgeschlossen. Den Erläuterungen zur Bilanz zum 31. Dezember 1993 sind gegenseitige Verweisungen in den Vereinbarungen zu entnehmen. Die Genussrechtsvereinbarung besagt, dass das Genussrecht im Konkurs- oder Liquiditätsfall nachrangig hinter den (nachrangigen) Gesellschafterdarlehen ist. Die nachrangigen Gesellschafterdarlehen können auch in Genussrechtskapital umgewandelt werden.

Aus diesen Verweisungen kann aber keine wirtschaftliche Einheit von Genussrechts- und Darlehensvereinbarungen abgeleitet werden. Weil das Darlehen fix verzinst eingeräumt wurde, weist kein Vereinbarungspunkt darauf hin, dass dies auch für das Genussrecht so gewollt war. Die englische Übersetzung mag hier unterstützend zur Vertragsauslegung herangezogen werden: Die Genussrechtsvereinbarung wurde ausdrücklich als "Profit Participation Agreement" bezeichnet, als "Gewinnbeteiligungsübereinkommen", die Darlehensvereinbarungen als "Subordinated oder Convertible Loan", d.h. als "untergeordnete oder umwandelbare Darlehen". Die Erläuterungen zur Bilanz, die nachrangigen Gesellschafterdarlehen betreffend, lauten ausdrücklich...."ansonsten kann eine Umwandlung in Grundkapital bzw. in ein nachrangiges Gesellschafterdarlehen oder in gewinnberechtigtes Kapital erfolgen". Wäre eine wirtschaftliche Einheit angestrebt gewesen, hätte sich eine derart minutiöse Differenzierung erübrigt.

#### V.) Zusammenfassung

Die Bw. ist der Meinung, dass der als "Profit Participation Agreement" bezeichneten Vereinbarung nicht eine Genussrechtseinräumung, sondern ein Darlehensvertrag zu Grunde liegt.

Für den Genussrechtscharakter dieses Agreements sprechen jedoch folgende Merkmale:

- die Bezeichnung als "Profit Participation Agreement", oder Gewinnbeteiligungsübereinkommen (und nicht als "Loan")
- "Participation" wird laut Langenscheidts Taschenwörterbuch Englisch mit "Teilnahme/Beteiligung" übersetzt
- es ist ausschließlich von einer Gewinnbeteiligung die Rede
- die Gewinnabhängigkeit manifestiert sich darin, dass Zinsen vom jeweiligen Gewinn bezahlt werden
- Gewinnrisiko ist vorhanden, d.h. die Gewinnbeteiligung orientiert sich am Reingewinn

- aus dem Zusammenklang von Wort- und Sinnauslegung der Vereinbarung ergibt sich, dass eine beteiligungsähnliche Stellung des Genussrechtsberechtigten erwünscht war
- in der Bilanz ist das "Profit Participation" vom "Loan" getrennt
- die Vereinbarungen erwähnen einander, überbinden aber keine Vertragsbestimmungen
- keine fixe Verzinsung
- ausschließlich variable Verzinsung, die Bruchteile des Genussrechtskapitals dienen lediglich als Zäsur für geänderte Gewinnbeteiligungsbedingungen
- das "Profit Participation Agreement" reiht sich im Falle des Konkurses, der Liquidation der Bw. hinter die "nachrangigen Gesellschafterdarlehen", es ist damit einlagen- bzw. beteiligungsähnlicher ausgestaltet als ein Darlehen.

Es liegen alle Elemente des Genussrechtes vor.

Bei Abschluss der Vereinbarung konnten die Vertragsteile nach den damals bekannten Umständen ernstlich damit rechnen, einen Prozentsatz vom Gewinn zu erhalten (fixe Verzinsung vom Kapitalsbetrag war nicht vereinbart). Ergänzende Fragestellungen, weitere Ermittlungen erübrigten sich damit. Ein Beobachtungszeitraum ist nach der Judikatur nicht gefordert und widersprüche der Ordnungsstruktur der am Stichtag orientierten Gesellschaftsteuer.

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

Wien, am 26. Juni 2006