

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag. Ilse Rauhofer in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch TPA Steuerberatung GmbH, Wiedner Gürtel 13, 1100 Wien, über die Beschwerde vom 4. September 2017 gegen den Bescheid des (damaligen) Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel vom 27. Juli 2017 betreffend Gesellschaftsteuer 2015, ErfNr***1***, Steuernummer ***BF1StNr1*** zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Offenlegung vom 5.7.2017

Mit Schreiben vom 5.7.2017 brachte die ***Bf1*** (die nunmehrige Beschwerdeführerin, kurz Bf.) dem (damaligen) Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel (nunmehr Finanzamt Österreich, Dienststelle für Sonderzuständigkeiten, kurz FA) folgenden Sachverhalt zur Kenntnis, der ihrem Verständnis nach nicht der Gesellschaftsteuer unterliege:

*„1. ***BF*** hat am 15. Dezember 2015 (Einzahlung vom 17. Dezember 2015) ein Inhaberpapier emittiert, bei dem es sich - ungeachtet seiner Bezeichnung als Genussrecht – nicht um ein solches, sondern um eine Anleihe (mit einzelnen Darlehenskomponenten) handelt. Folgende Aspekte liegen im Detail zu Grunde:*

Stück	Nennbetrag pro Stück	Summe Nennbetrag	Gläubiger	Stichtag Einzahlung	uE keine Gesellschaft- steuer von
	EUR	EUR			EUR

20	500.000,00	10.000.000,00	***X***	17.12.20105	100.000,00
Summe		10.000.000,00			100.000,00

2. Nähere Details zur inhaltlichen Ausgestaltung dieses Wertpapiers entnehmen Sie bitte den beiliegenden Vertragsbedingungen in der Fassung vom 3. Dezember 2015. Die Eckpunkte zeigen folgendes Bild:

- Begrenzte Laufzeit mit Rückzahlungsverpflichtung,
- Fixverzinsung (keine Beteiligung am laufenden Gewinn und/oder am Liquidationsgewinn, sowie keine Beteiligung an stillen Reserven, Wertzuwachs oder Firmenwert),
- Kein Bezugsrecht,
- Kein Einfluss der Erwerber auf die strategische Ausrichtung der ***BF***,
- Kein Mitsprache- (§ 3 Abs 2 der Vertragsbedingungen), Stimm- und/oder Teilnahmerecht,
- Keine Kontroll- und Mitwirkungsrechte (siehe § 14 der Vertragsbedingungen; dort ist nur von Informationsrechten die Rede),
- Vorrang vor den Gesellschaftern der ***BF***,
- Kein sonstiges gesellschaftsrechtliches Herrschaftsrecht (welcher Art auch immer).

3. Dass eine GesSt-Anzeige (genauer: die GesSt-Erklärung gemäß § 10 Abs 1 KVG) erst jetzt erfolgt, hat zwei Gründe:

- Die Ähnlichkeit dieser Emission zu einer von einer Schwestergesellschaft emittierten Tranche samt der Außenwirkung, die das Finanzamt dabei erzeugt hat;
- Die Antwort auf die damalige Anzeige vom 15.9.2014 hat mehr als 30 Monate auf sich warten lassen, konkret bis zur Zustellung der drei Bescheide vom 9.5.2017 (beides im Detail dargestellt im Schreiben vom 31. Mai 2017 und ersichtlich im Akt unserer Schwestergesellschaft ***1*** unter der Steuernummer ***2***). Bis dahin durften - ja mussten - wir alle (***BF***, ihre Geschäftsführer und ihre Mitarbeiter sowie ihre Berater) davon ausgehen, dass die Behörde unsere Rechtsansicht der GesSt Freiheit teilt. Daraus haben wir den - bei lebensnaher Betrachtung geradezu auf der Hand liegenden - Schluss gezogen, dass ein Sachverhalt, der selbst nach Ansicht der Behörde keine Steuer auslöst, ihr nicht zur Kenntnis gebracht werden muss. Diese Einschätzung ist überholt; darum wird die Offenlegung nunmehr nachgeholt.“

Das gegenständliche Wertpapier löse aus folgenden Gründen keine Gesellschaftsteuer aus:

1. Die aus außersteuerlichen Gründen gewählte, definitiv nicht vorteilhafte Bezeichnung dieses Inhaberpapiers als Genussrechtsschein ist gesellschaftssteuerlich unschädlich: Niemand käme etwa auf die Idee, bei einem echten (hier nicht vorliegenden) Genussrecht die GesSt-Pflicht nur aufgrund der Wahl einer anderen Bezeichnung (zB als Anleihe, Darlehen, Tausch) aus diesem Grund von vornherein auszuschließen (vgl. auch VwGH 24.03.1994, 92/16/0189; VwSlg 6879 F/1994; mit Anmerkungen zum Erkenntnis Loukota, Abgrenzungsfragen zur Gesellschaftsteuer bei hybriden Finanzierungen, FJ

2011, 12/2011, 400). Eine Fehlbezeichnung ist nicht einmal im Gebührenrecht trotz des dortigen Urkundenprinzips (§ 15 Abs 1 GebG 1957) schädlich. Selbst dort zählt der Inhalt (vgl nur VwGH 16.3.1987, 85/15/0155, VwSlg 6200/F).

2. Grundvoraussetzung (*conditio sine qua non*) für die Fiktion, dass Genussrechte - typische Gläubigerrechte - für Zwecke der GesSt als Gesellschaftsrechte gelten (§ 5 Abs 1 Z 2 iVm § 2 Z 1 KVG) ist, dass der Erwerber gesellschaftsrechtliche Herrschaftsrechte erhält. Das wird

- von der Judikatur (zB VwGH 1.9.1999, 98/16/0121, VwSlg 7433/F): „Nach der Judikatur des VwGH (Hinweis Erkenntnis 16.12.1993, 92/16/0025), kommt es für ein Genussrecht wesentlich darauf an, dass dieses dem Berechtigten einen Anspruch einräumt, der seinem Inhalt nach ein typisches Vermögensrecht eines Gesellschafters ist, wovon im vorliegenden Fall aber keine Rede sein kann.“) und
- von Art 3 der EU-Steuerrichtlinie 2008/7/EG gleichermaßen gesehen bzw verlangt. Doch ist ein derartiger Sachverhalt dort wie hier völlig ausgeschlossen (vgl nur den Katalog oben).

3. Ein Vergleich mit dem Erkenntnis des BFG vom 13.4.2015, RV/7101325/2008, spricht ebenfalls klar und eindeutig für uns und damit gegen eine Steuerpflicht. Der dieser Entscheidung vorangestellte Stammrechtssatz könnte auch für unseren Sachverhalt geschrieben worden sein.

Er lautet:

„Die als „Genussrechte“ bezeichnete Hingabe von Kapital an eine GmbH stellt keinen Erwerb von Gesellschaftsrechten iSd § 5 Abs. 1 Z 2 KVG bzw. Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG dar, wenn dafür von der Kapitalgesellschaft gewinnunabhängig 10% Zinsen p.a. vom hingegebenen Kapitalbetrag zu zahlen sind, keine Beteiligung der Genussrechtsberechtigten am laufenden Verlust und am Liquidationserlös vorgesehen sind, sie keine Mitwirkungsrechte hat und die Genussrechte nicht ohne Zustimmung der Kapitalgesellschaft veräußern darf, trotz dessen, dass die Genussrechte mit 15 jährigem Kündigungsverzicht auf die Dauer der Kapitalgesellschaft gewährt werden, nachrangig sind und die Genussrechtsberechtigte die Urgroßmuttergesellschaft ist. Gesellschaftsteuerlich liegt keine „unternehmerische Beteiligung“ am Wohl und Wehe der Kapitalgesellschaft, sondern ein Nachrangdarlehen eines Nichtgesellschafters vor. Die im Ausfallrisiko der rangrücktretenden Genussrechtsberechtigten liegende Eigenkapitalkomponente wird durch den vergleichsweise hohen fixen Zinssatz abgegolten, {vgl. UFS 24.8.2004, RV/0290-W/02; UFS 7.11.2005, RV/3003-W/05; UFS 26.6.2006, RV/0371-W/03; UFS 30.12.2011, RV/1933-W/09; UFS 8.11.2012, RV/0633-W/11; UFS 8.10.2012, RV/1328-W/08 ua; UFS 20.11.2012, RV/0790-W/11; UFS 6.12.2012, RV/1080-W/11 uvam).“

4. Um Redundanzen zu vermeiden, dürfen wir hinsichtlich der weiteren Argumente zur Nichtsteuerbarkeit dieser Emission auf das Verfahren unserer Schwestergesellschaft ***1*** verweisen. Die angesprochenen Argumente sind in der Beschwerdeschrift gegen deren drei GesSt-Bescheide vom 9.5.2017 angeführt und gelten allesamt auch für die hier angezeigte -inhaltlich sehr ähnliche - Emission.“

Bescheid vom 27.7.2017

Mit Bescheid vom 27.7.2017 setzte das FA gegenüber der Bf. ausgehend von einer Bemessungsgrundlage von € 10.000.000,00 Gesellschaftsteuer iHv € 100.000,00 gegenüber der Bf. fest.

Die Begründung des Bescheides lautet wie folgt:

„Nach § 5 Abs. 1 Z 2 KVG gelten Genussrechte als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften. Eine Definition der Genussrechte enthält das KVG nicht. Der Begriff des Genussrechts ist nirgends gesetzlich definiert. Ein Genussrecht ist ein schuldrechtliches Vermögensrecht, das als Gegenleistung für die Überlassung von Kapital oder zur Abgeltung sonstiger Ansprüche gewährt wird. Der Gesellschaftsteuer unterliegen auch obligationsähnliche Genussrechte. Es genügt die vereinbarte gewinnabhängige Verzinsung. Hinzu kommen noch die eingeschränkte Auflösungsmöglichkeit, die Nachrangigkeit, fehlende Besicherung, keine Aufrechnung mit Forderungen, Jahresfehlbeträge reduzieren auch das Genussscheinkapital und der definierte Rückzahlungsbetrag.“

Beschwerde

In der dagegen fristgerecht erhobenen Beschwerde wurde die ersatzlose Bescheidaufhebung beantragt und zum Sachverhalt/Verfahrensgang ausgeführt wie folgt

****Bf1*** (nachfolgend „***BF****“) ist eine inländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Unternehmensgegenstand in der Konzeption und Entwicklung von Immobilienprojekten liegt. Sie investiert derzeit in ein österreichisches Projekt in sehr guter Lage in Wien („***3****“).*

****BF**** hat zwecks Finanzierung des Objekts „***3****“ (***...****) im Dezember 2015 ein als Wertpapier mit ISIN-Nummer versehenes verbrieftes Inhaberpapier emittiert, welches aufgrund der Bedingungen vom 3.12.2015 wirtschaftlich als anleiheähnliche Schuldverschreibung und nicht als Substanzgenussrecht iSd § 8 Abs. 3 Z 1 2. Teilstrich KStG 1988 zu qualifizieren ist.*

*Die Bescheidbegründung vom 27.7.2017 ist (mit Ausnahme des Ausbleibens des Arguments der Bilanzierung im Hybridkapital) ident (!) mit jener des Bescheides der Schwestergesellschaft ***1*** vom 6.7.2017. Ebenso wie im Bescheid vom 6.7.2017 geht auch hier das Abstellen auf eine „gewinnabhängige Verzinsung“ ins Leere, weil bei der gegenständlichen Emission eine fixe Verzinsung von insgesamt 10% vereinbart ist.*

Wie in der Folge gezeigt wird, handelt es sich bei den streitgegenständlichen Papieren um anleiheähnliche Schuldverschreibungen. Es liegen keine Qualifikationsmerkmale vor,

die eine Subsumtion der Papiere unter § 5 Abs 1 Z 2 oder Z 3 KVG rechtfertigen würden. Wir beantragen daher die ersatzlose Aufhebung des bekämpften Bescheides.

Die den Inhaberpapieren der Emission 2015 zugrunde liegenden Bedingungen vom 3.12.2015 (im Folgenden kurz: Bedingungen) könnten wie folgt vereinfachend zusammengefasst werden:

- Gegenstand der Inhaberpapiere ist eine fixe Rendite von insgesamt 10 % bezogen auf den Nennbetrag der Inhaberpapiere nach Maßgabe der Bedingungen (§ 3 Abs 1 iVm § 13 der Bedingungen).*
- Die Inhaberpapiere verbriefen ausschließlich Gläubigerrechte, aber keine Gesellschafterrechte (§ 3 Abs 2 der Bedingungen). Es bestehen daher insb. keine Teilnahmerechte und keine Stimmrechte in der Generalversammlung der Emittentin, auch nicht in sonstigen Gremien der Emittentin und auch keine sonstigen Mitwirkungsrechte.*
- Die Laufzeit ist begrenzt mit rund 8 Jahren (§ 5 Abs 2 der Bedingungen).*
- Für den Fall der Ausübung des außerordentlichen Kündigungsrechts (§ 7 der Bedingungen) steht dem Inhaber ein Kündigungsbetrag in Höhe des Nennbetrages des/der von der außerordentlichen Kündigung umfassten Inhaberpapiers/Inhaberpapiere zu.*
- Bezugsrechte der Inhaber auf Geschäftsanteile, auf Inhaberpapiere dieser oder anderer Tranchen oder sonstige Wertpapiere (etwa auch Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen), Finanzinstrumente etc. sind ausgeschlossen (§ 8 der Bedingungen).*
- Die Inhaberpapiere stehen einander im Rang gleich (§ 9 der Bedingungen). Die Inhaberpapiere sind vorrangig gegenüber den Ansprüchen von Gesellschaftern aus dem Eigenkapital der Emittentin und gegenüber Gewinnansprüchen der Gesellschafter; sie sind nachrangig gegenüber den Ansprüchen aller nichtnachrangigen und nichtgleichrangigen Gläubigern (§ 9 der Bedingungen). Die Inhaberpapiere sind entsprechend einer nachrangigen Anleihe strukturiert.*
- Die Inhaber erhalten eine vorrangige fixe Verzinsung von 6.5 % p.a., die Berechnung erfolgt taggenau 365/365 bzw. 366/366. Die Verzinsung (in den Bedingungen „Vorrangige Genussscheinrendite“) bezieht sich auf den Nennwert der Inhaberpapiere. Die Auszahlung der Rendite ist davon abhängig, dass die Rendite im Jahresüberschuss Deckung findet und die Auszahlung der Rendite zu keinem Bilanzverlust führt (§ 13 Abs 2 der Bedingungen). Zusätzlich erhalten die Inhaber eine fixe Verzinsung von 3,5 % p.a. taggenau 365/365 bzw. 366/366 (in den Bedingungen „endfällige Genussscheinrendite“)*

bezogen auf den Nennwert für den Zeitraum zwischen dem Einzahlungsstichtag und dem Rückzahlungsstichtag. Die endfällige fixe Verzinsung ist zum Rückzahlungsstichtag fällig.

- Die Rendite der Inhaberpapiere ist vorrangig gegenüber Gewinnansprüchen der Gesellschafter, dh die vorrangige Rendite der Inhaberpapiere genießt Vorrang vor Gewinnausschüttungen und Ansprüchen der Gesellschafter aus dem Stammkapital (§ 13 Abs 3 der Bedingungen). Wird die vorrangige Rendite für eine Periode nicht erreicht, wird der Differenzbetrag auf die nächste Periode vorgetragen und mit dem Zinssatz der vorrangigen Rendite der Inhaberpapiere verzinst („Vorgetragene Genussscheinrendite“). Die Frage der Stundung ist ein rein theoretisches Thema. Für den Fall, dass diese doch noch eintreten sollte, wird die vorgetragene Rendite in aller Regel spätestens bei Tilgung des Inhaberpapiers beglichen.
- Jahresfehlbeträge reduzieren vorrangig das Eigenkapital (Kapitalrücklagen, Bilanzgewinn bzw. Gewinnvortrag) und gehen erst nach vollständigem Verbrauch des Eigenkapitals zu Lasten des Nominalbetrages der Inhaberpapiere (§ 13 Abs 4 der Bedingungen). Die rechnerische Zuweisung von allfälligen Verlusten ändert aber nichts an der fixen Verzinsung. Darauf folgende Jahresüberschüsse sind diesfalls vorrangig dazu zu verwenden, das Kapital der Inhaberpapiere wieder aufzufüllen.
- Die Informationsrechte der Inhaber beschränken sich auf die Übermittlung des DGBJahresabschlusses, Quartalsberichten der Geschäftsführung und monatlichen Aufstellung des Nettokapitalwerts (§14 der Bedingungen), All dies sind Informationen, die jeder professionelle Fremdkapitalgeber typischerweise fordert und erhält und im Übrigen den Basel-Bestimmungen der Banken im Wesentlichen entsprechen.
- Im Falle der Liquidation der Emittentin oder bei Ende der Laufzeit des Inhaberpapieres haben die Inhaber Anspruch auf Auszahlung des Rückzahlungsanspruches (§ 15 der Bedingungen). Der Rückzahlungsanspruch entspricht dem (unverzinsten) Nominalbetrag der Inhaberpapiere zuzüglich der endfälligen fixen Verzinsung.“

Der angefochtene Bescheid vom 27.7.2017 weise folgende (formellen) Mängel auf:

- „• Die Darstellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts ist mangelhaft, unrichtig und unvollständig.
- Gänzlich fehlen auch Ausführungen, welche Beweise erhoben worden sind und wie sie gewürdigt wurden.

- Die Behörde hat sich offensichtlich nicht mit den Bedingungen 2015 sowie unserer Offenlegung und den darin vorgebrachten Erläuterungen vom 5.7.2017 an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel befasst.
- Die Kernfrage - ob die vorliegenden Inhaberpapiere überhaupt Genussrechte darstellen - wird nicht behandelt. Die bloße Bezeichnung als „Genussscheine“ ist ja nach der ständigen VwGH-Judikatur nicht maßgeblich, relevant ist der wirtschaftliche Gehalt der Vereinbarung.
- Die höchstgerichtliche Rechtsprechung, insb. zur Fixverzinsung, wird ohne Begründung negiert.
- Die Begründung spricht u.a. von einer „gewinnabhängige Verzinsung, welche aufgrund der Fixverzinsung von 10% im konkreten Fall nicht gegeben ist.
- Die Behörde hat keine Prognoserechnung oder ähnliches angefordert, die aber für die Beurteilung, ob ein Verlust des Eigenkapitals der Emittentin überhaupt denkmöglich ist, essentiell ist
- Die Behörde hat sich nicht mit der gemeinschaftsrechtlich gebotenen Auslegung des KVG im Lichte des Art 3 lit d der Richtlinie 2008/7/EG beschäftigt; das Gemeinschaftsrecht sieht explizite Einschränkungen auf Rechte vor, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wie zB Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse, die alle im konkreten Fall nicht gegeben sind.“

Die materielle Rechtswidrigkeit wurde von der Bf. zusammengefasst wie folgt begründet:

- „• Es liegt eine Fixverzinsung von 10% ohne Schwankungsbreite vor. Die Verzinsung wird vom Nominalbetrag des Genussscheines berechnet und nicht vom Gewinn. Es liegt daher entgegen der Beschwerdebegründung keine Gewinnbeteiligung vor.
- Es besteht kein Anspruch auf einen Liquidationserlös. m Die Inhaber haben kein Mitwirkungs- oder Mitspracherecht, kein Teilnahmerecht und/ oder Stimmrecht in der Generalversammlung und somit keinerlei gesellschaftsrechtliche Herrschaftsrechte bzw. Aktionärsrechte.
 - Bezugsrechte sind ausgeschlossen.
 - Die Genussscheininhaber sind gegenüber den Ansprüchen der Gesellschafter vorrangig.
 - Es liegt keine mit Aktionären oder Gesellschaftern vergleichbare Teilnahme an Verlusten vor, sondern lediglich eine theoretische Stundung bis zur Tilgung, die Ausfluss

der Rangfolge der Bedienung von Gläubiger im Falle der Überschuldung sind, wobei die (theoretische) Stundung der Ansprüche der Inhaber erst zum Tragen kommt, wenn das gesamte Eigenkapital aufgebraucht ist und dies aufgrund der hohen Kapitalrücklagen unwahrscheinlich ist.

- *Die Genussscheine weisen eine für Immobilienfinanzierungen vergleichsweise kurze Laufzeit und eine geringe Mindestlaufzeit auf und sind auch insoweit nicht in die Nähe von Vermögensrechten von Gesellschaftern zu rücken.*
- *Die Bezeichnung ist für die Beurteilung, ob Gesellschaftsrechte iSd § 5 KVG vorliegen oder nicht, irrelevant. Maßgeblich ist der wahre wirtschaftliche Gehalt der Genussscheinbedingungen. Die Bezeichnung als „Genussschein“ ist gesellschaftsteuerlich nicht schädlich, wenn sogar im - eher zivilrechtlich geprägten - Gebührenrecht der Inhalt und nicht die Bezeichnung ausschlaggebend ist.*

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die vorliegenden „Genussscheine“ ihrem Inhalt nach anleiheähnliche Schuldverschreibungen darstellen und keine Qualifikationsmerkmale vorliegen, die eine Subsumtion unter § 5 Abs 1 Z 2 oder Z 3 KVG rechtfertigen. All diese Umstände belasten die angefochtenen Bescheide aus materieller und formeller Sicht mit Rechtswidrigkeit.“

Abschließend wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Entscheidung durch den gesamten Senat beantragt.

Beschwerdevorentscheidung

Die abweisende Beschwerdevorentscheidung vom 22.11.2017 wurde vom Finanzamt wie folgt begründet:

"Der Begriff des Genussrechts ist gesetzlich nicht definiert. Ein Genussrecht ist ein Vermögensrecht, das als Gegenleistung für die Überlassung von Kapital oder zur Abgeltung sonstiger Ansprüche gewährt wird. Gewährte Rechte sind Gläubigerrechte schuldrechtlicher Art. Gegenstand des Genussrechtes ist eine Rendite. Diese ist erfolgsabhängig vereinbart und vorrangig gegenüber den Aktionärsvergütungen. Das Laufzeitende ist mit 31.12.2023 festgelegt mit einem Sonderkündigungsrecht der BF. und einem außerordentlichen Kündigungsrecht der Genussscheininhaber. Die Genussscheininhaber nehmen vereinbarungsgemäß am Verlust teil (§§ 9, 13 u. 15 der Genussscheinbedingungen). Das Genussscheinkapital wurde im Jahresabschluss als Hybridkapital erfasst. Die Genussrechte sind solche iSd § 5 Abs. 1 Z 2 KVG. Es handelt sich nicht bloß um anleiheähnliche Schuldverschreibungen. Die Ausgabe von Genussrechten durch eine Kapitalgesellschaft iSd § 5 Abs. 1 Z 2 KVG fällt in den Anwendungsbereich von Art. 3 lit d RL 2008/7/EG (vgl. EuGH 17.10.2002, C-138/00). Es

*ist richtlinienkonform, Vorgänge der Gesellschaftsteuer zu unterziehen, wenn für eine Einlage Rechte gewährt werden, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wobei eine sehr weitgefasste Gesellschafterähnlichkeit einer Beteiligung genügt.
Es wird auch auf den Beschluss des VwGH v. 29. Juni 20107, Ra 2017/16/0088-3 verwiesen."*

Vorlageantrag

Im Vorlageantrag brachte die Bf. ua noch ergänzend vor:

Die Begründung der abweisenden Beschwerdeentscheidung enthalte eine unzureichende bzw. falsche Darstellung des Sachverhaltes;

Die Entscheidung VwGH 29.6.2017, Ra 2017/16/0088 betreffe die Schwestergesellschaft *****1*****, die ua. in den Jahren 2011 bis 2013 Genussscheine emittierte, welche mit den hier beschwerdegegenständlichen Bedingungen nicht vergleichbar seien. das Vorliegen von Genussrechten (Tranche 2011) sei ausschließlich mit der in den Genussrechtsbedingungen 2011 vorgesehenen "Ergebnisbeteiligung" begründet. Im Gegensatz dazu sei bei der Tranche 2015 keinerlei Ergebnisbeteiligung vereinbart.

Die vom Finanzamt angesprochenen "weitgefassten gesellschafterähnlichen Rechte" seien anhand der aufgezeigten entscheidenden Merkmale – die viel eher für Schuldverschreibungen iSd § 12 KVG sprächen - gerade nicht gewährt worden, weshalb die Aussage, die Ausgabe der Genussrechte sei richtlinienkonform der Gesellschaftsteuer unterzogen worden, nicht nachvollziehbar erscheine.

Es komme – entgegen der Feststellung des Finanzamtes – zu keiner Beteiligung/Teilnahme am Verlust. § 9 der Bedingungen stelle keine eigenständige Verlustbeteiligung, sondern lediglich die gebotene Bedienung der Gläubiger dar. In § 13 Abs. 2 werde lediglich die Auszahlung bzw. Fälligkeit der Rendite von bestimmten Voraussetzungen (Deckung im Jahresüberschuss/Bilanzgewinn, Einhaltung einer Mindestliquiditätsreserve) abhängig gemacht, wobei eine ev. Nachholung in den Folgejahren erfolge ("Zinsenstundungseffekt"). Nach § 13 Abs. 4 reduzierten Jahresfehlbeträge vorrangig das Eigenkapital der Bf, sodass bei üblichem Geschäftsgang die Erwerber nicht am Verlust teilnehmen würden. Aufgrund der wirtschaftlichen Parameter der Bf sei eine Kürzung des Rückzahlungsanspruches um Verluste (vgl. § 15 Abs. 4 der Bedingungen) auszuschließen.

Im Übrigen sei eine willkürliche Besteuerung (zB durch Negierung der VwGH-Rechtsprechung) verfassungswidrig.

Vorlage der Beschwerde an das BFG

Mit Vorlagebericht vom 3.4.2018 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und beantragte die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Zu den Ausführungen der Bf. gab das FA eine Stellungnahme mit folgendem Inhalt ab:

„Genussrechte werden gesetzlich nicht näher definiert. Sie sind ein Mittel der Unternehmensfinanzierung und werden im Bereich Mitarbeiterbeteiligung, Projektfinanzierung und Unternehmenssanierung eingesetzt. Klassische Merkmale der nicht mit Anleihen identen Anleiheform sind flexible Laufzeitgestaltung, hohe Rendite und Risikobereitschaft der Anleger.

Im Genussrechtsvertrag wird geregelt, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe Zinsen gezahlt werden bzw. Ausschüttungen erfolgen.

Üblicherweise setzen Ausschüttungen auf das Genussrechtskapital einen ausreichenden Jahresüberschuss oder einen Bilanzgewinn voraus, ein Anspruch auf Nachzahlung ausgefallener Zinsansprüche aus den Gewinnen des Folgejahres besteht, aber sofern die Gewinne der Folgejahre nicht ausreichen um bis zur Endfälligkeit die Verluste auszugleichen kann es nicht nur zu Zinsverlusten sondern auch zu Verlusten am eingesetzten Kapital kommen.

Die Bf. ist der Meinung, es liege eine anleiheähnliche Schuldverschreibung vor.

Es werde eine fixe Rendite von insgesamt 10 % bezogen auf den Nennbetrag der Inhaberpapiere zugesagt. Die Laufzeit sei mit 8 Jahren begrenzt.

Gesellschafter- und auch sonstige Mitwirkungsrechte gäbe es für die Inhaber der Papiere nicht.

Die Rendite sei vorrangig gegenüber den Gewinnansprüchen der Gesellschafter. Jahresfehlbeträge reduzierten vorrangig das Eigenkapital und gingen erst nach vollständigem Verbrauch des Eigenkapitals zu Lasten des Nominalbetrages der Inhaberpapiere.

Bei üblichem Geschäftsgang käme es zu keiner Beteiligung am Verlust.

Der Gesellschaftsteuer unterliegen gemäß § 2 Z 1 KVG der Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer inländischen Kapitalgesellschaft durch den ersten Erwerber.

Als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften gelten § 5 Abs. 1 KVG zufolge

1. Aktien und sonstige Anteile,...

2. Genussrechte

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

Nicht erforderlich für eine gesellschaftsähnliche Beteiligung 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. (Eberhartinger, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 77). Auch eine feste oder gewinnorientierte Verzinsung, die in Verlustjahren ersatzlos ausfällt, ist als gewinnabhängig zu betrachten. (Eberhartinger, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 89). Ausgefallene Gewinnausschüttungen können aus Gewinnen der Folgejahre nachgeholt werden. (van Husen, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 155). Eine feste Verzinsung steht 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).

Im gegenständlichen Fall erfolgt die Verzinsung abhängig von der Deckung im Jahresüberschuss. Die Auszahlung der Rendite darf zu keinem Bilanzverlust führen. Zwar kann die ausgefallene Verzinsung in "guten" Jahren nachgeholt werden, allerdings nur bis zum Ende der Laufzeit. Bestehen dann noch ausgefallene Verzinsungen, werden sie nicht mehr ausbezahlt.

Die Bf. bringt vor, dass die 10 % für die Genussscheine gesichert sind und die Bf. bis zum Auslaufen der Genussscheine keine Verluste haben werde. Daraus leitete sie ab, dass die vorliegenden Genussrechte „darlehensähnlich“ seien.

Dazu ist allerdings zu bemerken, dass die Gesellschaftsteuer auf den Zeitpunkt des Entstehens der Steuerschuld gemäß § 4 Abs. 1 BAO abstellt, weswegen es hier auf den Zeitpunkt der vereinbarten Genussrechte und nicht auf den tatsächlichen Verlauf der unternehmerischen Beteiligung ankommt (VwGH 29.6.2017, Ra 2017/16/0088).

Die Genussscheininhaber sind am Endverlust beteiligt, da sie die Erklärung gemäß § 67 Abs. 3 Insolvenzordnung abgaben. Die Forderungen werden daher nachrangig nach den Forderungen der anderen Gläubiger befriedigt und wegen ihrer Forderungen aus den Genussscheinen braucht kein Insolvenzverfahren eröffnet werden. Das Genussscheinkapital haftet für die Schulden der Bf. gegenüber Dritten. Mitgliedschaftsrechte wie Teilnahme-, Rede-, Stimm- und Anfechtungsrechte werden von Genussscheinen gerade nicht vermittelt, da es ein wesentliches Anliegen dessen ist, der Genussscheine emittiert, Kapital aufzutreiben, ohne die bisherigen Herrschaftsverhältnisse in der Gesellschaft verändern zu müssen.

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.

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.

Für das Vorliegen eines gesellschaftsteuerlichen Genussrechtes muss eine Risikobeteiligung am Unternehmen vorhanden sein, doch diese muss sich nicht in der „variablenzinsimprägnierten“ Gewinnbeteiligung des § 5 Abs. 1 Z 3 KVG niederschlagen. Es genügt, wenn der prozentuelle Anteil des Genussberechtigten in Abhängigkeit vom zukünftigen wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft steht.

Übergang der Zuständigkeit auf die GA 1062-1

Mit Verfügung des Geschäftsverteilungsausschusses vom 22.12.2022 nahm der Geschäftsverteilungsausschuss (ua) die gegenständliche Rechtssache gemäß § 9 Abs. 9 BFGG der unbesetzten Gerichtsabteilung 1019 zum Stichtag 10.1.2022 ab und wurde diese der Gerichtsabteilung 1062 zur Erledigung zugewiesen.

Beweisaufnahme durch das BFG

Die nunmehr zuständige Berichterstatterin nahm Einsicht in die vom Finanzamt elektronisch vorgelegten Aktenteile und ergibt sich daraus der oben dargestellte Verfahrensablauf.

Vorbereitungsvorhalt

Mit Vorbereitungsvorhalt vom 19.6.2023 teilte die Berichterstatterin den Parteien zur Vorbereitung auf die von der beschwerdeführenden Partei beantragte mündliche Verhandlung vor dem Senat mit wie sich die Sach- und Rechtslage nach dem damaligen Ermittlungsstand für sie darstelle und räumte den Parteien eine Frist zur Abgabe einer Stellungnahme bis zum 31.7.2023 ein.

Mit Schriftsatz vom 31.7.2023 modifizierte die Bf. die Beschwerde insofern, indem der Antrag auf mündliche Verhandlung und der Antrag auf Entscheidung durch den gesamten Senat zurückgezogen wurden. Alle anderen Punkte aus der Beschwerde wurden vollinhaltlich aufrecht erhalten und auf die in der Beschwerde ausführlich dargebrachten Argumente verwiesen, weshalb im hier gegenständlichen Sachverhalt ihres Erachtens keine Gesellschaftsteuerpflicht vorliege.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Die *****Bf1***** (kurz Bf.) ist eine inländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung und gehört zum Konzern der *****4*****.

Im Dezember 2015 hat die Bf. als Wertpapier mit ISIN-Nummer versehene verbrieft Inhaberpapiere emittiert der die sog. „Genussscheinbedingungen für die Begebung von in Genussscheinen verbrieften Nominalgenusssrechten durch die *****Bf1***** 6,5% + 3,5% - Tranche 2015“ in der Fassung vom 3.12.2015 (kurz Genusssrechtsbedingungen) zu Grunde lagen.

Der Emissionserlös sollte der Finanzierung der Entwicklung des Objekts „*****3*****“ am Standort *****...***** dienen (durch die Weiterleitung des Emissionserlöses als nachrangigen Gesellschafterdarlehen an die das Objekt entwickelnde indirekte Tochtergesellschaft der Bf, die *****5***** – siehe dazu den Beschluss vom 11.12.2015).

Die *****X***** zeichnete insgesamt 20 Stück mit einem Nennwert von je € 500.000,00 und zahlte am **17.12.2015** insgesamt einen Betrag iHv **€ 10.000.000,00** an die Bf und **erwarb damit an diesem Tag jene Rechte, wie sie in den „Genussscheinbedingungen“ beschrieben werden.**

Nach den Definitionen auf Seite 3 beträgt die „**endfällige Gesellschafterrendite**“ 3,5 % Verzinsung per annum bezogen auf den Nennwert des Genussscheines bezogen auf den Zeitraum zwischen dem Einzahlungsstichtag und dem Rückzahlungsstichtag, fällig zum Rückzahlungsstichtag.

Genussscheinkapital wird definiert mit „Genussscheinnennbetrag, soweit eingezahlt und soweit dieses nicht durch noch nicht aufgefüllte Verluste reduziert ist.“

Jahresfehlbetrag ist der Jahresfehlbetrag der Emittentin gemäß § 231 Abs 2 I 22 UGB gemäß Jahresabschluss vor Genussscheinrendite und/oder Verlustzuweisung an die Genussscheine

Kündigungsbetrag ist der Genussscheinnennbetrag des/der von der außerordentlichen Kündigung umfassten Genussscheine/s zuzüglich einer allfälligen noch nicht beglichenen Vorrangigen Genussscheinrendite (bzw. Vorgetragener Genussscheinrenditen, verzinst mit dem Zinssatz der Vorrangigen Genussscheinrendite) der letzten Berechnungsperiode zuzüglich der Endfälligen Genussscheinrendite.

Nach den Definitionen auf Seite 4 beträgt die „**Vorrangige Genussscheinrendite**“ 6,5 % Verzinsung per annum bezogen auf den Nennwert des Genussscheines bezogen auf die jeweilige Berechnungsperiode (das ist idR das Geschäftsjahr).

Gemäß § 2 sind die Genussscheine übertragbar und verpfändbar.

Gemäß § 3 sind die Ansprüche der Genussscheininhaber aus oder im Zusammenhang mit den Genussscheinen insgesamt der Höhe nach mit dem Genussscheinnennbetrag zuzüglich der vorrangigen Genussscheinrendite und der endfälligen Genussscheinrendite begrenzt.

Gemäß § 5 erfolgt die Emission frühestens mit 3.12.2015 und endet die Laufzeit am 31.12.2023. Bei Auflösung der Emittentin erlöschen die Genussscheine per Endrückzahlungsstichtag. Die Ansprüche der Genussscheininhaber nach § 15 (Liquidation) werden dadurch nicht beschränkt und stehen nach Maßgabe der Bestimmungen der Genussscheinbedingungen zu.

§ 6 sieht ein Sonderkündigungsrecht der Emittentin vor, Genussscheine unter Einhaltung einer Frist von 3 Monaten zu kündigen. Der Rückzahlungsbetrag entspricht dem Kündigungsbetrag. Ansprüche auf eine darüber hinaus gehende Rendite bestehen nicht.

§ 7 sieht ein außerordentliches Kündigungsrecht des Genussscheininhabers vor, wenn Zahlungen nicht innerhalb von 20 Banktagen ab Fälligkeit bezahlt werden. Der Höchstbetrag entspricht dem Kündigungsbetrag.

§ 8 der Genussscheinbedingungen regelt, dass ein Bezugsrecht der Genussscheininhaber auf Geschäftsanteile, Genussrechte, Wertpapiere und Finanzinstrumente ausgeschlossen ist.

§ 9 (Rang der Genussscheine) lautet auszugsweise.

„...“

(2) Die Forderungen aus den Genussscheinen sind nachrangig; im Fall der Liquidation, der Auflösung, der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Emittentin oder eines anderen der Abwendung der Insolvenz der Emittentin dienenden Verfahrens

a) gehen die Verbindlichkeiten der Emittentin aus den Genussscheinen im Rang den Ansprüchen aller gegenüber den Genussscheinen (i) nicht nachrangigen und (ii) nicht gleichrangigen Gläubigern nach, sodass Zahlungen auf die Genussscheine so lange nicht erfolgen, wie die Ansprüche aller nicht nachrangigen Gläubiger gegen die Emittentin nicht zuerst vollständig erfüllt sind;

b) die Ansprüche auf Rückzahlung des auf die Genussscheine entfaltenden Genussscheinkapitals und auf Auszahlung der Genussscheinrendite, der Vorgetragenen Genussscheinrendite und der Endfälligen Genussscheinrendite sind vorrangig gegenüber den Ansprüchen von Gesellschaftern aus dem Stammkapital der Emittentin und gegenüber noch nicht ausgezahlten Gewinnansprüchen der Gesellschafter;

all dies, soweit jeweils zwingende gesetzliche Bestimmungen nichts anderes vorschreiben. Emittentin gegenüber anderen Gläubigern nachrangig.

(3) Die Genussscheininhaber erklären im Sinne des § 67 Abs. 3 Insolvenzordnung, dass sie Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals oder im Fall der

Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger vorrangiger Forderungen begehren und dass wegen dieser Verbindlichkeiten kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht.

(4) Die Genussscheininhaber haben keinen Anspruch darauf, dass ihre Rendite oder die Rückzahlung aus dem Liquidationserlös vorrangig vor jenen, die auf Gleichrangige Wertpapiere, gleichrangige Forderungen oder nachrangige, aber gegenüber den Ansprüchen aus den Genussscheinen vorrangige Wertpapiere oder Forderungen entfallen, bedient werden. Gleichrangige Wertpapiere und gleichrangige Forderungen dürfen aber von der Emittentin stets höchstens gleichrangig, nicht aber vorrangig, gegenüber den Genussscheinen dieser Tranche behandelt werden; gegebenenfalls erfolgt daher eine gleichrangige anteilige Aufteilung.“

Für die Rechte der Genussscheininhaber ist § 10 zufolge keine Sicherheit durch die Emittentin oder durch Dritte gestellt. Die Genussscheininhaber sind nicht berechtigt, Forderungen aus den Genussscheinen gegen mögliche Forderungen der Emittentin gegen sie aufzurechnen.

Gemäß § 13 Abs. 2 werden die **Voraussetzungen für eine Genussscheinrendite** definiert wie folgt:

- a) Die Genussscheinrendite findet im Jahresüberschuss der Emittentin Deckung*
- b) Die Auszahlung der Genussscheinrendite führt zu keinem Bilanzverlust und sie findet im ausschüttbaren Bilanzgewinn des Geschäftsjahres Deckung.*

Wird die Vorrangige Genussscheinrendite für eine Berechnungsperiode nicht erreicht, wird nach **§ 13 Abs. 3** der Differenzbetrag auf die nächste Berechnungsperiode vorgetragen („Vorgetragene Genussscheinrendite“).

Nach **§ 13 Abs. 4** reduzieren Jahresfehlbeträge vorrangig das Eigenkapital der Emittentin; erst nach Verbrauch des Eigenkapitals der Emittentin gehen diese zu Lasten des Genussscheinkapitals und wird das Genussscheinkapital jedes Genussscheines um den entsprechenden Verlustanteil gekürzt. Jahresüberschüsse von Folgeperioden sind vorrangig dazu zu verwenden, das Genussscheinkapital bis zur Höhe des Genussscheinnennbetrages und in weiterer Folge das Eigenkapital wieder aufzufüllen, erst danach können Genussscheinrenditen ausbezahlt werden.

(3) Der Rückzahlungsanspruch wird in § 15 Abs. 3 festgelegt mit

- „a) entspricht dem (unverzinsten) Genussscheinkapital {gegebenenfalls um Verluste reduziert oder um wieder aufgefüllte Verluste nach § 13 Abs (4) erhöht};*
- b) zuzüglich einer allfälligen noch nicht beglichenen Genussscheinrendite (bzw. Vorgetragener Genussscheinrenditen) der letzten Berechnungsperiode (wobei dieser nicht doppelt in Anspruch genommen werden kann) nach Maßgabe der Bestimmungen des § 13*
- c) zuzüglich der Endfälligen Genussscheinrendite.“*

2. Beweiswürdigung

Diese Sachverhaltsfeststellungen gründen sich im Wesentlichen auf die eingesehenen Unterlagen und das damit im Einklang stehenden Vorbringen der Bf. in ihren schriftlichen Eingaben.

Der nunmehr festgestellte Sachverhalt wurde der Bf. im Vorbereitungsvorhalt vom 19.6.2023 zur Kenntnis gebracht und hat die Bf. in ihrer Stellungnahme vom 31.7.2023 dazu keinerlei Einwände erhoben.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I. (Abweisung)

innerstaatliche Rechtslage

Gemäß **§ 2 Z. 1 KVG** unterlag bis zum 31.12.2015 (siehe **§ 38 Abs. 3e KVG** idF BGBl. I Nr. 13/2014) ua der Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer inländischen Kapitalgesellschaft durch den ersten Erwerber der Gesellschaftsteuer.

Nach der Legaldefinition des **§ 5 Abs. 1 KVG** gelten als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften:

1. Aktien und sonstige Anteile, ausgenommen die Anteile der persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommandit-Erwerbsgesellschaft,

2. Genussrechte und

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

Gemäß **§ 7 Abs. 1 Z. 1 KVG** wird die Steuer beim Erwerb von Gesellschaftsrechten (§ 2 Z 1) berechnet

„a) wenn eine Gegenleistung zu bewirken ist: vom Wert der Gegenleistung. Zur Gegenleistung gehören auch die von den Gesellschaftern übernommenen Kosten der Gesellschaftsgründung oder Kapitalerhöhung, dagegen nicht die Gesellschaftsteuer, die für den Erwerb der Gesellschaftsrechte zu entrichten ist, ...“

Nach **§ 4 Abs. 1 BAO** entsteht der Abgabenanspruch, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Abgabepflicht knüpft.

Unionsrecht

Neben den Bestimmungen des Kapitalverkehrsteuergesetzes sind seit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union am 1. Jänner 1995 auch die Bestimmungen der Richtlinie des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital 69/335/EWG (in Folgenden kurz Richtlinie 69/335) unmittelbar anzuwenden.

Nach **Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335** unterliegen der Gesellschaftsteuer die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art, für die nicht Gesellschaftsrechte gewährt werden, die einen Anteil am Kapital oder am Gesellschaftsvermögen verkörpern, sondern Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wie zB Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse.

Nunmehr regelt die Richtlinie 2008/7/EG des Rates vom 12. Februar 2008 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital, ABl. EU Nr. L 46, vom 21. Februar 2008 (RL 2008/7/EG), die Erhebung indirekter Steuern u.a. auf Kapitalzuführungen an Kapitalgesellschaften (Art. 1 lit. a).

Gemäß **Art. 3 lit. d der RL 2008/7/EG** gilt als eine solche Kapitalzuführung die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art, für die nicht Gesellschaftsrechte gewährt werden, die einen Anteil am Kapital oder am Gesellschaftsvermögen verkörpern, sondern Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wie z.B. Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse.

Judikatur zur Gesellschaftsteuerpflicht iZm der Begebung von Genussrechten

Der EuGH hat im Urteil vom 17. Oktober 2002, C-138/00 - Solida und Tech, zur gegenüber Art. 3 lit. d der Richtlinie 2008/7/EG gleichlautenden Bestimmung des Art. 4 Abs. 1 lit. d der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 ausgesprochen, dass Genussscheine, die ihrem Inhaber einen Anspruch auf Teilnahme am laufenden Gewinn sowie am Liquidationsgewinn der begebenden Gesellschaft gewähren, grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 1 lit. d der letztgenannten Richtlinie fallen (vgl. dazu VwGH 25.6.2019, Ra 2019/16/0115 unter Hinweis auf VwGH 19.12.2002, 99/16/0272 = VwSlg 7778 F/2002).

VwGH 29.6.2017, Ra 2017/16/0088

Mit Beschluss **VwGH 29.6.2017, Ra 2017/16/0088** hat der Verwaltungsgerichtshof die gegen die - gemäß § 23 Abs. 3 BFGG nicht in der FINDOK veröffentlichte - Entscheidung BFG 6.3.2017, RV/7100473/2012 eingebrachte außerordentliche Revision zurückgewiesen. Aus diesem Beschluss ergibt sich, dass der Entscheidung des BFG Genussschein-Begebungen mit folgenden Bedingungen zugrunde lagen:

"In den Definitionen auf Seite 2 ist ,Cap': der ,Genussscheinnennbetrag zuzüglich Höchstgenussscheinrendite abzüglich (sämtlicher bereits auf den Genussschein geleisteter Zahlungen durch die ,Bf.' (insbesondere Gewinnanteile) aufgezinst mit 8% ... samt Zinseszinsen.'

In den Definitionen auf Seite 3 beträgt die ,Höchstgenussscheinrendite' 8% Verzinsung pro Jahr bezogen auf den Nennwert des Genussscheines berechnet ab Ergebnisbeteiligungsbeginn bis zum Rückzahlungstichtag samt Zinseszinsen.

In den Definitionen auf Seite 4 beträgt die ,Vorrangige Genussscheinrendite' 6% Verzinsung pro Jahr bezogen auf den Nennwert des Genussscheines bezogen auf die jeweilige Berechnungsperiode.

Laut § 2 der Genussscheinbedingungen Übertragung, Verpfändung, Unteilbarkeit sind die Genussscheine übertragbar und verpfändbar.

Nach § 3 der Genussscheinbedingungen ist Gegenstand des Genussrechtes primär eine Ergebnisbeteiligung nach Maßgabe der Bestimmungen dieser Genussrechtsbedingungen. Subsidiär gewähren die Genussscheine auch eine Beteiligung an der Substanzwertsteigerung bzw. am Liquidationserlös. Eine Beteiligung am Firmenwert besteht nicht.

§ 5 der Genussscheinbedingungen Laufzeit, Emissionszeitraum, Verlängerungsoption sieht vor, dass die Erstemission der Genussscheine frühestens mit 1.7.2011 erfolgt. Die Laufzeit der Genussscheine endet am 31.12.2020, jedoch wird der Bf. das Recht auf zweimalige Verlängerung der Laufzeit der Genussscheine um jeweils ein Jahr eingeräumt.

§ 6 der Genussscheinbedingungen Sonderkündigungsrecht der Bf. sieht vor, dass die Bf. sämtliche oder einzelne Genussscheine frühestens nach drei Jahren ab erstmaliger Ausgabe unter Einhaltung einer Frist von einem Monat kündigen kann. Der Kündigungsbetrag besteht aus dem Genussscheinnennbetrag zuzüglich Höchstgenussscheinrendite abzüglich sämtlicher bereits geleisteter Zahlungen durch die Bf. ab Ende der jeweiligen Berechnungsperiode auf den Rückzahlungstichtag.

§ 7 der Genussscheinbedingungen Außerordentliches Kündigungsrecht der Genussscheininhaber sieht vor, dass jeder Genussscheininhaber berechtigt ist, seine Genussscheine vorzeitig zu kündigen. Werden laut § 7 Abs. 1 lit. a) fällige Zahlungen nicht innerhalb einer bestimmten Frist gezahlt, dann entspricht der Rückzahlungsbetrag dem Kündigungsbetrag, eine darüber hinausgehende Ergebnisbeteiligung, Auszahlung von vorgetragenen Gewinnanteilen, Substanzbeteiligung besteht nicht. Wenn laut § 7 Abs. 1 lit. b) die Bf. die Zahlungen einstellt oder gemäß § 7 Abs. 1 lit. c) ein

Insolvenzverfahren über die Bf. eröffnet wird, orientiert sich der Anspruch des Genussscheininhabers wie für den Fall der Liquidation.

§ 8 der Genussscheinbedingungen regelt, dass die Genussscheininhaber kein Bezugsrecht auf Aktien, Genussrechte, sonstige Wertpapiere, Finanzierungsinstrumente der Bf. haben.

§ 9 der Genussscheinbedingungen Rang der Genussscheine lautet auszugsweise: Die Forderungen aus den Genussscheinen sind im Fall der Liquidation, der Auflösung, der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Bf. nachrangig. Zahlungen auf die Genussscheine erfolgen erst, wenn die Ansprüche aller nicht nachrangigen Gläubiger gegen die Bf. vollständig erfüllt sind. In Abs. 3 erklären die Genussscheininhaber iSd ,§ 67 Abs. 3 Insolvenzordnung dass sie Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehren und dass wegen dieser Verbindlichkeiten kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht.' Gegenüber den Ansprüchen von Aktionären aus dem Grundkapital der Bf. und noch nicht ausgezahlten Dividendenansprüchen sind die Ansprüche auf Rückzahlung des Genussscheinkapitals und auf Auszahlung des Gewinnanteils vorrangig. (§ 9 Abs. 2 lit.b).

§ 10 der Genussscheinbedingungen sieht vor, dass für die Rechte der Genussscheininhaber aus den Genussscheinen keine Sicherheit durch die ,Bf.' oder durch Dritte gestellt werden kann oder wird. Die Genussscheininhaber sind nicht berechtigt, Forderungen aus Genussscheinen gegen Forderungen der Bf. aufzurechnen.

§ 13 der Genussscheinbedingungen Ergebnisbeteiligung lautet auszugsweise:

„(1) Die Genussscheine sind sowohl am Gewinn als auch am Verlust der 'Bf.' beteiligt (Ergebnisbeteiligung).

....(3) Der Gewinnanteil....eines Genussscheines für eine Berechnungsperiode entspricht der Vorrangigen Genussscheinrendite.... Die Gewinnanteilsvoraussetzungenwerden definiert wie folgt:

a) Der Gewinnanteil der Genussscheininhaber findet im Jahresüberschuss der 'Bf' Deckung.

b) Die Auszahlung auf die Genussscheine führt zu keinem Bilanzverlust und sie findet im ausschüttbaren Bilanzgewinn des Geschäftsjahres Deckung.

c) Vorhandensein einer Mindestliquiditätsreserve der 'Bf'

.... die Mindestliquiditätsreserve istunter Berücksichtigung der Liquiditätsplanung innerhalb der nächsten 6....Monate zu errechnen.

Die Bf. kann auf die Voraussetzung des Vorliegens einer Mindestliquiditätsreserve verzichten wenn sie will, sie muss aber nicht.

(4) Der Gewinnanteil der Genussscheininhaber ist vorrangig gegenüber Dividendenansprüchen der AktionäreWird die Vorrangige Genussscheinrendite für eine Berechnungsperiode nicht erreicht, wird der Differenzbetrag auf die nächste Berechnungsperiode vorgetragenVorgetragene Gewinnanteile sind mit dem Zinssatz der Vorrangigen Genussscheinrendite zu verzinsen. Der Vorgetragene Gewinnanteil ist mit dem Gewinnanteil der nächstfolgenden Berechnungsperiode (allerdings vor dem Gewinnanteil der nächstfolgenden Berechnungsperiode) unter Zugrundelegung der Bestimmungen über den Gewinnanteil zu begleichen, sofern er nicht wiederum vorzutragen ist. Dieser Vorgang ist solange zu wiederholen, bis kein Vorgetragener Gewinnanteil mehr vorhanden ist.

(5) Jahresfehlbeträge reduzieren vorrangig das Eigenkapital der 'Bf.';danach...gehen diese zu Lasten des Genussscheinkapitals und wird das Genussscheinkapital jedes Genussscheines um den entsprechenden Verlustanteil gekürzt. Jahresüberschüsse von Folgeperioden sind vorrangig dazu zu verwenden, das Genussscheinkapital bis zur Höhe des Genussscheinnennbetrages und in weiterer Folge das Eigenkapital bis zur Höhe des Geleisteten Aktionärskapitals wieder aufzufüllen; erst danach können Gewinnanteile von Folgeperioden ausbezahlt werden.

(6) Wird ein Gewinnanteil nicht fristgerecht bedient, steht dem Genussscheininhaber zusätzlich eine Verzinsung in Höhe der Verzugszinsen zu.'

Nach § 14 der Genussscheinbedingungen stehen den Genussscheininhabern folgende Informationsrechte lautet auszugsweise zu:

a) Übermittlung des geprüften UGB-Einzelabschlusses der ‚Bf‘ und des geprüften UGB Konzernabschlusses....

b) Übermittlung des festgestellten UGB-Einzelabschluss der ‚Bf.‘...

c) Übermittlung des Quartalsberichtes des Vorstands

Diesen Informationsrechten hat die ‚Bf.‘ zu entsprechen.

Weiters hat die ‚Bf.‘ die Genussscheininhaber einmal jährlich zu einer Informationssitzung einzuladen.Im Zuge der Informationssitzung wird ein Bericht des Vorstands zur Geschäftsentwicklung des abgelaufenen Geschäftsjahres sowie ein

Ausblick auf das laufende Geschäftsjahr erstattet und erfolgt eine Diskussion der Anlagestrategieohne Bindung der ,Bf'

Der Genussscheininhaber kann schriftlich bei der Bf. anfragen und die Bf. wird sich bemühen diese angefragten Informationen zur Verfügung zu stellen.

§ 15 der Genussscheinbedingungen Rückzahlung, Liquidation lautet auszugsweise:

Die Genussscheininhaber haben bei Auslaufen des Genussscheines und bei Liquidation der Bf. einen Anspruch auf Zahlung des Rückzahlungsanspruches.

(3) Der Rückzahlungsanspruch a) entspricht dem (unverzinsten) Genussscheinkapital (gegebenenfalls um Verluste reduziert oder um wieder aufgefüllte Verluste nach § 13 Abs.5 erhöht); b) zuzüglich eines allfälligen noch nicht beglichenen Gewinnanteiles (bzw. Vorgetragenen Gewinnanteils) der letzten Berechnungsperiodec) zuzüglich allfälliger Auffüllungen von Verlusten....;

d) zuzüglich allfälliger Auszahlungen weiterer Vorgetragener Gewinnanteile.... und e) erhöht sich um den Substanzwertsteigerungsanteil, f) insgesamt begrenzt mit dem Cap.....

(5) Die Stillen Reservenwerden auf Basis des Konzernabschlusses.... berechnet

(7) Ist das Genussscheinkapital durch Verluste gegenüber dem Genussscheinnennbetrag reduziert, wird das Genussscheinkapital vorrangig auf den Genussscheinnennbetrag aufgefüllt, soweit dies in den Stillen Reserven Deckung findet. Die Auffüllung ist gegebenenfalls beim Rückzahlungsanspruch zu berücksichtigen.

(8) Der verbleibende Teil der Stillen Reserven ist zur Auffüllung allfälliger den Aktionären zugewiesener Verlustezu verwenden.

(9) Bestehen Vorgetragene Gewinnanteile der Genussscheininhaber, erhöht sich der Rückzahlungsanspruch um diese, soweit dies im nach vorstehenden Abzügen verbleibenden Teil der Stillen Reserven Deckung findet

(11) Ein allfälliger nach vorstehenden Abzügen verbleibender Restbetrag der Stillen Reserven bildet den Restbetrag... (12) Der

Anteil der Genussscheininhaber am Restbetrag entspricht der Mittleren Genussscheinkapitalbindung dividiert durch die Summe aus der Mittleren Genussscheinkapitalbindung und der Mittleren Aktionärskapitalbindung. (13) Der Substanzwertsteigerungsanteilerrechnet sich aus dem Restbetrag multipliziert mit dem.... Anteil der Genussscheininhaber am Restbetrag.....

(5) Eine allfällige Gesellschaftsteuer in Zusammenhang mit der Erstemission des Genussscheines wird von der ‚Bf‘ getragen."

Wie sich aus dem VwGH-Beschluss ergibt, fasste das BFG seine Erwägungen wie folgt zusammen:

"Von Seiten des Bundesfinanzgerichtes wird vorausgeschickt - da die Bf. in ihren Berufungs/Beschwerdeschreiben immer wieder betont hat, dass es im Rahmen ihrer gewöhnlichen Geschäftstätigkeit sicherlich zu keinen Verlusten, sondern im Gegenteil zu Gewinnen komme - dass hier lediglich für Gesellschaftsteuerzwecke die Vereinbarung sowohl gewinnseitig als auch verlustseitig untersucht wird, ob der Bf. Geld geborgt wurde (dann Darlehen) oder ob die Bf. über die Hingabe des Kapitals hinaus eine Teilnahme von Seiten der Genussrechtsberechtigten an den Chancen und Risiken ihrer Unternehmung wünschte.

Zentraler Berufungs/Beschwerdegrund ist, dass es sich um ‚Nominalgenussrechte‘ (Anleihen) mit einer überwiegend fixen Verzinsung handelt, die deshalb nicht der Gesellschaftsteuer unterlägen.

Nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes weist nicht nur die beispielhafte Aufzählung in Art. 3 lit. RL 2008/7/EG (Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG), dass Rechte, wie sie den Gesellschaftern gewährt werden zum Beispiel das Stimmrecht, das 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. 3 lit. RL 2008/7/EG (Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG) nicht entgegen. (Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 475). Es handelt sich bei den KVG-Genussrechten um Einlagen jeder Art, für die gesellschafterähnliche Rechte gewährt werden, die ihrem Inhalt nach typische Vermögensrechte des Gesellschafters sein können. Der Erwerb von Genussrechten, mangels gesetzlicher Differenzierung sowohl von aktiengleichen wie obligationsähnlichen, unterliegt der Kapitalverkehrsteuerpflicht aufgrund von § 2 Z1 iVm § 5 Abs. 1 Z 2 KVG. (van Husen, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 466). 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. Für das Vorliegen eines gesellschaftsteuerlichen Genussrechtes muss eine Risikobeteiligung am Unternehmen vorhanden sein, doch diese

muss sich nicht in der ,variablenzinsimprägnierten ' Gewinnbeteiligung des § 5 Abs. 1 Z 3 KVG niederschlagen ... Es genügt, wenn der prozentuelle Anteil des Genussrechtsberechtigten in Abhängigkeit vom zukünftigen wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft steht. Die Vergütung des Genussrechtsberechtigten kann auch mit dem Genussrechtskapital oder Prozentsätzen davon gedeckelt sein. Die Nachrangigkeit bildet einen weiteren Mosaikstein zu dessen ,unternehmerischer' Beteiligung, die sich gesellschaftsteuerlich im ,Erwerb von Gesellschaftsrechten' niederschlägt. ...

Die vorliegenden Genussrechte sind als ,unternehmerische Beteiligung' und nicht als Darlehen zu qualifizieren, da in den Genussrechtsbedingungen folgende Abreden vereinbart wurden:

Erfolgsabhängigkeit der Vergütung auf das Genusskapital: Die Vergütung von 6% vom Genussscheinnominale erfolgt aus zukünftigen Gewinnen und die Zinsen werden erst ausbezahlt, wenn sie im Jahresüberschuss bzw. dem Bilanzgewinn der Bf. Deckung finden. Die Vergütungen der Genussscheininhaber dürfen zu keinem Bilanzverlust führen und nach Abzug der Vergütungen muss der Bf. eine Mindestliquiditätsreserve verbleiben (§ 13 Abs. 3 lit. b und lit. c der Genussscheinbedingungen). Das bedeutet, dass vorrangig die anderen Gläubiger der Bf. bedient werden. Die durch Verluste in den ,schlechten' Jahren ausgefallenen Vergütungen werden zwar in ,guten' Jahren nachgeholt, allerdings nur bis zum Ende der Laufzeit. Bestehen dann noch ausgefallene Vergütungen, werden sie samt Zinseszinsen in den Rückzahlungsbetrag eingerechnet. Hat die Bf. Verluste erwirtschaftet, dann nimmt dieser Rückzahlungsbetrag nach dem Grundkapital an den Verlusten teil und es kommt zu keiner Nachholung der ausgefallenen Vergütung sowohl von 6% als auch von 2%. Da mit dem Auslaufen der Genussscheine die Nachholbarkeit ihr Ende findet, liegt keine Zinsenstundung, die für den Darlehenscharakter der Genussscheine spräche, vor...

Teilnahme am Verlust der Bf. bis zur Höhe des Genussscheinkapitals: Eine Verlustbeteiligung schließt das Vorliegen eines echten Darlehens aus ... Der Genussscheininhaber nimmt laut § 13 der Genussscheinbedingungen am Verlust der Bf. teil. Der Genussscheininhaber ist nicht nur über den Rückzahlungs bzw. Kündigungsbetrag am Verlust beteiligt (§ 15 Abs. 3 der Genussscheinbedingungen), sondern auch über § 13 Abs. 5 der Genussscheinbedingungen, wonach Jahresfehlbeträge nach Verbrauch des Eigenkapitals zu Lasten des Genussscheinkapitals gehen und das Genussscheinkapital jedes Genussscheines um den entsprechenden Verlustanteil gekürzt wird. Ist das Genussscheinkapital nach 10 Jahren durch Verluste der Bf. aufgezehrt, kann es sein, dass der Genussscheininhaber ,gar nichts' zurückbekommt, im Fall von laufenden Verlusten der Bf. erhält der Genussscheininhaber weder die 6%, noch die 2% Zinsen und im Fall der Insolvenz auch nicht das eingesetzte Genussscheinkapital zurück. Bei besten Ergebnissen - so wie der Businessplan der Bf.

aussieht - erhält der Genussscheininhaber nach 10 Jahren Laufzeit 80.000 Vergütung plus 100.000 zurück. Als ‚worst case‘ Szenario hätte er ‚Null‘ Vergütung plus Verlust von 100.000 Genussscheinkapital. Der Genussscheininhaber hat sich für den Fall des Verlustes damit einverstanden erklärt, er hat sogar auf eine Besicherung seiner Genussscheinforderungen verzichtet und für dieses Risiko bekommt er eine höhere Vergütung.

Die Bf. hat anlässlich der mündlichen Verhandlung am 6. März 2017 glaubhaft vorgebracht, dass bis dato und auch bis auf weiteres die 6% bzw. 8% für die Genussscheine gesichert sind, und die Bf. bis zum Auslaufen der Genussscheine keine Verluste haben werde. Daraus leitete sie ab, dass die vorliegenden Genussrechte ‚darlehensähnlich‘ seien.

Dazu ist allerdings zu bemerken, dass die Gesellschaftsteuer auf den Zeitpunkt des Entstehens der Steuerschuld gemäß § 4 Abs. 1 BAO abstellt, weswegen es hier auf die zu diesem Zeitpunkt vereinbarten ‚Genussrechte‘ und nicht auf den tatsächlichen Verlauf der unternehmerischen Beteiligung ankommt.

Nachrangigkeit: Die Genussscheininhaber sind ebenso am Endverlust beteiligt, da sie in § 9 Abs. 3 der Genussscheinbedingungen die Erklärung gemäß § 67 Abs. 3 Insolvenzordnung abgaben. Ihre Forderungen werden daher nachrangig nach den Forderungen der anderen Gläubiger befriedigt und wegen ihrer Forderungen aus den Genussscheinen braucht kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden. Das Genussscheinkapital haftet für Schulden der Bf. gegenüber Dritten. ...

Laufzeit, Kündigung und mitgliedschaftsähnliche Rechte: Die Genussscheinbedingungen betreffend Laufzeit, Kündigung und mitgliedschaftsähnliche Rechte runden das Bild einer ‚unternehmerischen‘ Beteiligung der vorliegenden Genussrechte ab. Die Genussscheine werden ca. auf 10 Jahre gegeben, allerdings unter Einschränkung der Kündigungsmöglichkeiten, da die Bf. frühestens nach Ablauf von drei Jahren ab erstmaliger Ausgabe des jeweiligen Genussscheines und der Genussscheininhaber ein außerordentliches Kündigungsrecht nur im Fall des Zahlungsverzuges oder des Insolvenzverfahrens der Bf. hat. Den Genussscheininhabern wurden ‚Basel II‘ Kontrollrechte zugestanden, sowie eine einmal im Jahr stattfindende Versammlung der Genussscheininhaber, mit Diskussion über Anlagemöglichkeiten ohne Bindung der Bf. Die Versammlungs- und Diskussionsmöglichkeit geht jedenfalls über eine Information des Darlehensgläubigers über die Liquidität des Darlehensnehmers hinaus und kommt nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes den Mitwirkungsrechten der Gesellschafter nahe.“

Hieraus zog das BFG abschließend folgende "Schlussfolgerungen":

"Im gegenständlichen Fall handelt es sich bei den von der Bf. begebenen Genussrechten nicht um ein Darlehen, sondern um eine ,unternehmerische' Beteiligung. Die Rechte aus den Genussscheinen der Bf. sind als Genussrechte gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG zu qualifizieren, da die 6% (+2%) festen Zinsen vom hingegebenen Kapitalbetrag nur bei Ausweis eines entsprechenden Gewinnes ausgezahlt werden und nicht zu Verlusten führen dürfen, die durch Verluste ausgefallenen Vergütungen nur bei entsprechendem Gewinn bis spätestens zum Ende der Laufzeit nachgeholt werden können, Verlustbeteiligung bis zur vollen Höhe des Genussscheinnominales nach Verbrauch des Grundkapitals der Bf. und eine Beteiligung am Endverlust infolge Nachrangabrede gemäß § 67 Abs. 3 Insolvenzordnung vereinbart wurden. (Qualifizierter Rangrücktritt). Die Genussscheinbedingungen betreffend Laufzeit, Kündigung und Versamlungs- und Diskussionsmöglichkeit der Genußscheininhaber runden das Bild der vom Kapitalverkehrsteuergesetz geforderten Teilhabe des Genussscheininhabers an den Risiken und Chancen der Bf. ab. ... Es liegt keine Stundung vor, da die ,Zahlung der Zinsen' von vorneherein an das Vorhandensein eines Gewinnes geknüpft war.

Da die Gesellschaftsteuer auf den Zeitpunkt des Entstehens der Steuerschuld gemäß § 4 Abs. 1 BAO abstellt, kommt es hier auf die zu diesem Zeitpunkt vereinbarten ,Genussrechte' und nicht auf den tatsächlichen Verlauf der unternehmerischen Beteiligung an. Eine unternehmerische Beteiligung wird nicht deshalb nachträglich rückwirkend zum Darlehen, nur weil bei der Unternehmung tatsächlich kein Verlust eingetreten ist.

Es verstößt nicht gegen die Bestimmungen der Richtlinie 2008/7/EG vom 12. Februar 2008, wenn die Emission von Genussrechtskapital der Gesellschaftsteuer unterworfen wird. Da die Rechte aus dem Genussscheinkapital als Genussrechte iSd KVG einzustufen sind, unterliegen sie nach Art. 3 lit. d 2008/7/EG der Gesellschaftsteuer. (VwGH 22.5.1997, 95/16/0313; VwGH 17.10.2012, 2011/16/0237; Beschluss VwGH 11.9.2014, 2012/16/0099; VwGH 19.5.2015, 2012/16/0046). Ob Genussrechte die Kriterien als nicht gesellschaftsteuerpflichtige Darlehen oder als gesellschaftsteuerpflichtige ,unternehmerische' Beteiligung erfüllen, ist keine Frage des Unionsrechtes sondern der Sachverhaltsaufklärung. Bei den von der Bf. begebenen Genussrechten handelt es sich um eine unternehmerische Beteiligung, da gewinnabhängige fixe bis Auflösung nachholbare Zinsen, volle Verlustbeteiligung, Beteiligung am Liquidationserlös, qualifizierter Rangrücktritt, lange Laufzeit und kein Stimmrecht vereinbart wurden. Da auch gewinnabhängige fixverzinsliche Genussrechte, bei denen eine Nachholung bis Ende der Laufzeit möglich ist als Genussrechte iSd Art. 3 lit. d 2008/7/ EG einzustufen sind, unterliegen sie der Gesellschaftsteuer.

Aus all diesen Gründen unterliegt die gegenständliche Begebung von Genussscheinkapital als Ersterwerb von Gesellschaftsrechten gemäß § 2 Z 1 KVG iVm § 5

Abs. 1 Z 2 KVG der Gesellschaftsteuer und war die Berufung/Beschwerde daher abzuweisen."

Die Revision legte ihre Zulässigkeit zusammengefasst darin dar, es fehle Judikatur zur Frage, ob auch bei Genussrechten zwischen einer primär festen Verzinsung und einer primären Gewinnbeteiligung zu differenzieren sei. Nach Ansicht des angefochtenen Erkenntnisses würde eine Verlustbeteiligung das Vorliegen eines echten Darlehens ausschließen. Dieser Ansicht sei nicht zu folgen. Im Übrigen fehle Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu der hier maßgeblichen Frage, ob (von alleine) eine (nach dem gewöhnlichen Geschäftsverlauf nur theoretische) Verlustbeteiligung, die überhaupt erst nach Aufbrauchen des gesamten unternehmensrechtlichen Eigenkapitals vorliege, geeignet sei, ein Inhaberpapier als Genussrecht im Sinn des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG zu qualifizieren. Da im vorliegenden Fall eine Verlustbeteiligung (und Reduktion des Nominalbetrages) überhaupt erst dann in Betracht komme (und dies sei auch ausdrücklich so vereinbart), wenn das gesamte Eigenkapital aufgebraucht sei, sei dieser Fall nicht anders zu behandeln als eine sonstige (nachrangige) Anleihe. Auch ein Anleihegläubiger (dessen Forderungen unzweifelhaft nicht unter § 5 KVG subsumiert werden könnten) nehme diesfalls schon unter Berücksichtigung von Gläubigerschutzbestimmungen an Verlusten (anteilig) teil. Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob Nachrangigkeit tatsächlich geeignet sei, Gesellschaftsteuerpflicht nach § 5 KVG zu begründen oder mit zu begründen, fehle. Auch fehle Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, inwieweit Laufzeit und Kündigungsmöglichkeiten eine Rolle bei der Beurteilung der Subsumtion unter § 5 Abs. 1 Z 2 KVG hätten. Der dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C 138/00 - Solida zugrundeliegende Fall liege hier nicht vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Revision als unzulässig zurückgewiesen und dazu ua ausgeführt:

„12 Im vorliegenden Fall hat das Gericht die eingangs wiedergegebenen Genussschein-Bedingungen vor dem Hintergrund des Unionsrechts und unter ausführlicher Würdigung von Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Kapitalverkehrsteuergesetz dahingehend ausgelegt, dass die auf Grund dieser Bedingungen begebenen Genussrechte solche im Sinn des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG sind.

13 Nun mag es zwar zutreffen, dass gerade zu solchen Genussrechten wie den im Revisionsfall unter den festgestellten Bedingungen begebenen noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorliegt; vor dem Hintergrund des zur unionsrechtskonformen Auslegung des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG maßgebenden Art. 3 lit. d der Richtlinie 2008/7/EG des Rates vom 12. Februar 2008 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital, wonach als "Kapitalzuführungen" die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art, für die nicht

Gesellschaftsrechte gewährt werden, die einen Anteil am Kapital oder am Gesellschaftsvermögen verkörpern, sondern Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wie z.B. Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse, begegnet die vom Gericht gewonnene Auslegung der maßgeblichen Genussscheinbedingungen und die Subsumtion unter § 5 Abs. 1 Z 2 KVG keinen Bedenken von der Gewichtigkeit einer erheblichen Rechtsfrage im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG. Denn schon nach der einleitenden Umschreibung des Gegenstands des Genussrechtes laut § 3 der in Rede stehenden Bedingungen ist dies primär eine Ergebnisbeteiligung nach Maßgabe der Bestimmungen dieser Genussrechtsbedingungen. Subsidiär gewähren die Genussscheine auch eine Beteiligung an der Substanzwertsteigerung bzw. am Liquidationserlös. Diese für den Revisionsfall entscheidende Umschreibung findet in den vom Gericht festgestellten Bedingungen sodann nähere Ausgestaltung. Zieht man allein die in § 13 der Bedingungen näher geregelte Ergebnisbeteiligung, insbesondere über den "Gewinnanteil", in Betracht, aber auch den darin vorgesehenen Vortrag des Gewinnanteils in die nächste Berechnungsperiode, so ist darin ein "Recht auf Gewinnbeteiligung" im Sinn des Art. 3 lit. d der Richtlinie 2008/7/EG verbrieft, welches als eines von mehreren alternativen Tatbestandsmerkmalen ausreicht, um die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens als Kapitalzuführung im Sinn dieser Richtlinie zu qualifizieren (zum Begriff des Genussrechts vgl. auch Thunshirn/Himmelsberger/Hohenegger, Kommentar zum Kapitalverkehrsteuergesetz, Rz 470 ff zu § 5 KVG, Brönnner/Kamprad, Kommentar zum Kapitalverkehrsteuergesetz⁴, Rz 8 zu § 6 (dt.) KVG, sowie Takacs, Kommentar zum Kapitalverkehrsteuergesetz (1990), § 6/10).

14 Insbesondere vor dem Hintergrund der klaren Bestimmung des Art. 3 lit. d der Richtlinie 2008/7/EG wirft damit die Auslegung des Begriffs Genussrecht im Sinn des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG und die Subsumtion der verfahrensgegenständlich begebenen Genussscheine keine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG mehr auf.“

VwGH 25.6.2019, Ra 2019/16/0115

Mit weiterem Beschluss **VwGH 25.6.2019, Ra 2019/16/0115** hat der Verwaltungsgerichtshof die gegen die – ebenfalls gemäß § 23 Abs. 3 BFGG nicht in der FINDOK veröffentlichte - Entscheidung BFG 3.9.2018, RV/3101047/2017 eingebrachte außerordentliche Revision zurückgewiesen. Aus diesem Beschluss ergibt sich, dass das BFG in diesem Fall folgende Sachverhaltsfeststellungen und Erwägungen getroffen hatte:

"Die vorgelegten, einen integrierenden Bestandteil der Zeichnungsvereinbarungen bildenden 'Genussscheinbedingungen' vom 26.6.2014 haben auszugsweise folgenden Inhalt:

Laut den 'Definitionen' ab Seite 2 ist ua.

- 'Genussscheinkapital': 'Genussscheinnennbetrag, soweit eingezahlt und soweit dieses nicht durch noch nicht aufgefüllte Verluste reduziert ist';

- 'Jahresfehlbetrag' und 'Jahresüberschuss': jeweils 'der Emittentin gemäß § 231 Abs. 2 Z 22 UGB gemäß Jahresabschluss vor Genussscheinrendite und/oder Verlustzuweisung an die Genussscheine';

- 'Vorrangige Genussscheinrendite': '7 % ... Verzinsung per annum... bezogen auf den Nennwert des Genussscheines bezogen auf die jeweilige Berechnungsperiode'.

Gemäß § 1 Abs. 3 der Genussscheinbedingungen lauten die Genussscheine auf Inhaber und werden von der Emittentin somit als Inhaberpapiere begeben.

Nach § 2 'Übertragung, Verpfändung, Unteilbarkeit' sind die Genussscheine unter gewissen Voraussetzungen (Abs. 2 und 3) übertragbar und verpfändbar.

Nach § 3 Abs. 1 ist 'Gegenstand des Genussrechtes' eine 'Rendite nach Maßgabe der Bestimmungen dieser Genussscheinbedingungen.'

Abs. 2: 'Die Genussscheine verbriefen ausschließlich Gläubigerrechte, aber keine Gesellschafterrechte. Den Genussscheininhabern kommen daher insbesondere keine Teilnahme und/oder Stimmrechte in der Hauptversammlung der Emittentin, in sonstigen Gremien der Emittentin und auch keine Mitwirkungsrechte zu.'

Abs. 3: 'Sämtliche Ansprüche der Genussscheininhaber aus den Genussscheinen... sind insgesamt der Höhe nach jedenfalls mit dem Genussscheinnennbetrag zzgl. der Vorrangigen Genussscheinrendite, berechnet ab Einzahlungsstichtag bis zum Rückzahlungsstichtag, sowie Zinsen auf allf. Vorgetragene Genussscheinrenditen begrenzt.'

§ 5 'Laufzeit, Emissionszeitraum, Verlängerungsoption' sieht vor, dass die Erstemission der Genussscheine frühestens mit 30.6.2014 erfolgt. Die Laufzeit endet am 31. 12.2023, jedoch wird der Bf das Recht auf zweimalige Verlängerung der Laufzeit der Genussscheine um jeweils ein Jahr eingeräumt.

§ 6 'Sonderkündigungsrecht' sieht vor, dass die Bf sämtliche oder einzelne Genussscheine frühestens nach Ablauf der Mindestlaufzeit (= per 31. 12.2017). dh. frühestens nach ca. 3,5 Jahren unter Einhaltung einer Frist von einem Monat zu jedem Quartalsende kündigen kann. Der Rückzahlungsbetrag entspricht diesfalls dem Kündigungsbetrag. Der Kündigungsbetrag besteht aus dem Genussscheinnennbetrag

zuzüglich einer allfälligen noch nicht beglichenen Vorrangigen Genussscheinrendite (bzw. Vorgetragener Genussscheinrenditen ...) der letzten Berechnungsperiode.

§ 7 'Außerordentliches Kündigungsrecht der Genussscheininhaber' sieht vor, dass jeder Genussscheininhaber berechtigt ist, seine Genussscheine aus bestimmten Gründen vorzeitig zu kündigen. Werden laut § 7 Abs. 1 lit a) fällige Zahlungen nicht innerhalb einer bestimmten Frist gezahlt, dann entspricht der Rückzahlungsbetrag dem Kündigungsbetrag, darüber hinausgehende Ansprüche, etwa auf Rendite, Auszahlung von Vorgetragenen Genussscheinrenditen oder Rückzahlungsanspruch, bestehen nicht. Wenn laut § 7 Abs. 1 lit b) die Bf die Zahlungen einstellt oder gemäß § 7 Abs. 1 lit c) ein Insolvenzverfahren über die Bf eröffnet wird, richtet sich der Anspruch des Genussscheininhabers grundsätzlich nach denselben Regelungen wie für den Fall der Liquidation.

§ 8 regelt, dass die Genussscheininhaber kein Bezugsrecht auf Aktien, Genussrechte, sonstige Wertpapiere, Finanzierungsinstrumente der Bf haben.

§ 9 'Rang der Genussscheine' lautet auszugsweise:

Abs. 1: Die Genussscheine stehen untereinander im Rang gleich.

Abs. 2: Die Forderungen aus den Genussscheinen sind nachrangig; im Fall der Liquidation, der Auflösung, der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Ober das Vermögen der Bf

-lit a: gehen die Verbindlichkeiten der Bf aus den Genussscheinen im Rang... nach, sodass Zahlungen auf die Genussscheine erst erfolgen, wenn die Ansprüche aller nicht nachrangigen Gläubiger gegen die Bf vollständig erfüllt sind;

-lit b: sind die Ansprüche auf Rückzahlung des Genussscheinkapitals und auf Auszahlung der Genussscheinrendite und der Vorgetragenen Genussscheinrendite vorrangig gegenüber den Ansprüchen der Aktionäre (aus Grundkapital und Dividendenansprüchen).

Abs. 3: Die Genussscheininhaber erklären iSd § 67 Abs. 3 Insolvenzordnung, dass sie Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger vorrangiger Forderungen begehren und dass wegen dieser Verbindlichkeiten kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht.

§ 10 Abs. 1 sieht vor, dass für die Rechte der Genussscheininhaber aus den Genussscheinen keine Sicherheit durch die Bf oder durch Dritte gestellt wird.

Abs. 2: Die Genussscheininhaber sind nicht berechtigt, Forderungen aus Genussscheinen gegen Forderungen der Bf aufzurechnen.

§ 13 'Rendite' lautet auszugsweise:

,...

(2) Die Genussscheinrendite ... eines Genussscheines für eine

Berechnungsperiode entspricht der Vorrangigen Genussscheinrendite, sofern und soweit die Voraussetzungen Genussscheinrendite in dieser Berechnungsperiode gegeben sind (und ist somit mit der Vorrangigen Genussscheinrendite und der Erfüllung der Voraussetzungen Genussscheinrendite limitiert).

Die Voraussetzungen Genussscheinrendite ... werden definiert

wie folgt:

a) Die Genussscheinrendite der Genussscheininhaber findet im Jahresüberschuss der Emittentin Deckung.

b) Die Auszahlung der Genussscheinrendite auf die Genussscheine führt zu keinem Bilanzverlust und sie findet im ausschüttbaren Bilanzgewinn des Geschäftsjahres Deckung.

c) Vorhandensein einer Mindestliquiditätsreserve der Emittentin von EUR 30.000.000 ... nach Abzug der Genussscheinrendite; die Mindestliquiditätsreserve ist auf Basis des Konzernabschlusses der Emittentin unter Berücksichtigung der Liquiditätsplanung innerhalb der nächsten 6 ... Monate zu errechnen.

Die Bf ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, auf die Voraussetzung der Mindestliquiditätsreserve (lit. c) zu verzichten.

Sind die Voraussetzungen Genussscheinrendite nicht bis zur vollen Höhe der Vorrangigen Genussscheinrendite erfüllt, entsteht die Genussscheinrendite für die Berechnungsperiode bis zur Höhe, bis zu der die Voraussetzungen Genussscheinrendite erfüllt sind.

(3) Die Genussscheinrendite der Genussscheininhaber ist vorrangig gegenüber Dividendenansprüchen der Aktionäre ... wird die Vorrangige Genussscheinrendite für eine Berechnungsperiode nicht erreicht, wird der Differenzbetrag auf die nächste Berechnungsperiode vorgetragen ('Vorgetragene Genussscheinrendite'). Vorgetragene Genussscheinrenditen sind mit dem Zinssatz der Vorrangigen Genussscheinrendite zu verzinsen. Die Vorgetragene Genussscheinrendite ist mit der Genussscheinrendite der

nächstfolgenden Berechnungsperiode (allerdings vor der Genussscheinrendite der nächstfolgenden Berechnungsperiode) unter Zugrundelegung der Bestimmungen über die Genussscheinrendite zu begleichen, sofern sie nach Maßgabe der Bestimmungen über die Genussscheinrendite nicht wiederum vorzutragen ist. Dieser Vorgang ist solange zu wiederholen, bis keine Vorgetragene Genussscheinrendite mehr vorhanden ist.

(4) Jahresfehlbeträge reduzieren vorrangig das Eigenkapital der Emittentin; erst nach Verbrauch des Eigenkapitals der Emittentin gehen diese zu Lasten des Genussscheinkapitals und wird das Genussscheinkapital jedes Genussscheines um den entsprechenden Verlustanteil gekürzt. Jahresüberschüsse von Folgeperioden sind vorrangig dazu zu verwenden, das Genussscheinkapital bis zur Höhe des Genussscheinnennbetrages und in weiterer Folge das Eigenkapital wieder aufzufüllen; erst danach können Genussscheinrenditen ausbezahlt werden.

(5)... Die Genussscheinrendite (sowie eine auszahlbare Vorrangige Genussscheinrendite)... ist am 31.5. des jeweiligen Folgejahres, frühestens jedoch mit Vorliegen des geprüften Jahresabschlusses zur Zahlung fällig. Wird eine Genussscheinrendite nicht fristgerecht bedient, steht dem Genussscheininhaber zusätzlich eine Verzinsung in Höhe der Verzugszinsen zu.'

Nach § 14 stehen den Genussscheininhabern folgende Informationsrechte zu:

- a) Übermittlung des geprüften UGB-Einzelabschlusses der Bf und des geprüften UGB Konzernabschlusses...;*
- b) Übermittlung des festgestellten UGB-Einzelabschlusses der Bf...;*
- c) Übermittlung des Quartalsberichtes des Vorstands...'*

Diesen Informationsrechten hat die Bf...zu entsprechen. Weiters hat die Bf die Genussscheininhaber einmal jährlich zu einer Informationssitzung einzuladen. ... Im Zuge der Informationssitzung wird ein Bericht des Vorstands zur Geschäftsentwicklung des abgelaufenen Geschäftsjahres sowie ein Ausblick auf das laufende Geschäftsjahr und der weiteren Entwicklung erstattet und steht die Emittentin für Fragen der Genussscheininhaber zur Verfügung.

Auf schriftliche Anfrage eines Genussscheininhabers wird sich die Bf im Rahmen des Zumutbaren bemühen, dem Genussscheininhaber jene Informationen, die dieser für bilanzielle oder steuerliche Zwecke benötigt,... zur Verfügung zu stellen....'

§ 15 'Rückzahlung, Liquidation' lautet auszugsweise:

Die Genussscheininhaber haben bei Auslaufen des Genussscheines bei Liquidation der Bf einen Anspruch auf Zahlung des Rückzahlungsanspruches.

„(3) Der Rückzahlungsanspruch

a) entspricht dem (unverzinsten) Genussscheinkapital (gegebenenfalls um Verluste reduziert oder um wieder aufgefüllte Verluste nach § 13 Abs. (4) erhöht);

b) zuzüglich einer allfälligen noch nicht beglichenen Genussscheinrendite (bzw. Vorgetragener Genussscheinrenditen) der letzten Berechnungsperiode ... nach Maßgabe der Bestimmungen des § 13.'

Nach § 18 Abs. 5 wird 'eine allfällige Gesellschaftsteuer in Zusammenhang mit der Erstemission des Genussscheines ... von der Emittentin getragen'.

Laut den in der mündlichen Verhandlung nachgereichten Unterlagen steht unbestritten fest, dass die Bf in den Jahren 2013 bis 2017 Gewinne erzielt hat und ein Unternehmensrating von jeweils 'A+' aufweist. was laut Ratingagentur anhand der Analyse ua. von Geschäftsunterlagen und Planungsrechnungen eine 'gute bzw. hohe Bonität' sowie 'geringes Ausfallsrisiko bzw. Anlagerisiko' repräsentiert."

...

Im Vergleich der 'Genussrechtsbedingungen alt' zu den aktuellen, dem gegenständlichen Beschwerdefall zugrunde liegenden 'Genussrechtsbedingungen neu' ergeben sich nun folgende Änderungen:

Laut 'Definitionen' beträgt die Rendite ('Vorrangige Genussscheinrendite') anstelle vormals 6 % (laufend) bzw. bis zu 8 % (bei Auslaufen oder im Liquidationsfall) nunmehr 7 % p.a. jeweils vom Nennwert des Genussscheines: gem. § 3 ist Gegenstand 'eine Rendite nach Maßgabe der Bestimmungen dieser Genussscheinbedingungen' statt vormals 'primär eine Ergebnisbeteiligung, subsidiär auch eine Beteiligung an der Substanzwertsteigerung bzw. am Liquidationserlös'; in § 13 war vormals unter der Überschrift 'Ergebnisbeteiligung' unter Abs. 1 festgelegt, dass die Genussscheine 'sowohl am Gewinn als auch am Verlust der Emittentin beteiligt sind (Ergebnisbeteiligung)', wohingegen aktuell § 13 mit 'Rendite' titulierte und dieser Abs. 1 entfallen ist; in § 13 wurde die Bezeichnung 'Ergebnisbeteiligung' bzw. 'Gewinnanteil' durchgehend durch 'Genussscheinrendite' ersetzt, der übrige Inhalt ist nahezu ident; nach § 14 'Informationsrechte' erfolgt keine 'Diskussion der Anlagestrategie' mehr, sondern steht die Emittentin nun im Zug der jährlichen Informationssitzung

'für Fragen der Genussscheininhaber' zur Verfügung; § 15 'Rückzahlung, Liquidation' ist nunmehr stark gekürzt: Die bisherigen Regelungen unter Abs. 3 lit c bis Abs. 13 sind

entfallen, diese haben ua. die Erhöhung des Rückzahlungsanspruches um den Substanzwertsteigerungsanteil, dessen Berechnung sowie die Berechnung und Berücksichtigung/Verwendung der stillen Reserven betroffen.

Zusammengefasst bedeutet dies im Wesentlichen, dass nicht mehr ausdrücklich eine 'Ergebnisbeteiligung' festgelegt wurde, terminologisch der Ausdruck 'Gewinnanteil' durchgehend durch 'Genussscheinrendite' ersetzt wurde und - wie zutreffend vorgebracht wurde - keine Beteiligung am Liquidationserlös und an den stillen Reserven/Substanzwertsteigerung mehr vorgesehen ist.

...

Inhaltlich unverändert und nahezu wortident mit den 'Genussscheinbedingungen alt' ist in § 13 eine Gewinnabhängigkeit in der Form geregelt, dass die (fixe) Rendite von nunmehr 7 % p.a. mit 'der Erfüllung der Voraussetzungen Genussscheinrendite limitiert' ist. Nach § 13 Abs. 2 letzter Satz entsteht die Genussscheinrendite für die betreffende Berechnungsperiode nur, soweit diese 'Voraussetzungen Genussscheinrendite' - ua. die Deckung im Jahresüberschuss - erfüllt sind, andernfalls die gesamte Rendite oder der Differenzbetrag in die nächste Periode vorzutragen ist (§ 13 Abs. 3). Der von der Bf. im vorangegangenen Verfahren angerufene Verwaltungsgerichtshof hat zwar, wie von den Vertretern der Bf. in der mündlichen Verhandlung vom 25.5.2018 betont wurde, nicht mit Erkenntnis 'in der Sache' entschieden; er hat im Zurückweisungsbeschluss vom 29.6.2017 im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG jedoch unmissverständlich ausgesprochen, dass mit dieser Regelung in § 13 der Genussscheinbedingungen ein 'Recht auf Gewinnbeteiligung im Sinne des zur unionsrechtskonformen Auslegung des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG maßgeblichen Art. 3 lit. d der Richtlinie 2008/7/EG' verbrieft ist.

...

„Das Fehlen einer Beteiligung an den stillen Reserven (bzw. am Liquidationserlös) steht der Qualifikation als Genussrecht nicht entgegen, auch wenn mit dem Entfall eines Substanzwertanteils (verbunden mit der 'Höchstgenussscheinrendite') eine in den alten Genussscheinbedingungen (§ 15 Abs. 3 lit. c ff) zusätzlich enthaltene wertabhängige Komponente weggefallen ist.

Angemerkt sei hier, dass § 5 Abs. 1 Z 2 KVG sowohl Genussrechte mit Eigenkapitalcharakter als auch solche mit Fremdkapitalcharakter umfasst ...

Die - ertragsteuerlich relevante - Einstufung eines Genussrechtes als Eigenkapital oder als Fremdkapital ist für den Bereich der Gesellschaftsteuer nicht von Bedeutung.

...

Aus der Zusammenschau der Regelungen in § 13 und § 15 ergibt sich auch nach den neuen Genussscheinbedingungen eine Teilnahme der Genussscheinberechtigten an etwaigen Verlusten der Bf, die dazu führen könnte, dass sie bei Ablauf des Genussscheines zum Rückzahlungsstichtag weder noch offene (vorgetragene) Renditen noch das ursprünglich investierte Genussscheinkapital in voller Höhe ausbezahlt erhalten (vgl. § 15 Abs. 3). Wie nämlich aus § 13 Abs. 4 zu entnehmen ist, reduzieren Verluste zwar vorrangig das Eigenkapital der Bf, gehen allerdings nach Verbrauch des Eigenkapitals zu Lasten des Genussscheinkapitals, das wiederum nur durch Gewinne in den Folgeperioden - soweit solche erzielt werden können - wieder aufgefüllt würde. Nach den Genussscheinbedingungen ist daher - trotz Vermeidung der ausdrücklichen Festlegung einer 'Ergebnisbeteiligung' - unverändert von der Teilnahme der Genussscheininhaber am Verlust und damit von einer 'unternehmerischen Teilhabe' auszugeben. Die Beteiligung an einem Endverlust wird noch dadurch bekräftigt, dass die Genussscheininhaber laut § 9 Abs. 3 eine Erklärung nach § 67 Abs. 3 Insolvenzordnung abgegeben haben, dass sie Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger vorrangiger Forderungen begehren und dass wegen dieser Verbindlichkeiten kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht.

...

Die Bf wendet ein, der Eintritt von Verlusten oder gar einer Insolvenz sei 'rein theoretisch' und von vorneherein angesichts der Bonität der Bf (Rating A+) und der hohen Eigenkapitalausstattung laut den 'Businessplänen' auszuschließen gewesen.

Dies habe sich auch in der Rückschau anhand der vorgelegten Bilanzen bestätigt.

Die Genussscheininhaber hätten seit Begebung der Genussscheine alljährlich die vereinbarten Zinsen erhalten. In diesem Zusammenhalt wird vorgebracht, es sei vor allem das geschäftliche Umfeld bzw. der zu erwartende 'gewöhnliche Geschäftsverlauf' zu berücksichtigen, wie aus dem VWGH-Erkenntnis Zl. 92/16/0189 vom 24.3.1994 hervorkomme.

Die in der Beschwerde sowie in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen wirtschaftlichen Parameter der Bf stehen außer Streit. Selbst wenn danach - wie vorgebracht - aufgrund von Prognosen ('Businessplänen') eine ausschließlich positive Entwicklung des Geschäftsverlaufes der Bf erwartet werden durfte und die Kapitalgeber die Ausfallswahrscheinlichkeit ihrer Ansprüche als gering einschätzen konnten, ändert dies nach dem Dafürhalten des BFG nichts daran, dass die Vereinbarungen über die Gewinnabhängigkeit der Ansprüche eine Beteiligung der Genussscheininhaber am unternehmerischen Risiko zum Ausdruck bringen. Zumal der Eintritt von Verlusten - etwa auch auf Grund externer und seitens des Unternehmens nicht beeinflussbarer Umstände

- im Wirtschaftsleben nie gänzlich ausgeschlossen werden kann. Jedenfalls wurden für diesen Fall detaillierte Regelungen (in § 9 Abs. 2 bis 4, § 13 und § 15 Abs. 3 lit. a) getroffen.

Das von der Bf zitierte VwGH-Erkenntnis vom 24. 3. 1994 ist nicht zur (unionsrechtskonformen) Bestimmung der Merkmale eines Genussrechtes, sondern zu § 5 Abs. 1 Z 3 (vormals § 6 Abs. 1 Z 3) KVG ergangen: Jeder Zeichner hatte sich gegenüber der Gesellschaft zur Leistung einer Darlehenseinlage verpflichtet und sollte dafür eine fixe Mindestverzinsung von 7,25 % des Einlagekapitals erhalten, darüber hinaus aber Anspruch auf eine gestaffelte prozentuelle Beteiligung 'am ordentlichen betrieblichen Ergebnis' haben. Eine Verlustbeteiligung war nicht vorgesehen. Ergebnis konkreter Berechnungen war, dass die Gegenleistung für die Überlassung der Darlehensvaluta (u.a. abhängig auch vom investierten Kapitalbetrag) bei einem gewöhnlichen Verlauf des wirtschaftlichen Erfolges in einer überwiegend festen und nur zum geringeren Teil variablen Verzinsung bestehen würde. Nur bei Prüfung der Frage, ob die feste oder die variable Komponente der Vergütung als die 'Hauptsache' anzusehen ist, war somit nach Ansicht des VwGH auf den 'gewöhnlichen Verlauf des wirtschaftlichen Erfolges' abzustellen. Im Gegensatz dazu legt § 13 der gegenständlichen Genussscheinbedingungen eine ausschließlich fixe Verzinsung (ohne variable Komponente), jedoch in Abhängigkeit u.a. vom Vorliegen eines ausreichenden Jahresüberschusses der Bf fest und ist - nach Maßgabe des § 13 Abs. 4 bzw. § 15 Abs. 3 der Genussscheinbedingungen - auch eine Teilnahme der Genussscheininhaber an einem etwaigen (End-)Verlust vorgesehen.

Einer Gewichtung einerseits fixer und andererseits variabler Komponenten der Vergütung (Bestimmung der 'Hauptsache') bedurfte es im Beschwerdefall nicht. Eine allgemeine Aussage, dass bei Beurteilung von - wie immer bezeichneten - Genussrechts- oder Darlehensbedingungen der zu erwartende 'gewöhnliche Geschäftsverlauf' zu berücksichtigen sei, lässt sich dem VwGH-Erkenntnis vom 24.3.1994 nach Ansicht des BFG jedoch nicht entnehmen. Ob Gesellschaftsteuerpflicht nach dem Tatbestand des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG vorliegt, war demnach im Gegenstandsfall allein nach dem Inhalt der dem Rechtserwerb zu Grunde liegenden Vereinbarungen (zu dem nach § 4 Abs. 1 BAO maßgeblichen Zeitpunkt) zu beurteilen.

...

Nach Ansicht der Bf seien die Bestimmungen in § 13 Abs. 3 der Genussscheinbedingungen betreffend den Vertrag der vorrangigen Genussscheinrendite in die nächste Berechnungsperiode als bloße Stundung bzw. Verschiebung des Auszahlungszeitpunktes der Rendite zu verstehen. Ungeachtet des § 13 Abs. 2 letzter Satz (wonach die Genussscheinrendite für die Berechnungsperiode nur bis zu der Höhe

entsteht, zu der die vorstehend definierten Voraussetzungen erfüllt sind), sei nicht der Anspruch an sich, sondern lediglich der Auszahlungszeitpunkt der Rendite gewinnabhängig.

Dem kann auch nach dem 'wirtschaftlichen Gehalt' der Regelung nicht beigezpflichtet werden: Die Vergütung/Rendite von 7 % vom Genussscheinnominale erfolgt aus zukünftigen Gewinnen. Nach § 13 Abs. 3 können die bei schlechten Jahresergebnissen verminderten oder gänzlich ausgefallenen Zinsen (samt Zinseszinsen) in nachfolgenden Berechnungsperioden nachgeholt werden, dies aber nur, soweit die "Voraussetzungen Genussscheinrendite" in diesen Berechnungsperioden erfüllt sind. Würde die in § 13 Abs. 4 vereinbarte Verlustbeteiligung schlagend und wäre (nach Maßgabe des § 15 Abs. 3) der Rückzahlungsbetrag entsprechend reduziert oder im schlimmsten Fall null, so wäre auch eine Nachholung der Zinsen nicht mehr möglich. Da die Nachholbarkeit ausgefallener Vergütungen mit dem Auslaufen der Genussscheine ihr Ende findet, ist der Anspruch als solcher gewinnabhängig und liegt keine bloße Stundungsabrede vor, wie sie möglicherweise auch in Zusammenhang mit einem nicht gesellschaftsteuerpflichtigen Darlehen getroffen würde (vgl. zum Merkmal der Gewinnabhängigkeit etwa auch VwGH 19.8.1997. 95/16/0328; VwGH 19.9.2001. 99/16/0056; VwGH 17. 10.2012, 2011/16/0237).

...

Nach dem VwGH-Erkenntnis vom 19.8.1997, 95/16/0328, sei nach Ansicht der Bf entscheidend, dass dem Genussscheinberechtigten ein Anspruch auf einen prozentuellen Anteil des Gewinnes eingeräumt werde.

Das zitierte VwGH-Erkenntnis behandelt eine Besserungsvereinbarung, derzufolge das eingezahlte Besserungskapital zurückzuzahlen war, wenn bestimmte wirtschaftliche Bedingungen erfüllt waren, und zwar in der Form, dass ein Betrag von höchstens 75 % des Vorjahresgewinnes solange in ein zinsenloses Darlehen umgewandelt werden sollte, bis das gesamte Besserungskapital gedeckt war. Eine Vergütung (durch prozentuelle Beteiligung am laufenden Gewinn) erhielten die Kapitalgeber nicht Für die Qualifikation als Genussrecht erachtete der VwGH jedoch die vereinbarte Rückzahlungspflicht des Kapitals, die aus Anteilen am Gewinn bedient wird, als ausreichend: Allein entscheidend sei, dass den Berechtigten in Abhängigkeit vom zukünftigen wirtschaftlichen Erfolg der Kapitalgesellschaft 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, und nicht der Fall vorliegt, in dem nur die Fälligkeit einer Verbindlichkeit an den jährlichen Reingewinn geknüpft ist.

Aus diesem Erkenntnis (vgl. auch VwGH 19.9.2001, 99/16/0056) ergibt sich nach Ansicht des BFG, dass eine unternehmerische Beteiligung des Kapitalgebers am Unternehmen, im damaligen Beschwerdefall in Form einer Gewinnabhängigkeit des Rückzahlungsanspruchs. für die Qualifikation der Vereinbarung als Genussrecht iSd KVG ausreicht. Eine Vergütung in Form einer prozentuellen Beteiligung am laufenden Gewinn (der jeweiligen Berechnungsperiode) ist jedoch nicht zwingend erforderlich. Insoweit ist zwischen dem Erkenntnis vom 19.8.1997 und dem an die Bf ergangenen Beschluss des VwGH vom 29.6.2017 auch kein Widerspruch zu erblicken. Wesentlich ist allerdings, dass nicht nur die Fälligkeit, sondern der Anspruch als solcher gewinnabhängig ist, was im gegenständlichen Beschwerdefall hinsichtlich der Genussscheinrendite jedoch zutrifft (siehe oben Punkt 3.9.).

...

Neben der Gewinn- bzw. Erfolgsabhängigkeit der Rendite und der Teilnahme am Verlust sind in den aktuellen Genussscheinbedingungen auch die Regelungen über die längerfristige Laufzeit (§ 5), die Unbesichertheit (§ 10) und insbesondere die Nachrangigkeit der Forderungen aus den Genussscheinen (§ 9) nach wie vor unverändert aufrecht, welche zwar für sich allein unbestritten kein Qualifikationskriterium darstellen, jedoch in einer Gesamtbetrachtung das Bild einer 'unternehmerischen Teilhabe' der Genussscheininhaber abrunden. Aus der festgelegten Nachrangigkeit sowie Nichtbesicherung der Forderungen der Genussscheininhaber resultiert nach den eigenen Angaben der Bf auch der vergleichsweise hohe Zinssatz von 7 %, der ein damit verbundenes erhöhtes Risiko abgelten soll. Hinzu treten Informations- und Fragerechte der Genussscheininhaber (§ 14) auch wenn diese - wie eingewendet - den Umfang der Rechte eines Aktionäre nicht erreichen.

...

Die Bf bringt vor, es sei nicht die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses bzw. die Formulierung der Genussrechtsbedingungen ausschlaggebend, sondern deren 'wirtschaftlicher Gehalt'. Es dürfe nicht in unzulässiger Weise das nur im Gebührenrecht geltende 'Urkundenprinzip' angewendet werden. Tatsächlich gewollt gewesen sei beiderseits ein fix verzinstes Fremdkapital, also eigentlich ein Darlehen bzw. eine Anleihe.

Im Hinblick darauf sei zuzugestehen, dass die Formulierung der gegenständlichen Bedingungen nicht ganz 'ideal' sei. Dies habe seine Ursache aber lediglich in praktischen und zeitlichen Umständen gehabt, seien doch die 'alten' Bedingungen herangezogen und nach den Wünschen der Investoren geändert bzw. angepasst worden.

Zu dem angesprochenen 'Urkundenprinzip' gilt es festzuhalten, dass dieses aus der Bestimmung in § 17 Abs. 1 Gebührengesetz hervorgeht und besagt, dass ein Rechtsgeschäft so der Gebühr unterliegt, wie es beurkundet ist. Der Gebührenfestsetzung können andere als in der Urkunde festgehaltene Umstände nicht zugrunde gelegt werden, mögen auch die anderen Umstände den tatsächlichen Vereinbarungen entsprechen.

Es trifft zu, dass im Rahmen des KVG dieses 'strenge Urkundenprinzip' nicht anzuwenden ist. Auch kommt es auf den Gebrauch von Bezeichnungen wie 'Genussschein' oder 'Genussscheinbedingungen' nicht an. Im Übrigen kann aber wohl nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden, dass die Qualifikation der von den Investoren gezeichneten Wertpapiere - als Genussrechte iSd KVG oder aber als Darlehen - nach dem tatsächlichen Inhalt der Vereinbarungen (einschließlich der zum Vertragsinhalt erhobenen 'Genussscheinbedingungen') zu erfolgen hat, und zwar nach jenem (objektiven) Verständnis, das ihnen nach der Übung des redlichen Verkehrs zukommt (§ 914 ABGB).

Das nach dem Vorbringen der Bf 'tatsächlich Gewollte' - eine Verzinsung mit einem fixen Prozentsatz vom Kapital ohne Schwankungsbreite und ohne 'eigenkapitalähnliche' Komponenten (wie Anteilen an stillen Reserven oder an einem Liquidationserlös) - hat in die 'neuen' Genussscheinbedingungen Eingang gefunden. Tatsächlich vereinbart wurden aber auch jene (aus den 'alten' Genussscheinbedingungen übernommenen) Begleitbestimmungen, die eine Gewinnabhängigkeit der (fixen) Zinsen bzw. eine Teilnahme der Investoren an einem etwaigen Verlust zum Gegenstand haben (§ 13 Abs. 2 bis 4 iVm § 15 Abs. 3 lit. a; siehe oben). Bei diesen Regelungen handelt es sich - trotz hoher Bonität der Emittentin - um wesentliche Vertragsinhalte, deren Vorhandensein nicht bloß als eine Frage der ('nicht idealen') Formulierung abgetan werden kann.

Das BFG geht davon aus, dass diese Regelungen nicht nur dem objektiv erklärten, sondern auch dem beiderseitigen subjektiven Vertragswillen entsprochen haben.

Selbst wenn eine andere Regelung (unter Ausschluss jeder Gewinnabhängigkeit der Vergütung) möglich gewesen wäre, ist die tatsächliche Vereinbarung maßgeblich. Die abgabenrechtliche Qualifikation (als Genussrecht im Sinne des KVG oder als Darlehen) ist einer 'Willensbildung' der Vertragsparteien ohnedies entzogen.

...

Dazu kommt, dass im KVG in Bezug auf 'Forderungen mit Gewinnbeteiligung' ein eigener Tatbestand enthalten ist (§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG). Die 'Genussrechte' sind in § 5 Abs. 1 Z 2 KVG grammatikalisch-syntaktisch zwischen den 'echten' Gesellschaftsrechten wie Aktien und GmbH-Anteilen (Z 1) und den 'gewinnbeteiligten Forderungen' (Z 3)

eingeordnet, was deutlich macht, dass die Tatbestände nach § 5 Abs. 1 Z 2 und Z 3 KVG getrennt voneinander zu betrachten sind und unterschiedliche Inhalte haben. Die Bf bringt in der Beschwerde selbst vor, dass es sich bei den Genussrechten um 'Verträge sui generis' handelt.

Richtig ist, dass § 5 Abs. 1 Z 2 und § 5 Abs. 1 Z 3 KVG dieselbe unionsrechtliche Grundlage (in Art. 3 lit. d der Richtlinie 2008/7/EG) haben. Im Beschluss vom 29. 6. 2017. Ra 2017/16/0088, ist der VwGH in unionsrechtskonformer Auslegung des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG zum Ergebnis gekommen, dass eine Gewinnabhängigkeit der Genussscheinrendite, nwie sie in § 13 der Genussscheinbedingungen 'alt' (Anmerkung: wie auch unverändert in den Genussscheinbedingungen 'neu') vereinbart wurde, den Genussscheininhabern ein Recht auf Gewinnbeteiligung im Sinne des Art. 3 lit. d der Richtlinie 2008/7/EG einräumt.

Vor dem Hintergrund der klaren Richtlinienbestimmung werfe die Auslegung des Begriffs Genussrecht in § 5 Abs. 1 Z 2 KVG keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mehr auf.

...

Das BFG teilt insbesondere nicht die Rechtsansicht der Bf, wonach der Begriff 'Gewinnbeteiligung' - offenbar abweichend von der Interpretation des VwGH - auch unionsrechtlich eng auszulegen wäre. Nach den der Richtlinie 2008/7/EG vorangestellten 'Erwägungsgründen' seien wohl die wirtschaftlichen Auswirkungen der Gesellschaftsteuer für den Zusammenschluss und die Entwicklung der Unternehmen ungünstig (Erwägungsgrund 4) und erscheine die Abschaffung der Gesellschaftsteuer als beste Lösung (Erwägungsgrund 5), doch wäre eine solche Maßnahme für die Mitgliedstaaten, die eine Gesellschaftsteuer anwenden, unannehmbar (Erwägungsgrund 7). Im Interesse des Binnenmarktes sollten daher die Steuern auf die Ansammlung von Kapital harmonisiert werden (Erwägungsgründe 2 und 3). Für eine enge Auslegung der in Art. 3 iVm Art. 1 lit. a der Richtlinie 2008/7/EG taxativ aufgezählten Tatbestände der 'Kapitalzuführung an Kapitalgesellschaften' ergibt sich daraus kein Anhaltspunkt.

Dem Erwägungsgrund 8 zufolge sollten - im Gegenteil - weiterhin strenge Vorschriften insbesondere betreffend Befreiungen und Senkungen der Gesellschaftsteuer vorgesehen werden. Denn durch die Harmonisierung der Rechtsvorschriften sollten so weit wie möglich die Faktoren ausgeschaltet werden, die als Ursache von 'Diskriminierungen, Doppelbesteuerungen und Unterschiedlichkeiten' die Wettbewerbsbedingungen verfälschen oder den freien Kapitalverkehr behindern (Erwägungsgründe 2 und 3).

...

Das BFG sieht sich abschließend nicht veranlasst, ein Vorabentscheidungsersuchen des EuGH (zu den von den Vertretern der Bf in der mündlichen Verhandlung formulierten Fragen) einzuholen. Das Gericht hegt keinen Zweifel, dass der Begriff 'Recht auf Gewinnbeteiligung' in Art. 3 lit. d der Kapitalansammlungsrichtlinie so auszulegen ist, wie der VwGH im Beschluss vom 29.6.2017 zum Ausdruck gebracht hat (nämlich im Sinne einer Gewinnabhängigkeit des Vergütungsanspruches wie bei der in Rede stehenden Regelung in § 13 der Genussscheinbedingungen)."

Der VwGH hat in diesem Fall zur Zulässigkeit der Revision ua ausgeführt:

„Im nun vorliegenden Revisionsfall hat das Verwaltungsgericht die eingangs zitierten Genussscheinbedingungen vom 26. Juni 2014 vor dem Hintergrund des Unionsrechtes und des Kapitalverkehrsteuergesetzes sowie von dazu ergangener Rechtsprechung des EuGH und des Verwaltungsgerichtshofes dahingehend gewürdigt, dass es sich bei den im Jahr 2014 begebenen Genussscheinen um Genussrechte im Sinn des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG handle.

Es kann im vorliegenden Revisionsfall dahingestellt bleiben, ob die Genussscheinbedingungen des Jahre 2014 - wesentlich - von jenen abweichen, die Gegenstand des zitierten Beschlusses vom 29. Juni 2017 waren, weil Gegenstand dieses Beschlusses die Zurückweisung der damaligen Revision mangels Vorliegen einer Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung in Ansehung der damals vom Verwaltungsgericht im Einzelfall gewonnenen Auslegung war.

Im Revisionsfall ist daher nicht entscheidend, ob die im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes vom 6. März 2017 dargelegten Erwägungen auf den vorliegenden Revisionsfall übertragbar sind, sondern, ob die vom Verwaltungsgericht im nun angefochtenen Erkenntnis vom 3. September 2018 eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung im besagten Sinn aufwerfen oder nicht.

Nach Art. 3 lit. d der Richtlinie 2008/7/EG des Rates vom 12. Februar 2008 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital gilt für die Zwecke dieser Richtlinie und vorbehaltlich von Art. 4 die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art, für die nicht Gesellschaftsrechte gewährt werden, die einen Anteil am Kapital oder am Gesellschaftsvermögen verkörpern, sondern Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wie z.B. Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse, als "Kapitalzuführung".

Gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG gelten Genussrechte als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften.

Der EuGH hat in dem - vom Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis zitierten und zur Auslegung der Richtlinie 2008/7/EG des Rates vom 12. Februar 2008 herangezogenen - Urteil vom 17. Oktober 2002, C-138/00 - Solida und Tech, zur gleichlautenden Bestimmung des Art. 4 Abs. 1 lit. d der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 ausgesprochen, dass Genussscheine, die ihrem Inhaber einen Anspruch auf Teilnahme am laufenden Gewinn sowie am Liquidationsgewinn der begebenden Gesellschaft gewähren, grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 1 lit. d leg. cit fallen (vgl. weiters VwGH 19.12.2002, 99/16/0272 = Slg. 7778/F).

Im vorliegenden Revisionsfall orientierte das Verwaltungsgericht die Auslegung der in den nun maßgeblichen Genussscheinbedingungen zusammengefassten Rechte und deren Subsumtion unter § 5 Abs. 1 Z 2 KVG daran, dass in den Bedingungen eine Gewinnabhängigkeit in der Form geregelt sei, dass eine feste Rendite von 7% p.a. von der Erfüllung der Voraussetzungen der Genussscheinrendite limitiert sei, unter anderem durch die Deckung der Genussscheinrendite im Jahresüberschuss, andernfalls die gesamte Rendite oder die Differenzbetrag in die nächste Periode übertragen würde. Die Abhängigkeit der Genussscheinrendite von den in den Bedingungen näher normierten Mindestergebnisvoraussetzungen stelle eine Ergebnisbeteiligung und ein "Recht auf Gewinnbeteiligung" im Sinn des Art. 3 lit. d der Richtlinie 2008/7/EG dar.

Insbesondere vor dem Hintergrund der klaren Bestimmung des Art. 3 lit. d der Richtlinie 2008/7/EG und der zitierten Rechtsprechung wirft damit die vom Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis gewonnene Auslegung des Begriffs Genussrechte und der Subsumtion der in den Genussscheinen verbriefte Rechte unter das Tatbestandsmerkmal "Genussrechte" in § 5 Abs. 1 Z 2 KVG keine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG auf (vgl. im Ergebnis den mehrfach zitierten Beschluss vom 29. Juni 2017 sowie Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecke r, Kommentar zum Kapitalverkehrsteuergesetz, Rz 470 ff zu § 5 KVG, mwN).“

rechtliche Beurteilung der vorliegenden Genussrechte

Die gegenständlichen Genussscheinbedingungen (bezeichnet als „Tranche 2015“) unterscheiden sich insbesondere von jenen, die der Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.6.2019, Ra 20109/16/0115 zu Grunde lagen (bezeichnet als „Tranche 2014“) lediglich unwesentlich.

Insbesondere die in den Punkten **§ 9 ("Rang der Genussscheine")**, **§ 13 ("Rendite")** und **§ 15 ("Rückzahlung, Liquidation")** getroffenen Regelungen der Genussscheinbedingungen sind auch hier als entscheidungswesentlich zu erachten. Diese Regelungen sind – bis auch den Zinssatz - ident mit den oben zitierten Bedingungen aus dem Jahr 2014.

Im Hinblick darauf, dass zu einem Sachverhalt, dem nahezu idente Genussscheinbedingungen zugrunde gelegen waren, das BFG abweisend entschieden und in zwei höchstgerichtlichen Verfahren der VfGH die Behandlung der Beschwerde abgelehnt sowie der VwGH die ao Revision zurückgewiesen hat (siehe dazu oben), ist kein Grund für ein Abgehen von der bisherigen - oben zitierten - Rechtsprechung des BFG ersichtlich. Die Bf. hat auch in der Stellungnahme vom 31.7.2023 keine neuen Argumente genannt. Die hier maßgeblichen Genussrechtsbedingungen sehen ebenfalls eine Abhängigkeit der Genussscheinrendite von den Ergebnissen der Bf. vor und wird mit dem Genussrecht eine Risikobeteiligung am Unternehmen der Bf. verknüpft. Die ***X*** hat somit durch die am 17.12.2015 erfolgte Kapitalzufuhr iHv € 10.000.000,00 nicht nur ein Genussrecht im Sinne des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG, sondern auch ein "Recht auf Gewinnbeteiligung" im Sinn des Art. 3 lit. d der Richtlinie 2008/7/EG erworben und wurde damit am 17.12.2015 ein der Gesellschaftsteuer unterliegender Vorgang verwirklicht.

Die Aufhebung der Gesellschaftsteuer mit 1.1.2016 hat keinen Einfluss auf die hier am 17.12.2015 entstandene Steuerschuld. Die Übergangsbestimmung des § 38 Abs. 3e KVG idF BGBl. I Nr. 13/2014 sieht ausdrücklich vor, dass die Vorschriften auf Rechtsvorgänge, bei denen die Steuerschuld vor dem 1. Jänner 2016 entstanden ist, weiterhin anzuwenden ist. Daran ändert auch das Zweite Bundesrechtsvereinigungsgesetz, BGBl. I Nr. 61/2018 nichts, da die gemäß § 2 Abs. 1 2. BRBG außerkraftgetretene Rechtsvorschriften gemäß § 5 Abs. 1 2. BRBG auf Sachverhalte, die sich vor dem 1. Jänner 2019 ereignet haben (hier hat sich der Sachverhalt im Jahr 2015 ereignet), weiterhin anwendbar ist.

Die Beschwerde ist daher als unbegründet abzuweisen.

3.2. Zu Spruchpunkt II. (Revision)

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Das Revisionsmodell soll sich an der Revision nach den §§ 500 ff ZPO orientieren (vgl die ErläutRV zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, 1618 BlgNR XXIV. GP 16). Ausgehend davon kann einer Rechtsfrage nur dann grundsätzliche Bedeutung zukommen, wenn sie über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung entfaltet (vgl VwGH 24.3.2014, Ro 2014/01/0011).

Das Bundesfinanzgericht folgte bei der gesellschaftsteuerrechtlichen Beurteilung und der Würdigung der konkreten Genussrechtsbedingungen den Grundsätzen der in der Entscheidung zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wie insbesondere VwGH 29.06.2017, Ra 2017/16/0088 und VwGH 25.6.2019, Ra 2019/16/0115).

Wien, am 4. August 2023