



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch den Senat XYZ im Beisein der Schriftführerin VB Angelika Ganser über die Berufungen der Bw., vertreten durch die SKP Schüßling, Kofler & Partner GmbH, vom 19. Oktober 2001 und 8. Oktober 2002 gegen die Bescheide des Finanzamtes Innsbruck, vertreten durch Beamter Dr. Josef Metzler, vom 20. September 2001 und 20. September 2002 betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1995 bis 2000 und Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 und Folgejahre nach der am 10. Dezember 2004 in 6021 Innsbruck, Innrain 32, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufungen gegen die Bescheide betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1995, 1999 und 2000 sowie Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 und Folgejahre werden als unbegründet abgewiesen.

Der Berufung gegen die Bescheide betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1996 bis 1998 wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid betreffend Körperschaftsteuer für das Jahr 1995 bleibt unverändert.

Die angefochtenen Bescheide betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1996 bis 2000 sowie Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 und Folgejahre werden abgeändert.

Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Abgaben betragen:

Gesamtbetrag der Einkünfte 1996: 1,175.834,18 €; Einkommen 1996: 1,107.131,82 €;
Körperschaftsteuer 1996: 343.902,31 €

Gesamtbetrag der Einkünfte 1997: 1,767.877,52 €; Einkommen 1997: 1,767.877,52 €;
Körperschaftsteuer 1997: 568.032,67 €

Gesamtbetrag der Einkünfte 1998: 586.713,95 €; Einkommen 1998: 586.713,95 €;
Körperschaftsteuer 1998: 175.862,15 €

Gesamtbetrag der Einkünfte 1999: 223.154,87 €; Einkommen 1999: 223.154,87 €;
Körperschaftsteuer 1999: 57.338,72 €

Gesamtbetrag der Einkünfte 2000: 468.617,33 €; Einkommen 2000: 468.617,33 €;
Körperschaftsteuer 2000: 103.382,70 €

Die Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 und Folgejahre werden mit
112.687,14 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

Die GM. wurde mit Genossenschaftsvertrag vom 15. Oktober 1948 gegründet und am 27. Dezember 1948 im Genossenschaftsregister des Landesgerichtes I eingetragen. Sie hat ihren Sitz in M. Gegenstand des Unternehmens ist die Erzeugung in Form eines Industriebetriebes von Geräten (vorwiegend Heiz- und Kochgeräten), Zieh-, Press-, Stanz- und Drehteilen, Spezial- und Sonderfertigungen, Werkzeugen und Vorrichtungen sowie der Verkauf dieser Erzeugnisse. Die im Firmenbuch unter FN a (früher: GEN b) eingetragene GM. ermittelt ihren Gewinn gemäß § 5 EStG. Der Geschäftsanteil beträgt 100 €, jeder Genossenschafter haftet mit dem Geschäftsanteil und dem einfachen seines Geschäftsanteiles. Dem Vorstand der GM. gehören derzeit OS (als Obmann), HH (als Obmann-Stellvertreter) und HS (als Mitglied) an, sie sind für die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft gemeinsam mit einem weiteren Vorstandsmitglied oder einem Prokuristen vertretungsbefugt.

Anlässlich einer abgabenbehördlichen Prüfung der GM., umfassend die Jahre 1996 bis 1998, stellten die Prüfer Folgendes fest:

1) Rückstellung für Umweltkosten Nachbarn: Unter der Position "*Sonstige Rückstellungen*" weise die Abgabepflichtige im Jahresabschluss 1998 eine Rückstellung für Umweltkosten Nachbarn in Höhe von 2,500.000 S aus. Die Rückstellungsbildung sei im Jahr 1992 im Zusammenhang mit einem Betriebsanlagegenehmigungsverfahren gemäß § 81 GewO erfolgt. In diesem Verwaltungsverfahren gehe es um die Genehmigung zweier Produktionsmaschinen

(Müller-Pressen). Aufgrund der seinerzeitigen Lärmbelästigungen sei es zu Auseinandersetzungen mit den Nachbarn G, P und L gekommen. Dieses Betriebsanlageverfahren sei mit Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 17. September 1992, Zl. 1, abgeschlossen worden. Gegen diese Entscheidung sei beim Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten (BMwA) Berufung eingebracht worden, die bis zum Ende des Prüfungszeitraumes (31. Dezember 1998) unerledigt gewesen sei. Das BMwA habe bis Ende 1994 Amtshandlungen (Sachverständigengutachten usw.) durchgeführt, eine Entscheidung sei im Prüfungszeitraum jedoch nicht erfolgt.

Bei der im Prüfungszeitraum bilanzierten Rückstellung handle es sich um eine Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten iSd § 9 Abs. 1 Z 3 EStG. Wie der Gesetzgeber weiters in § 9 Abs. 3 EStG ausführe, sei die Bildung einer solchen Rückstellung nur zulässig, wenn konkrete Umstände nachgewiesen werden könnten, nach denen im jeweiligen Einzelfall mit dem Vorliegen oder dem Entstehen einer Verbindlichkeit ernsthaft zu rechnen sei. Im vorliegenden Fall sei zum 31. Dezember 1998 anhand objektiv erkennbarer Tatsachen zu beurteilen, ob zu diesem Zeitpunkt mit dem Entstehen einer Verbindlichkeit ernsthaft zu rechnen sei, wobei abzuwägen sei, ob die Gründe für eine künftige Inanspruchnahme gewichtiger seien als jene Gründe, die dagegen sprächen. Aufgrund der Tatsache, dass das Verfahren seit dem Jahr 1994 ruhe und die betroffenen Nachbarn sich nicht mehr beschwert bzw. auf die Entscheidungspflicht des BMwA gedrängt haben, sei ein behördliches Eingreifen in einem hohen Maß unwahrscheinlich. Die Rückstellung für Umweltkosten Nachbarn sei daher im Jahr 1998 mit 2,500.000 S gewinnerhöhend aufzulösen (vgl. Tz 31 des Bp-Berichtes vom 17. Juli 2001, ABNr. abc).

2) Wertpapierunterdeckung: In den Veranlagungsjahren 1996 bis 1998 seien Wertpapierunterdeckungen bei den Abfertigungsrückstellungen festgestellt worden. Im Konkreten sei bei Wertpapierverlosungen kein Rückkauf innerhalb von zwei Monaten erfolgt. Außerbilanzmäßig seien folgende Beträge hinzuzurechnen (vgl. Tz 37 des Bp-Berichtes vom 17. Juli 2001, ABNr. abc): 507.000 S (1996), 244.000 S (1997), 116.000 S (1998).

3) Schachtelbefreiung Genussrechte: Im Prüfungszeitraum 1996 bis 1998 habe die GM. im Umlaufvermögen Genussrechte "Bank-J" in Höhe von 28,000.000 S (1996 und 1998) bzw. 14,000.000 S (1997) ausgewiesen. Es handle sich dabei um 280 Stück Genussrechte der Holding, Tranche IV. Am 30. September 1997 seien 140 Stück Genussrechte rückgelöst und am 17. Oktober 1997 weitere 140 Stück Genussrechte gekauft worden. Rechtsgrundlage dieser Genussrechte "*Das J Modell*" seien die Genussrechtsbedingungen der Bank, die im Zuge des Prüfungsverfahrens am 13. Februar 2001 vorgelegt worden seien. Im Rechnungswesen seien die Genussrechte wie folgt ausgewiesen worden:

	1996	1997	1998
	S	S	S
Anfangsbestand	28,000.000,--	28,000.000,--	14,000.000,--
Rücklösung		-13,197.865,--	
Kursverlust (17. Oktober 1997)		-782.307,--	
Rücklösung (17. Oktober 1997)		-19.828,--	
Kauf Genussrecht (17. Oktober 1997)		14,000.000,--	
Umbuchung		-14,000.000,--	14,000.000,--
Endbestand	28,000.000,--	14,000.000,--	28,000.000,--

Die erstmalige Veranlagung in Genussrechte sei im Jahr 1994 erfolgt. Am 1. Juli 1994 seien 140 Stück Holding Genussrecht-Scheine, Tranche IV, im Nominale von 100.000 S zum Kurs von 104.550 S (ds. 14,637.000 S) erworben worden. Der Kauf der Wertpapiere sei auf dem Konto Nr. X der Bank erfolgt (siehe Auszug vom 1. Juli 1994). Im Begleitschreiben der Bank vom 17. Juni 1994 sei ersichtlich, dass ein fixer Zinssatz von 4,4 % vereinbart worden sei, der über den Rückkaufkurs des J-Genussrechts erreicht werde. Der Verkauf bzw. Kauf der Genussrechte stellten sich detailliert wie folgt dar:

a) Verkauf von 140 Stück Genussrechten im Veranlagungsjahr 1997

Im Schreiben der GM. vom 30. März 1995 an die Bank sei vereinbart worden, dass Genussrechte im Nominale von 14,000.000 S mit einer Laufzeit bis 31. März 1996 und Zinsen von 4,35 % netto erworben würden. Laut Kontoauszug (Konto Nr. X) vom 31. März 1995 seien die 140 Stück Genussrechte zum Kurs von 103.033,33 S, das entspreche einem Kurswert von 14,424.666,67 S, erworben worden. Mit Schreiben der GM. vom 27. Dezember 1995 an die Bank seien die auslaufenden Genussrechte auf weitere zwei Jahre prolongiert worden, ein Nettozinssatz von 3,3 % sei vereinbart worden.

Laut Kontoauszug vom 29. September 1997 seien die 140 Stück Genussrechte zum Kurs von 94.412 S verkauft worden, der Rücklösungsbetrag sei von der Bank mit 13,197.864 S ermittelt worden. Zur Nachvollziehung der Berechnung sei der GM. eine "*Entwicklung Ihrer Genussrechtsbeteiligung 14 Mio. Schilling vom 31. März 1995 bis 1. Oktober 1997*" übermittelt worden. Aus diesem Berechnungsschema sei ersichtlich, dass eine Kompensation der ausgeschütteten Beträge mit der fix zugesagten Verzinsung erfolgt sei. Im vorliegenden Fall habe die GM. die Differenz von 782.308,33 S rückerstatten müssen. Dieser Rückerstattungsbetrag sei in den Verkaufskurs (94.412 S) eingerechnet worden.

b) Kauf von 140 Stück Genussrechten im Veranlagungsjahr 1997

Mit Schreiben der GM. vom 17. Oktober 1997 an die Bank seien Genussrechte im Wert von 14,000.000 S mit einer Laufzeit bis 30. Oktober 1998 und einer fixen Zinsvereinbarung von 3,8 % netto und einer möglichen Verlängerungsoption erworben worden. Der Wertpapierkauf sei am 17. Oktober 1997 zum Kurs von 100.266,66 S erfolgt, das entspreche einem Kurswert von 14,037.333,33 S. Aus steuerlicher Sicht seien die Ausschüttungen des Genussrechts im Jahresabschluss als "*Erträge aus Beteiligungen*" erfasst und außerbilanziell abgezogen worden. Weiters sei die Anrechnung der von der Bank einbehaltenen Kapitalertragsteuer beantragt worden. Im Einzelnen seien im Prüfungszeitraum folgende Beträge angefallen:

	1996	1997	1998
	S	S	S
Beteiligungserträge	1,680.000,--	1,680.000,--	1,148.000,--
KEST	420.000,--	420.000,--	287.000,--

In rechtlicher Würdigung ergebe sich Folgendes: Rechtsgrundlage für eine Beurteilung des dargestellten Sachverhaltes seien die Genussrechtsbedingungen, die im Zuge der Prüfungsdurchführung von der Bank am 13. Februar 2001 vorgelegt worden seien. Die Genussrechtsbedingungen seien im Unternehmen selbst nicht aufgelegt. Aus zivilrechtlicher Sicht werde das Genussrecht im § 174 AktG genannt, jedoch nicht definiert bzw. geregelt. Die konkrete Ausgestaltung, so wie sie in den Genussrechtsbedingungen enthalten sei, sei somit Ausfluss der Privatautonomie und unterläge der freien Vertragsgestaltung der betroffenen Parteien. Allgemein gesprochen handle es sich bei Genussrechten um schuldrechtliche Ansprüche des Genussrechtsinhabers gegenüber der emittierenden Gesellschaft, die uU. Vermögensrechte darstellen können.

Inhaltlich seien die Genussrechte im vorliegenden Fall wie folgt ausgestattet: Punkt 2 enthalte Regelungen über die Gewinnbeteiligung und Punkt 7.3. regle die Form der Vermögensbeteiligung. Lt. Punkt 7.1. seien die Genussrechte durch den Inhaber des Genussrecht-Scheines nicht kündbar, kündigen könne nur die Gesellschaft selbst. In den Genussrechtsbedingungen sei auch ausgeführt worden, dass die Bank für die Genussrecht-Scheine einen Sekundärmarkt errichte, wodurch die Möglichkeit geschaffen worden sei, jederzeit Genussrecht-Scheine zu kaufen bzw. zu verkaufen. Die Bank habe sich weiters verpflichtet, nach einer Laufzeit von fünf Geschäftsjahren die Genussrecht-Scheine mindestens zum Zeichnungspreis zu erwerben. Bei Unterschreiten dieser Behaltefrist stehe ein bestimmter Prozentsatz des Zeichnungspreises zur Verfügung, mindestens jedoch 98 % desselben.

Die tatsächliche Abwicklung der Kapitalinvestition bei der GM. stelle sich wie folgt dar: Es seien über die Anlagenabteilung der Bank Vereinbarungen getroffen worden, wonach

Geldbeträge für eine bestimmte Laufzeit zu einem fest vereinbarten Zinssatz, durch den Kauf von Holding Genussrechten, angelegt worden seien. Während der vereinbarten Laufzeit seien Ausschüttungen der Holding erfolgt, die im Veranlagungszeitraum ca. 6 % betragen hätten. Der in den Genussrechtsbedingungen verpflichtend vorgesehene Rückkauf durch die Bank sei entgegen der ursprünglich getroffenen Vereinbarung nicht in dem festgelegten prozentuellen Ausmaß des Zeichnungspreises erfolgt. Es sei ein spezieller Kurs ermittelt worden, zu dem die Bank die Genussrechte gekauft habe. Der Kurs entspreche nicht den Genussrechtsvereinbarungen, sondern ergebe sich aus dem festen Zinssatz, der anlässlich des Kaufes vertraglich vereinbart worden sei.

Die steuerliche Beurteilung richte sich nicht nach der handelsrechtlichen Bilanzierung, dh. eine Maßgeblichkeit des Handelsrechtes für das Steuerrecht liege nicht vor. Durch diese fehlende Maßgeblichkeit könne somit der Fall eintreten, dass Eigenkapital in der Handelsbilanz Fremdkapital in der Steuerbilanz darstelle und umgekehrt. Egal sei auch, unter welchem Gesichtspunkt die Prüfung des Sachverhaltes erfolge. Konkret werde im vorliegenden Fall die Sicht desjenigen eingenommen, der die Kapitalinvestition durchführe, dh. es sei zu prüfen, ob eine schuldrechtliche Verbindung vorliege, die unter das Besteuerungsregime des § 10 KStG falle und die Möglichkeit der Anrechnung von Kapitalertragsteuer ermögliche.

§ 10 Abs. 1 Z 3 KStG sehe vor, dass Beteiligungserträge nur dann frei seien, wenn es sich um Gewinnanteile jeder Art aufgrund einer Beteiligung an inländischen Körperschaften in Form von Genussrechten handle. Diese Gesetzesstelle verweise auf § 8 Abs. 3 Z 1 KStG, der bestimme, dass ein Genussrecht nur vorliege, wenn mit dem Recht eine Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn verbunden sei. Der Gesetzgeber drücke mit dieser Formulierung aus, dass ein Genussrecht steuerrechtlich dann als Eigenkapital zu behandeln sei, wenn der Normadressat unmittelbar vom Gesamterfolg des Unternehmens in positiver wie in negativer Hinsicht betroffen sei. Maßstab dafür sei das eingegangene Risiko.

Wende man diese gesetzlichen Aussagen auf den konkreten Sachverhalt an, ergebe dies folgenden Schluss: Die Genussrechtsbedingungen würden eine Gewinnbeteiligung (Punkt 2) und einen Liquidationsgewinn (Punkt 7) vorsehen. Weiters bestehe seitens der Bank die Verpflichtung, die Genussrechte zu einem festgelegten Kurs, gestaffelt nach der Behaltefrist, zu kaufen. Konkret sei das Geschäft jedoch in der Weise abgewickelt worden, dass ein fixer Zinssatz schriftlich vereinbart worden sei und die Differenz zwischen Genussrechtsschüttung und fixer Zinsvereinbarung am Laufzeitende über den Kurs verrechnet worden sei. Faktisch habe die Abgabepflichtige somit ihr Geld zu einem Festbetrag veranlagt, was eine Risikominimierung darstelle und folglich eine Qualifizierung als Forderung und nicht – wie begehrt – als Genussrecht iSd § 8 Abs. 3 KStG, verbunden mit einer Steuerbefreiung gemäß § 10 KStG, nach sich ziehe. Die rechtliche Würdigung führe zahlenmäßig zu folgenden

Auswirkungen, wobei auch die Jahre 1995 (vorläufige Veranlagung) und 1999 (Erklärungseingang) zu erfassen seien (vgl. Tz 40 und 41 des Bp-Berichtes vom 17. Juli 2001, ABNr. abc):

Beteiligungserträge gemäß § 10 KStG	1995	1996	1997	1998	1999
	S	S	S	S	S
Erträge aus J- Beteiligung lt. Vlg	1,145.200,--	1,680.000,--	1,642.667,--	1,217.177,--	868.000,--
Erträge aus J- Beteiligung lt. Bp	0,--	0,--	0,--	0,--	0,--
Differenz	1,145.200,--	1,680.000,--	1,642.667,--	1,217.177,--	868.000,--

Das Finanzamt folgte den Feststellungen der Prüfer und erließ – teilweise nach Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 303 Abs. 4 BAO von Amts wegen – am 20. September 2001 Bescheide betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1995 bis 1999. Am 19. Oktober 2001 erhob die Abgabepflichtige fristgerecht Berufung, die sich ua. gegen diese Sachbescheide richtete. Zur Begründung führte sie aus wie folgt:

1) Rückstellung für Umweltkosten Nachbarn: Die Betriebsprüfung habe eine in den Vorjahren gebildete Rückstellung für Kosten aus einem Betriebsanlagegenehmigungsverfahren, das bei einem drohenden negativen Ausgang zur Stilllegung zweier betriebsnotwendiger Maschinen mit enormen Folgekosten bis hin zu einer Betriebseinstellung führen könnte, im Jahr 1998 im Wesentlichen mit der Begründung aufgelöst, dass sich bereits über einen längeren Zeitraum in diesem Verfahren nichts getan hätte. Diese Auffassung sei unrichtig. Das Verfahren sei bis ins Jahr 2001 beim zuständigen BMWA anhängig gewesen und als Officialverfahren der behördlichen Entscheidungspflicht unterlegen. Dabei sei es unerheblich gewesen, ob und inwieweit die Nachbarn, deren seinerzeitige Beschwerden die Probleme mit verursacht hätten, diesbezüglich weiter aktiv gewesen seien oder nicht. Das Ministerium habe auch im Jahr 2001 noch erklärt, dass die Abgabepflichtige mit einer negativen Entscheidung rechnen müsse, weshalb sie im Jahr 2001 ihren Antrag zurückgezogen und ein neues Verfahren eingeleitet habe.

Im Jahr 1998 habe die GM. sehr wohl ernsthaft mit dem Eintritt eines Schadens rechnen müssen. Die vorangegangene Betriebsprüfung habe die Rückstellung bereits anerkannt gehabt und auch die gegenständliche Betriebsprüfung habe sie dem Grunde und auch der Höhe nach nicht bestritten. Unbestritten sei auch geblieben, dass der Rückstellungsbetrag von 2,5 Mio. Schilling wesentlich geringer gewesen sei, als die bei einem negativen

Verfahrensausgang möglicherweise entstehenden Kosten. Der relativen Ungewissheit des Schadenseintrittes sei daher durch die Höhe der Rückstellung durchaus Rechnung getragen worden. Jedenfalls sei bis Ende des Jahres 1998 kein Umstand eingetreten, der die Auflösung der Rückstellung als geboten hätte erscheinen lassen. Die lange Dauer eines Behördenverfahrens lasse keinen Rückschluss dahingehend zu, dass mit dem Entstehen eines Schadens nicht mehr ernsthaft zu rechnen sei. Wenn das Verfahren als Grundlage für die Bildung einer Rückstellung anerkannt worden sei, müsste auch der Ausgang des Verfahrens abgewartet werden, um dann die Rückstellung zu verwenden oder aufzulösen, zumal dann, wenn sich im Laufe des Verfahrens keine Änderungen ergeben hätten.

2) Wertpapierunterdeckung: Die von der Betriebsprüfung außerbilanzmäßig hinzugerechneten Beträge für die Wertpapierunterdeckung entsprächen den ermittelten Unterdeckungsbeträgen gemäß der Niederschrift über die Schlussbesprechung. Gemäß § 14 Abs. 5 Z 2 EStG betrage die Zurechnung aber nur 60 % der Unterdeckungsbeträge.

3) Schachtelbefreiung Genussrechte: Im Prüfungszeitraum habe die GM. Genussrechte an der Holding gehalten. Es handle sich um Genussrechte iSd § 174 AktG, die nicht nur schuldrechtliche Ansprüche, sondern auch Vermögensrechte verbriefen. Der Genussrechtsinhaber habe eine Beteiligung am Gewinn wie auch am Liquidationsgewinn der Gesellschaft. Dem Genussscheininhaber stehe kein Kündigungsrecht zu. Derartige Genussrechtseinlagen stellten nach Lehre und Rechtsprechung Eigenkapital und die Erträge aus solchen Genussrechten Beteiligungserträge iSd § 10 Abs. 1 Z 3 KStG dar. Demgemäß seien die Erträge in die Besteuerungsgrundlagen bei der Holding eingeflossen und dann versteuert nach Abzug der Kapitalertragsteuer an die GM. ausgeschüttet worden, welche die Kapitalertragsteuer im Zuge der Veranlagung habe anrechnen lassen. Die grundsätzliche Qualifikation des Genussrechtskapitals sei auch bereits in zahlreichen Betriebsprüfungen untersucht und anerkannt worden.

Die Betriebsprüfung möchte nunmehr eine Umdeutung des Genussrechtskapitals in Fremdkapital vornehmen und die Anwendung der Steuerbefreiung des § 10 KStG verweigern. Sie stütze sich dabei auf die Abwicklung des Vorgangs durch die Bank, die aber von der Betriebsprüfung nicht zutreffend dargestellt worden sei. Dabei sei zunächst auch zu beachten, dass das Gesellschaftsverhältnis nur zwischen der GM. und der Holding bestehe und daher auch nur zwischen diesen beurteilt werden könne. § 8 Abs. 3 Z 1 KStG sehe als Bedingung für die Qualifikation der Ausschüttungen als Einkommensverwendung ausdrücklich nur die Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn vor. Eine Mindestverzinsung oder eine Begrenzung der Verzinsung wäre nicht schädlich (Hinweis auf Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler, KStG 1988, § 8 Anm. 31;

Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz 1988, § 8 Rz 27).

Allfällige Zusagen eines Dritten könnten für die Qualifikation des Genussrechtskapitals bei der Holding nicht relevant sein, weil sie auf die Beteiligung am Gewinn und Liquidationsgewinn der Holding keinen Einfluss hätten, wobei aber die Auffassung der Betriebsprüfung, wonach eine fixe Verzinsung zugesagt worden wäre, ausdrücklich bestritten werde. Es habe im Rahmen des Anbots wohl eine Vergleichsrechnung mit angenommenen Werten gegeben, um dieses zu erläutern, aber keine Zusage. Die Bank habe eine befristete Option eingeräumt, die Genussrechte innerhalb bestimmter Zeiträume zu fixierten Kursen an sie zurückzuverkaufen. Diese Option sei nicht Bestandteil der Genussrechtsbedingungen gewesen. Von dieser Option sei nicht Gebrauch gemacht worden, Verkäufe an die Bank seien erst nach Ablauf der Option erfolgt. Der Rückkauf sei daher nicht entgegen der ursprünglich getroffenen Vereinbarung erfolgt, sondern sei der freien Vereinbarung durch die Parteien unterlegen. Der Rückkauf des fortbestehenden Genussrechts sei aber für die Frage der Beteiligung des Genussrechtsinhabers am Gewinn und Liquidationsgewinn auch ohne Bedeutung. Es seien daher die gesetzlichen Voraussetzungen für die Steuerfreiheit der Beteiligungserträge erfüllt und es bestehe auch keine Divergenz zwischen dem wahren wirtschaftlichen Gehalt und der äußeren Erscheinungsform dieser Beteiligung an der Holding. Es werde nochmals darauf verwiesen, dass die ausgeschütteten Beträge in den Besteuerungsgrundlagen der Holding erfasst worden seien.

Am 30. Juli 2002 und 6. August 2002 erließ das Finanzamt Berufungsvorentscheidungen betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1995 bis 1999, mit denen dem Berufungspunkt "*Wertpapierunterdeckung*" (betrifft die Jahre 1996 bis 1998) stattgegeben wurde. Zu den (abgewiesenen) Berufungspunkten wurde wie folgt ausgeführt:

Rückstellung für Umweltkosten Nachbarn: Zum Bilanzstichtag 31. Dezember 1998 sei ein tatsächlicher Schaden für die GM. nicht entstanden, die bloße Möglichkeit der Inanspruchnahme reiche für die Bildung einer Umweltrückstellung nicht aus. Dass es sich im vorliegenden Fall um eine "*bloße Möglichkeit der Inanspruchnahme*" handle, könne ua. daraus geschlossen werden, dass die Anrainer keine weiteren rechtlichen Schritte – insbesondere verfahrensrechtliche Möglichkeiten zur Beschleunigung des Verfahrens beim BMwA – mehr veranlasst hätten.

Schachtelbefreiung Genussrechte: Die Bank sei mit der Holding gesellschaftsrechtlich verbunden. Weiters habe die GM. bei der Bank, ihrer Hausbank, beabsichtigt, überschüssige Liquidität ertragbringend und risikoneutral zu veranlagern. Zu diesem Zweck seien zwischen den Vertragsparteien Gespräche geführt worden, in denen Laufzeit und Verzinsung der zu

veranlagenden Gelder schriftlich festgelegt worden seien. Im Konkreten seien – basierend auf dieser Vereinbarung – Genussrechte bei der Holding, einer Konzerngesellschaft der Bank, gezeichnet worden. Aufgrund der Tatsache, dass die Veranlagung zwischen der GM. und der Bank im Vorhinein vereinbart worden sei und die Holding mit der Bank gesellschaftsrechtlich verbunden sei, könne die Genussrechtszeichnung nur als integrierender Bestandteil dieser Vereinbarung betrachtet werden.

Am 30. August 2002 stellte die Abgabepflichtige fristgerecht den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz, worin sie ergänzend festhielt:

Rückstellung für Umweltkosten Nachbarn: Im Verfahren gehe es um die Stilllegung zweier für den Betrieb sehr wichtiger Maschinen. Die Rückstellungsbildung selbst sei von der vorhergehenden Betriebsprüfung anerkannt worden und auch bei der nunmehrigen Betriebsprüfung außer Streit gestanden. Das Genehmigungsverfahren sei ein Officialverfahren, in dem die Behörde Entscheidungspflicht treffe. Das Verfahren sei daher nicht von der anhaltenden Intensität der Beschwerden von Anrainern abhängig. Die GM. habe sich regelmäßig beim zuständigen Ministerium nach dem Stand des Verfahrens erkundigt und ernsthaft mit einer negativen Entscheidung rechnen müssen. Die Rückstellung sei jährlich im Zuge der Erstellung der Jahresabschlüsse einer Beurteilung unterzogen worden. Ende 1998 habe die GM. nicht davon ausgehen können, dass kein Schaden drohen würde. Auch habe Ende 1998 jederzeit mit neuen gegen die Abgabepflichtige gerichteten Aktivitäten der Anrainer gerechnet werden müssen.

Schachtelbefreiung Genussrechte: Der Wunsch nach gewinnbringender Veranlagung von Liquidität sei häufig Grundlage für das Eingehen von Beteiligungen, etwa den Erwerb von Aktien. Es treffe nicht zu, dass "*Laufzeit und Verzinsung*" im gegenständlichen Fall von Vorhinein vereinbart worden wären, die Genussrechte seien über längere Zeiträume hin gehalten worden. Eine von der Bank eingeräumte Put-Option, mit der eine gewisse Absicherung erreicht werden sollte, ändere nichts am grundsätzlichen Risiko des Gesellschafters. Auch aus der Rechtsprechung des VwGH (vgl. VwGH 9.5.1989, 89/14/0033; VwGH 20.4.1993, 93/14/0007) könne abgeleitet werden, dass das Innehaben einer Option zu Absicherungszwecken den Charakter der Veranlagung nicht verändere.

Genussrechte, welche die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Z 1 KStG erfüllten, würden ertragsteuerlich dem Eigenkapital gleich gestellt. Ausschüttungen jeder Art stellten steuerneutrale Einkommensverwendung dar. Die Ausschüttungen fielen unter die Befreiung des § 10 Abs. 2 KStG, wenn eine Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn der emittierenden Körperschaft gegeben sei. Beide Voraussetzungen müssten vorliegen, die Höhe der Gewinnbeteiligung müsse aber nicht definiert sein. Bedingungen oder Begrenzungen in

zeitlicher und/oder umfänglicher Hinsicht schadeten der Gewinnabhängigkeit nicht. Das Vorliegen eines Kapitalverlustrisikos sei nicht Voraussetzung für die Einstufung als Substanzgenussrecht. Sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen für die Steuerfreiheit lägen im gegenständlichen Fall vor.

Für die Beurteilung der Stellung des Genussrechtsinhabers sei ausschließlich das Vertragsverhältnis zwischen dem Emittenten und dem Genussrechtsinhaber entscheidend. Andere Vertragsbeziehungen, die der Genussrechtsinhaber mit Dritten begründet habe, könnten das Verhältnis zwischen dem Emittenten und dem Genussrechtsinhaber nicht beeinträchtigen. Soweit ersichtlich, führten Garantiezusagen (und damit auch Absicherungsgeschäfte) nach der Rechtsprechung allenfalls dazu, dass dem Steuerpflichtigen ein zusätzlicher Ertrag für die Hingabe des Kapitals zukomme (vgl. VwGH 17.9.1996, 95/14/0113). Der Charakter der Veranlagung werde durch eine solche Zusage aber nicht berührt.

Im Zuge der Erstveranlagung erließ das Finanzamt am 20. September 2002 einen Bescheid betreffend Körperschaftsteuer für das Jahr 2000, mit dem die "*Schachtelbefreiung Genussrechte*" – den Vorjahren folgend – nicht anerkannt wurde. Gleichzeitig erließ das Finanzamt auch einen Bescheid betreffend Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 und Folgejahre. Gegen diese Bescheide erhob die Abgabepflichtige am 8. Oktober 2002 fristgerecht Berufung, die sich gegen die Nichtanerkennung der Steuerfreiheit gemäß § 10 Abs. 1 KStG für Gewinnausschüttungen auf von der Holding emittierte Genussrechte richtete. In der Begründung wiederholte sie ihr Vorbringen lt. Vorlageantrag vom 30. August 2002. Die Berufung vom 8. Oktober 2002 wurde der Abgabenbehörde zweiter Instanz unmittelbar zur Entscheidung vorgelegt.

Über die Berufungen wurde erwogen:

1) Rückstellung für Umweltkosten Nachbarn: Gemäß § 9 Abs. 1 EStG 1988 idF StRefG 1993, BGBl. Nr. 818/1993, können Rückstellungen nur gebildet werden für

1. Anwartschaften auf Abfertigungen,
2. laufende Pensionen und Anwartschaften auf Pensionen,
3. sonstige ungewisse Verbindlichkeiten,
4. drohende Verluste aus schwebenden Geschäften.

Gemäß § 9 Abs. 3 EStG 1988 dürfen Rückstellungen im Sinne des Abs. 1 Z 3 und 4 nicht pauschal gebildet werden. Die Bildung von Rückstellungen ist nur dann zulässig, wenn konkrete Umstände nachgewiesen werden können, nach denen im jeweiligen Einzelfall mit

dem Vorliegen oder dem Entstehen einer Verbindlichkeit (eines Verlustes) ernsthaft zu rechnen ist.

Den Grundsätzen ordnungsmäßiger und periodengerechter Gewinnermittlung entspricht es, betrieblich veranlasste künftige Aufwendungen, die ihre Wurzel im abgelaufenen Wirtschaftsjahr haben, durch den Ansatz von Rückstellungen zu berücksichtigen.

Rückstellungsfähig sind sowohl Schulden, die am Bilanzstichtag dem Grunde nach bestehen, aber der Höhe nach unbestimmt sind, als auch Schulden oder Lasten, die am Bilanzstichtag dem Grunde nach noch nicht bestehen, die aber auf die betriebliche Tätigkeit des abgelaufenen Wirtschaftsjahres zurückzuführen sind und mit deren Eintritt nach den Grundsätzen kaufmännischer Vorsicht mit größter Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist. Die entfernte Möglichkeit, aus irgendeinem Grund einmal in späteren Jahren verpflichtet zu werden, berechtigt nicht zur Bildung einer Rückstellung.

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft I vom 8. Jänner 1960, Zl. 2, wurde der GM. die gewerbebehördliche Genehmigung zur Errichtung eines Fabriksgebäudes auf den Gp. x ua. KG M unter Vorschreibung verschiedener Auflagen erteilt. In der Folge wurden von der Bezirkshauptmannschaft I mehrere Verfahren betreffend die Änderung der gegenständlichen Betriebsanlage sowie betreffend die Vorschreibung zusätzlicher Auflagen nach § 79 GewO 1973 durchgeführt. Mit Schreiben vom 5. Dezember 1986 suchte die GM. um die Genehmigung zur Änderung der gegenständlichen Betriebsanlage durch Umstellung der Maschinen im Bereich der mechanischen Fertigung an. Insbesondere wurden die aus der ursprünglichen Zuschneiderei vorhandenen Schlagscheren in den südlichen Bereich der Produktionshalle verlegt. Weiters kamen drei Maschinen neu dazu, vier Maschinen wurden entfernt. Sämtliche Stansen und Pressen - ausgenommen die beiden Pressen "*Müller Pos. 9'*" und "*Müller Pos. 10'*" – wurden auf schwingungsdämmende Unterlagen gestellt.

Am 12. Juni 1989 erließ die Bezirkshauptmannschaft I - nach einem fortgesetzten Verfahren - zu Zl. 3 einen Bescheid, mit dem der GM. die gewerbebehördliche Genehmigung zur Änderung der gewerblichen Betriebsanlage (durch Umstellung des Maschinenparks) gemäß § 81 GewO 1973 iVm § 27 Abs. 2 Arbeitnehmerschutzgesetz erteilt wurde. Von dieser Genehmigung war auch die Genehmigung zur Aufstellung der beiden hydraulischen Ziehpressen "*Müller Pos. 9'*" und "*Müller Pos. 10'*" umfasst. Zusätzlich wurde die Auflage erteilt, dass das Ende der täglichen Arbeitszeit grundsätzlich mit 22 Uhr festgesetzt wird, wobei jedoch Stanzarbeiten an den beiden Müller-Pressen ab 21 Uhr nicht mehr durchgeführt werden dürfen. Gemäß § 78 Abs. 2 GewO 1973 wurde gleichzeitig die endgültige Betriebsbewilligung vorbehalten und zur endgültigen Beurteilung der Auswirkungen der Umstellung ein Probetrieb bis zum 31. Dezember 1989 verfügt. Gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft I vom 12. Juni 1989 erhoben die Nachbarn G, R und L Berufungen. Im Berufungsverfahren wurden mehrere

Beschwerden wegen Lärms und Erschütterung erstattet und die Errichtung von Fundamenten bei den beiden Pressen "*Müller Pos. 9*" und "*Müller Pos. 10*" gefordert.

Mit Bescheid vom 17. September 1992, Zl. 1, hat der Landeshauptmann von Tirol als Gewerbebehörde zweiter Instanz den Berufungen insofern Folge gegeben, als folgende Auflage vorgeschrieben wurde: "*Die beiden Pressen 'Müller Pos. 9' und 'Müller Pos. 10' sind auf einem Fundament mit tief frequent abgestimmter, elastischer, bedämpfter Lagerung (Federn mit Dämpfern) aufzustellen.*" Überdies wurde der Spruchbestandteil des angefochtenen Bescheides, wonach Stanzarbeiten an den beiden Müller-Pressen ab 21 Uhr nicht mehr durchgeführt werden dürfen, ersatzlos aufgehoben. Schließlich sprach der Landeshauptmann von Tirol aus, dass die Anordnung des Vorbehaltes der Betriebsbewilligung und Genehmigung eines Probebetriebes hinsichtlich der beiden Pressen "*Müller Pos. 9*" und "*Müller Pos. 10*" ersatzlos behoben wird. Aufgrund der eingeholten Gutachten kam die Behörde zusammenfassend zur Ansicht, dass die Errichtung von Fundamenten erforderlich sei, um Belästigungen auf ein zumutbares Maß einzuschränken und Gesundheitsgefährdungen der Nachbarn auszuschließen. Es sei daher diese Auflage entsprechend vorzuschreiben.

Gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 17. September 1992, Zl. 1, erhob die GM. am 13. Oktober 1992 Berufung an den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten. Die Anfechtung erstreckte sich auf jenen Spruchbestandteil des Bescheides, mit dem die Auflage vorgeschrieben wurde, die beiden Pressen "*Müller Pos. 9*" und "*Müller Pos. 10*" auf einem Fundament mit tief frequent abgestimmter, elastischer, bedämpfter Lagerung (Federn mit Dämpfern) aufzustellen.

Der Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 17. September 1992, Zl. 1, und das sich daran anschließende Berufungsverfahren vor dem BMwA veranlassten die Berufungswerberin, in der Bilanz zum 31. Dezember 1992 unter der Position "*Sonstige Rückstellungen*" eine Rückstellung für "*Umweltkosten Nachbarn*" in Höhe von 2,500.000 S einzustellen. Für ungewisse Schulden, die dem Grunde nach am Bilanzstichtag bereits bestehen und das abgelaufene Wirtschaftsjahr betreffen, ist eine Rückstellung als Passivum in die Bilanz aufzunehmen. Um die Bildung einer Rückstellung zu rechtfertigen, muss noch keine rechtsverbindliche Schuld am Bilanzstichtag vorliegen. Es genügt die Gewissheit, dass ein wirtschaftlich das abgelaufene Wirtschaftsjahr betreffender Aufwand bestimmter Art ernsthaft droht, also mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit voraussehbar ist, oder dass der Aufwand schon sicher und nur der Höhe nach unbestimmt ist, nicht aber schon die entfernte Möglichkeit einer Inanspruchnahme oder eines Verlustes. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Eintreten der Verbindlichkeit bestehen (VwGH 26.6.1990, 89/14/0266).

Gemäß § 74 Abs. 2 GewO dürfen gewerbliche Betriebsanlagen nur mit Genehmigung der Behörde errichtet oder betrieben werden, wenn sie wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet sind, bestimmte öffentliche Interessen zu beeinträchtigen, so zB. die Nachbarn durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu belästigen (§ 74 Abs. 2 Z 2 GewO). Ergibt sich nach Genehmigung der Anlage, dass die gemäß § 74 Abs. 2 GewO wahrzunehmenden Interessen trotz Einhaltung der im Genehmigungsbescheid und Betriebsbewilligungsbescheid vorgeschriebenen Auflagen nicht hinreichend geschützt sind, so hat die Behörde gemäß § 79 Abs. 1 GewO die nach dem Stand der Technik und dem Stand der medizinischen und der sonst in Betracht kommenden Wissenschaften zur Erreichung dieses Schutzes erforderlichen anderen oder zusätzlichen Auflagen vorzuschreiben. Wenn es zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen erforderlich ist, bedarf gemäß § 81 Abs. 1 GewO auch die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage einer Genehmigung im Sinne der vorstehenden Bestimmungen. Diese Genehmigung hat auch die bereits genehmigte Anlage so weit zu umfassen, als es wegen der Änderung zur Wahrung der im § 74 Abs. 2 umschriebenen Interessen gegenüber der bereits genehmigten Anlage erforderlich ist.

In dem Erkenntnis vom 26.6.1990, 89/14/0266, hatte sich der VwGH erstmalig mit einer Rückstellung für Umweltschutzanlagen zu befassen. Die belangte Behörde wies die Berufung des Steuerpflichtigen in dem zugrunde liegenden Verfahren mit der Begründung ab, dass die Bildung einer Rückstellung zur Voraussetzung habe, dass die Vorschreibung von Auflagen durch die Behörde erfolge oder zumindest ein verwaltungsbehördliches Verfahren laufe, aufgrund dessen mit großer Wahrscheinlichkeit mit einer Inanspruchnahme zu rechnen sei. Steht zu den Bilanzstichtagen nicht fest, dass die Gewerbebehörden nach den §§ 79 ff GewO berechtigt waren, vom Abgabepflichtigen die Errichtung emissionsverhindernder Anlagen zu verlangen, oder dass bereits zielgerichtet hinsichtlich solcher Auflagen gegen den Abgabepflichtigen von den Gewerbebehörden verfahren wurde, so liegen lt. VwGH mangels ausreichender Gewissheit und hinreichender Wahrscheinlichkeit einer aus einer öffentlich-rechtlichen Pflicht drohenden Belastung die Voraussetzungen für eine Rückstellungsbildung nicht vor. Forderungen von Nachbarn oder der Druck der Öffentlichkeit, denen selbst dem Grunde nach keine rechtlichen Pflichten des Abgabepflichtigen korrespondieren, berechtigen grundsätzlich nicht zur Bildung von Rückstellungen.

Nach Ansicht des VwGH ist daher zu untersuchen, ob zu den Bilanzstichtagen eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung vorgelegen ist. Dies impliziert aber schon, dass für allfällige Auflagen gemäß §§ 79 ff GewO grundsätzlich Rückstellungen für ungewisse Schulden, und zwar als öffentlich-rechtliche Verpflichtungen umweltschutzrechtlicher Art, zu bilden sind (vgl. auch Stoll, Rückstellungen für Aufwendungen zur Errichtung von Umweltschutzanlagen, in Lechner-

GdS, 371 ff; Perthold, Rückstellungen für Umweltschutzverpflichtungen, in *ecolex* 1990, 634). Neben dieser objektiven Voraussetzung der Rückstellungsbildung (Bestehen einer hinreichend konkretisierten öffentlich-rechtlichen Verpflichtung, die in der Zukunft zu entsprechenden Ausgaben führt) ist als subjektive Voraussetzung die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme gefordert (vgl. BFH-Urteil vom 27. Juni 2001, I R 45/97, DB 2001, S 1698).

Auf der Grundlage des Bescheides des Landeshauptmannes von Tirol vom 17. September 1992, Zl. 1, hat die GM. die Rückstellung für "*Umweltkosten Nachbarn*" daher zu Recht in die Bilanz zum 31. Dezember 1992 eingestellt. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass die GM. aufgrund der am 13. Oktober 1992 beim BMwA eingebrachten Berufung selbst der Überzeugung war, dass die Auflagen des Landeshauptmannes von Tirol (die Errichtung von Fundamenten hinsichtlich der beiden Pressen "*Müller Pos. 9*" und "*Müller Pos. 10*") zu Unrecht vorgeschrieben worden seien und daher eine Inanspruchnahme nicht zu erfolgen habe. Die Voraussetzung, ob mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Inanspruchnahme zu erwarten ist, ist nämlich nicht nach den subjektiven Erwartungen des Steuerpflichtigen zu prüfen, sondern auf der Grundlage objektiver, am Bilanzstichtag vorliegender und spätestens bei Aufstellung der Bilanz erkennbarer Tatsachen aus der Sicht eines sorgfältigen und gewissenhaften Kaufmannes zu beurteilen (vgl. BFH-Urteil vom 1. August 1984, I R 88/80, BStBl II 1985, 44). Durch das Erlassen des beim BMwA angefochtenen Bescheides ist auch die subjektive Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme hinreichend gegeben (vgl. nochmals BFH-Urteil vom 27. Juni 2001, I R 45/97, DB 2001, S 1698). Die Bildung dieser Rückstellung wurde vom Finanzamt auch der Höhe nach nicht bestritten.

In weiterer Folge ist entscheidend, ob bzw. ab welchem Zeitpunkt die Berufungswerberin mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen konnte, im Hinblick auf den Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 17. September 1992, Zl. 1, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, dh. die darin vorgeschriebenen Auflagen nicht erfüllen zu müssen. Diesen Zeitpunkt sah das Finanzamt im Jahr 1998 als gegeben, weil das beim BMwA anhängige Berufungsverfahren schon seit Jahren geruht habe und sich die betroffenen Nachbarn nicht mehr beschwert bzw. auf die Entscheidungspflicht des BMwA gedrängt hätten. Ein behördliches Eingreifen sei daher in einem hohen Maß unwahrscheinlich, weshalb die gebildete Rückstellung zum 31. Dezember 1998 gewinnerhöhend aufzulösen sei.

In diesem Zusammenhang wird auf das Urteil des BFH vom 27. November 1997, IV R 95/96, BStBl II 1998, 375, verwiesen, das zur Auflösung einer Rückstellung wegen eines gerichtlich geltend gemachten Schadenersatzanspruches ergangen ist. Darin führte der BFH aus wie folgt:

"Eine in früheren Wirtschaftsjahren gebildete Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten ist aufzulösen, sobald nach den Verhältnissen am Bilanzstichtag – so wie sie sich bei Aufstellung

der Bilanz darstellen – die Voraussetzungen für ihre Bildung und demgemäß auch Beibehaltung nicht mehr bestehen (§ 249 Abs. 3 Satz 2 HGB; vgl. auch BFH-Urteil vom 12. April 1989, I R 41/88, BFHE 156, 481, BStBl II 1989, 612).

Bei einem im Klagewege geltend gemachten Schadenersatzanspruch droht eine Inanspruchnahme wegen Schadenersatz solange, bis der Anspruch nicht rechtskräftig abgewiesen worden ist. Dies gilt auch dann, wenn der Steuerpflichtige als Beklagter zunächst in einer Instanz obsiegt hat. Denn für den Steuerpflichtigen besteht das Risiko, aufgrund einer Entscheidung der nachfolgenden Instanz in Anspruch genommen zu werden, jedenfalls dann weiter, wenn der Prozessgegner ein nicht offensichtlich unzulässiges Rechtsmittel eingelegt hat. Der BFH hat dementsprechend die Aktivierung einer bestrittenen Forderung wegen unerlaubter Handlung erst nach rechtskräftiger Feststellung des Anspruches zugelassen (vgl. BFH-Urteil vom 26. April 1989, I R 147/84, BFHE 157, 121, BStBl II 1991, 213). Diese mit dem Grundsatz der Vorsicht begründete Entscheidung für einen sog. Aktivprozess gilt sinngemäß für einen Rechtsstreit, in dem der Steuerpflichtige mit einem Schadenersatzanspruch konfrontiert wird (vgl. auch BFH in BFHE 180, 258, BStBl II 1996, 406). Denn solange das Verfahren nicht abschließend entschieden ist, ist für den Steuerpflichtigen nicht einzuschätzen, ob er endgültig in Anspruch genommen werden wird.

Eine Rückstellung wegen eines gerichtlich verfolgten Schadenersatzanspruches ist deshalb in der Regel solange nicht aufzulösen, solange über diesen Anspruch nicht endgültig (rechtskräftig) entschieden ist."

Diese Aussagen des BFH sind auch für den Streitfall maßgeblich. Der Berufungswerberin ist zuzustimmen, dass es sich bei einem Betriebsanlage-Genehmigungsverfahren gemäß § 81 GewO um ein Officialverfahren handelt, das der Entscheidungspflicht der Behörde unterliegt. Das Berufungsverfahren vor dem BMwA war daher nicht von der anhaltenden Intensität der Beschwerden der Anrainer abhängig. Die lange Dauer eines Behördenverfahrens lässt keinen Rückschluss dahingehend zu, dass mit dem Entstehen einer Verbindlichkeit nicht mehr ernsthaft zu rechnen ist. Solange über das beim BMwA anhängige Berufungsverfahren nicht abschließend entschieden war, war für die GM. nicht einzuschätzen, ob sie endgültig in Anspruch genommen werden wird und demnach die Fundamente für die beiden Müller-Pressen errichten muss. Auch wenn das BMwA hinsichtlich der bereits am 13. Oktober 1992 von der GM. eingebrachten Berufung bis Ende 1994 Amtshandlungen (Sachverständigengutachten, Augenscheine usw.) durchgeführt, sodann aber über Jahre keine weiteren Schritte mehr gesetzt hat, ist festzuhalten, dass eine abschließende Entscheidung im Prüfungszeitraum (bis zum 31. Dezember 1998) jedenfalls nicht ergangen ist. Das Berufungsverfahren wurde – wie noch darzulegen sein wird – erst im Jahr 2001 einer endgültigen Erledigung zugeführt. Es ist daher nicht ersichtlich, warum die Auflösung der Rückstellung für "*Umweltkosten Nachbarn*" gerade zum 31. Dezember 1998 erfolgen sollte.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass die GM. bis zur endgültigen Erledigung des beim BMwA anhängigen Berufungsverfahrens im Jahr 2001 – entgegen der Ansicht des Finanzamtes - jederzeit ernsthaft mit dem Entstehen einer Verbindlichkeit rechnen musste und nicht davon ausgehen konnte, im Hinblick auf den Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 17.

September 1992, Zl. 1, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Akteninhalt des beim BMwA zu Zl. 4 anhängigen Verfahrens:

In der vorliegenden Angelegenheit wurde vom BMwA bereits im Jahr 1993 eine Augenscheinsverhandlung unter Beiziehung des gewerbetechnischen und eines medizinischen Sachverständigen durchgeführt (siehe Verhandlungsschrift vom 7. Oktober 1993). Im Rahmen dieser Verhandlung erfolgten auch schalltechnische Erhebungen. Weiters wurden von den Sachverständigen Dr. ME und Univ.-Doz. Dr. EK Schwingungsmessungen durchgeführt und in weiterer Folge (nach der Verhandlung) von diesen Sachverständigen ein Gutachten erstellt. Während der Beobachtungen (im Haus L) wurden mit den Pressen „Müller Pos. 9“ und „Müller Pos. 10“ in definierten, aber verschiedenen Betriebsweisen Bearbeitungsvorgänge durchgeführt (Tiefziehvorgänge und Stanzarbeiten). Dabei verursachte bei den Tiefzieharbeiten nicht der Tiefziehvorgang selbst, sondern hauptsächlich der Entlastungsvorgang nach Beendigung des Tiefziehvorganges im Haus L spürbare Erschütterungen. Justierungen an der Ziehkissenentlastung der jeweiligen Maschine bewirkten, dass beim Öffnungsvorgang der einen Maschine keine Erschütterungen mehr und beim Öffnungsvorgang der anderen Maschine in den meisten Fällen ebenfalls keine Erschütterungen mehr spürbar waren. Die von den Stanzarbeiten herrührenden Erschütterungen (Versuche an der Presse "Müller Pos. 9") waren nach Einbau von zwei Hydraulikspeicherblasendämpfern am Beobachtungspunkt im Haus L ebenfalls nicht mehr zu spüren. Die von diesem Vorgang herrührenden Geräusche waren allerdings noch schwach hörbar. Die Beobachtungen der Schwingungen wurden durch die Messprotokolle im zitierten schwingungstechnischen Gutachten bestätigt.

In weiterer Folge wurde von der Abteilung III/6 des BMwA am 15. März 1994 eine gutachtliche Äußerung abgegeben, in der unter anderem ausgeführt wurde, dass jeweils Justierungen an den beiden Müller-Pressen zur Verringerung der Erschütterungen notwendig seien, während der zur Beurteilung des Erfolgs der Maßnahmen dauernd am Immissionsort L beobachtet werden müsse. Es sei daher davon auszugehen, dass zu Beginn jedes andersartigen Arbeitsvorganges (Veränderung des Materials, der Blechdicke, der Kräfte) eine solche neue Justierung der schwingungsreduzierenden Einrichtungen bzw. der angewandten Presskräfte bei gleichzeitiger Beobachtung am Immissionspunkt L erforderlich sei. Weiters wurde ausgeführt, dass auch eine bei Maschinen dieser Größenordnung oft angewandte schwingungsreduzierende Maßnahme, nämlich das Herstellen eines eigenen Fundamentes für jede Maschine aufgrund der Nähe des Flusses S (ungünstiger Grundwasserstand bei Hochwasser) möglicherweise nicht zielführend sei. Außerdem wurde darauf hingewiesen, dass die mechanische Entkopplung zwischen Maschine und Erdboden aufgrund der geringen Frequenz der auftretenden Erschütterungen keinen großen Erfolg verspreche. Abschließend

wurde angemerkt, dass aus technischer Sicht keine Maßnahme vorgeschlagen werden könne, die ohne ständige Beobachtung am Immissionspunkt L bei jeder Änderung der Arbeitsweise eine Schwingungsreduktion auf ein nicht spürbares bzw. nur ganz schwach spürbares Maß zur Folge habe. Aber auch bei Beobachtung am Immissionspunkt L könne bei jeder Neueinstellung der Anlage der Erfolg der im Rahmen der Augenscheinsverhandlung gesetzten Maßnahmen nur für die Betriebsbedingungen erwartet werden, die im Rahmen der genannten Verhandlung gewählt worden seien. Werde von diesen Betriebsbedingungen stark abgewichen, so sei nicht in jedem Fall mit der Wirksamkeit der im Rahmen der Verhandlung gesetzten schwingungsreduzierenden Justiermaßnahmen zu rechnen.

Aufgrund dieser Expertise musste die Berufungswerberin bereits zu diesem Zeitpunkt ernstlich damit rechnen, dass die Änderung der gewerblichen Betriebsanlage (durch Umstellung des Maschinenparks) nicht genehmigt und das beim BMwA anhängige Berufungsverfahren nicht in ihrem Sinne erledigt werde. In der Folge wurden seitens des BMwA über Jahre hindurch keine weiteren Erhebungen bzw. Ermittlungen mehr vorgenommen, ohne das Berufungsverfahren jedoch endgültig (auch formell) abzuschließen. Mit Hinblick auf die Tatsache, dass die Durchführung der Augenscheinsverhandlung und die Erstellung des Gutachtens bereits einige Jahre zurücklagen, wurde mit OS von der GM. am 16. Jänner 2001 telefonisch Rücksprache gehalten. Dieser gab dabei an, dass die beiden Pressen "*Müller Pos. 9*" und "*Müller Pos. 10*" seit der Verhandlung im Jahr 1993 nicht verändert worden seien und auch deren Aufstellung gleich geblieben sei. Darüber hinaus hätten auf dem Gelände zwischen dem Werk und der Nachbarschaft L keine größeren Erdbewegungsarbeiten stattgefunden. Seit zwei Jahren werde allerdings von der Nachbarschaft keine Beschwerde mehr an ihn herangetragen und es bestehe gutes Einvernehmen mit der Nachbarschaft. Weiters gab OS in diesem Telefonat an, dass der beanstandete „Schnitt“ ein Verfahren sei, bei dem das Tiefziehwerkzeug das Werkstück am Ende des Tiefziehvorganges (wenn das Werkstück die endgültige Form erhalten habe) abschneide. OS stimmte mit dem gewerbetechnischen Sachverständigen überein, dass - da im Rahmen der Verhandlung im Jahr 1993 nennenswerte Erschütterungen vor allem beim Öffnen nach dem Tiefziehvorgang festgestellt werden konnten - das Verfahren ohnehin keine Vergrößerung der Erschütterungen erwarten lasse. Die angebotene „*Einschränkung*“, auf das Verfahren zu verzichten, stelle somit keine wesentliche Verbesserung der bestehenden Situation dar. Aus diesen Gründen ging die Abteilung III/6 des BMwA (bzw. nunmehr des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit) am 25. Jänner 2001 in einer neuerlichen gutächtlichen Äußerung davon aus, dass sich am Sachverhalt und an der betriebskausalen Erschütterungssituation in der Nachbarschaft L seit der Verhandlung im Jahr 1993 nichts Wesentliches geändert habe. Es bestehe somit kein Anlass, einen neuerlichen

Augenschein durchzuführen, und es werde die gutachtliche Äußerung vom 15. März 1994 weiterhin vollinhaltlich aufrecht erhalten.

Auch im Jahr 2001 erklärte das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit noch, dass die GM. mit einer negativen Entscheidung rechnen müsse. So ist dem Akteninhalt zu Zl. 4 folgender Aktenvermerk der zuständigen Sachbearbeiterin vom 13. Februar 2001 zu entnehmen:

"Telefonat mit Direktor St. Die Bearbeiterin informierte Direktor St über das nunmehr vorliegende Ergebnis des Ermittlungsverfahrens, nämlich, dass die beantragte Änderung nicht genehmigt werden kann. (Die durch die Konsenswerberin bekämpfte Auflage – Fundamenterrichtung zum Ausschluss von Erschütterungen – kann lt. Gutachten der Abteilung III/6 vom 25. Jänner 2001 nicht ausschließen, dass trotzdem weiter Erschütterungen bei den Nachbarn zu spüren sind. Die Auflage darf daher nicht vorgeschrieben werden. Andererseits kann der technische Sachverständige keine Alternativauflage anbieten, die das Auftreten von Erschütterungen bei den Nachbarn ausschließen kann. Die beantragte Änderung könnte daher nicht genehmigt werden.)

Direktor St wird sich mit den Nachbarn ins Einvernehmen setzen, ob der derzeitige Zustand für sie zufriedenstellend ist. Bejahendenfalls könnte der Antrag durch die Konsenswerberin zurückgezogen und neu eingebracht werden. Dies könnte auch für das Unternehmen einen Zeitgewinn bringen. Geplant ist, das Werk in etwa 4 – 5 Jahren auf ein neues, bereits angekauftes Gelände abzusiedeln. Nach Rücksprache mit den betroffenen Nachbarn wird sich Direktor St bei der Bearbeiterin melden."

Mit Schreiben vom 3. Mai 2001 zog die GM. daraufhin ihren Antrag auf Genehmigung der Änderung der gewerblichen Betriebsanlage zurück. Da somit für eine Entscheidung betreffend eine Änderung der gewerblichen Betriebsanlage die Grundlage fehlte, hob das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit mit Bescheid vom 14. Mai 2001, Zl. 5, die Bescheide des Landeshauptmannes von Tirol vom 17. September 1992, Zl. 1, und der Bezirkshauptmannschaft I vom 12. Juni 1989, Zl. 3, ersatzlos auf. Die Berufung der GM. wurde gleichzeitig zurückgewiesen und das Berufungsverfahren damit auch formell erledigt.

Die GM. musste bis zur Zurücknahme ihres Antrages auf Genehmigung der Änderung der gewerblichen Betriebsanlage im Mai 2001 jederzeit ernsthaft mit dem Entstehen einer daraus resultierenden Verbindlichkeit rechnen. Die gewinnerhöhende Auflösung der gebildeten Rückstellung "*Umweltkosten Nachbarn*" hätte daher nicht vor diesem Zeitpunkt erfolgen dürfen. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Berufungswerberin in der Bilanz zum 31. Dezember 2001 selbst eine solche gewinnerhöhende Auflösung der Rückstellung vorgenommen hat. Die Auswirkungen lt. Tz 31 des Bp-Berichtes vom 17. Juli 2001, ABNr. abc, sind daher rückgängig zu machen.

2) Wertpapierunterdeckung: Gemäß § 14 Abs. 5 EStG 1988 muss die Abfertigungsrückstellung durch Wertpapiere gedeckt werden. Beträgt die Wertpapierdeckung im Wirtschaftsjahr auch nur vorübergehend weniger als 50 % der maßgebenden Rückstellung,

ist der Gewinn gemäß § 14 Abs. 5 Z 2 leg.cit. um 60 % der Wertpapierunterdeckung zu erhöhen. In den Veranlagungsjahren 1996 bis 1998 wurden Wertpapierunterdeckungen bei den Abfertigungsrückstellungen in folgender Höhe festgestellt: 507.000 S (1996), 244.000 S (1997), 116.000 S (1998). Diese wurden außerbilanzmäßig in voller Höhe hinzugerechnet (vgl. Tz 37 des Bp-Berichtes vom 17. Juli 2001, ABNr. abc). Was die Hinzurechnung der Wertpapierunterdeckungen in den Jahren 1996 bis 1998 betrifft, wird auf die insoweit stattgebenden Berufungsvorentscheidungen vom 30. Juli 2002 verwiesen. Die Hinzurechnungen betragen daher: 304.200 S (1996), 146.400 S (1997), 69.600 S (1998). Tz 39 des Bp-Berichtes vom 17. Juli 2001, ABNr. abc, ändert sich wie folgt (außerbücherliche Berichtigungen):

	1996	1997	1998
	S	S	S
Außerbücherliche Berichtigungen lt. Bp	971.263,--	309.571,--	-1,505.697,-
			-
Wertpapierunterdeckung lt. Bp	-507.000,--	-244.000,--	-116.000,--
Wertpapierunterdeckung lt. BE	<u>304.200,--</u>	<u>146.400,--</u>	<u>69.600,--</u>
Außerbücherliche Berichtigungen lt. BE	768.463,--	211.971,--	-1,552.097,-
			-

3) Schachtelbefreiung Genussrechte: Gemäß § 8 Abs. 2 KStG 1988 ist es für die Ermittlung des Einkommens ohne Bedeutung, ob das Einkommen im Wege offener oder verdeckter Ausschüttungen verteilt oder entnommen oder in anderer Weise verwendet wird. Gemäß § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 ist eine Einkommensverwendung auch anzunehmen bei Ausschüttungen jeder Art

- auf Partizipationskapital im Sinne des Bankwesengesetzes und des Versicherungsaufsichtsgesetzes sowie
- auf Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn des Steuerpflichtigen verbunden ist.

Von der Körperschaftsteuer sind Beteiligungserträge befreit. Gemäß § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 sind Beteiligungserträge Gewinnanteile jeder Art aufgrund einer Beteiligung an inländischen Körperschaften in Form von Genussrechten (§ 8 Abs. 3 Z 1 leg.cit.).

§ 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 unterscheidet zwischen anteilsähnlichen und obligationenähnlichen Genussrechten. Ausschüttungen auf anteilsähnliche Genussrechte sind gemäß § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 steuerlich unbeachtliche Einkommensverwendung, Ausschüttungen auf obligationenähnliche Genussrechte steuerlich abzugsfähige Betriebsausgaben. Anteilsähnliche Genussrechte (nur solche führen zur Beteiligungsertragsbefreiung des § 10 Abs. 1 Z 3 KStG

1988) sind solche, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn der Körperschaft verbunden ist. Gewinnbeteiligung liegt bei jeder Gewinnabhängigkeit der Vermögensrechte vor. Dies wäre ua. auch der Fall, wenn es sich um eine Mindestverzinsung mit zusätzlichem Gewinnanteil oder eine Gewinnbeteiligung mit Zusatzverzinsung oder um eine Gewinnbeteiligung mit Mindest- und Höchstgrenzen handelt (vgl. Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, KStG 1988, § 8 Tz 27, mit Hinweis auf Gassner in Schönherr GedS, SD 407; RFH RStBl. 1940, 35; BFH 28.6.1969, I 85/60). Beteiligung am Liquidationsgewinn ist gegeben, wenn das Genussrecht über die Rückgewähr des Nominales hinaus einen Anteil an den stillen Reserven der Körperschaft einräumt. Eine bloße Wertsicherung des Genussrechtskapitals reicht idR ebenso wenig aus wie die Beteiligung an den stillen Reserven bloß einzelner Wirtschaftsgüter. Auch Nachrangigkeit der Kapitalrückzahlung begründet für sich allein keine Beteiligung am Liquidationsgewinn. Von Beteiligung am Liquidationsgewinn kann überdies nur dann gesprochen werden, wenn die Beteiligung ein Anteilsrecht darstellt. Als Anteilsrecht ist in diesem Zusammenhang das Recht auf eine anteilige Quote am Liquidationsgewinn zu verstehen. Eine Forderung auf einen bestimmten Kapitalbetrag ist hingegen kein Anteilsrecht (Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, KStG 1988, § 8 Tz 27).

Zur Frage der Abgrenzung zwischen anteilsähnlichen und obligationenähnlichen Genussrechten wird auch auf das Erkenntnis des VwGH vom 24.2.2004, 98/14/0131, verwiesen (ergangen zur Frage, ob das Genusskapital bei der Einheitsbewertung des Emittenten als Schuld gemäß § 64 BewG abgezogen werden kann). Darin führte der VwGH wie folgt aus: Genussrechte iSd § 174 AktG können handelsrechtlich weitgehend frei ausgestaltet werden. Das AktG setzt Genussrechte voraus, ohne sie zu definieren. Es handelt sich um vielfältig gestaltbare Rechte schuldrechtlichen Inhalts gegenüber Kapitalgesellschaften, die sowohl Gesellschaftern als auch Nichtgesellschaftern zustehen können. Gemeinsam ist ihnen, dass sie weniger Rechte als Gesellschaftsanteile, jedoch mehr Rechte als normales Fremdkapital vermitteln. Soweit die Ansprüche verbrieft werden, spricht man von Genussscheinen. In der Regel räumen Genussrechte nur einen Anteil am Gewinn ein, zum Teil aber auch eine Beteiligung am Liquidationserlös bzw. -gewinn (Hinweis auf Ruppe in Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe, Unternehmensfinanzierung und Kapitalanlage nach der Steuerreform, S. 115).

Ob Genussrechtskapital als Verbindlichkeit oder als Eigenkapital angesehen wird, hängt davon ab, ob die Summe der Fremdkapitalkriterien oder jene der Eigenkapitalkriterien in Qualität und Quantität überwiegt. Für den Eigenmittelcharakter sprechen dabei etwa die unbegrenzte Laufzeit, die Gewinnabhängigkeit der vereinbarten Vergütung, die Beteiligung am Unternehmenswert und am Liquidationsgewinn, die Nachrangigkeit gegenüber

Gesellschaftsgläubigern oder das Fehlen einer Besicherung. Fremdkapitalkriterien sind etwa die - mit anderen Gesellschaftsgläubigern gleichrangige - Rückzahlungsregelung und das Fehlen von Mitwirkungs- und Kontrollrechten (Hinweis auf VwGH 21.5.1997, 95/14/0151). Weiters wäre als Fremdkapitalkriterium das Vorliegen einer (Mindest)Verzinsungsvereinbarung zu nennen.

Von einem Substanzgenussrecht spricht man, wenn der Genussrechtsinhaber auch an der Substanz des Unternehmens beteiligt ist. Eine derartige Beteiligung an der Substanz des Unternehmens erfordert, dass dem Genussrechtsinhaber ein Anteil am Gewinn und am Vermögen gewährt wird. Neben der Beteiligung am laufenden Gewinn wird für Substanzgenussrechte auch eine Beteiligung am Liquidationsgewinn vorausgesetzt. Dem Inhaber eines Substanzgenussrechtes muss daher zusätzlich zu der Rückgewähr des hingegebenen Kapitals eine anteilige Beteiligung am Vermögen in Form der stillen Reserven zustehen (Hinweis auf Jann, Kapitalertragsteuer und Endbesteuerung bei Genussrechten, S. 40 ff).

Wie der VwGH in seinem Erkenntnis vom 24.2.2004, 98/14/0131, weiter ausführte, ist bei der vorzunehmenden Gewichtung der Kriterien für die Zuordnung von Genussrechtskapital zum Eigen- oder Fremdkapital auf das jeweilige Rechtsgebiet Bedacht zu nehmen. Für die Berücksichtigung von Genussrechten als abziehbare Schuld iSd § 64 BewG ist essenzielles Kriterium das Vorliegen einer Rückzahlungsverpflichtung. Von einer "*Verpflichtung*" kann im gegebenen Zusammenhang jedoch nur dann gesprochen werden, wenn dem die Berechtigung des Genussrechtsinhabers gegenübersteht - sei es auch unter Einhaltung bestimmter Kautelen (wie insbesondere Kündigungsfristen und -termine) - die Rückzahlung des hingegebenen Betrages zu verlangen. Dies traf für den Beschwerdefall nicht zu, weil das Genussrechtskapital gebunden und dem Abruf seitens der Genussrechtsinhaber auf Dauer entzogen war, weshalb es dem Eigenkapital zuzuordnen war. Die Widmung der geleisteten Beträge auf die Dauer der operativen Tätigkeit der Gesellschaft ist ein Charakteristikum des Eigenkapitals.

Die vorstehenden Ausführungen sind auch für die Beurteilung der Genussrechte "*Das J Modell*" maßgeblich, denen folgende "*Bedingungen*" zugrunde liegen:

"Bedingungen

1.1. Die Genussrecht-Scheine der Holding verbriefen auf Inhaber lautende Genussrechte nach § 174 AktG und sind eingeteilt in 10.000 Stück über je 100.000 S Nominale.

1.2. Die Genussrecht-Scheine werden in einer Sammelurkunde verbrieft.

2. Die Gesellschaft verpflichtet sich, dem Genussrecht-Schein-Inhaber jährlich einen Anteil am handelsrechtlichen Jahresgewinn im Verhältnis zwischen dem Nennwert seiner Genussrechte zum gesamten bilanziellen Eigenkapital der Gesellschaft unter Berücksichtigung des Zeitpunktes der Einzahlung des Zeichnungspreises zu bezahlen.

3. Der laufende Gewinnanspruch des Genussrecht-Schein-Inhabers geht dem der Gesellschafter vor.

4. Die erste Ausschüttung erfolgt aus dem handelsrechtlichen Jahresgewinn des Geschäftsjahres 1991/92.

5. Der jährliche Gewinnanteil ist 14 Tage nach der ordentlichen Hauptversammlung, die über den Jahresabschluss beschließt, zur Auszahlung fällig.

6. Die Genussrechte werden auf Bestehensdauer der Gesellschaft ausgegeben. Die Gesellschaft ist berechtigt, Genussrechte mit einer Kündigungsfrist von einem halben Jahr zu jedem am 30.9. endenden Geschäftsjahr zu kündigen. Die Aufkündigung des Vertragsverhältnisses durch die Gesellschaft wird mit Verständigung gemäß Pkt. 13 dieser Bestimmungen erklärt.

7.1. Die Genussrechte sind durch den Genussrecht-Schein-Inhaber nicht kündbar.

7.2. Bei Kündigung der Genussrechte durch die Gesellschaft hat der Genussrecht-Schein-Inhaber einen Anspruch auf Rückzahlung des Zeichnungspreises.

7.3. Die Genussrecht-Scheine gewähren den Genussrecht-Schein-Inhabern darüber hinaus eine anteilmäßige Beteiligung am Unternehmenswert sowie am Liquidationsgewinn der Gesellschaft.

Der Unternehmenswert wird von einem beeideten Wirtschaftsprüfer und Steuerberater oder von einer Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft unter Beachtung des Fachgutachtens Nr. 74 oder einem diesem entsprechenden Gutachten der Kammer der Wirtschaftstreuhänder ermittelt.

Die Beteiligung des Genussrecht-Schein-Inhabers am Unternehmenswert entspricht dem Verhältnis zwischen dem Nennwert seiner Genussrechte zum gesamten bilanziellen Eigenkapital der Gesellschaft per 30.9.1991. Das bilanzielle Eigenkapital besteht aus dem bar einbezahlten Stammkapital und allen versteuerten und unversteuerten Rücklagen und dem Genussrechtskapital. Soweit weitere Genussrechte oder gleichartige Finanzierungsinstrumente begeben oder das Stammkapital erhöht wird, ist das Beteiligungsverhältnis am Unternehmenswert entsprechend anzupassen.

7.4. Im Falle der Liquidation der Gesellschaft tritt an die Stelle der Beteiligung am ermittelten Unternehmenswert die anteilmäßige Beteiligung des Genussrecht-Schein-Inhabers am tatsächlich erzielten Liquidationsgewinn.

8. Durch die Hingabe des Kapitals wird kein Gesellschaftsverhältnis, welcher Art auch immer, begründet, insbesondere kein Recht auf Teilnahme an den Hauptversammlungen der Gesellschaft.

Der Genussrecht-Schein-Inhaber gewährt der Gesellschaft kein Darlehen. Die Ansprüche des Genussrecht-Schein-Inhabers leiten sich ausschließlich aus diesem Genussrecht-Schein ab. Ansprüche aus einem anderen Titel bestehen nicht.

9. Werden zu einem späteren Zeitpunkt weitere Genussrecht-Scheine ausgegeben, so sind die Ansprüche des Genussrecht-Schein-Inhabers dieses Genussrecht-Scheines im Sinne des Verwässerungsschutzes durch Gewährung eines anteilmäßigen Bezugsrechtes auszugleichen.

10. Zur Unterrichtung über ihre wirtschaftlichen Verhältnisse stellt die Gesellschaft einen Jahresbericht und einen Halbjahresbericht zur Verfügung. Die Berichte werden den Depot führenden Banken zugeleitet. Außerdem kann sie jeder Genussrecht-Schein-Inhaber bei der Gesellschaft anfordern.

11. Falls im Zusammenhang mit der Emission dieses Genussrecht-Scheines eine Belastung mit einer welchen Namen immer habenden Gebühr im Sinne des Gebührengesetzes oder einer Verkehrsteuer eintreten sollte, geht diese zu Lasten der Gesellschaft.

12. Zahlstelle, bei der fällige Ausschüttungsanteile und Genussrecht-Scheine eingelöst werden können, ist die Bank.

13. Bekanntmachungen der Gesellschaft, die Genussrecht-Scheine betreffen, werden im Amtsblatt zur Wiener Zeitung veröffentlicht.

14. Sollte eine der Bestimmungen dieser Bedingungen ganz oder teilweise unwirksam oder undurchführbar sein oder werden, so bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen unberührt. Die unwirksame oder undurchführbare Bestimmung wird durch eine solche ersetzt, die dem in diesen Bedingungen zum Ausdruck kommenden Willen am nächsten kommt.

15. Sämtliche Rechtsverhältnisse, die mit der Zeichnung dieses Genussrecht-Scheines begründet wurden, unterliegen österreichischem Recht. Ausschließlicher Gerichtsstand für alle wie immer gearteten Streitigkeiten aus diesem Rechtsverhältnis ist das sachlich zuständige Gericht in W."

Die "Bedingungen" für "Das J Modell" lassen es zunächst als nahe liegend erscheinen, das Genussrechtskapital dem Eigenkapital zuzuordnen. Dafür sprechen insbesondere die Pkt. 2. (Anteil am Jahresgewinn der Gesellschaft), 6. (unbegrenzte Laufzeit der Genussrechte), 7.1. (Unkündbarkeit durch den Genussrecht-Schein-Inhaber) und 7.3. (Beteiligung am Unternehmenswert sowie am Liquidationsgewinn der Gesellschaft). Gerade die Unkündbarkeit der Genussrechte durch den Genussrecht-Schein-Inhaber wird aber relativiert durch eine die "Übertragbarkeit/Sekundärmarkt" regelnde ergänzende Bestimmung folgenden Inhalts:

"Die Bank wird für Genussrecht-Scheine einen Sekundärmarkt einrichten, sodass Genussrecht-Scheine jederzeit verkauft werden können bzw. über den Sekundärmarkt ein weiterer Zukauf von Genussrecht-Scheinen möglich ist.

Die Bank bietet verbindlich und unwiderruflich an, Genussrecht-Scheine mindestens zum Zeichnungspreis zu erwerben, sofern diese bis nach Ausschüttung auf das fünfte volle Geschäftsjahr vom Zeichner gehalten werden. Wird diese Behaltefrist unterschritten, vermindert sich das Preisangebot für den Erwerb bei einer Übernahme nach der Ausschüttung auf das

- vierte Geschäftsjahr auf 99,5 %*
- dritte Geschäftsjahr auf 99,0 %*
- zweite Geschäftsjahr auf 98,5 %*
- erste Geschäftsjahr auf 98,0 %*

des Zeichnungspreises.

Die Annahme dieses Angebotes ist der Bank vom Zeichner unter Angabe des Abgabetermins mindestens 30 Tage vorher in rechtsverbindlicher Form bekannt zu geben.

Die Gewinnerwartung des Zeichners im Abgabetermin (6,0 % je Geschäftsjahr) wird im Übernahmepreis anteilig abgegolten."

Für den Unabhängigen Finanzsenat ist entscheidend, dass die "Bedingungen" für "Das J Modell" letztlich nicht erfüllt wurden und sich der Erwerb der Genussrechte durch die Berufungswerberin – in wirtschaftlicher Hinsicht – ganz anders gestaltete. So ergibt sich, dass dem Genussrecht-Schein-Inhaber ein jährlicher Anteil am handelsrechtlichen Jahresgewinn der Holding im Verhältnis zwischen dem Nennwert seiner Genussrechte zum gesamten bilanziellen Eigenkapital der Gesellschaft (vgl. Pkt. 2. der "Bedingungen") **nicht** gewährt wurde, sondern mit dem Erwerb der Genussrechte vielmehr eine festverzinsliche Veranlagung

erzielt werden sollte. Mit Schreiben vom 17. Juni 1994 teilte die Bank der Berufungswerberin – in Abweichung zu den "Bedingungen" für "Das J Modell" – Folgendes mit:

"Wie heute anlässlich eines Telefonates mit Herrn Sch vereinbart, erhalten Sie von uns ein modifiziertes Veranlagungsoffert, das Ihnen exakt einen Vergleich zwischen der herkömmlichen DEM-Festgeldveranlagung und dem steuerfreien Genussrecht ermöglicht.

*Sie veranlagten 14 Mio. Schilling bzw. 2 Mio. DEM vom 30.6.1994 – 31.12.1994, wobei bei beiden Varianten die Zinsverrechnung kalendermäßig/360 erfolgt und beim J-Genussrecht mit Ende November 6 % ausgeschüttet werden, die über den Rückkaufkurs per 31.12. auf die vereinbarten **4,4 %** reduziert werden.*

Laufzeit	Festgeld (DEM)		J (ATS)	
	6 Monate	12 Monate	6 Monate	12 Monate
Zinsen vor Steuern	4,75	4 7/8	4,4	4,4
- BuSt	-	-	0,6	0,3
- KöSt 34 %	1,62	1,62	-	-
Ertrag nach Steuern	3,14	3,22	3,8	4,1

Ihr Zinsvorteil nach Steuern beträgt daher bei einer Veranlagung über das Genussrecht bei 6 Monaten 46.200 S, bei 12 Monaten 123.200 S.

...

Da, wie bei jedem Wertpapierkauf, Stückzinsen anfallen (6 % vom 1.10.1993 – 30.6.1994), wird ein Betrag von 14,637.000 S + BuSt, somit 14,658.956 S bei Veranlagung über das Genussrecht am 30.6. von Ihrem Girokonto abgebucht.

Diese Stückzinsen erhalten Sie selbstverständlich bei der Ausschüttung des Geschäftsjahres 1993/94 zur Gänze gutgeschrieben."

Mit 1. Juli 1994 wurde von der Bank der Wertpapierkauf von 140 Holding Genussrecht-Scheinen zum Nominale von 100.000 S, Tranche IV, somit Nominale 14,000.000 S, abgerechnet. Bei einem Kurs von 104.550 S/Stück (dieser erfasste die angefallenen Stückzinsen) wurde der Kurswert mit 14,637.000 S errechnet, zuzüglich der BuSt von 21.956 S ergab sich ein Kaufpreis von 14,658.956 S.

Aufgrund des Angebotes vom 17. März 1995 erwarb die GM. weitere 140 Holding Genussrecht-Scheine zum Nominale von 100.000 S, Tranche IV, somit Nominale 14,000.000 S, die mit 31. März 1995 durch die Bank abgerechnet wurden. Bei einem Kurs von 103.033,33 S/Stück (dieser erfasste angefallene Stückzinsen von 424.666,67 S) wurde der Kurswert mit 14,424.666,67 S errechnet, zuzüglich der BuSt von 21.637,33 S ergab sich ein Kaufpreis von 14,446.304 S. Die Laufzeit war bis zum 31. März 1996 vereinbart, die **fixen Zinsen mit 4,35 % netto**. Zum 31. Dezember 1995 wurde das Genussrecht "Bank-J" auf dem Konto 289000 mit dem Wert von 28,000.000 S ausgewiesen.

Die Holding Genussrechte wurden - nach dem vorstehenden Muster – mehrmals verlängert, wobei für die kurzen Laufzeiten jeweils fixe Zinssätze vereinbart wurden (vgl. etwa die Prolongation des am 30. Juni 1994 erworbenen, bereits um ein Jahr zu einem Nettozinssatz von 4,6 % verlängerten und sodann am 29. Dezember 1995 auslaufenden Holding

Genussrechtes in Höhe von 14.000.000 S, das auf weitere zwei Jahre bis zum 31. Dezember 1997 zu einem Nettozinssatz von 3,3 % prolongiert wurde). Das am 31. März 1995 mit einer Laufzeit bis zum 31. März 1996 erworbene Holding Genussrecht in Höhe von 14.000.000 S wurde ebenfalls prolongiert, wobei für die weiteren zwei Jahre ein Nettozinssatz von 3,05 % vereinbart wurde.

Die Ausschüttungen aus den Holding Genussrechten betrugen jährlich 6 % (vgl. nochmals das Schreiben der Bank vom 17. Juni 1994), ab dem Jahr 1998 nur mehr 4,1 % (vgl. das Schreiben der Bank vom 14. Oktober 1998). Die Differenz zwischen der vollen Ausschüttung und der zugesagten Verzinsung wurde vereinbarungsgemäß über den Kurs des Genussrechtes bei Rücklösung ausgeglichen, dh. der über der vereinbarten Rendite liegende Anteil der Ausschüttung wurde beim – jederzeit möglichen - Rückkauf in den Kurs eingerechnet. Mit 1. Oktober 1997 wurde das am 31. März 1995 erworbene Holding Genussrecht in Höhe von 14.000.000 S rückgelöst. Dazu teilte die Bank mit Schreiben vom 10. Oktober 1997 der GM. Folgendes mit:

"Wie vereinbart überreichen wir Ihnen in der Anlage die Dividendenaufstellung zu dem oa. Genussrecht über 14 Mio. Schilling sowie die sich aus An- und Rückkaufskurs für Sie ergebende Rendite. Wir weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Ausschüttung für 1997 in Höhe von 840.000 S (Anm.: 6 % von 14 Mio. Schilling) noch nicht erfolgt ist und Ihnen daher noch zugehen wird."

Die auch den Prüfern vorgelegte "Entwicklung Ihrer Genussrechtsbeteiligung ATS 14 Mio. vom 31.3.1995 bis 1.10.1997" zeigt folgendes Bild:

<i>"Beteiligungsbetrag</i>	ATS	14.000.000,00
<i>Dividende 1995:</i>	ATS	840.000,00
<i>Dividende 1996:</i>	ATS	840.000,00
<i>Dividende 1997 (noch offen):</i>	ATS	<u>840.000,00</u>
<i>ergibt Dividenden gesamt:</i>		2.520.000,00
<i>abzüglich bereits bezahlte Zinsen (Anm.: gutzuschreibende Stückzinsen anlässlich des Erwerbs):</i>	ATS	<u>424.666,67</u>
<i>ergibt</i>	ATS	2.095.333,33
<i>Die Ihnen zugesagte Verzinsung ergibt folgende Beträge:</i>		
<i>4,65 % für ATS 14 Mio. 31.3.1995 – 31.3.1996 (366 Tage) =</i>	ATS	661.850,00
<i>3,05 % für ATS 14 Mio. 31.3.1996 – 31.3.1997 (365 Tage) =</i>	ATS	432.930,56
<i>3,05 % für ATS 14 Mio. 31.3.1997 – 1.10.1997 (184 Tage) =</i>	ATS	<u>218.244,44</u>
<i>ergibt zugesagte Verzinsung gesamt</i>	ATS	1.313.025,00
<i>abzüglich geleisteter Dividenden</i>	ATS	<u>2.095.333,33</u>
<i>ergibt zu verrechnende Differenz</i>	ATS	782.308,33
<i>Kapital</i>	ATS	14.000.000,00
<i>abzüglich zu verrechnender Differenz</i>	ATS	<u>782.308,33</u>
<i>ergibt Rücklösungsbetrag</i>	ATS	13.217.691,67
<i>abzüglich Börsenumsatzsteuer</i>	ATS	<u>19.827,67</u>
<i>ergibt Auszahlungsbetrag zum 1.10.</i>	ATS	13.197.864,00"

Mit 31. Dezember 1997 wurde auch das am 30. Juni 1994 erworbene und mehrmals verlängerte Holding Genussrecht in Höhe von 14,000.000 S rückgelöst. Auch dazu wurde den Prüfern eine "Entwicklung Ihrer Genussrechtsbeteiligung ATS 14 Mio. vom 30.12.1994 bis 31.12.1997" vorgelegt, die folgendes Bild zeigt:

"Beteiligungsbetrag	ATS	14,000.000,00
Dividende 1995:	ATS	840.000,00
Dividende 1996:	ATS	840.000,00
Dividende 1997:	ATS	<u>840.000,00</u>
ergibt Dividenden gesamt:		2,520.000,00
abzüglich bereits bezahlte Zinsen (Anm.: gutzuschreibende Stückzinsen anlässlich des Erwerbs):	ATS	<u>637.000,00</u>
ergibt	ATS	1,883.000,00
Die Ihnen zugesagte Verzinsung ergibt folgende Beträge:		
4,60 % für ATS 14 Mio. 30.12.1994 – 29.12.1995 (364 Tage) =	ATS	651.155,56
3,30 % für ATS 14 Mio. 29.12.1995 – 31.12.1997 (733 Tage) =	ATS	<u>940.683,33</u>
ergibt zugesagte Verzinsung gesamt	ATS	1,591.838,89
abzüglich geleisteter Dividenden	ATS	<u>1,883.000,00</u>
ergibt zu verrechnende Differenz	ATS	291.161,11
Kapital	ATS	14,000.000,00
abzüglich zu verrechnender Differenz	ATS	<u>291.161,11</u>
ergibt Rückzahlungsbetrag	ATS	13,708.838,89
abzüglich Börsenumsatzsteuer	ATS	<u>20.563,89</u>
ergibt Auszahlungsbetrag zum 31.12.1997	ATS	13,688.275,00"

Bereits am 16. Oktober 1997 legte die Bank ein neues Anbot zum Erwerb von Genussrechten. Aufgrund dieses Angebotes erwarb die GM. wiederum 140 Holding Genussrecht-Scheine zum Nominale von 100.000 S, Tranche IV, somit Nominale 14,000.000 S, die mit 17. Oktober 1997 durch die Bank abgerechnet wurden. Bei einem Kurs von 100.266,66 S/Stück (dieser erfasste angefallene Stückzinsen von 37.333,33 S) wurde der Kurswert mit 14,037.333,33 S errechnet, zuzüglich der BuSt von 21.056,67 S ergab sich ein Kaufpreis von 14,058.390 S. Die Laufzeit war bis zum 30. Oktober 1999 geplant, die **fixen Zinsen** wurden **mit 3,8 % netto** vereinbart. Ferner wurde der Berufungswerberin die Möglichkeit eines vorzeitigen Rückkaufes des Genussrechtes zum 30. Oktober 1998 eingeräumt, wobei sich dann die zugesagte Verzinsung von 3,8 % auf 3,6 % netto reduzierte. Zum 31. Dezember 1997 wurde das Genussrecht "Bank-J" auf dem Konto 289000 mit dem Wert von 14,000.000 S ausgewiesen.

Nach dem Muster der bisherigen Erwerbe legte die Bank am 22. Jänner 1998 ein neues Anbot zum Erwerb von Genussrechten, mit dem wiederum eindeutig eine festverzinsliche Veranlagung erzielt werden sollte:

"Gerne geben wir Ihnen im Folgenden einen Vergleich zwischen einer Veranlagung über ATS-Festgeld oder Holding Genussrechte gem. § 174 Aktiengesetz:

	ATS-Festgeld		Holding	
	bis 31.1.1999	bis 31.1.2000	bis 31.1.1999	bis 31.1.2000
Zinsen	3,75	3,86	3,25	3,40

KöSt	1,28	1,31	0	0
BuSt	<u>0</u>	<u>0</u>	<u>0,15</u>	<u>0,08</u>
	2,47	2,55	3,10	3,32
		Ihr Vorteil:	0,63	0,77

Da die Ausschüttung aus dem Holding Genussrecht 6 % beträgt, wird die Differenz zwischen der vollen Ausschüttung und der Ihnen zugesagten Verzinsung über den Kurs Ihres Genussrechtes bei Rücklösung wie bisher ausgeglichen."

Mit Telefax vom 2. Februar 1998 wurde der Berufungswerberin zu diesem Anbot Folgendes mitgeteilt:

"In Abänderung unseres Schreibens vom 22.01.1998 können wir für Ihre Veranlagung über das Holding Modell keine Ausschüttung von 6 % garantieren. Der über der vereinbarten Rendite liegende Anteil der Ausschüttung wird beim Rückkauf wie bisher in den Kurs eingerechnet.

Daher sind bei der jetzigen Veranlagung von ATS 14 Mio. keine Stückzinsen von Ihrer Seite zu bezahlen, sondern nur die Börsenumsatzsteuer von 0,15 %, das sind ATS 21.000,--. Wir benötigen daher ATS 14,021.000,-- am ATS-Ordinario."

Aufgrund dieses Angebotes erwarb die GM. 140 Holding Genussrecht-Scheine zum Nominale von 100.000 S, Tranche IV, somit Nominale 14,000.000 S, die mit 3. Februar 1998 durch die Bank abgerechnet wurden. Bei einem Kurs von 100.000 S/Stück (Stückzinsen sind nicht angefallen) wurde der Kurswert mit 14,000.000 S errechnet, zuzüglich der BuSt von 21.000 S ergab sich ein Kaufpreis von 14,021.000 S. Die Laufzeit war bis zum 31. Jänner 2000 geplant, die **fixen Zinsen** wurden **mit 3,4 % netto** vereinbart. Zum 31. Dezember 1998 wurde das Genussrecht "Bank-J" auf dem Konto 289000 wiederum mit dem Wert von 28,000.000 S ausgewiesen.

Die Ausschüttungen aus den Holding Genussrechten von jährlich 6 % bzw. (ab dem Jahr 1998) 4,1 % wurden auf dem Konto 801000 ("Erträge aus Beteiligungen") verbucht. Solcherart wurden Beteiligungserträge von 1,680.000 S (6 % von 28 Mio. Schilling) bzw. 1,148.000 S (4,1 % von 28 Mio. Schilling) erfasst, die im Hinblick auf § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 steuerfrei behandelt wurden. Die jährlichen Auszahlungsbeträge unterlagen der Kapitalertragsteuer von 25 %, die von der Holding einbehalten und an das Finanzamt abgeführt wurde. Die Kapitalertragsteuer wurde anlässlich der Veranlagung zur Körperschaftsteuer angerechnet. Die mit 1. Oktober 1997 und 31. Dezember 1997 anlässlich der Verkäufe der Holding Genussrechte entstandenen Kursverluste von 782.308,33 S und 291.161,11 S (als Differenz zwischen der vollen Ausschüttung und der zugesagten Verzinsung) wurden auf dem Konto 844000 ("Kursdifferenzen") als Aufwandsbuchung erfasst.

Gemäß § 21 Abs. 1 BAO ist für die Beurteilung abgabenrechtlicher Fragen in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Für die Steuerfreiheit der Beteiligungserträge ist gemäß § 10

Abs. 1 Z 3 KStG 1988 iVm § 8 Abs. 3 Z 1 leg.cit. erforderlich, dass mit den Genussrechten das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn des Steuerpflichtigen verbunden ist. Der vorstehende Sachverhalt macht deutlich, dass mit den Holding Genussrechten – entgegen den "*Bedingungen*" für "*Das J Modell*" – ein Anteil am Jahresgewinn der Gesellschaft nicht verbunden war. Gemäß Pkt. 2. der "*Bedingungen*" hätte dem Genussrecht-Schein-Inhaber jährlich ein Anteil am handelsrechtlichen Jahresgewinn der Gesellschaft im Verhältnis zwischen dem Nennwert seiner Genussrechte zum gesamten bilanziellen Eigenkapital der Gesellschaft bezahlt werden müssen. Aufgrund dieser Bestimmung hätten der Berufungswerberin folgende Gewinnanteile zufließen müssen:

	30.9.1996	30.9.1997	30.9.1998
	S	S	S
Nennwert der Genussrechte	28,000.000,--	28,000.000,--	28,000.000,--
Bilanzielles Eigenkapital der Gesellschaft	2,042.415.132,--	1,977.663.102,--	2,005.074.063,--
Anteil	1,370925996 %	1,415812428 %	1,396457144 %
Handelsrechtlicher Jahresgewinn	116,036.122,--	50,807.970,--	78,868.461,--
Gewinnanteil der Berufungswerberin	1,590.769,--	719.346,--	1,101.364,--
Rendite	5,68 %	2,57 %	3,93 %

Anstelle der Gewinnanteile gemäß Pkt. 2. der "*Bedingungen*" für "*Das J Modell*" erhielt die GM. – **zunächst** – Dividenden in einer von vornherein fixierten und zugesicherten Höhe. Die steuerfrei belassenen Ausschüttungen aus den Holding Genussrechten betrugen jährlich 6 % bzw. (ab dem Jahr 1998) 4,1 %, wobei auch die steuerliche Vertreterin anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung nicht erklären konnte, wie diese Beträge ermittelt worden sind. Die Differenz zwischen der vollen Ausschüttung und der zugesagten festen Verzinsung lt. Angeboten wurde **sodann** vereinbarungsgemäß über den Kurs des Genussrechtes bei Rücklösung ausgeglichen, dh. der über der vereinbarten Rendite liegende Anteil der Ausschüttung wurde beim – jederzeit möglichen - Rückkauf in den Kurs eingerechnet. Diese Vorgangsweise war der Berufungswerberin bereits beim Erwerb der Genussrechte bekannt. Solcherart erhielt die GM. für ihre kurzfristigen (ein- bis dreijährigen) Veranlagungen eine feste Verzinsung, die im vorhinein mit einem bestimmten Zinssatz für die Laufzeit der Veranlagung fixiert wurde (vgl. die auch den Prüfern vorgelegten verschiedenen Angebote der Bank).

Dass die GM. einzig daran interessiert war, ihre liquiden Mittel mit einem festen Zinssatz und einer möglichst hohen Rendite zu veranlagen, ergibt sich auch aus den bereits angesprochenen Schreiben (Anboten) der Bank vom 17. Juni 1994 und 22. Jänner 1998, in

denen dezidiert ein "*Vergleich zwischen der herkömmlichen DEM-Festgeldveranlagung und dem steuerfreien Genussrecht*" bzw. ein "*Vergleich zwischen einer Veranlagung über ATS-Festgeld oder Holding Genussrechte*" gezogen wurde. In diesem Zusammenhang wird auch auf das anlässlich der Betriebsprüfung vorgelegte Schreiben der Bank vom 9. September 1999 folgenden Inhalts verwiesen:

"Wie vereinbart, übermitteln wir Ihnen im Folgenden mehrere Alternativen für eine Veranlagung auf 1 bis 3 Jahre. Aufgrund der nach wie vor erfreulichen Ertragslage des Unternehmens erscheint die bereits jahrelang bewährte Veranlagung über Holding nach wie vor besonders geeignet für Ihren Veranlagungsbedarf. Wir erlauben uns daher, Ihnen nochmals die grundsätzlichen Eckdaten dieser Veranlagungsmöglichkeit vor Augen zu führen und stellen für Sie eine Vergleichsrechnung zwischen Festgeldveranlagung und Holding an.

...

Der folgende Vergleich zwischen einer Veranlagung über ATS-Festgeld oder Holding Genussrechte gem. § 174 Aktiengesetz zeigt, dass die Veranlagung über unser Holding Modell vorteilhafter ist. Die Mindesttranchen für dieses Modell betragen ATS 10 Mio. Die verwendeten Zinssätze gelten per 8.9.1999 und sind rein indikativ.

<i>Laufzeit 1 Jahr</i>	<i>ATS-Festgeld</i>	<i>Holding</i>
<i>Zinsen</i>	<i>3,10</i>	<i>2,94</i>
<i>KöSt</i>	<i>1,05</i>	<i>0</i>
<i>BuSt</i>	<i>0</i>	<i>0,30</i>
<i>Rendite nach Steuern</i>	<i>2,05</i>	<i>2,64</i>
<i>Ihr Vorteil nach Steuern</i>		<i>0,59</i>
<i>Laufzeit von 2 Jahren</i>	<i>ATS-Festgeld</i>	<i>Holding</i>
<i>Zinsen</i>	<i>3,67</i>	<i>3,55</i>
<i>KöSt</i>	<i>1,25</i>	<i>0</i>
<i>BuSt</i>	<i>0</i>	<i>0,15</i>
<i>Rendite nach Steuern</i>	<i>2,42</i>	<i>3,40</i>
<i>Ihr Vorteil nach Steuern</i>		<i>0,98</i>
<i>Laufzeit von 3 Jahren</i>	<i>ATS-Festgeld</i>	<i>Holding</i>
<i>Zinsen</i>	<i>4,11</i>	<i>3,82</i>
<i>KöSt</i>	<i>1,40</i>	<i>0</i>
<i>BuSt</i>	<i>0</i>	<i>0,10</i>
<i>Rendite nach Steuern</i>	<i>2,71</i>	<i>3,72</i>
<i>Ihr Vorteil nach Steuern</i>		<i>1,01"</i>

Alternativ wurde im Schreiben vom 9. September 1999 die Möglichkeit einer Veranlagung über einen Investmentfonds (Rentenfonds) angeboten, der zum 1. August 1999 sein Vermögen zu 97,62 % in inländische Anleihen in EUR und ATS und zu 2,38 % in Barvermögen veranlagt hatte. Und weiter nach Darstellung der aktuellen Daten dieses Rentenfonds: "*Somit erscheint im Vergleich das Holding Genussrecht derzeit als etwas attraktivere Variante, zumal Ihnen hierbei die Verzinsung fix zugesagt wurde.*"

In wirtschaftlicher Betrachtungsweise ergibt sich, dass mit dem Holding Genussrecht eine Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft nicht verbunden war. Es war vielmehr eine

festverzinsliche Veranlagung liquider Mittel mit einem vereinbarten fixen Zinssatz beabsichtigt, der nach Laufzeit gestaffelt war. Die zugesagte feste Verzinsung wurde beim Rückkauf des Genussrechtes über die Einrechnung des über der vereinbarten Rendite liegenden Anteils der Ausschüttung in den Kurs erreicht; die jährlich vorgenommene volle Ausschüttung kann daher nur als **Zinsvorauszahlung** verstanden werden. Wenn die Berufungswerberin in der Berufung vom 19. Oktober 2001 die Ansicht vertrat, dass eine Mindestverzinsung oder eine Begrenzung der Verzinsung im Hinblick auf § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 nicht schädlich wäre, dann geht dieser Einwand ins Leere. Die erforderliche Gewinnabhängigkeit der Vermögensrechte liegt – wie bereits dargestellt – zwar auch vor, wenn es sich um eine Mindestverzinsung mit zusätzlichem Gewinnanteil oder eine Gewinnbeteiligung mit Zusatzverzinsung oder um eine Gewinnbeteiligung mit Mindest- und Höchstgrenzen handelt. Es ist daher – von der Zinskomponente abgesehen – in diesen Fällen immer auch eine Gewinnkomponente erforderlich, die aber gerade im Streitfall nicht gegeben ist.

Mit dem Holding Genussrecht war auch keine Beteiligung am Liquidationsgewinn der Gesellschaft, dem weiteren Erfordernis für die Steuerfreiheit der Beteiligungserträge gemäß § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 iVm § 8 Abs. 3 Z 1 leg.cit., verbunden. Gemäß Pkt. 7.3. der "*Bedingungen*" für "*Das J Modell*" hätte den Genussrecht-Schein-Inhabern auch eine anteilmäßige Beteiligung am Unternehmenswert sowie am Liquidationsgewinn der Gesellschaft gewährt werden sollen. Eine anteilmäßige Beteiligung am Vermögen der Holding in Form der stillen Reserven wurde der Berufungswerberin jedoch anlässlich der Rücklösung der Genussrechte nicht eingeräumt (vgl. die mit 1. Oktober 1997 und 31. Dezember 1997 erfolgten Rücklösungen der Holding Genussrechte und die dazu ermittelten Auszahlungsbeträge lt. "*Entwicklung Ihrer Genussrechtsbeteiligung*").

Anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung wurde von der steuerlichen Vertreterin eingewendet, dass der Erwerb und Bestand der Holding Genussrechte von der Abwicklung des Verkaufes dieser Genussrechte durch die Bank getrennt zu betrachten sei. Die Holding Genussrechte seien von der Bank vertrieben worden, wozu ein Sekundärmarkt errichtet worden sei. Über diesen Sekundärmarkt hätten die Genussrechte nach Angeboten der Bank gekauft und verkauft, also gehandelt werden können. Die im Jahr 1997 erfolgten zwei Verkäufe von Holding Genussrechten durch die Berufungswerberin seien unbestritten, es handle sich dabei aber nicht um eine Rücklösung der Genussrechte, sondern lediglich um auf dem Sekundärmarkt erfolgte Verkäufe. Die Holding Genussrechte an sich seien dadurch bestehen geblieben und am Wertpapiermarkt weiter gehandelt worden. Daher sei auch die Liquidationsbeteiligung, die nach den "*Bedingungen*" für "*Das J Modell*" mit den Genussrechten verbunden sei, nach wie vor aufrecht; sie sei nur bisher nicht zum Tragen gekommen, weil tatsächlich noch keine Rücklösung stattgefunden habe.

Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates ist eine gesonderte Betrachtung der Holding Genussrechte einerseits und der Rahmenbedingungen des Handels durch die Bank andererseits nicht zulässig, weil es für die steuerliche Beurteilung der strittigen Kapitalerträge in wirtschaftlicher Betrachtungsweise darauf ankommt, welche Veranlagungsbedingungen sich für die Berufungswerberin bei einer Gesamtbetrachtung der ihr unterbreiteten (und von ihr angenommenen) Angebote ergeben haben. Wesentlich erscheint daher, dass durch die beim Erwerb der Holding Genussrechte mit der Bank getroffenen Rahmenvereinbarungen im Ergebnis – wie ausgeführt – eine Veranlagung zu fixen Zinsen bei einer bestimmten Laufzeit erreicht wurde. Ob die Genussrechte nach "*Rückkauf*" durch die Bank am Ende dieser Laufzeit rechtlich weiter bestanden haben, ist an sich ohne Belang. Dass es sich im Übrigen bei den im Jahr 1997 erfolgten Verkäufen von Holding Genussrechten durch die Berufungswerberin tatsächlich um Rücklösungen der erworbenen Genussrechte handelte, geht allein schon aus der vorgelegten "*Entwicklung Ihrer Genussrechtsbeteiligung*" hervor, in der von einem sich ergebenden "*Rücklösungsbetrag*" gesprochen wurde.

Unabhängig davon steht fest, dass mit dem Holding Genussrecht eine Beteiligung am Unternehmenswert und am Liquidationsgewinn der Gesellschaft **für die Berufungswerberin** nicht verbunden war, auch wenn man vom Weiterbestehen der Genussrechte am Wertpapiermarkt nach den im Jahr 1997 erfolgten Verkäufen ausgehen wollte. Die für die Steuerfreiheit der Beteiligungserträge gemäß § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 iVm § 8 Abs. 3 Z 1 leg.cit. erforderliche Beteiligung am Liquidationsgewinn kann nur aus der Sicht des Genussrecht-Schein-Inhabers, somit der GM. betrachtet werden. Die anlässlich der Verkäufe der Genussrechte erstellte "*Entwicklung Ihrer Genussrechtsbeteiligung*" enthält keinen Hinweis darauf, dass der GM. auch eine anteilmäßige Beteiligung am Vermögen der Holding eingeräumt worden wäre; stille Reserven wurden nicht ermittelt.

Anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung argumentierte die steuerliche Vertreterin damit, dass sich die Bank bei der Preisbildung offenbar an einer Marktverzinsung orientiert habe, nämlich an einer Verzinsung, die über der Verzinsung anderer Anlagen gelegen sei. Damit sei in der Preisbildung offenbar indirekt auch eine Liquidationsbeteiligung berücksichtigt worden. Diese Argumentation kann seitens des Unabhängigen Finanzsenates nicht nachvollzogen werden und findet in den vorgelegten Unterlagen auch keine Deckung. Die der GM. zugesagte Verzinsung orientierte sich – wie bereits dargelegt – ausschließlich an einer herkömmlichen Festgeldveranlagung, wobei die zugesagte Verzinsung (vor Steuern) sogar unter der Verzinsung anderer Anlagen lag. (Die etwas höhere Rendite war erst im Hinblick auf die erwartete Steuerfreiheit der Kapitalerträge zu erzielen.) Dass zu den Stichtagen 1. Oktober 1997 und 31. Dezember 1997 anlässlich der beiden Verkäufe der Holding Genussrechte ein Anteil der Berufungswerberin am Unternehmenswert sowie am Liquidationsgewinn der

Gesellschaft (vgl. Pkt. 7.3. der "*Bedingungen*" für "*Das J Modell*") konkret ermittelt worden wäre, hat auch die Berufungswerberin nicht behauptet.

Der anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung von der steuerlichen Vertreterin weiters erhobene Einwand, dass auch die Holding bei den Ausschüttungen von gemäß § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 steuerlich unbeachtlichen Einkommensverwendungen ausgegangen sei und der Körperschaftsteuerbefreiung der Beteiligungserträge beim Genussrecht-Schein-Inhaber demnach die volle Besteuerung beim Emittenten gegenüber stehe, geht ins Leere. Die Frage der steuerlichen Behandlung der Ausschüttungen bei der Holding betrifft ein anderes Verfahren und kann für den Streitfall auf sich beruhen.

Die Berufungswerberin erhielt für ihr kurzfristig (auf ein bis drei Jahre) veranlagtes Geld eine feste Verzinsung. Sie veranlagte ihr Geld zu einem Festbetrag, was eine Risikominimierung darstellt und eine Qualifizierung als Forderung nach sich zieht. Anteilsähnliche Genussrechte iSd § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 liegen nicht vor, weil mit den Holding Genussrechten das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn der Körperschaft nicht verbunden war. Die Beteiligungsertragsbefreiung des § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 steht daher nicht zu. Tz 41 des Bp-Berichtes vom 17. Juli 2001, ABNr. abc, ändert sich nicht.

4) Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen: Der angefochtene Bescheid betreffend Körperschaftsteuer für das Jahr 1995 erfährt durch diese Berufungsentscheidung keine Änderung. Für den Prüfungszeitraum 1996 bis 1998 ergeben sich folgende berichtigte Ergebnisse:

	1996	1997	1998
	S	S	S
Einkünfte aus Gewerbebetrieb lt. Bp	16,382.631,--	24,424.125,--	10,619.760,--
Außerbücherliche Berichtigungen (Tz 39) lt. Bp	-971.263,--	-309.571,--	1,505.697,--
Außerbücherliche Berichtigungen (Tz 39) lt. BE	<u>768.463,--</u>	<u>211.971,--</u>	-1,552.097,--
Rückstellung Umweltkosten Nachbarn (Tz 31) lt. Bp			-2,500.000,--
Rückstellung Umweltkosten Nachbarn (Tz 31) lt. BE			<u>0,--</u>

Einkünfte aus Gewerbebetrieb lt. BE	16,179.831,--	24,326.525,--	8,073.360,--
-------------------------------------	---------------	---------------	--------------

Für die Jahre 1999 und 2000 wurden während des Berufungsverfahrens berichtigte Körperschaftsteuererklärungen eingereicht, die mit dieser Berufungsentscheidung berücksichtigt werden.

	1999	2000
	S	€
Einkünfte aus Gewerbebetrieb lt. berichtigter KSt-Erklärung	2,202.678,--	315.423,03
Beteiligungserträge gem. § 10 Abs. 1 und 2 KStG lt. berichtigter KSt-Erklärung	1,020.160,--	153.194,33
Beteiligungserträge gem. § 10 Abs. 1 und 2 KStG lt. BE	<u>-152.160,--</u>	<u>0,--</u>
Einkünfte aus Gewerbebetrieb lt. BE	3,070.678,--	468.617,36

Die Berechnung der Körperschaftsteuer für die Jahre 1996 und 1997 ist den Berufungsvorentscheidungen vom 30. Juli 2002 zu entnehmen, die insoweit Bestandteil dieser Berufungsentscheidung sind. Die Berechnung der Körperschaftsteuer für die Jahre 1998 bis 2000 (in Schilling) ist den beiliegenden Berechnungsblättern zu entnehmen, die insoweit Bestandteil dieser Berufungsentscheidung sind. Die Umrechnung in Euro erfolgte mit dem in der EG-Verordnung 2866/98, ABl. L 359, festgelegten Kurs von 1 € = 13,7603 S.

5) Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 und Folgejahre:

Die Vorauszahlungsverpflichtung bei der Körperschaftsteuer ergibt sich aus § 45 EStG 1988. Diese Bestimmung gilt nach § 24 Abs. 3 KStG 1988 als Regelung zur "*Entrichtung der Steuer*" auch für den Bereich der Körperschaftsteuer.

Gemäß § 45 Abs. 1 EStG 1988 hat der Steuerpflichtige auf die Einkommensteuer Vorauszahlungen zu entrichten. Für Lohnsteuerpflichtige sind Vorauszahlungen nur in den Fällen des § 41 Abs. 1 Z 1 und 2 leg.cit. festzusetzen. Die Vorauszahlung für ein Kalenderjahr wird wie folgt berechnet:

- Einkommensteuerschuld für das letztveranlagte Kalenderjahr abzüglich der einbehaltenen Beträge im Sinne des § 46 Abs. 1 Z 2 EStG 1988.

- Der so ermittelte Betrag wird, wenn die Vorauszahlung erstmals für das dem Veranlagungszeitraum folgende Kalenderjahr wirkt, um 4 %, wenn sie erstmals für ein späteres Kalenderjahr wirkt, um weitere 5 % für jedes weitere Jahr erhöht.

Auf der Grundlage der angeführten gesetzlichen Bestimmungen erließ das Finanzamt am 20. September 2002 den angefochtenen Bescheid betreffend Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 und Folgejahre, mit dem die Vorauszahlungen mit 117.306,08 € festgesetzt wurden. Die für die Festsetzung der Vorauszahlungen maßgebliche Veranlagung betraf das Jahr 2000, konkret den angefochtenen Bescheid vom 20. September 2002 betreffend Körperschaftsteuer für das Jahr 2000. Gegen die festgesetzte Höhe der Vorauszahlungsbeträge wurden von der Berufungswerberin keine gesonderten Einwände erhoben. Da der angefochtene Bescheid betreffend Körperschaftsteuer für das Jahr 2000 durch die vorliegende Berufungsentscheidung (infolge Einreichung einer berichtigten Körperschaftsteuererklärung) abgeändert wird, ergibt sich auch eine Änderung des angefochtenen Vorauszahlungsbescheides. Die Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 und Folgejahre werden mit 112.687,14 € festgesetzt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Beilage: 3 Berechnungsblätter

Innsbruck, am 29. Dezember 2004