

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag.Dr. Hedwig Bavenek-Weber in der Beschwerdesache der Bf.+Adr.\*\*\*\*, vertreten durch KPMG Alpen-Treuhand GmbH, Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, Porzellangasse 51, 1090 Wien gegen den Bescheid vom 23. August 2007 des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern, ErfNr. x\*\*\*\*\*1, StNr. X\*\*\*\*2 betreffend Gesellschaftsteuer (Genussrechte) zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) unzulässig.

## Entscheidungsgründe

**Strittig ist, ob die Genussrechte eine unternehmerische Beteiligung und damit Gesellschaftsrechte iSd § 5 Abs. 1 Z 2 KVG bzw. Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG auch dann darstellen, wenn weder Gewinnbeteiligung, noch Mitwirkungsrechte vorgesehen sind, aber die Genussrechte mit 15 jährigem Kündigungsverzicht auf die Dauer der Gesellschaft gewährt werden, nachrangig sind und die Genussrechtsberechtigte die Urgroßmuttergesellschaft ist?**

Bemerkt wird, dass das Verfahren der Beschwerdeführerin (Bf.) vom Unabhängigen Finanzsenat auf das Bundesfinanzgericht übergegangen ist. Die entsprechende Gesetzesstelle lautet:

*„§ 323 Abs. 38 BAO: Die am 31. Dezember 2013 bei dem unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz anhängigen Berufungen und Devolutionsanträge sind vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinn des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen. Solche Verfahren betreffende Anbringen wirken mit 1. Jänner 2014 auch gegenüber dem Bundesfinanzgericht.....*

*„§ 323 Abs. 39 BAO: Soweit zum 31. Dezember 2013 eine Befugnis zur geschäftsmäßigen Vertretung im Abgabenverfahren vor den Abgabenbehörden zweiter Instanz besteht, ist diese auch im Beschwerdeverfahren vor den Verwaltungsgerichten gegeben.“*

**Verwendete Literatur:** *Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker*, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar (2008); *van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte (1998); *Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen (1996); *Werner*, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen (2004); *Jens Tschebull*, Wertpapiere für Anfänger, 11; *Tipke/Lang*<sup>21</sup>, dSteuerrecht (2013); *Rief*, Das neue Kapitalverkehrsteuerrecht und die Rechtsprechung des EuGH, SWK-Sonderheft, 1995, Rz 36; *Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaft und partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54ff; *Frotz/Spitznagel*, Gesellschaftsrechtliche Grenzen der Ausgestaltung von Genussrechten, ZUS 2011/32, 103

## **Übersicht:**

1. Verfahrensablauf
2. Beweiserhebungen und Sachverhalt
3. Die „unternehmerische“ Beteiligung (Gesellschaftsrechte) in Art. 4 Abs. 1 lit. d der Kapitalansammlungsrichtlinie 69/335/EWG
4. Nationale Regelung des § 5 KVG
  - 4.1. Das KVG erfasst als Gesellschaftsrechte „die unternehmerische Teilnahme“ und nicht das Darlehen
  - 4.2. Das Genussrecht gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG vor seinem zivilrechtlichen Hintergrund
5. Die Rechtsprechung zur Verzinsung in Gegenüberstellung zu den vorliegenden Genussrechtsbedingungen
  - 5.1. Erkenntnis des VwGH 16.12.1993, 92/16/0025 zu § 5 Abs. 1 Z 2 KVG
  - 5.2. Erkenntnisse des VwGH 19.8.1997, 95/16/0328 und VwGH 19.9.2001, 99/16/0056, sowie VwGH 6.11.2002, 2002/16/0243 zu § 5 Abs. 1 Z 2 KVG
  - 5.3. Entscheidungen des UFS 7.11.2005, RV/3005-W/02, UFS 7.11.2005, RV/3003-W/05, sowie UFS 8.11.2010, RV/1313-W/06 und UFS 26.6.2006, RV/0371-W/03
6. Unterschied zwischen Genussrechten und Darlehen (hier: nichtgewinn- bzw. vermögensbeteiligte Genussrechte) in Gegenüberstellung zu den vorliegenden Genussrechtsbedingungen
7. Zusammenfassung
8. Schlussfolgerung
9. Unzulässigkeit der Revision

## **1. Verfahrensablauf**

Mit **Gesellschaftsteuererklärung gemäß § 10 Abs. 1 KVG** vom 30.3.2007 zeigte die Bf. den Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer inländischen Kapitalgesellschaft durch den ersten Erwerber gemäß § 2 Z 1 KVG iVm § 5 Abs. 1 Z 2 KVG, und zwar die Begebung von Genussrechten im Nominale von 3.000.000 Euro an.

Das Finanzamt setzte mit **Bescheid vom 23. August 2007** für den Erwerb von Genussrechten die Gesellschaftsteuer gemäß § 8 Abs. 1 KVG vom Wert der Leistung gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 KVG fest ( $3.000.000 \times 1\% = 30.000$ ).

Fristgerecht erhob die Bf. dagegen **Berufung/Beschwerde**, da die Genussrechte keine Gesellschaftsrechte iSd § 5 Abs. 1 Z 2 KVG darstellen würden. Dies deshalb, weil eine ergebnisunabhängige Verzinsung von 10% pa des Genussrechtsnominales unabhängig von der Höhe des Jahresüberschusses/Fehlbetrages erfolge. Die Rückzahlung erfolge ausschließlich in Höhe des Genussrechtsrechtsnominales. Weiters würden die Genussrechte keine Gesellschaftsrechte, insbesondere kein Stimmrecht und keine Beteiligung am Gewinn- oder Liquidationserlös gewähren. Die Besteuerung von Genussrechten, die keine Gewinnbeteiligung vermitteln, mit Gesellschaftsteuer würde Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG widersprechen. Ebenso widerspreche diese Auslegung der Judikatur, z.B. EuGH 17.10.2002, C- 138/00, *Rs Solida Raiffeisen*; RFH 7.12.1933, Reichsteuerblatt 1934, 189; VwGH 26.12.1993, 92/16/0025; VwGH 22.5.1996, 95/16/0235. Die gesetzliche Formulierung des § 5 KVG ergäbe nicht, dass die Gesellschaftsteuerpflicht an die Art der Beteiligung z.B. der Position eines Aktionärs oder eines Gesellschafters einer GmbH anknüpfe.

Mit Vorhalt vom 11. Februar 2008 ersuchte das Finanzamt um Übersendung der Genussrechtsbedingungen und nahm Einsicht in das Firmenbuch.

Mit **Berufungs/Beschwerdevorentscheidung** vom 25. März 2008 wies das Finanzamt die Berufung/Beschwerde der Bf. als unbegründet ab, mit auszugsweise folgender Begründung:

*„....Der Tatbestand des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG hängt nicht nur von der Gewinnbeteiligung ab. Der Gesellschaftsteuer unterliegen nicht nur Substanzgenussrechte, sondern auch obligationsähnliche Genussrechte. Das Genussrecht wird gewährt für die Zurverfügungstellung von Kapital. Bedeutungsvoll ist dabei, ob Fremd- oder Eigenkapital hierbei vorliegt. Die Gewährung auf Dauer der Gesellschaft mit Kündigungsverzicht bis zum 31.12.2022 sowie die vereinbarte Nachrangigkeit sind wesentliche Kriterien für das Vorliegen des Eigenkapitalcharakters des verfahrensgegenständlichen Genussrechtes. Von Bedeutung ist hier auch die gesellschaftliche Verflechtung. Es handelt sich sohin um Genussrechte iSd § 5 Abs. 1 Z 2 KVG im Einklang mit der in der Berufung zitierten Richtlinie 69/335....“*

Die Bf. stellte den **Antrag, die Berufung/Beschwerde an die Rechtsmittelinstanz vorzulegen**, sowie eine mündliche Verhandlung durchzuführen.

## **2. Beweiserhebungen und Sachverhalt**

Beweis wurde erhoben durch die im Finanzamtsakt einliegenden Genussscheinbedingungen vom 22.2.2007 und in die Firmenbuchauszüge der Bf. ( X\*\*\*\*3 ), der G\*\*\*\*1 ( X\*\*\*\*4 ) und der G\*\*\*\*2 (FN X\*\*\*\*5 ) jeweils zum Stichtag 6.3.2008.

Nach den **Genussscheinbedingungen** bot der A\*\*\*\* mit der Geschäftsanschrift wie die Bf. gegen Einzahlung von Genussrechtskapital mit einem Gesamtnennbetrag von 3,000.000 Euro die Gewährung von Genussrechten durch Ausgabe von Genussscheinen an.

Nach § 3 wurden die Genussscheine in einer Sammelurkunde verbrieft.

Nach § 4 besteht für den Genussscheininhaber ein Verzinsungsanspruch ab dem 1. Jänner 2008. Dieser beträgt ergebnisunabhängig 10% p.a. des Genussrechtsnominales. Die Auszahlung des Verzinsungsanspruches an die Genussscheininhaber erfolgt unabhängig von der Höhe des Jahresüberschusses/-fehlbetrages. Die an die Genussscheininhaber auszuzahlende Verzinsung ist jeweils zwei Monate nach Ablauf des Wirtschaftsjahres der Gesellschaft fällig. Eine Verlustbeteiligung bzw. jegliche Nachschusspflicht der Genussscheininhaber ist ausgeschlossen. Der Vermögensanspruch des Genussscheininhabers besteht ausdrücklich in Höhe des von ihm eingezahlten Genussrechtsnominalkapitals. Die Genussscheine gewähren dem Inhaber der Genussscheine einen Rückzahlungsanspruch vorrangig gegenüber Gesellschaftern und den Inhabern eigenkapitalähnlicher Genussscheine; hinsichtlich anderer Fremdkapitalgeber haben die Genussscheininhaber einen nachrangigen Rückzahlungsanspruch.

Nach § 5 sind die Genussscheine auf Unternehmensdauer der Gesellschaft begeben, wobei von Gesellschaft und Genussscheininhaber ein Kündigungsverzicht bis 31.12.2022 vereinbart wurde. Am Tag der Auflösung des Genussrechtsverhältnisses entsteht der Anspruch der Genussrechtsinhaberin auf Rückzahlung des einbezahlten Genussrechtsnominales (§ 6).

Nach § 7 gewähren die Genussscheine Verzinsungsansprüche, die jedoch keine Mitgliedschaftsrechte, insbesondere keine Teilnahme, Mitwirkungs- und Stimmrechte in der Generalversammlung der Gesellschaft beinhalten.

Nach § 8 bedarf die Übertragung der Genussscheine der Zustimmung der Bf.

Nach § 11 treten die Forderungen aus den Genussscheinen gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern gegen die Gesellschaft im Rang zurück. Die Genussscheine begründen keinen Anspruch auf Teilnahme am Liquidationserlös im Falle der Auflösung der Gesellschaft.

Die Einsicht in die **Firmenbuchauszüge** zum Stichtag 6.3.2008 ergab folgendes:

Gesellschafter der Bf. sind die G\*\*\*\*1 und die G\*\*\*\*2 , eingetragen am 24.2.2007 bzw. am 8.3.2007. Alleingesellschafter der G\*\*\*\*1 ist seit 2.3.2007 die G\*\*\*\*2. Alleingesellschafter der G\*\*\*\*2 wurde am 1.12.2004 die A\*\*\*\*.

Seitens des Bundesfinanzgerichtes wurde mit 4.3.2015 der Bf. und dem Finanzamt ein Vorhalt zur Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung überreicht und gleichzeitig beide Parteien für 14.4.2015 zur von der Bf. beantragten mündlichen Verhandlung geladen.

Am 7.4.2015 reichte das Finanzamt den Bemessungsakt zurück und gab keine Stellungnahme ab.

Mit Schreiben vom 8.4.2015 zog die Bf. den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurück und bemerkte dazu, dass weder die Bf. noch das Finanzamt beabsichtigen, ein zusätzliches Vorbringen zu erstatten.

### **3. Die „unternehmerische“ Beteiligung (Gesellschaftsrechte) in Art. 4 Abs. 1 lit. d der Kapitalansammlungsrichtlinie 69/335/EWG**

Gemäß § 4 Abs. 1 der RL 69/335/EWG gelten für Zwecke dieser Richtlinie die nachstehenden Vorgänge als „Kapitalzuführungen“:...

*d) die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art, für die nicht Gesellschaftsrechte gewährt werden, die einen Anteil am Kapital oder am Gesellschaftsvermögen verkörpern, sondern Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wie z.B. Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse;“*

Dem EuGH 17.10.2002, C-138/00, *Solida/Tech Gate* wurde bereits die Frage vorgelegt, ob nach Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG = Art. 3 lit. d 2008/7/EG bzw. Art. 5 Abs. 1 lit. a RL 69/335/EWG der in der Bestimmung enthaltene Begriff „von den Gesellschaftern geleistete oder zu leistende Einlagen jeder Art“ finanzielle Beiträge erfasst, die an eine Kapitalgesellschaft, die ihr Gesellschaftsvermögen durch Ausgabe von Genussscheinen erhöht, von einem Nichtgesellschafter geleistet werden, der diese Genussscheine erwerben will. Dazu stellte der EuGH zwar fest, dass Rechte, wie sie den Gesellschaftern gewährt werden „insbesondere das Stimmrecht und das Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse der betreffenden Gesellschaft“ sind (Rz 26), doch entschied er, dass „die Genussscheine ihrem Inhaber einen Anspruch auf Teilnahme am laufenden Gewinn sowie am Liquidationsgewinn der begebenden Gesellschaft“ gewähren (Rz 27), weswegen „die Ausgabe von Genussscheinen durch eine Kapitalgesellschaft grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335“ fällt. (Rz 28).

Darüber hinaus differenziert selbst der Richtlinientext:

- es muss das Kapital einer Kapitalgesellschaft durch eine Einlage erhöht werden,
- für die Einlage werden nicht Anteile am Kapital oder am Gesellschaftsvermögen gewährt wie bei GmbH-Anteilen oder Aktien, „für die nicht Gesellschaftsrechte gewährt werden, die einen Anteil am Kapital oder am Gesellschaftsvermögen verkörpern“,
- sondern Rechte, wie sie Gesellschafter gewährt werden („wie z.B. Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse;“).

Nach der Kapitalansammlungsrichtlinie, sowohl nach 2008/7/EG als auch nach 69/335/EWG ist die „unternehmerische“ Beteiligung sehr weit gefasst.

So können auch Darlehen nach Art. 4 Abs. 2 lit. c RL 69/335/EWG (= Art. 3 lit. i RL 2008/7/EG, Art. 3 lit. j RL 2008/7/EG) besteuert werden, wenn der Darlehensgeber Anspruch auf eine Beteiligung an den Gesellschaftsgewinnen hat. Der österreichische Gesetzgeber hat darauf verzichtet, Gesellschafterdarlehen generell in die Steuerpflicht einzubeziehen. (Rief, Das neue Kapitalverkehrsteuerrecht und die Rechtsprechung des EuGH, SWK-Sonderheft, 1995, Rz 36.). Im vorliegenden Fall sind Gesellschaftsrechte an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung strittig, doch ist im Zusammenhang mit der „unternehmerischen“ Beteiligung, bzw. den gesellschafterähnlichen Rechten nicht unwesentlich, was die Kapitalansammlungsrichtlinie unter „Kapitalgesellschaft“ versteht. Nach Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 69/335/EWG (= Art. 2 Abs. 1 lit. c RL 2008/7/EG) liegt eine Kapitalgesellschaft iSd Richtlinie auch dann vor, wenn die Mitglieder der Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristischen Person mit Erwerbszweck berechtigt sind, ihre Anteile ohne vorherige Genehmigung an Dritte zu veräußern und deren Mitglieder für Schulden der Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristischen Person nur bis zur Höhe ihrer Beteiligung haften.

Demnach ist es richtlinienkonform, Vorgänge der Gesellschaftsteuer zu unterziehen, wenn für eine Einlage Rechte gewährt werden, wie sie einem Gesellschafter gewährt werden, dass für eine Einlage „Gesellschaftsrechte“ gewährt werden, ist somit nicht erforderlich. Es scheint nach dem Berufungs/Beschwerdevorbringen, dass die Bf. selbst der Meinung ist, dass „Gesellschaftsrechtsähnlichkeit“ genügt. Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, ob ein nicht gesellschaftsteuerpflichtiges Darlehen, laut Bf. ein nicht gesellschaftsteuerpflichtiges Genussrecht, oder ein nach § 5 Abs. 1 Z 2 KVG gesellschaftsteuerpflichtiges Genussrecht von der Bf. begeben wurde. Ob diese Genussrechte ein Darlehen oder eine „unternehmerische Beteiligung“ zum Gegenstand haben, ist Frage der Sachverhaltsklärung und nicht eine Frage des Unionsrechtes.

#### **4. Nationale Regelung des § 5 KVG**

Gemäß § 2 Z 1 KVG unterliegt der Gesellschaftsteuer der Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer inländischen Kapitalgesellschaft durch den ersten Erwerber. Als *Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften* gelten gemäß § 5 KVG

1. *Aktien*, GmbH-Anteile, die Kommanditanteile von AG/ GmbH&Co K(E)G und AG/ GmbH&Co K(E)G

2. *Genussrechte*

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

*die Personen, denen diese Gesellschaftsrechte zustehen, gelten als Gesellschafter.*

#### **4.1. Das KVG erfasst als Gesellschaftsrechte „die unternehmerische Teilnahme“ und nicht das Darlehen**

Der Kapitalgeber stellt sein Geld jemandem anderen zur Verwirklichung wirtschaftlicher Pläne zur Verfügung und erhält für diese Leistung ein Entgelt. Das Entgelt kann in festvereinbarten Zinsen, berechnet vom Kapitalbetrag bestehen, das können Darlehen, Anleihen, festverzinsliche Wertpapiere, Pfandbriefe, Kommunalschuldverschreibungen sein oder in Form von Gewinnanteilen, das sind variable Zinsen, die einen Anteil am Unternehmen, an dessen Erfolg oder an dessen Risiko darstellen, bestehen. (*Jens Tschebull*, Wertpapiere für Anfänger, 11).

Prototypen der kapitalverkehrsteuerlichen Gesellschaftsrechte sind Aktien und GmbH-Anteile. Bei Genussrechten gibt der Genussrechtsberechtigte „seiner“ Kapitalgesellschaft Geld und die Kapitalgesellschaft gibt ihm dafür idR Zinsen, evtl. eine Beteiligung am Liquidationserlös, manchmal auch am Verlust, sie kann ihm auch ein Stimmrecht oder sonstige Mitwirkung an der Gesellschaft einräumen („ich gebe, damit Du gibst“). Genussrechte werden oft als Gegenleistung für eine zugesagte bzw. erbrachte Unternehmensfinanzierung gewährt (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaft und partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54ff). Gesellschaftsteuerlich liegt ein Genussrecht vor, wenn für das erhaltene Kapital Zinsen vom Gewinn (Gewinnanteil) bis zu fixen Zinsen vom Kapitalbetrag eingeräumt werden und umfangreichste Mitwirkungsmöglichkeiten des Genussrechtsberechtigten bestehen. (*Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker*, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 470). Genussrechte an Kapitalgesellschaften gelten unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung als Gesellschaftsrechte gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG. (*Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker*, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 471; *van Husen*, Genussrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 466). § 5 Abs. 1 Z 2 KVG umfasst sowohl Genussrechte mit Eigenkapitalcharakter als auch jene mit Fremdkapitalcharakter. Erstere gewähren neben der Beteiligung am Ergebnis eine Beteiligung am Firmenwert und den stillen Reserven der Kapitalgesellschaft. Genussrechte mit Fremdkapitalcharakter räumen nur einen Anspruch am Ergebnis, nicht aber am Firmenwert oder den stillen Reserven ein. Das KVG differenziert hier nicht. Aus § 5 Abs. 1 Z 3 KVG ergibt sich, dass der Gesetzgeber auch schuldrechtliche Genussrechte gemeint hat (z.B. partiarischen Darlehen in Z 3). (*Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker*, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 472).

§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG entspricht Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG (Art. 3 lit. d RL 2008/7/EG), denn es handelt sich bei den KVG-Genussrechten um „unternehmerische Teilnahme“, um Einlagen jeder Art, für die gesellschafterähnliche Rechte gewährt werden, die ihrem Inhalt nach typische Vermögensrechte des Gesellschafters sein können.

Die von der Bf. angesprochene ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, dass für die Beurteilung als Darlehen oder als Gesellschaftsrecht maßgebend ist, ob die Vereinbarung einer festen Verzinsung oder die Gewinnbeteiligung als Hauptsache anzusehen ist, betrifft nicht Genussrechte, sondern gemäß § 5 Abs. 1 Z 3 KVG

Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren. (vgl. UFS 20.11.2012, RV/0790-W/11). Der Bf. wird nicht zugestimmt, dass unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechtes die Auslegung des § 5 Abs. 1 KVG daher dazu führen müsse, dass nicht gewinn- bzw. vermögenbeteiligte Genussrechte keine Gesellschaftsrechte iSd KVStG darstellen würden, da eben Genussrechte sehr vielgestaltig sein können.

#### **4.2. Das Genussrecht gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG vor seinem zivilrechtlichen Hintergrund**

In § 5 Abs. 1 Z 2 KVG knüpft die Kapitalverkehrsteuer an einen bürgerlich-rechtlichen Begriff an: „Genussrechte“. Zivilrechtlich sind Genussrechte Gläubigerrechte schuldrechtlicher Art, die zwar ihrem Inhalt nach typische Vermögensrechte eines Gesellschafters sein können, aber eben nicht einem Gesellschaftsverhältnis entspringen. Die vom Steuergesetzgeber verwendeten Begriffe des Zivilrechts sind allerdings teleologisch am Zweck des Steuergesetzes auszurichten (*Tipke/Lang*<sup>21</sup>, dSteuerrecht § 5 Rz 70).

Für die konkrete Ausgestaltung von Genussrechten besteht ein weiter Spielraum (*Frotz/Spitznagel*, Gesellschaftsrechtliche Grenzen der Ausgestaltung von Genussrechten, ZUS 2011/32, 103), abgesehen von den Genussrechten gemäß § 174 AktG gibt es keine gesetzliche Regelung, die das Institut des Genussrechtes näher beschreiben würde, ganz allgemein bieten sie häufig einen Anspruch auf einen Gewinnanteil, oft auch eine Beteiligung am Liquidationserlös und/oder-überschuss, mitunter auch andere Rechte, räumen jedoch meist keine Herrschafts- und keine Mitverwaltungsrechte ein und werden daher in der Regel als reine „Gläubigerrechte“ eingestuft. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54). Eine Gewinnbeteiligung ist zwar nicht Voraussetzung für das Vorliegen eines Genussrechts, auch andere dem Berechtigten gewährte Vermögensrechte sind denkbar, wie z.B. die Benutzung von Einrichtungen der emittierenden Gesellschaft (Eisenbahn, Theater - *Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 17), dennoch steht im Zentrum aller Genussrechte der Anspruch, am Gewinn dessen beteiligt zu sein, dem man etwas zukommen ließ. Im Gegensatz zum Darlehen ist entscheidend, dass sich der Anspruch nicht nach Maßstäben bestimmen lässt, die von der Sphäre des Schuldners unabhängig sind. Den Gewinnbeteiligten tangiert es sehr wohl, ob und inwieweit sein Schuldner im Rahmen seines unternehmerischen Wirkens erfolgreich ist. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 55). Auch eine Verlustbeteiligung bindet den Genussberechtigten enger an das Schicksal dessen, der das Genussrecht einräumt. Der Begriff der „Nachrangigkeit“ spielt nicht nur im Zusammenhang mit der Frage, ob Eigen- und Fremdkapital vorliegt, eine Rolle; er ist überhaupt für das Verhältnis der Rechte des Genussberechtigten zu den Vermögensrechten der Gesellschafter und anderer Beteiligter von Bedeutung. Je nachrangiger die Genussrechte sind, desto näher



rückt das Genussrechtskapital dem Eigenkapital. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 56). Die Dauer der Kapitalbindung spielt lediglich eine gewisse Rolle bei der Frage nach der Einschätzung des Genussrechtskapitals als Eigen- oder Fremdkapital. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 57).

Im vorliegenden Fall wurde zwar keine Gewinn- oder Verlustbeteiligung der Genussrechtsberechtigten vereinbart, aber die Nachrangigkeit und die Langfristigkeit der Kapitalbindung diese Vereinbarung weisen dennoch Eigenkapitalmerkmale auf, die im Lichte der Rechtsprechung und Literatur untersucht werden müssen. Ebenso die vom Finanzamt in der Berufungs-Beschwerdevorentscheidung vorgebrachte gesellschaftliche Verflechtung.

## **5. Die Rechtsprechung zur Verzinsung in Gegenüberstellung zu den vorliegenden Genussrechtsbedingungen**

Die im Folgenden angeführte Rechtsprechung soll den entsprechenden Passagen der vorliegenden Genussrechtsbedingungen gegenübergestellt werden:

### **5.1. Erkenntnis des VwGH 16.12.1993, 92/16/0025 zu § 5 Abs. 1 Z 2 KVG**

Der Verwaltungsgerichtshof beurteilte die Vereinbarung, für die Hingabe von Kapital nur einen Anspruch auf zukünftige Gewinne zu haben, als Einräumung eines Genussrechtes. Das Erkenntnis setzte sich mit den Eigen- und Fremdkapitalkomponenten des Genussrechtskapitals auseinander. Für den Eigenkapitalcharakter sprechen: Vereinbarung einer unbegrenzten Laufzeit, die Vergütung erfolgt ausschließlich aus den zukünftigen Gewinnen, die Bedienung aus dem Gewinn erfolgt erst nach Befriedigung anderer Gläubiger, der Genussrechtsberechtigte hat keinen Rückforderungsanspruch auf das Genussrechtskapital bei negativem wirtschaftlichem Verlauf, der Genussrechtsberechtigte verzichtet auf jede Besicherung des hingegebenen Kapitals. Für den Fremdkapitalcharakter sprechen: fehlende Mitwirkungs- und Kontrollrechte des Genussrechtsberechtigten, eine nicht vorhandene formale Gesellschafterstellung.

Nach den gegenständlichen Genussrechtsbedingungen (§ 5) haben die Genussrechte eine unbegrenzte Laufzeit bzw. eine Mindestlaufzeit von 15 Jahren (beiderseitiger Kündigungsverzicht). Mit Auflösung des Genussrechtsverhältnisses entsteht der Anspruch der Genussrechtsberechtigten auf Rückzahlung des einbezahlten Genussrechtsnominales. Die Genussscheine gewähren einerseits einen Rückzahlungsanspruch, der vorrangig gegenüber Gesellschaftern und Inhabern eigenkapitalähnlicher Genussscheine ist, andererseits sind die Forderungen aus den Genussrechten nachrangig gegenüber „Fremdkapital“. Die Genussrechtsberechtigte hat keine formale Gesellschafterstellung, Teilnahme-, Mitwirkungs- Stimm- und Kontrollrechte der Genussrechtsberechtigten sind ausgeschlossen (§ 7).

Das zeigt, dass im vorliegenden Fall das „Genussrecht“ starke „darlehensähnliche“ Komponenten aufweist.

## **5.2. Erkenntnisse des VwGH 19.8.1997, 95/16/0328 und VwGH 19.9.2001, 99/16/0056, sowie VwGH 6.11.2002, 2002/16/0243 zu § 5 Abs. 1 Z 2 KVG**

Nach dem Sachverhalt des abweisenden Erkenntnisses VwGH 6.11.2002, 2002/16/0243 zu § 5 Abs. 1 Z 2 KVG wurde ein rückzahlbares Genussrechtskapital vereinbart, wobei im Konkurs- oder im Liquidationsfall ein Rangrücktritt gegenüber allen anderen Gläubigern besteht. Der Gewinnanspruch beläuft sich auf 20% des konsolidierten Gewinnes, jedoch maximal 20% des aushaftenden Genussrechtskapitals. Entscheidend ist, dass dem Genussrechtsberechtigten in Abhängigkeit vom zukünftigen wirtschaftlichen Erfolg der Kapitalgesellschaft ein Anspruch auf einen prozentuellen Anteil des Gewinnes, also die gewinnabhängige Umwandlung des Besserungskapitals in ein bei Eintreten der vereinbarten Voraussetzungen durchsetzbares Forderungsrecht eingeräumt wurde, und nicht der Fall vorliegt, in dem nur die Fälligkeit einer Verbindlichkeit an den jährlichen Reingewinn geknüpft ist.

Nach § 4 der Genussscheinbedingungen der Bf. hat die Genussscheininhaberin eine Verzinsung von 10% p.a. des Genussrechtsnominales, und zwar ergebnisunabhängig. Die Auszahlung des Verzinsungsanspruches an die Genussscheininhaberin erfolgt unabhängig von der Höhe des Jahresüberschusses oder Jahresfehlbetrages und wird jeweils zwei Monate nach Ablauf des Wirtschaftsjahres fällig. Eine Verlustbeteiligung, sowie jegliche Nachschusspflicht der Genussrechtsberechtigten ist ausgeschlossen, sie hat auch keinen Anspruch auf Teilnahme am Liquidationserlös (§ 4, 11).

Nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes ist hier das Genussrecht einem Darlehen gleich, da die Zinsen einerseits vom Nominalbetrag des hingegebenen Kapitals und nicht vom Gewinn berechnet werden und andererseits auch die Auszahlung der Zinsen nicht gewinnabhängig ist, sondern von der Bf., gleichgültig ob ein Jahresüberschuss oder Jahresfehlbetrag erzielt, zu zahlen sind. Damit ist die Genussrechtsinhaberin einerseits vom Risiko, in schlechten Jahren nichts zu bekommen, befreit, aber auch bei gutem Geschäftsgang von jeglicher Teilnahme am steigenden Ertrag der Gesellschaft ausgeschlossen.

## **5.3. Entscheidungen des UFS 7.11.2005, RV/3005-W/02, UFS 7.11.2005, RV/3003-W/05, sowie UFS 8.11.2010, RV/1313-W/06 und UFS 26.6.2006, RV/0371-W/03**

Laut UFS 26.6.2006, RV/0371-W/03 liegt der Unterschied zwischen Darlehen und Genussrecht darin, dass beim Darlehen der Geldgeber Kapital zur Verfügung stellt und dafür Entgelt in Form von fixen Zinsen, berechnet vom Kapitalbetrag erhält und beim Genussrecht der Geldgeber für die Zuverfügungstellung von Kapital eine Beteiligung am Unternehmen, eine Gewinnbeteiligung erhält. Beim Genussrecht ist der Berechtigte am Risiko des Unternehmens beteiligt, beim Genussrecht ist im Gegensatz zum echten Darlehen eine beteiligungsähnliche Stellung des Geldgebers erwünscht.

Wird laut UFS 7.11.2005, RV/3003-W/05 Kapital gegen eine Umsatzbeteiligung zur Verfügung gestellt, sowie ein wenn auch in Form eines Kündigungsrechtes ausgestalteter Rückzahlungsanspruch eingeräumt, so liegt wirtschaftlich gesehen, eine Kreditierung vor. Der Kapitalgeber hatte lediglich Einwirkungsmöglichkeiten beim Erwerb oder der Aufnahme weiterer Betriebe oder Unternehmen durch die Gesellschaft. Insbesondere sprach die Pfandbestellung der Liegenschaft für die gesamte „Einlage“ gegen einen auf die gemeinsame Tragung eines Unternehmensrisikos gerichteten Gesellschaftsvertrag. Der Kreditnehmer konnte auf Grund des Kreditvertrages rückzahlbare, verzinsliche Geldmittel des Kreditgebers vereinbarungsgemäß in Anspruch nehmen.

Diese Entscheidungen sprechen ebenfalls dafür, dass hier eine Vereinbarung mit darlehensmäßigem Schwerpunkt abgeschlossen wurde, denn nach den vorliegenden Genussrechtsbedingungen wurde in § 4 festgehalten, dass die jährlich fixen Zinsen vom Nominale - wie beim Darlehen – gezahlt werden, ein Rückzahlungsanspruch wurde eingeräumt (§ 6), die Kapitalgeberin hat keine Einwirkungsmöglichkeiten auf die Bf. (§ 7), umgekehrt bedarf die Übertragung der Genussscheine der Zustimmung der Bf. Insgesamt ist der Vereinbarung auch nicht zu entnehmen, dass eine beteiligungsähnliche Stellung der Geldgeberin erwünscht wäre.

## **6. Unterschied zwischen Genussrechten und Darlehen (hier: nichtgewinn- bzw. vermögensbeteiligte Genussrechte) in Gegenüberstellung zu den vorliegenden Genussrechtsbedingungen**

Die Genussrechte werden in der Literatur in zwei Kategorien unterschieden, nämlich Genussrechte mit rentenähnlichen Ausschüttungen, das sind Genussrechte mit fixem Zinssatz auf den Nennbetrag, soweit der Bilanzgewinn dazu reicht uä. und aktienähnliche Genussrechte mit einer variablen Verzinsung vom Gewinn. (Werner, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen, 49). Der zitierte Autor sieht das Typische derartiger Finanzierungen wie der Vorliegenden, zu denen sowohl Darlehen/Anleihen als auch Genussrechte gehören können darin, dass „*Auf Grund des unternehmerischen Risikos (dingliche Sicherheiten werden nicht verlangt) erwarten Mezzanine Kapital-Geber eine höhere Rendite als eine kreditgebende Bank für abgesichertes Fremdkapital*“. (Werner, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen, 24).

Der Autor bezeichnet Anleihen, bei welchen es sich eigentlich um eine Vielzahl gleich ausgestalteter **nachrangiger Darlehen** handelt, als Hochzinsanleihen, da der Zinsanspruch, der auf Grund der Nachrangklausel und des damit verbundenen Ausfallsrisikos gewährt wird, weit über dem Marktdurchschnitt liegt. (Werner, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen, 96). Das Nachrangdarlehen unterscheidet sich vom üblichen Kredit durch die Vereinbarung eines Rangrücktritts. (Werner, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen, 82). Die Anleihebedingungen enthalten einen qualifizierten Rangrücktritt bzw. einen Rangrücktritt zu Gunsten bestimmter vorrangiger Gläubiger. Als qualifizierter Rangrücktritt bzw. Nachrangklausel wird eine Vereinbarung mit dem

Kapitalgeber bezeichnet, wonach das Kapital im Fall der Insolvenz bzw. Liquidation erst nach Befriedigung aller nicht nachrangiger Gläubiger zurückgezahlt wird. (*Werner, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen*, 40). Bei der Zinsausgestaltung ist sowohl eine laufende fixe Verzinsung als auch eine endfällige [fixe] Verzinsung oder eine Kombination von beidem möglich. Die Nachrangigkeit und die in der Regel fehlende Besicherung des Rückzahlungsanspruches führt zu einem höheren Ausfallsrisiko, dass sich seinerseits in einer höheren Renditeerwartung niederschlägt (*Werner, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen*, 97, bzw. 85). Eine Qualifizierung als Eigenkapital erfährt das hingegebene Kapital (Genusskapital) dann, wenn in den Genussrechtsbedingungen folgende Abreden vereinbart wurden:

- Erfolgsabhängigkeit der Vergütung auf das Genusskapital
- Teilnahme am Verlust der Emittentin bis zur vollen Höhe
- Teilnahme eines Rangrücktritts hinter die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger
- Längerfristigkeit der Kapitalüberlassung. (*Werner, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen*, 54).

Bei den Genussscheinen der Bf. sind die Voraussetzungen der Erfolgsabhängigkeit und Verlustteilnahme weder am laufenden Verlust noch am Liquidationserlös, nicht erfüllt, auf der anderen Seite wurde ein Rangrücktritt und die Längerfristigkeit der Kapitalüberlassung vereinbart. Rangrücktritt bedeutet, dass die Genussrechtsinhaberin am Endverlust beteiligt ist und eine intensive Eigenkapitalkomponente des hingegebenen Kapitals gegeben ist. Insofern wird dem Finanzamt Recht gegeben, wenn es in der Berufungs-/Beschwerdevorentscheidung auf diese Eigenkapitalcharaktermerkmale des vorliegenden hingegebenen Kapitals hinweist.

Auf der anderen Seiten wird das Ausfallsrisiko, das der Rangrücktritt mit sich bringt, durch den hohen fixen Zins abgegolten. Zudem dürfte nach dem Genussscheinwortlaut nicht einmal ein qualifizierter Rangrücktritt vorliegen, obzwar in § 11 die Forderungen aus den Genussscheinen gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern gegen die Gesellschaft im Rang zurücktreten, denn laut § 4.3. ist das wiederum eingeschränkt, denn die Genussscheine gewähren dem Inhaber der Genussscheine einen Rückzahlungsanspruch vorrangig gegenüber Gesellschaftern und den Inhabern eigenkapitalersetzender Genussscheine; hinsichtlich anderer Fremdkapitalgeber haben die Genussscheininhaber einen nachrangigen Rückzahlungsanspruch.

Typisch für ein Nachrangdarlehen ist, dass die Laufzeit regelmäßig über der eines herkömmlichen Bankkredits liegt, d.h. mindestens fünf Jahre und die Tilgung des Nachrangdarlehens immer grundsätzlich am Ende der Laufzeit erfolgt. (*Werner, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen*, 86). Wie *Krejci/van Husen* andeuten, spielt die Dauer der Kapitalbindung lediglich eine gewisse Rolle bei der Frage nach der Einschätzung des Genussrechtskapitals als Eigen- oder Fremdkapital und ist nicht unbedingt allein ausschlaggebend. (*Krejci/van Husen, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische*

Darlehen, GesRZ 2000, 57; *Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 77; *Werner*, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen, 54; *van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 176). Auch im gegenständlichen Fall wurden die Genussscheine auf Dauer begeben und ein zweiseitiger Kündigungsverzicht auf ca. 15 Jahre vereinbart, der Anspruch auf Rückzahlung des einbezahlten Genussrechtsnominales entsteht am Wirksamkeitstag der Auflösung des Genussrechtsverhältnisses. Die vorliegenden Genussrechte können nicht ohne Zustimmung der Bf. veräußert werden (Genussrechtsbedingungen § 8), es sei denn, die Genussrechtsberechtigte überträgt die Genussscheine innerhalb ihres Konzerns. Bei Gesellschaftsrechten ist diese Voraussetzung nicht erforderlich.

Laut *Werner*, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen, 83 gestaltet sich die Abgrenzung zwischen Nachrangdarlehen und Genussrechtsbeteiligung schwierig, wenn die Beteiligung nicht in einem Wertpapier verbrieft wird. Letzteres ist aus gesellschaftsteuerlicher Sicht nicht ausschlaggebend. Als Abgrenzungskriterium kann deshalb nur die Art der Vergütung und eine etwaige Verlustbeteiligung dienen. Soweit die Vergütung für die Kapitalüberlassung gewinnabhängig ausgestaltet ist, spricht dies zunächst für eine Genussrechtsbeteiligung. Wenn das überlassene Kapital weiterhin an während der Laufzeit entstandenen Verlusten entweder im Entstehungszeitpunkt oder bei Beendigung der Beteiligung (Liquidationserlös/verlust) partizipiert, ist dies ein weiterer Anhaltspunkt für eine Genussrechtsbeteiligung. (vgl. *Bertl/Christiner* in König/Schwarzinger (Hrsg.), Körperschaften im Steuerrecht (2004) 85).

Nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes können die zwei Kategorien von Genussrechten folgendermaßen gesellschaftsteuerrechtlich zugeordnet werden: Handelt es sich um Genussrechte mit erfolgsabhängiger Vergütung, Teilnahme am Verlust der Emittentin bis zur vollen Höhe, Nachrangigkeit und Längerfristigkeit spricht dies für eine gesellschaftsteuerpflichtige, „unternehmerischen Beteiligung“. Handelt es sich – wie im vorliegenden Fall - um diese „Hochzinsanleihen“, stellen sie, wenn bloß Nachrangigkeit vereinbart wird, ein hoher fixer Zins vom Nennbetrag nicht gewinnabhängig ausgeschüttet wird und das Anleihekapital nicht besichert ist, keine „unternehmerische Beteiligung“ sondern ein nicht gesellschaftsteuerpflichtiges Darlehen eines Nichtgesellschafters dar. (in diesem Sinn auch die Berufungsentscheidung UFS 7.11.2005, RV/3003-W/05, bei welcher allerdings eine Besicherung mit einer Liegenschaft vorgesehen war). Dafür spricht auch, dass die Übertragung der Genussscheine, obwohl diese „verbrieft“ sind, der Zustimmung der Bf. bedarf und die Bf. sich gegenüber der Genussrechtsberechtigten verpflichtet, ausschließlich Tätigkeiten im Rahmen ihres bisherigen Unternehmensgegenstandes auszuüben. Die Genussrechtsberechtigte ist die „Urgroßmuttergesellschaft“ der Bf. und damit Nichtgesellschafterin der Bf. Bei einem Gesellschafter kann zwar die Hingabe eines Nachrangdarlehens unter bestimmten Voraussetzungen einen

gesellschaftsteuerpflichtigen Zuschuss darstellen, doch im vorliegenden Fall ging es darum, ob hier überhaupt Gesellschaftsrechte erworben werden, die eine unmittelbare Gesellschafterstellung erst begründen würden.

## **7. Zusammenfassung**

Nach derzeitiger Ansicht kann aus dem Gesamtkonzept des von der Bf. begebenen Genussrechtes,

- das der genussrechtsberechtigten „Urgroßmuttergesellschaft“ ausschließlich fixe Zinsen von 10% vom Kapitalbetrag, die unabhängig vom Gewinn oder Verlust der Bf. gezahlt werden müssen, keine Beteiligung am laufenden Verlust, keine Beteiligung am Liquidationserlös, keine Mitgliedschaftsrechte, insbesondere keine Teilnahme, Mitwirkungs- und Stimmrechte in der Generalversammlung der Bf. gewährt,
- dessen Übertragung der Zustimmung der Bf. bedarf, wobei sich die Bf. verpflichtet, ausschließlich Tätigkeiten im Rahmen ihres Unternehmensgegenstandes auszuüben und dessen Tilgung erst mit Auflösung des Genussrechtsverhältnisses erfolgt,
- das allerdings Eigenkapitalkomponenten aufweist, wie dass es gegenüber den Fremdkapitalgebern nachrangig ist und dass es auf die Dauer der Gesellschaft mit einem zweiseitigen Kündigungsverzicht für die ersten 15 Jahre gewährt wird

keine eine „unternehmerische“ Teilhabe der Genussrechtsberechtigten am Wohl und Wehe der Bf. entnommen werden. (vgl. UFS 24.8.2004, RV/0290-W/02; UFS 7.11.2005, RV/3003-W/05; UFS 26.6.2006, RV/0371-W/03; UFS 30.12.2011, RV/1933-W/09; UFS 8.11.2012, RV/0633-W/11; UFS 8.10.2012, RV/1328-W/08 ua; UFS 20.11.2012, RV/0790-W/11; UFS 6.12.2012, RV/1080-W/11). Die Risikobeteiligung der Genussrechtsberechtigten über die Nachrangigkeit (Rangrücktritt) wird durch den vergleichsweise hohen gewinnunabhängigen fixen Zins von 10% abgegolten.

## **8. Schlussfolgerung**

Die als „Genussrechte“ bezeichnete Hingabe von Kapital an eine GmbH stellt keinen Erwerb von Gesellschaftsrechten iSd § 5 Abs. 1 Z 2 KVG bzw. Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG dar, wenn dafür von der Kapitalgesellschaft gewinnunabhängig 10% Zinsen p.a. vom hingegebenen Kapitalbetrag zu zahlen sind, keine Beteiligung der Genussrechtsberechtigten am laufenden Verlust und am Liquidationserlös vorgesehen sind, sie keine Mitwirkungsrechte hat und die Genussrechte nicht ohne Zustimmung der Kapitalgesellschaft veräußern darf, trotz dessen, dass die Genussrechte mit 15 jährigem Kündigungsverzicht auf die Dauer der Kapitalgesellschaft gewährt werden, nachrangig sind und die Genussrechtsberechtigten die Urgroßmuttergesellschaft ist. Gesellschaftsteuerlich liegt keine „unternehmerische Beteiligung“ am Wohl und Wehe der Kapitalgesellschaft, sondern ein Nachrangdarlehen eines Nichtgesellschafters vor. Die im Ausfallsrisiko der rangrücktretenden Genussrechtsberechtigten liegende Eigenkapitalkomponente wird durch den vergleichsweise hohen fixen Zinssatz abgegolten.

Aus all diesen Gründen liegt in der gegenständlichen Hingabe von Kapital kein Ersterwerb von Gesellschaftsrechten gemäß § 2 Z 1 KVG iVm § 5 Abs. 1 Z 2 KVG, sondern ein Darlehen vor, weswegen der Beschwerde stattzugeben und der angefochtene Gesellschaftsteuerbescheid aufzuheben war.

## **9. Unzulässigkeit der Revision**

Gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG i.V.m. § 25a Abs. 1 VwGG ist gegen diese Entscheidung eine Revision unzulässig, da es bereits eine ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage gibt, ob ein „unternehmerisches“ Genussrecht oder ein nicht gesellschaftsteuerpflichtiges Nachrangdarlehen eines Nichtgesellschafters vorliegt, (vgl. VwGH 19.8.1997, 95/16/0328 und VwGH 19.9.2001, 99/16/0056, sowie VwGH 6.11.2002, 2002/16/0243 zu § 5 Abs. 1 Z 2 KVG).

Wien, am 13. April 2015