



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen der X. I. AG, Adr., vertreten durch Jungmeier Steuerberatung GmbH, 1120 Wien, Schönbrunnerstraße 243/14, gegen die Bescheide des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern Wien

vom 23. August 2007, ErfNr. 1, 1.

vom 6. September 2007, ErfNr. 2, 2.

vom 17. August 2007, ErfNr.3, 3.,

vom 22. Oktober 2007, ErfNr. 4, 4. und

vom 18. Jänner 2008, ErfNr. 5, 5.

jeweils betreffend Gesellschaftsteuer entschieden:

Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Gesellschaftsteuererklärung vom 11. April 2007, ErfNr. 1 meldete die Berufungswerberin (Bw.) beim Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern Wien (FAG) einen Erwerb von Gesellschaftsrechten an der Bw. durch den ersten Erwerber (obligatorische Genussrechte bzw. Genussscheine) im Februar 2007 mit einer Gegenleistung von € 1.840.575,71.

Mit Gesellschaftsteuererklärung vom 28. Juni 2007, ErfNr. 2 meldete die Bw. beim FAG einen Erwerb von Gesellschaftsrechten an der Bw. durch den ersten Erwerber (obligatorische Genussrechte bzw. Genussscheine) im Mai 2007 mit einer Gegenleistung von € 2.180.155,42.

Mit Gesellschaftsteuererklärung vom 10. August 2007, ErfNr.3 meldete die Bw. beim FAG einen Erwerb von Gesellschaftsrechten an der Bw. durch den ersten Erwerber (obligatorische

Genussrechte bzw. Genussscheine) im Juni 2007 mit einer Gegenleistung von € 2.080.688,71. Mit Gesellschaftsteuererklärung vom 15. Oktober 2007, ErfNr.4 meldete die Bw. beim FAG einen Erwerb von Gesellschaftsrechten an der Bw. durch den ersten Erwerber (obligatorische Genussrechte bzw. Genussscheine) im August 2007 mit einer Gegenleistung von € 1.456.665,38.

Mit Gesellschaftsteuererklärung vom 13. November 2007, ErfNr.5 meldete die Bw. beim FAG einen Erwerb von Gesellschaftsrechten an der Bw. durch den ersten Erwerber (obligatorische Genussrechte bzw. Genussscheine) im September 2007 mit einer Gegenleistung von € 1.326.421,97.

Mit den nunmehr angefochtenen Bescheiden setzte das FAG gegenüber der Bw. Gesellschaftsteuer gemäß [§ 8 KVG](#) mit 1 % von der jeweils erklärten Gegenleistung gemäß [§ 7 Abs. 1 Z 1 lit a KVG](#) iV mit [§ 2 Z. 1 KVG](#), somit mit € 18.405,76, € 21.801,55, € 20.806,89, € 14.566,65 bzw. € 13.264,22 fest.

In den dagegen rechtzeitig eingebrachten Berufungen wendete die Bw. jeweils ein, dass sich ein Teil der Einzahlungen auf Genussrechte beziehe, die eine Beteiligung am Gewinn vermittelten, ein anderer Teil beziehe sich auf Genussrechte, die ausschließlich eine (variable) Verzinsung vermittelten (X. H. D. Funds) . Diese "verzinsten Genussrechte" stellten inhaltlich keine typischen Vermögensrechte eines Gesellschafters dar. Sie seien vielmehr anleihenähnlich ausgestaltet und fielen daher nach Ansicht der Bw. nicht unter das KVG. Dazu verwies die Bw. auf eine Anfrage an das FAG vom 17. August 2007 sowie auf die Genussrechtsbedingungen der "X. H. D. Funds" (10, 11 und 12)

In der an das FAG gerichteten Anfrage vom 17. August 2007 meinte die Bw. im Wesentlichen Folgendes:

*" Da die H. D. Produkte nur eine Verzinsung, die vom Erfolg des Unternehmens (außer im Verlustfall) unabhängig ist (also keine Gewinnbeteiligung im eigentlichen Sinn), gewähren, entfällt unserer Ansicht nach die Gesellschaftsteuerpflicht:*

*Eine Subsumption unter [§ 5 Z 1 KVG](#) fällt aus.*

*Eine Subsumption unter [§ 5 Z 2 KVG](#) fällt unseres Erachtens aus, da diese Genußrechte inhaltlich keine typischen Vermögensrechte eines Gesellschafters vermitteln.*

*Es wird eine der Höhe nach ausschließlich von außenstehenden Faktoren (EZB) abhängige Verzinsung gewährt, die grundsätzlich unter der Bedingung steht, daß die Gesellschaft keine Verluste macht. In Verlustjahren nicht gewährte Basisdividenden werden während der Laufzeit der Genußrechte/-scheine in Gewinnjahren nachgezahlt.*

*Eine Subsumption unter [§ 5 Z 3 KVG](#) fällt unseres Erachtens mangels Gewinnbeteiligung oder Beteiligung am Liquidationserlös aus."*

In den abweisenden Berufungsvorentscheidungen stellte das FAG fest, dass der Parteienwille auf die Hingabe von Genussrechten und nicht auf die Gewährung eines Darlehens gerichtet gewesen sei.

Dafür spreche, dass die Verzinsung an die Gewinn-/Verlustsituation des Unternehmens gekoppelt sei – entfalle die Verzinsung doch, sollte dadurch bei der Gesellschaft ein Fehlbetrag entstehen oder ein bestehender Fehlbetrag sich erhöhen. Für den Eigenkapitalcharakter im gegenständlichen Fall sprächen die unbegrenzte Laufzeit, der Rückzahlungsbetrag (100% Nennbetrag abzüglich etwaiger Verlustanteile), die Nachrangigkeit im Falle der Liquidation oder des Konkurses.

In dem gegen die Berufungsvorentscheidungen eingebrachten Vorlageantrag führte die Bw. unter Hinweis auf [§ 5 KVG](#) und die Artikel 4 Abs. 1 Buchstabe c und d der Richtlinie des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf Ansammlung von Kapital 69/335/EWG (Kapitalansammlungsrichtlinie) im Wesentlichen folgendes aus:

*"Die X. H. D. Fonds stellen obligationenähnliche Genussrechte mit ausschließlich variabler Verzinsung dar. Sie sind sowohl unternehmensrechtlich als auch steuerrechtlich als Fremdkapital zu bilanzieren. Einer unternehmensrechtlichen Bilanzierung als Eigenkapital steht die begrenzte Laufzeit (Mindestvertragsdauer mit anschließend jederzeitigem Kündigungsrecht bzw. außerordentlichem Kündigungsrecht auch während der Mindestvertragsdauer) entgegen. Steuerrechtlich sind nur Substanzgenussrechte als Eigenkapital zu erfassen. Von einem Substanzgenussrecht ist auszugehen, wenn in Bezug auf das gesamte Gesellschaftsvermögen eine Beteiligung am Gewinn und Verlust, am Vermögen und am Liquidationsgewinn einer Gesellschaft vorliegt. Die X. H. D. Fonds erfüllen diese Kriterien nicht und sind daher steuerrechtlich als Fremdkapital zu qualifizieren.*

*.....*  
*Eine ausschließlich an den Hauptrefinanzierungszinssatz der EZB gekoppelte Verzinsung, stellt keine Beteiligung am Unternehmensgewinn und kein sonstiges Recht "wie es Gesellschaftern gewährt wird", dar. (Einem Gesellschafter könnte niemals eine Verzinsung seiner Einlage gewährt werden.)*

*.....*  
*Laut Genussrechtsbedingungen kann die Höhe der "Dividenden" vorübergehend auf Null reduziert werden, wenn bei der Gesellschaft ein Fehlbetrag entstehen oder sich erhöhen würde. Solcherart reduzierte Zinszahlungen sind während der Laufzeit der Genussrechte nachzuzahlen, sobald der Dividendenvorbehalt nicht mehr besteht. Dieser Vorbehalt erlaubt daher nicht, die Zinszahlungen als Gewinnbeteiligung iS des KVG zu qualifizieren, da ausgesetzte Zinsen nachzuzahlen sind."*

Die von der Bw. dem FAG vorgelegten Genussrechtsbedingungen vom 29.12.2006 X. L. H. D. Fund 11 lauten auszugsweise wie folgt:

*§ 1 Nennbetrag und Form des Genussskapitals, Genussrechtsregister, Vinkulierung der Genussrechte, Einteilung*

*1. Die X. I. AG (nachstehend "Gesellschaft" genannt) hat die Aufnahme von Genussskapital mit einem Gesamtnennbetrag von EUR 60.000.000,- (in Worten: Euro sechzig Millionen) eingeteilt in 60.000.000 untereinander gleichberechtigte Genussrechte mit einem Nennbetrag von jeweils EUR 1,- (nachstehend "Genussrechte" genannt) auf der Grundlage der Ermächtigung der Hauptversammlung vom 29. Dezember 2006 zu den nachfolgenden Bedingungen beschlossen.*

*Die Genussrechte lauten auf den Namen des Inhabers.*

*2. Die Genussrechte sind nicht verbriefte. ....*

*3. Die Genussrechte können grundsätzlich nicht verkauft und veräußert bzw. abgetreten werden (Vinkulierung). In Ausnahmefällen ist die unentgeltliche Übertragung zulässig, die*

jedoch der Zustimmung der Gesellschaft bedarf. Die Zahlstelle (§ 4 Abs. 7) ist berechtigt, mit befreiender Wirkung an die im Genussrechtsregister eingetragenen Genussrechtsinhaber Zahlungen zu leisten.

4. Die Gesellschaft behält sich vor, jederzeit ohne Zustimmung der Genussrechtsinhaber weitere Genussrechte mit gleicher Ausstattung in der Weise zu begeben, dass sie mit den Genussrechten zusammengefasst werden, eine einheitliche Tranche mit ihnen bilden und ihren Gesamtnennbetrag erhöhen.

Der Begriff "Genussrechte" umfasst im Falle einer solchen Erhöhung auch solche zusätzlich begebenen Genussrechte.

## § 2 Definitionen

1. Die nachfolgenden Definitionen sind im Rahmen dieser Genussrechtsbedingungen für die X. AG und die Genussrechtsinhaber bindend:

- Das Wort Basispunkt bezeichnet im Finanzwesen eine Einheit zur Darstellung von Zinssätzen, den hundertsten Teil eines Prozentpunkts.

.....

- Ein festverzinslicher Vermögenstitel (Anleihe) ist ein schuldrechtlicher Anspruch auf Zahlung eines zeitabhängigen Entgelts (Zinszahlung) und auf Rückzahlung des überlassenen Kapitalbetrags (Tilgung); die vorliegenden Genussrechte stellen keine Anleihe dar, da sie keinen Anspruch auf Zinszahlung und Tilgung begründen.

- Der Hauptrefinanzierungszinssatz ist der Zinssatz, zu dem Kreditinstitute bei der EZB gegen Hinterlegung von Sicherheiten kurzfristig Geld aufnehmen können.

.....

Der Jahresüberschuss ist das positive Geschäftsergebnis eines Geschäftsjahres, das in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen wird. Er ergibt sich als positive Differenz zwischen den Erträgen und den Aufwendungen des betreffenden Geschäftsjahres.

Der Jahresfehlbetrag ist das negative Geschäftsergebnis eines Geschäftsjahres, das in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen wird. Er ergibt sich als negative Differenz zwischen den Erträgen und den Aufwendungen des betreffenden Geschäftsjahres.

.....

## § 3 Erwerb von Genussrechten

1. Jede natürliche und juristische Person kann Genussrechte durch Zeichnung und Annahme der Zeichnungserklärung durch die Gesellschaft erwerben. Die Gesellschaft ist berechtigt, einen Ausgabeaufschlag (Agio) bei der Ausgabe der Genussrechte zu erheben. Im Rahmen der Rückzahlung der Genussrechte (§ 6 Abs. 4) wird ein gezahlter Ausgabeaufschlag dem Genussrechtsinhaber nicht erstattet.

2. Die Ansprüche aus § 4 und 6 dieser Bedingungen werden - vorbehaltlich der Annahme gem. Absatz 1 - mit Eingang des gezeichneten Nennbetrages einschließlich eines etwaig zu zahlenden Agios auf einem von der Gesellschaft benannten Konto begründet und die jeweiligen (eingezahlten) Genussrechte gelten ab diesem Zeitpunkt als begeben.

3. Die Einzahlung des Genusskapitals gegen Gewährung der Genussrechte erfolgt durch Einmalzahlung.

.....

## § 4 Dividende, Zahlstelle

1. Die Genussrechte sind bis zum Laufzeitende (§ 6 Abs. 1) nach Maßgabe der Abs. 4 und 5 für jedes Geschäftsjahr der Gesellschaft dividendenberechtigt. Im Jahr der Begebung der Genussrechte wird die Höhe der Dividenden je Genussrecht abweichend von Satz 1 ab dem Zeitpunkt der Begebung (§ 3 Absatz 2 dieser Bedingungen) nach der Methode 30/360 berechnet.

Gleiches gilt sinngemäß im Falle eines Rumpfgeschäftsjahres.

Ab Laufzeitende bis zur Rückzahlung (§ 6 Absatz 4) sind die Genussrechte nicht dividendenberechtigt.

2. Die Genussrechte werden für das Geschäftsjahre 2007 mit einer Dividende in Höhe von 8 % des Nennbetrages je Geschäftsjahr bedient. Die Dividende erhöht sich auf einen Betrag in Höhe der Summe aus gemitteltem Hauptrefinanzierungszinssatz der Europäischen Zentralbank

(EZB) und 11 Basispunkten (plus 11) per anno, wenn und solange diese Summe über 8 % liegt. Der gemittelte Hauptrefinanzierungszinssatz entspricht der Summe aus dem zum Ultimo eines jeden Monats des Geschäftsjahres geltenden Hauptrefinanzierungszinssatz geteilt durch die Anzahl der Monate des Geschäftsjahres.

3. Die Genussrechte werden ab dem Geschäftsjahr 2008 bis zum Laufzeitende (§ 6 Abs. 1) mit einer Dividende in Höhe von 6,0 % des Nennbetrages je Geschäftsjahr bedient (Mindestbasisdividende/Floor). Die Dividende erhöht sich auf einen Betrag in Höhe der Summe aus gemittelter Hauptrefinanzierungszinssatz der Europäischen Zentralbank (EZB) und 11 Basispunkten (plus 11) per anno, wenn und solange diese Summe über 6,0 % liegt. Der gemittelte Hauptrefinanzierungszinssatz entspricht der Summe aus dem zum Ultimo eines jeden Monats des Geschäftsjahres geltenden Hauptrefinanzierungszinssatz geteilt durch die Anzahl der Monate des Geschäftsjahres.

Zusätzlich werden die Genussrechte für das Geschäftsjahr, das der Rückzahlung gem. § 6 Absatz 4 dieser Bedingungen vorausgeht, mit einer Dividende (Bonusdividende) in Höhe von 7% des Nennbetrages bedient, soweit die Rückzahlung nach Ablauf der Mindestvertragsdauer (§ 6 Abs. 1 dieser Bedingungen) erfolgt.

4. Die Höhe der Dividenden im Sinne der Absätze 2 und 3 reduziert sich vollständig auf Null oder teilweise, wenn

(a) durch die Dividende bei der Gesellschaft ein Jahresfehlbetrag entstehen oder erhöht werden würde.

Maßgeblich für das Vorliegen dieses Dividendenvorbehalts gem. lit. (a) ist der in der nach den Rechnungslegungsvorschriften IFRS erstellten Gewinn- und Verlustrechnung der Gesellschaft auszuweisende Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag, wie er ohne Berücksichtigung der Dividende auszuweisen wäre.

Hat die Gesellschaft als gewinnabführendes Unternehmen einen Ergebnis- oder Gewinnabführungsvertrag geschlossen, so sind die Ansprüche gem. Abs. 2 und 3 bei der Ermittlung für die im Rahmen eines solchen Vertrages abzuführenden Beträge des jeweiligen Geschäftsjahres abzuziehen.

(b) durch die Zahlung der Dividende(n) ein Insolvenzeröffnungsgrund bei der Gesellschaft herbeigeführt werden würde.

Insoweit vermindert sich die Höhe der Dividenden um den Betrag, der zu einem Jahresfehlbetrag bzw. einer Erhöhung des Jahresfehlbetrages führen würde. Falls ein Jahresüberschuss ganz bzw. teilweise gemäß § 5 Abs. 3 dieser Bedingungen zur Wiederauffüllung von Verlustanteilen bzw. zur vorgeschriebenen satzungsmäßigen oder gesetzlichen Rücklagenzuführung verwendet werden muss, so vermindert sich die Höhe der Dividenden um den Betrag, der zu einem Jahresfehlbetrag führen würde bzw. zur Wiederauffüllung von Verlustanteilen bzw. der Rücklagen verwendet wird. Vollständig oder teilweise reduzierte Dividenden auf die Genussrechte - mit Ausnahme der Bonusdividende - sind während der Laufzeit (§ 6 Abs. 1) bis zu der Höhe gem. der Absätze 2 und 3 nachträglich zu bedienen, soweit die vorstehenden Dividendenvorbehalte nicht mehr bestehen. Vollständig oder teilweise reduzierte Dividenden – mit Ausnahme der Bonusdividende - sind in der zeitlichen Folge der Reduzierung unter Berücksichtigung des § 5 Abs. 3 dieser Bedingungen nach Maßgabe des Abs. 5 nachzuzahlen.

5. Die Zahlung der Dividenden ist jeweils drei Monate nach Ende des Geschäftsjahres fällig. Sofern zu diesem Termin der Jahresabschluss der Gesellschaft für das vorangegangene Geschäftsjahr noch nicht endgültig festgestellt sein sollte, wird die Zahlung am ersten Bankarbeitstag (maßgeblich ist der Sitz der Gesellschaft) nach der endgültigen Feststellung fällig.

Gleiches gilt sinngemäß für etwaige Nachzahlungsansprüche gem. Abs. 4 S. 4.

6. Die Gesellschaft ist berechtigt aber nicht verpflichtet, monatlich vorweggenommene Ausschüttungen auf die erwartete Dividende - mit Ausnahme der Bonusdividende - nach den Absätzen 2 und 3 zu beschließen. Diese Ausschüttungen stehen unter dem Vorbehalt, dass durch die vorweggenommenen Ausschüttungen kein Insolvenzeröffnungsgrund bei der Gesellschaft herbeigeführt wird und die Gesellschaft über die zur Bedienung der

vorweggenommenen Ausschüttungen erforderliche Liquidität verfügt. Etwaige vorweggenommene Ausschüttungen auf die erwartete Dividende sind, soweit der Ausschüttungsvorbehalt des Absatz 4 nicht erreicht wird, als Zinsaufwand im Jahresabschluss zu erfassen und im Rahmen einer etwaigen Verlustbeteiligung gem. § 5 dieser Bedingungen zu berücksichtigen.

7. Zahlstelle ist die Gesellschaft in eigener Durchführung. Die Gesellschaft ist berechtigt, weitere Zahlstellen zu benennen und die Benennung einzelner Zahlstellen zu widerrufen.

8. Die Zahlung der Ausschüttungen erfolgt grundsätzlich ohne Abzüge und Einbehalte mit Ausnahme etwaiger gesetzlich geschuldeter Kapitalertragsteuer zuzüglich Solidaritätszuschlag.

#### **§ 5 Verlustteilnahme**

1. Die Genussrechte nehmen bis zum Laufzeitende (§ 6 Abs. 1) nach Maßgabe des Abs. 2 an einem etwaigen zum Ende des jeweiligen Geschäftsjahres auszuweisenden Jahresfehlbetrag der Gesellschaft teil, soweit kraft vertraglicher Regelungen nicht anderes freies (Eigen-)Kapital durch eine Verlustbeteiligung vorrangig herabzusetzen ist. Maßgeblich für die Berechnung des Verlustanteils pro Genussrecht gem. Abs. 2 ist der in der nach den Rechnungslegungsvorschriften IFRS erstellten Gewinn- und Verlustrechnung für das jeweilige Geschäftsjahr auszuweisende Jahresfehlbetrag. An einem etwaigen Verlustvortrag nehmen die Genussrechte nicht teil.

2. Der Verlustanteil pro Genussrecht an dem etwaigen Jahresfehlbetrag berechnet sich nach dem Verhältnis des Nennbetrages von EUR 1,- zu der Summe aus dem Nennbetrag der begebenen Genussrechte dieser Tranche und dem bilanzierten anderen verlusttragungsfähigen Kapital der Gesellschaft (ausgewiesenes bilanzielles Eigenkapital einschließlich anderer Finanzierungstitel mit Verlustbeteiligung, die gleichrangig mit den Genussrechten sind). Die Höhe der Verlustteilnahme pro Genussrecht ist insgesamt auf die Höhe des Nennbetrages begrenzt. Soweit Verluste nicht gem. Abs. 3 ausgeglichen worden sind, tritt an Stelle des Nennbetrages der Buchwert des Genussrechtes und der Buchwert der Genussrechte dieser Tranche.

3. Werden nach einer Verlustteilnahme bis zum Laufzeitende (§ 6 Abs. 1) in der nach den Rechnungslegungsvorschriften IFRS erstellten Gewinn- und Verlustrechnung Jahresüberschüsse ausgewiesen, werden die Verlustanteile der Genussrechte und anderer Finanzierungstitel mit Verlustteilnahme in der Reihenfolge der Verlustteilnahme aufgefüllt. Die Wiederauffüllung erfolgt, soweit gesetzlich zulässig, vorrangig vor einer anderen Gewinnverwendung und vorrangig vor Bedienung der Ansprüche aus § 4 dieser Bedingungen nach Maßgabe des Abs. 2. Folglich werden die Jahresüberschüsse der Gesellschaft, soweit gesetzlich zulässig, in folgender Reihenfolge verwendet:

- a. Gesetzlich zwingende Wiederauffüllung der gesetzlichen Rücklagen, wenn und soweit sie durch eine Verlustteilnahme gemindert (aufgelöst) wurden.
- b. Vollständige Wiederauffüllung der Finanzierungstitel mit Verlustbeteiligung bis zum Nennbetrag nach einer etwaigen Verlustteilnahme, wobei die Wiederauffüllung der Höhe nach und der zeitlichen Reihenfolge nach der Folge der Verlustteilnahme der Finanzierungstitel mit Verlustteilnahme entspricht.
- c. Bedienung des Nachzahlungsanspruches (§ 4 Absatz 4 S.4).
- d. Bedienung des Dividendenanspruches (§ 4 Abs. 2 und 3).

4. Die Rückzahlungsansprüche der Genussrechtsinhaber gem. § 6 Abs. 4 dieser Bedingungen reduzieren sich entsprechend der Höhe des etwaigen Verlustanteils gem. Abs. 1 und 2, wenn die Verlustanteile der Genussrechte während der Laufzeit nicht gem. Abs. 3 wieder aufgefüllt worden sind.

5. Eine Verlustteilnahme führt nicht zu einer Herabsetzung des Nennbetrages der Genussrechte für die Zwecke der Dividendenberechnung gem. § 4 dieser Bedingungen.

§ 6 Laufzeit, Rückzahlung, Kündigung

1. Die Laufzeit der Genussrechte ist unbegrenzt. Eine Kündigung ist frühestens zum Ablauf von zehn Geschäftsjahren seit der Begebung der Genussrechte (§ 3 Abs. 2) (Mindestvertragsdauer) zum Ende eines Geschäftsjahres möglich (Laufzeitende), nachfolgend jeweils zum Ablauf des folgenden Geschäftsjahres.

2. Die Kündigungsfrist beträgt zwei Jahre.

3. Bei vorzeitiger vertragswidriger Beendigung der Genussrechtsbeteiligung, die die Gesellschaft nicht zu vertreten hat, schuldet der Genussrechtsinhaber der Gesellschaft neben dem ggf. gezahlten Agio zur Deckung eines etwaigen Schadens, der Emissions-, Vertriebs- und Verwaltungskosten eine Abgangsentschädigung in Höhe von 12% des von dem Genussrechtsinhaber gezeichneten Nennbetrages. Dem Genussrechtsinhaber bleibt der Gegenbeweis, dass ein niedrigerer oder kein Schaden entstanden ist, vorbehalten.

4. Die Rückzahlung der Genussrechte erfolgt zu 100% des Nennbetrages abzüglich einer etwaigen Verlustanteils gem. § 5 dieser Bedingungen (Rückzahlungsbetrag). Der Rückzahlungsanspruch ist nach Maßgabe des § 4 Absatz 5 dieser Bedingungen fällig.

5. Abweichend von Abs. 1 ist eine Kündigung durch die Gesellschaft zum Ablauf des achten und des neunten Geschäftsjahres seit der Begebung (§ 3 Abs. 2) möglich (Sonderkündigungsrecht). Die Kündigungsfrist beträgt bei Ausübung des Sonderkündigungsrechts sechs Monate. Soweit die Kündigung zum Ablauf des achten Geschäftsjahres seit der Begebung erfolgt, erhöht sich der Rückzahlungsbetrag (Abs. 4) um 1 % des Nennbetrags der Genussrechte. Soweit die Kündigung zum Ablauf des neunten Geschäftsjahres seit der Begebung erfolgt, erhöht sich der Rückzahlungsbetrag (Abs. 4) um 0,5% des Nennbetrages der Genussrechte.

§ 7 Ausgabe neuer Genussrechte, Finanzierungstitel

1. Die Begebung weiterer Genussrechte, die mit dieser Tranche keine Einheit bilden und die über andere Ausstattungsmerkmale (z. B. in Bezug auf Höhe der Dividenden und Laufzeit und/oder Rangstellung) verfügen oder die Begebung von anderen (vorrangigen/gleichrangigen) Finanzierungstiteln, vorbehaltlich § 10 Abs. 3 dieser Bedingungen, bleibt der Gesellschaft unbenommen.

2. Ein Bezugsrecht der Genussrechtsinhaber bei der Ausgabe weiterer Genussrechte gem. § 1 Abs. 4 sowie § 7 Abs. 1 dieser Bedingungen ist nur gegeben, wenn die Hauptversammlung dies beschließt.

3. Die Genussrechtsinhaber haben keinen Anspruch darauf, dass ihre Ausschüttungsansprüche gem. § 4 dieser Bedingungen sowie der Rückzahlungsanspruch gem. § 6 Abs. 4 oder 5 dieser Bedingungen vorrangig vor den Ansprüchen bedient werden, die auf Genussrechte dieser und/oder weiterer gleichrangiger Tranchen oder gleichrangig andere Finanzierungstitel entfallen.

Gleiches gilt sinngemäß für den Anspruch auf Wiederauffüllung gem. § 5 Abs. 3 dieser Bedingungen.

§ 8 Bestandsschutz

1. Der Bestand der Genussrechte wird vorbehaltlich § 5 dieser Bedingungen im Falle der Beteiligung der Gesellschaft an einem Umwandlungsvorgang oder Bestandsübertragung der Gesellschaft nicht berührt.

2. Im Falle einer Maßnahme nach Absatz 1 sind den Genussrechtsinhabern gleichwertige Rechte an dem neuen/übernehmenden Rechtsträger einzuräumen.

§ 9 Abgrenzung von Gesellschaftsrechten

1. Die Genussrechte gewähren auf schuldrechtlicher Grundlage Gewinnrechte, jedoch keine Gesellschaftsrechte, insbesondere keine Teilnahme-, Mitwirkungs- und Stimmrechte in der Hauptversammlung der Gesellschaft sowie Bezugsrechte auf neue Anteile. Den Genussrechtsinhabern steht kein Weisungsrecht gegenüber den Organen der Gesellschaft zu.

2. Mit dem Erwerb der Genussrechte ist weder von der Gesellschaft noch dem Genussrechtsinhaber der Abschluss einer stillen Beteiligung im Sinne der §§ 178 ff. öHGB/Unternehmensgesetzbuch beabsichtigt.

§ 10 Rang/Negativklärung/Liquidationserlös

1. Die Forderungen aus den Genussrechten stehen – vorbehaltlich des Abs. 4 - mit allen anderen nicht dinglich besicherten Schuldtiteln oder nicht vorrangigen Ansprüchen aus Kapitalmarktverbindlichkeiten von gegenwärtigen und zukünftigen Gläubigern der Gesellschaft im gleichen Rang. Als vorrangige Kapitalmarktverbindlichkeit gelten auch alle gegenwärtigen und künftigen Ansprüche aus von der Gesellschaft begebenen Anleihen.

2. Bei der Gesellschaft darf durch die Bedienung der Dividendenansprüche (§ 4) ein Insolvenzeröffnungsgrund nicht herbeigeführt werden.
3. Die Gesellschaft verpflichtet sich - vorbehaltlich des Abs. 4 - bis zum Laufzeitende (§ 6 Abs. 1) sicherzustellen, dass die Forderungen aus den Genussrechten auch in Zukunft mindestens im gleichen Rang stehen mit Forderungen aus allen anderen nicht dinglich besicherten Schuldtiteln und/oder Kapitalmarktverbindlichkeiten der Gesellschaft, mit Ausnahme von Forderungen aus Anleihen.
4. Im Falle der Liquidation oder Insolvenz der Gesellschaft treten die Forderungen aus den Genussrechten abweichend von Abs. 1 gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern der Gesellschaft im Rang zurück. Die Genussrechte sind im Falle der Auflösung der Gesellschaft am Liquidationserlös nicht beteiligt.
- § 11 Änderungen der Genussrechtsbedingungen**
1. Nachträglich können die Teilnahme am Verlust (§ 5) nicht geändert, der Rang (§ 10) nicht beschränkt sowie die Laufzeit und die Kündigungsfrist (§ 6) nicht verkürzt werden.
2. Die Gesellschaft ist nur in den nachfolgenden Fällen berechtigt, die Genussrechtsbedingungen durch einseitige Willenserklärung zu ändern bzw. anzupassen:
- a) Nachteilige Änderung der steuerlichen Behandlung von Genussrechten bei der Gesellschaft;
- b) Änderung der Fassung, z. B. Reihenfolge der einzelnen Paragraphen, Wortlaut der Bedingungen, soweit dadurch keine Rechte oder Pflichten betroffen werden; c) Änderungen, die für eine börsliche Notierung der Genussrechte erforderlich sind, wie z. B. die Verbriefung. Die Änderung erfolgt nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung der Interessen der Gesellschaft und der Genussrechtsinhaber. Der Beschluss über die Änderung bedarf der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrates der Gesellschaft.
- ..... "

Die von der Bw. weiters vorgelegten Genussrechtsbedingungen vom 29.12.2006 X. L. H. D. Fund 10 und 12 sind im Wesentlichen gleichlautend und unterscheiden sich lediglich in einzelnen Punkten, wie in der Folge dargestellt:

X. <b>Genussrechte</b>	X. L. H. D. <b>Fund 10</b>	X. L. H. D. <b>Fund 11</b>	X. L. H. D. <b>Fund 12</b>
Mindestvertragsdauer	5 Jahre	10 Jahre	5-20Jahre
Basisdividende bis 31.12.2007	6% des Nennbetrages p.a.	8% des Nennbetrages p.a	8% des Nennbetrages p.a
Basisdividende ab dem 1.1.2008	2,25% über dem Hauptrefinanzierungssatz der EZB	4,25% über dem Hauptrefinanzierungssatz der EZB	4,50% über dem Hauptrefinanzierungssatz der EZB
Mindestbasisdividende (Floor)	4% des Nennbetrages	6% des Nennbetrages	6% des Nennbetrages
Einzahlung	Einmalzahlung	Einmalzahlung	Raten



Vom Unabhängigen Finanzsenat wurde in das Firmenbuch, im Besonderen in die öffentlich einsehbaren Jahresabschlüsse der Bw. 2007 bis 2009 Einsicht genommen.

Für das Geschäftsjahr 2007 sind in der Bilanz als nachrangiges Genussrechtskapital € 66.693.358,30 und in der Gewinn- und Verlustrechnung € 6.760.603,99 und für das Vorjahr € 7.181.434,00 als Erträge aus der Herabsetzung des Genussrechtskapitals ausgewiesen. Dazu ist im Anhang unter "Nachrangiges Genussrechtskapital mit Beteiligung am Verlust" ausgeführt, dass der Jahresverlust in der Bilanz unabhängig vom Zeitpunkt der Belastung des einzelnen Anlegers im Jahr des Entstehens mit dem nachrangigen Genussrechtskapital zu verrechnen sei und dass dieser Ertrag im Finanzergebnis der Gesellschaft als Ertrag aus der Herabsetzung des Genussrechtskapitals ausgewiesen werde.

Bezüglich der Verlusttragung seien die T. N. Funds vorrangig vor den H. D. Funds.

Unter "Zusammensetzung nachrangiges Genussrechtskapital per 31.12.2007" ist weiters ein eingezahltes Genussrechtskapital von insgesamt € 84.799.680,40 ausgewiesen. Diesem steht ein Kapital nach Verlusten von € 66.561.492,01 entgegen, wobei die Verluste vorrangig nicht H. D. Funds zugerechnet sind.

Der Bilanzverlust im Geschäftsjahr 2007 betrug € 76.468,73 und im Vorjahr € 19.058,00.

Im Lagebericht ist auszugsweise Folgendes ausgeführt:

#### *"Lagebericht*

#### *1. Geschäftsverlauf, Geschäftsergebnis und Lage*

##### *1.1. Geschäft und Rahmenbedingungen*

##### *1.1.1. Finanzierungstätigkeit*

*Die X. I. AG (in weiterer Folge auch als "das Unternehmen" bezeichnet) emittiert als SPV (Special Purpose Vehicle) Genussrechte, Genussscheine und Anleihen für die X. Group und platziert diese vorwiegend bei Privatinvestoren in Deutschland und Österreich. Sie legt die Prospekte mit den für die potentiellen Investoren erforderlichen Informationen und Hinweisen nach den entsprechenden aufsichtsrechtlichen Vorschriften auf. Der Vertrieb der Vermögensanlagen (Genussrechte) erfolgt über unabhängige Finanzintermediäre. Wertpapiere (Genussscheine und Anleihen) werden über lizenzierte Finanzdienstleistungsinstitute und Vermögensverwalter vertrieben. Emittiert wurden im Berichtsjahr Genussrechte, Genussscheine und eine Inhaberschuldverschreibung.*

*Genussrechte wurden in vier Tranchen für den deutschen Markt - unverändert der Hauptmarkt des Unternehmens - mit unterschiedlicher Laufzeit- und Konditionengestaltung begeben.*

*Die neuen Emissionsserien unterscheiden sich von den bisherigen Genussscheinen und -rechten deutlich. Den Anlegern der Produktreihe "FundIII" wurde daher im Laufe des Jahres angeboten, ihre Verträge auf die aktuellen Produktreihen "L. H. D." und "Te N. Fund" umzustellen. Von dieser Möglichkeit haben rd. 75 % der Anleger Gebrauch gemacht. Die Produktreihen "X. L. H. D." und "X. Te N. Fund" sind ferner mit nahezu identischen Konditionen verbrieft als Genussscheine für den deutschen und österreichischen Markt konzipiert worden.*

*Diese Wertpapiere wurden ausschließlich aufgrund der Anforderungen des § 32 des deutschen Kreditwesengesetzes (KWG) über Finanzinstitute und Vermögensverwalter vertrieben. Zu*

Einzelheiten wird auf 1.2.2 verwiesen.

### *1.1.2. Investitionstätigkeit*

*Bis Ende des Geschäftsjahres 2007 erfolgte die Veranlagung in Form stiller Beteiligungen bei der X. AG, S., seither und gegenwärtig in Form von verschiedenen Aktiengattungen (Vorzugs- und Stammaktien) der X. Group plc, O..*

*Die X. Group plc investiert ihr Kapital vorwiegend in Mehrheitsbeteiligungen an operativ tätigen Unternehmen, welche vorwiegend im Bank- und Finanzdienstleistungsbereich oder im finanzdienstleistungsnahen Bereich tätig sind.*

*Überschüssige Liquidität wird im Rahmen eines Risiko- und Liquiditätsmanagements direkt an den internationalen Kapitalmärkten veranlagt.*

*Im Geschäftsjahr 2007 hielt die X. I. AG ausschließlich Genussrechte und atypisch stille Beteiligungen an der X. AG, S.. Ab dem 2. Quartal 2008 erfolgte die Veranlagung ausschließlich in Form von Stamm- und Vorzugsaktien an der X. Group plc, O..*

*Nach den Genussrechtsbedingungen können auf die Genussrechte bzw. Genussscheine der Serien M. FundIII Germany 1-111 und M. FundIII Austria I 11, liquiditätsabhängige Basisdividenden ausgeschüttet werden. In den in 2007 erstmals begebenen Genussrechts- bzw. Genussscheinserien X L. H. D. unterliegen die Ausschüttungen einer Ergebnisabhängigkeit. Sollten die Genussrechte mit einem Verlust zu belasten sein, sind die Ausschüttungen bis zur Wiederauffüllung des Kapitals aus zukünftigen Gewinnen einzustellen. Dies war jedoch in 2007 nicht der Fall, weil der in 2007 angefallene Verlust bedingungsgemäß vorrangig von den Genussrechten bzw. Genussscheinen der Produktserie X Te N. Fund zu übernehmen war und die Produktkategorie X L. H. D. damit keinen Verlustanteil zu tragen hatte.*

### *3. Risikobericht*

#### *Finanzwirtschaftliche Risiken*

#### *Liquiditäts- und Finanzierungsrisiko*

*Unser Unternehmen hat innerhalb der X. Group die Funktion der zentralen Emissionsgesellschaft und veranlagte ihre Mittel bis Ende März 2007 in Form stiller Beteiligungen bei der X. AG und seither in Form von Aktien bei der X. Group plc. Somit hält das Unternehmen nur in sehr begrenztem Rahmen freie Liquidität. Zum 31.12.2007 waren dies 621 TEUR. Nach Abfluss von Vermögensanlagen durch zukünftige Kündigungen von Anlegern kann die X. I. AG nicht garantieren, dass sie über die notwendige Liquidität zur Bedienung der Rückzahlungsansprüche verfügt, da das Kapital bei der X. Group plc, O. langfristig gebunden ist.*

*....."*

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

Strittig ist, ob den ersten Erwerbern von X. L. H. D. Funds 10, 11 bzw. 12 Gesellschaftsrechte nach [§ 5 Abs. 1 Z. 2 KVG](#) eingeräumt worden sind und ob es sich dabei um Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, im Sinne des Artikel 4 Abs. 1 Buchstabe d der Kapitalansammlungsrichtlinie handelt.

Fest steht, dass es sich bei der Bw. um eine inländische Aktiengesellschaft handelt, dass wie in den oben dargestellten Gesellschaftsteuererklärungen angegeben, Rechte an der Bw. von ersten Erwerbern erworben wurden und dass bei jedem dieser Ersterwerbe ein Teil

des jeweiligen Erwerbes in dem von der Bw. im Berufungsverfahren angegebenen Umfang X. H. D. Funds (10, 11 bzw. 12) betrifft.

Weiters steht fest, dass die Ausgabe dieser X. H. D. Funds zu den oben dargestellten Bedingungen vom 29. Dezember 2006 erfolgte und dass die Vertragsparteien demnach prospektiv nicht von einem Anspruch auf Zinszahlung ausgegangen sind, sondern von einer vom Geschäftsergebnis abhängigen Dividende.

Diesen Feststellungen liegen die Sachverhaltsangaben der Bw., im Besonderen die Gesellschaftsteuererklärungen und die von der Bw. offengelegten Genussrechtsbedingungen zu Grunde, wobei sich die zuletzt genannte Würdigung vor allem aus § 2 "Definitionen" Abs. 1. dritter Teilstich (kein Anspruch auf Zinszahlung und Tilgung) und § 4 "Dividende, Zahlstelle" Abs. 1. (grundsätzliche Feststellung der Dividendenberechtigung unter Bezugnahme auf die Bestimmungen über die Verminderung bei Jahresfehlbeträgen und Nachrangigkeit wegen Wiederauffüllung von Verlustanteilen) ergibt.

Dass die Vertragsparteien nicht davon ausgehen konnten, dass die Genussrechte in Höhe des in Anlehnung an den Hauptrefinanzierungszinssatz variabel gestalteten Zinssatz (womit die Dividenden nach oben hin begrenzt sind) bedient werden würden, zeigt sich neben den risikobetonten Genussrechtsbedingungen auch daraus, dass in den Jahren 2006 und 2007 bereits Herabsetzungen von Genussrechtskapital durchgeführt wurden und den nachrangigen Genussrechten Verluste zugewiesen waren, sowie aus den übrigen oben dargestellten Gegebenheiten lt. Jahresabschluss 2007.

Dazu ist auf § 5 Abs. 3 der Genussrechtsbedingungen hinzuweisen, wonach die Jahresüberschüsse vorrangig vor den Dividendenansprüchen nach § 4 zur Auffüllung der Verlustanteile der Genussrechte und anderer Finanzierungstitel mit Verlustteilnahme in der Reihenfolge der Verlustteilnahme zu verwenden sind.

Auch geht der Lagebericht zum Jahresabschluss 2007 bei den X. H. D. Funds von einer Ergebnisabhängigkeit der Ausschüttungen aus.

Der Gesellschaftsteuer unterliegen auf Grund des [§ 2 Z 1 KVG](#) der Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer inländischen Kapitalgesellschaft durch den ersten Erwerber.

Zu den Kapitalgesellschaften im Sinne des [§ 4 KVG](#) zählt ua. die Aktiengesellschaft.

Als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften gelten gemäß [§ 5 Abs. 1 KVG](#) ua.

Genussrechte (Z 2) und Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren (Z 3).

Nach Abs. 2 leg.cit. gelten als Gesellschafter die Personen, denen die im Abs. 1 bezeichneten Gesellschaftsrechte zustehen.

Mit BGBl 629/1994 wurde das Kapitalverkehrsteuergesetz an die Richtlinie des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf Ansammlung von Kapital 69/335/EWG (Kapitalansammlungsrichtlinie) angepasst.

Diese Richtlinien einschließlich der dazu ergangenen Rechtssprechung des EuGH sind bei der Auslegung des KVG zu beachten (siehe Dorazil, Kapitalverkehrsteuergesetz Kurzkommentar<sup>2</sup>, Pkt. I.1. zu § 2).

Die richtlinienkonforme Interpretation umfasst das gesamte nationale Recht. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, alle Bereiche des nationalen Rechts, die auf EG-Richtlinien (wenn auch nur teilweise) basieren, richtlinienkonform auszulegen.

Lässt die staatliche Umsetzung mehrere Interpretationen zu, so ist jene zu wählen, die den Vorgaben der Richtlinie entspricht; gleichzeitig sind diejenigen Interpretationen zu verwerfen, die gegen die Richtlinie verstoßen würden (Ehrke-Rabel, Gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation und Anwendungsvorrang im Steuerrecht, ÖStZ 2009, S 189).

Nach Art. 4 Abs. 1 lit. d dieser Kapitalansammlungsrichtlinie in der hier anzuwendenden Fassung unterliegt die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art, für die Rechte gewährt werden, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, der Gesellschaftsteuer. Solche Rechte sind insbesondere das Stimmrecht und das Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse der betreffenden Gesellschaft.

Genussrechte werden zwar nicht immer, wohl aber sehr oft als Gegenleistung für eine zugesagte bzw. erbrachte Unternehmensfinanzierung gewährt. Sie bieten häufig einen Anspruch auf einen Gewinnanteil, oft auch eine Beteiligung am Liquidationserlös und/oder -überschuss, mitunter auch andere Rechte, räumen meist aber keine Herrschafts- und keine Mitverwaltungsrechte ein und werden daher in der Regel als reine "Gläubigerrechte" eingestuft. Es gibt keine gesetzlichen Regelungen, die das Institut des Genussrechtes näher beschreiben würden. Eine legistische "Vertypung" fehlt. In der Regel wird das Genussrecht gewährt, weil der Genussberechtigte dem Verpflichtenden Kapital zur Verfügung stellt. Dieses Kapital kann entweder die Funktion von Eigen- oder von Fremdkapital haben. Je mehr das Genussrechtskapital die Eigenschaften von Eigenkapital aufweist, desto näher liegt es, im Genussberechtigten eine gesellschafterähnliche Person zu sehen (vgl. Krejci/van Husen, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften und partiarische Darlehen, GesRZ 2000, S 54 ff).

Im Gesellschaftsrecht versteht man unter Genussrechten solche Rechte, die ihrem Inhalt nach typische Vermögensrechte eines Gesellschafters sein können; die gewährten Rechte entspringen jedoch nicht einem Gesellschaftsverhältnis, sondern sind Gläubigerrechte

schuldrechtlicher Art (vgl. VwGH 16.12.1993, [92/16/0025](#)).

Werden diese von Nichtgesellschaftern erworben, gelten diese dann nach der Fiktion des [§ 5 Abs. 2 KVG](#) als Gesellschafter (vgl. VwGH 30.03.2000, [99/16/0192](#) und EuGH 17.10.2002, [C-138/00](#), Solida/Tech Gate).

Dem zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. Dezember 1993 lag eine Vereinbarung zugrunde, wonach ein Dritter an eine Kapitalgesellschaft einen bestimmten Betrag bezahlt und eine Beteiligung an Gewinn erworben hat.

Vereinbart war, dass kein Darlehen gewährt werde, sodass der Dritte keinen Vermögensanspruch, sondern lediglich einen Anspruch auf künftige Gewinne erworben hat. Dieser Anspruch auf Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft war dahingehend begrenzt, dass der Dritte Gewinnausschüttungen erhielt, die in Summe den Einzahlungsbetrag zuzüglich einer kontokorrentmäßigen Verzinsung von 5 Prozent p.a. erreicht haben.

Rechtlich beurteilte der Verwaltungsgerichtshof diesen Vertragsinhalt als Einräumung eines Genussrechtes im Sinne des [§ 5 Abs. 1 Z. 2 KVG](#).

Weiters war in diesem Fall eine unbegrenzte Laufzeit vereinbart und dass die Vergütung ausschließlich aus den zukünftigen Gewinnen erfolge. Auch war auf jede Besicherung des hingegebenen Kapitals verzichtet worden. Darüber hinaus erfolgte die Bedienung aus dem Gewinn erst nach Befriedigung anderer Gläubiger und es bestand kein Rückforderungsanspruch hinsichtlich des Genussrechtskapitals bei negativem wirtschaftlichem Verlauf.

Die unter "Weiters" angeführten Kriterien sah der Verwaltungsgerichtshof als maßgeblich für den Eigenkapitalcharakter des Genussrechtes an, wogegen die Fremdkapitalkomponenten wie die fehlenden Mitwirkungs- und Kontrollrechte sowie die nicht vorhandene formale Gesellschafterstellung zurücktraten.

Die gegenständlichen Genussrechte sind mit den diesem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes zu Grunde gelegenen Genussrechten – und zwar auch hinsichtlich ihres Eigenkapitalcharakters – im Gesamtbild durchaus vergleichbar.

Die ersten Erwerber der X. H. D. Fonds haben der Bw. Kapital unter Verlustteilnahme bis zu 100% des hingegebenen Kapitals zur Verfügung gestellt, ohne - wie in den Genussrechtsbedingungen festgelegt ist - einen Anspruch auf Zinszahlung oder Tilgung zu begründen (§ 2 "Definitionen" Abs. 1 dritter Teilstrich der Genussrechtsbedingungen). Als Entgelt wurde ein nach oben hin begrenzter, vom Jahresüberschuss der Bw. abhängiger Dividendenanspruch, welcher nicht zu Verlusten führen darf, vereinbart (§ 4 der Genussrechtsbedingungen), wobei der Jahresüberschuss vorrangig vor der Dividendenausschüttung ua. zur Wiederauffüllung von Verlusten auch anderer

Finanzierungstitel mit Verlustteilnahme zu verwenden ist (§ 5 "*Verlustteilnahme*" Abs. 3 iV mit § 4 "*Dividende, Zahlstelle*" Abs. 4 der Genussrechtsbedingungen).

Die Genussrechtswerber konnten entsprechend dem festgestellten Sachverhalt nicht damit rechnen, überwiegend die als "Mindebasisdividende" dargestellte bzw. auf Grund der variablen Gestaltung, am Hauptrefinanzierungssatz der EZB sich orientierende, allenfalls höhere Dividende zu erhalten.

Dem steht auch nicht entgegen, dass in Verlustjahren bzw. auf Grund nicht ausreichender Gewinne entgangene Dividenden bis zu der sich aus § 4 Abs. 2 und 3 der Bedingungen ergebenden Höhe nachträglich bedient werden können, zumal diese Nachholung einen dafür ausreichenden verteilbaren Jahresüberschuss voraussetzt und diese Nachholung nur während der Laufzeit der Genussrechte vorzunehmen ist, sodass mit Beendigung des Genussrechtsverhältnisses jeglicher weiterer Anspruch auf Nachholung verloren ist.

Damit liegt hier auch keine bloße Zinsstundung vor.

Im Übrigen geht die Nachholung entgangener Dividenden zu Lasten der regulären Dividenden.

Bei Beendigung des Genussrechtsverhältnisses erhält der Genussrechtsinhaber im besten Fall 100% seines Kapitaleinsatzes zuzüglich der sich aus § 4 Abs. 2 und 3 der Bedingungen ergebenden Dividenden einschließlich Bonusdividende. Im schlechtesten Fall verliert der Genussrechtsinhaber sein eingesetztes Kapital und erhält auch keine Dividenden.

Im Übrigen sind allfällige Forderungen des Genussrechtsinhabers aus dem Genussrechtsverhältnis im Fall der Liquidation oder Insolvenz nachrangig gegenüber den Ansprüchen anderer Gläubiger (§ 10 "*Rang/Negativklärung/Liquidationserlös*" Abs. 4 der Genussrechtsbedingungen). Auch wurden den Genussrechtsinhabern keine Sicherheiten geleistet.

Im gegebenen Fall liegt somit dem Gesamtbild nach eine unternehmerische, gesellschafterähnliche Beteiligung mit Eigenkapitalcharakter vor.

Diese Bild wird auch durch die Bestimmungen über die Laufzeit, Rückzahlung und Kündigung abgerundet, zumal die Laufzeit der Genussrechte unter Vereinbarung einer Mindestvertragsdauer von fünf bzw. zehn Jahren mit einer Kündigungsfrist von zwei Jahren und vorbehaltlich eines Sonderkündigungsrechtes der Bw. unbegrenzt vereinbart ist.

Bei den X. H. D. Funds handelt es sich folglich um Genussrechte im Sinne des [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) und es wurden den Erwerber der X. H. D. Funds von der Bw. für die zu einer Erhöhung des Gesellschaftsvermögens führenden Kapitaleinlagen Rechte gewährt, wie sie Gesellschaftern gewährt werden.

Letzteres ist vor allem damit begründet, dass es hier um eine Risikobeteiligung, wie sie grundsätzlich Gesellschafter eingehen, handelt, und für diese Risikobeteiligung ein

Gewinnanspruch, wenn auch nach oben hin begrenzt, eingeräumt wurde.

Im Übrigen ist dazu auch auf die übrigen Gründe, die zu einer Einordnung der Rechte als Genussrechte im Sinne des [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) führen und darüber hinaus auf die Gründe, die für den Eigenkapitalcharakter der X. H. D. Fonds sprechen, hinzuweisen.

Die Gesellschaftsteuerpflicht der ersten Erwerbe der X. H. D. Fonds gemäß [§ 2 Z 1 KVG](#) iV mit [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) steht folglich im Einklang mit den Bestimmungen der hier maßgeblichen Richtlinie des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf Ansammlung von Kapital (69/335/EWG).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 18. Oktober 2012