



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch A., vom 30. Juni 2011 gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 1/23 2010 betreffend Körperschaftsteuer 2002 (Bescheid vom 15.11.2010), 2003 (Bescheid vom 16.11.2010) und 2004 (Bescheid vom 19.11.2010) sowie die Feststellungsbescheide Gruppenträger 2005 (Bescheid vom 6.12.2010) und 2006 (Bescheid vom 26.4.2011) entschieden:

1. Die Berufung gegen die Bescheide betreffend Körperschaftsteuer 2002, 2003, 2004 und Feststellungsbescheid Gruppenträger 2005 wird als unbegründet abgewiesen. Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.
2. Der Berufung gegen den Feststellungsbescheid Gruppenträger 2006 wird Folge gegeben. Die Bemessungsgrundlage und die Höhe der Abgabe sind dem als Beilage angeschlossenen Berechnungsblatt zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

Entscheidungsgründe

Anlässlich einer bei der Berufungswerberin (Bw.) durchgeführten Betriebsprüfung (BP) betreffend die Abgabenerhebungszeiträume 2002 bis 2006 wurden laut Tz 13 des BP-Berichtes vom 10.11.2010 u.a. die in den Punkten 18 a) und 18 c) der Niederschrift über die Schlussbesprechung vom 23.9.2010 dargestellten berufungsgegenständlichen Feststellungen folgenden Inhalts getroffen:

Punkt 18 a) Niederschrift über die Schlussbesprechung - Genussrechte der B-GmbH&CoOEG:

Die Bw. habe in den Jahren 2002 und 2003 11.400 Stück, im Jahr 2004 6.000 Stück und im Jahr 2005 2.600 Stück Genussscheine der B-GmbH&CoOEG im Betriebsvermögen gehalten. Es seien Erträge iHv € 24.054,00 im Jahr 2002, € 17.670,00 im Jahr 2003, € 114,00 im Jahr 2004 und € 2.280,00 im Jahr 2005 verbucht und jeweils als steuerfreier Beteiligungsertrag gem. § 10 KStG 1988 behandelt worden. Die Genussrechte seien von der B-GmbH&CoOEG begeben worden und verbrieften gem. § 2 und § 3 der Genussrechtsbedingungen einen Anteil am ausschüttbaren Bilanzgewinn der OEG sowie eine Beteiligung am Vermögen unter Ausschluss jeglicher Nachschusspflichten bei Beendigung des Genussrechtsverhältnisses. Gem. § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 seien lediglich Gewinnanteile jeder Art auf Grund einer Beteiligung an inländischen Körperschaften in Form von Genussrechten (iSd § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988) von der Körperschaftsteuer befreit. Die Offene Erwerbsgesellschaft sei eine gem. § 4 Abs. 1 EGG iVm § 124 HGB rechtsfähige Personengesellschaft. Gem. § 124 HGB könne die Offene Erwerbsgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Die Genussrechtsausschüttungen der OEG stellten somit beim Empfänger keine gem. § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 begünstigte Ausschüttungen einer Körperschaft iSd § 1 Abs. 2 KStG 1988 dar. Allein schon aus der Formulierung des § 10 KStG 1988 stehe der Bw. somit keine Beteiligungsertragsbefreiung zu. Daher sei das Einkommen der Bw. im Jahr 2002 um € 24.054,00, im Jahr 2003 um € 17.670,00, im Jahr 2004 um € 114,00 und im Jahr 2005 um € 2.280,00 zu erhöhen.

Punkt 18 c) Niederschrift über die Schlussbesprechung - Genussrechte der C-GmbH:

Die Bw. habe im Jahr 2006 13.600 Stück Genussscheine der C-GmbH im Betriebsvermögen gehalten (Genussrechtsbedingungen I). Es sei im Jahr 2006 ein Betrag von € 60.265,30 als Ertrag verbucht und als steuerfreier Beteiligungsertrag gem. § 10 KStG behandelt worden. Die der BP vorgelegten Genussrechtsbedingungen (datiert mit 20.1.1999) verbrieften gem. § 3 einen Anspruch auf den anteiligen Jahresüberschuss und eine Beteiligung am Unternehmenswert sowie am Liquidationsgewinn der Gesellschaft unter Ausschluss jeglicher Nachschusspflichten bei Beendigung des Genussrechtsverhältnisses. In § 3 Punkt 5) der Bedingungen werde dem Genussscheininhaber das Recht auf einen Mindestgewinnanspruch für das Jahr 2003 iHv 5%, ab dem Jahr 2004 iHv 6% des Genussscheinnominales p.a., soweit jeweils durch Jahresüberschüsse gedeckt, zugesprochen. § 3 Punkt 6) der Bedingungen enthalte die Bestimmung, dass es zu einer Nachholung dieser Mindestgewinnansprüche aus Jahresüberschüssen der Folgejahre komme, sofern die jeweiligen Jahresüberschüsse zur Auszahlung des Mindestgewinnanspruchs gem. § 3 Punkt 5) nicht ausreichten. Der BP sei eine Darstellung über die im Jahr 2006 erfolgte Zuweisung aus dem Genussrecht der C-GmbH an die Bw. übermittelt worden, aus der ersichtlich sei, dass es vertragskonform zu einer

Nachholung der jährlich zustehenden Mindestverzinsung komme. Gem. § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 seien Gewinnanteile jeder Art auf Grund einer Beteiligung an inländischen Körperschaften in Form von Genussrechten (iSd § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988) von der Körperschaftsteuer befreit. Voraussetzung für die Steuerfreiheit sei eine Beteiligung am Gewinn und Liquidationsgewinn der emittierenden Körperschaft. Die o.a. Genussrechtsbedingungen enthielten in § 3 zwar eine Erfolgs- und Substanzbeteiligung, jedoch seien die Bestimmungen hinsichtlich der vereinbarten Mindestverzinsung derart ausgestaltet, dass die Begrenzung mit dem jeweiligen Jahresüberschuss durch § 3 Punkt 6) wieder aufgeweicht werde. Es komme demnach in Folgejahren zur Auszahlung eines Mindestgewinnanspruchs, selbst wenn im konkreten Anspruchsjahr ein unternehmensrechtlicher Jahresüberschuss nicht gegeben gewesen sei. Die Nachholung der Mindestgewinnansprüche aus Jahresabschlüssen der Folgejahre führe letztlich zu einem gewinnunabhängigen Zinsanspruch. Diese nachgeholten Mindestgewinnansprüche höhlten konsequent weitergedacht einen eventuellen (steuerpflichtigen) Liquidationsgewinn aus. Nach Ansicht der BP stünden diese Regelungen zum Mindestgewinnanspruch dem Wesen eines soziätären Genussrechts entgegen, da die Vergleichbarkeit mit Kapitalanleihen, bei denen eine Verzinsung weder bedungen noch gezahlt werden dürfe, nicht gegeben sei. Die Fremdkapitalkriterien des Vorliegens einer Mindestverzinsung und einer gewinnunabhängigen Vergütung sehe die BP durch den Vertragsbestandteil der Nachholung der Mindestgewinnansprüche aus Jahresüberschüssen der Folgejahre als erfüllt an. Die BP beurteile die Genussrechtsbedingungen I der C-GmbH im Sinne eines obligatorischen Genussrechts, weshalb die Steuerfreiheit des § 10 KStG 1988 nicht zustehe. Daher sei das Einkommen der Bw. im Jahr 2006 um € 60.265,30 zu erhöhen.

Mit den vom Finanzamt erlassenen Körperschaftsteuerbescheiden 2002 (Bescheid vom 15.11.2010), 2003 (Bescheid vom 16.11.2010), 2004 (Bescheid vom 19.11.2010) sowie Feststellungsbescheiden Gruppenträger 2005 (Bescheid vom 6.12.2010) und 2006 (Bescheid vom 26.4.2011) wurde den BP-Feststellungen Rechnung getragen, wobei hinsichtlich der Jahre 2002, 2003 und 2004 die Wiederaufnahme der Verfahren gem. § 303 Abs. 4 BAO erfolgte.

In der gegen die Bescheide betreffend Körperschaftsteuer 2002, 2003, 2004 und die Feststellungsbescheide Gruppenträger 2005 und 2006 erhobenen Berufung vom 30.6.2011 wurde von der Bw. folgendes vorgebracht:

Berufungspunkt 1 - Genussrechte der B-GmbH&CoOEG:

Die inhaltliche Ausgestaltung von Genussrechten sei gesetzlich nicht geregelt. Zivilrechtlich verstehe man unter Genussrechten bzw. Genussscheinen solche Rechte, die ihrem Inhalt nach typische Vermögensrechte eines Gesellschafters sein könnten. Sie würden aber nicht einem

Gesellschaftsverhältnis entspringen, sondern seien Gläubigerrechte schuldrechtlicher Art (VwGH 16.12.1993, 92/16/0025). Nach Ansicht der Bw. könnten Genussrechte aufgrund ihres schuldrechtlichen Charakters von jeder Körperschaft vereinbart und emittiert werden, die als solche rechtsfähig sei, demnach auch von einer GmbH & Co OEG (vgl. die Ausführungen der BP in Punkt 18 lit. a unter „Rechtliche Würdigung“ in der Niederschrift). Die prozessualen Anforderungen an eine Emission von Genussrechten seien in § 174 AktG geregelt (Beschlussfordernisse, Bezugsrechte etc.). Genussrechte könnten aber auch von einer GmbH gewährt werden (VwGH 21.5.1997, 96/14/0151). Die Ausgabe sei demnach auch aus prozessualer Sicht nicht an eine besondere Rechtsform gebunden, sodass auch aus diesem Gesichtspunkt die Emission von Genussrechten durch eine GmbH & Co OEG möglich sei. Die B-GmbH&CoOEG sei aufgrund des Charakters ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als bloß vermögensverwaltende Personengesellschaft zu beurteilen. Da bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften die im Gesellschaftsvermögen befindlichen Wirtschaftsgüter unmittelbar den beteiligten Körperschaften zugerechnet würden, liege bei den beteiligten Körperschaften Einkommensverwendung iSd § 8 Abs. 2 und 3 KStG 1988 hinsichtlich der Ausschüttungen auf die Genussrechte vor (die infolge der Vermögenszurechnung der vermögensverwaltenden Personengesellschaft als Ausschüttungen der beteiligten Körperschaft anzusehen seien). Vice versa würden die Ausschüttungen bei den empfangenden Körperschaften unter die Beteiligungsertragsbefreiung des § 10 KStG 1988 fallen. Das Ziel der Beteiligungsertragsbefreiung bestehe darin, dass die von Körperschaften erwirtschafteten Gewinne auf der Ebene von Körperschaften nur einmal besteuert würden. Die Befreiung korresponde mit der Einkommensverwendung gem. § 8 Abs. 2 und 3 KStG 1988. Daher werde beantragt, den Ertrag aus diesen Genussrechten in den Jahren 2002 bis 2006 iHv insgesamt € 44.118,00 als steuerfreien Beteiligungsertrag nach § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 zu beurteilen.

Berufungspunkt 2 - Genussrechte der C-GmbH:

Hinsichtlich der gegenständlichen Genussrechtsbedingungen räume die BP eine Ertrags- bzw. Substanzbeteiligung ein, jedoch seien „die Bestimmungen hinsichtlich der vereinbarten Mindestverzinsung derart ausgestaltet, dass die Begrenzung mit dem jeweiligen Jahresabschluss durch § 3 Punkt 6 der Bedingungen wieder aufgeweicht wird“. Es würde demnach in den Folgejahren zur Auszahlung eines Mindestgewinnanspruchs kommen, selbst wenn im konkreten Anspruchsjahr ein unternehmensrechtlicher Jahresüberschuss nicht gegeben wäre. Nach Ansicht der BP würden die nachgeholten Mindestgewinnansprüche einen eventuellen steuerpflichtigen Liquidationsgewinn aushöhlen, weshalb diese Regelungen zum Mindestgewinnanspruch dem Wesen eines soziären Genussrechts entgegenstünden, da die Vergleichbarkeit mit Kapitalanleihen, bei denen eine Verzinsung weder bedungen noch gezahlt

werden dürfe, nicht gegeben sei. Nach Rechtsauffassung der Bw. handle es sich hierbei jedoch um eigenkapitalähnliche Substanzgenussrechte. Grundsätzlich sei gesagt, dass diese „Mindestverzinsung“ nur dann zum Tragen komme, wenn ein ausreichend hoher Jahresüberschuss vorhanden sei. Sollte die Gesellschaft in den Folgejahren z.B. stets ausgeglichen bilanzieren, so komme dieser nachzuholende Anspruch nicht zur Auszahlung. Insofern sei es falsch, hier von einer „Mindestverzinsung“ zu sprechen, da eine Mindestverzinsung vom Sinn her bedeute, dass diese jedenfalls zur Auszahlung komme. Nach Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger, Die Körperschaftsteuer – KStG 1988, § 8 Rz 91 gelte folgendes: Anteilsähnliche Genussrechte seien solche, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn der Körperschaft verbunden sei. Beide Elemente müssten gleichzeitig zutreffen. Gewinnbeteiligung liege nämlich bei jeder Gewinnabhängigkeit der Vermögensrechte vor. Dies wäre u.a. 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 handle (Gassner in: Schönherr, GedS, SD 407; RFH RStBl 1940, 35; BFH 28.5.1969, I 85/60). Auch die Judikatur (UFSI, GZ RV/0635-I/02 vom 29.12.2004) nehme darauf Bezug. Auch ein Vergleich mit Vorzugsaktien biete sich an. Vorzugsaktien seien Aktien besonderer Gattung mit einem Vorrecht bei der Gewinnausschüttung. Der Vorzug könne vielfältig gestaltet sein, z.B: „vorweg x % des Nennbetrags, der Rest gleichmäßig unter allen Aktionären“; „das Doppelte der Stammaktionäre“; „vorweg x % des Nennbetrags, aus dem verbleibenden Bilanzgewinn dann die Stammaktionäre x % (oder x-y %), der Rest unter den Vorzugs- und Stammaktionären gleichmäßig“. Die Vorzugsaktien könnten mit einem nachzuzahlenden Vorzug ausgestattet sein, wenn der Gewinn in Vorjahren einmal oder mehrmals nicht zur Bedienung des Vorzugs ausgereicht habe, in Folgejahren sei dann zunächst der rückständige Vorzug nachzuzahlen. Bei stimmrechtslosen Vorzugsaktien sei der Nachbezug zwingend vorzusehen (§ 12a AktG), ein Ausbleiben des Vorzugs könne zum Aufleben des Stimmrechts führen. Der Vorzug bestehe aber nicht nur aus der bevorrechteten Stellung bei der Gewinnverteilung, sondern ebenso aus dem Anspruch auf Nachzahlung nicht ausbezahlt Vorzugsdividenden. Eine mangels ausreichenden Bilanzgewinns teilweise oder gänzlich ausgefallende Vorzugsdividende (bzw. ein derartiger, über mehrere Jahre kumulierter Fehlbetrag) müsse daher in den darauffolgenden Geschäftsjahren, in welchen wieder Gewinn ausgeschüttet werde, nachgezahlt werden. Ebenso wie eine ausschließlich bevorzugte Behandlung bei der Gewinnverteilung genüge auch das Nachzahlungsrecht allein nicht für einen den Stimmrechtsausschluss rechtfertigenden Vorzug iSd § 12a AktG (wortgleich in der Fassung des Jahres 2006 des AktG in § 115 Abs. 1). Die Nachzahlungspflicht umfasse die gesamte Vorzugsdividende, eine Beschränkung der Nachzahlbarkeit auf einen Teilbetrag der

Vorzugsdividende sei unzulässig. Die Vorzugsdividende und das Nachzahlungsrecht dürften daher nicht unterschiedlich hoch ausgestaltet sein. Die Nachzahlbarkeit des Vorzugs müsse dauerhaft sein, d.h. sie müsse so lange bestehen, bis sämtliche rückständigen Vorzugsdividenden tatsächlich nachgezahlt seien. Unzulässig wäre daher eine Satzungsbestimmung, wonach die Rückstände nach einem bestimmten Zeitraum verfallen oder nur bis zu einem bestimmten Höchstbetrag nachzuzahlen seien. Möglich sei eine in die Zukunft wirkende Befristung, bei der Nachzahlungsansprüche nach einer bestimmten Zeit ohne Rücksicht auf vollständige Zahlungen erloschen würden, nur dann, wenn die Aktionäre gleichzeitig das Stimmrecht erlangten. Ein „Aufleben des Stimmrechts“ sei bei Genussrechten gesetzlich nicht möglich. Das sei aber der einzige diesbezügliche Unterschied zu den Vorzugsaktien. Genussrechte seien hierbei nicht anders zu behandeln als Vorzugsaktien. Dem Genussrechtsinhaber könne von vornherein kein Stimmrecht eingeräumt werden. Das Stimmrecht könne daher für die Behandlung als steuerliches Eigenkapital keine Bedeutung haben. Daher werde beantragt, den Ertrag aus den von der C-GmbH begebenen Genussrechten iHv € 60.265,30 als steuerfreien Beteiligungsertrag nach § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 zu qualifizieren.

Die BP nahm mit Schreiben vom 17.8.2011 zur Berufung wie folgt Stellung:

Berufungspunkt 1 - Genussrechte der B-GmbH&CoOEG:

Es werde auf die Ausführungen unter Punkt 18 a) der Niederschrift vom 23.9.2010 verwiesen.

Berufungspunkt 2 – Genussrechte der C-GmbH:

Es werde zunächst auf die Ausführungen unter Punkt 18 c) der Niederschrift vom 23.9.2010 verwiesen. Nach Ansicht des Bw. würde sich für die beurteilenden Genussrechte ein Vergleich mit Vorzugsaktien anbieten. Der BP erschließe sich dieser Vergleich nicht, da es sich bei den vorliegenden Genussrechten um Genussrechte an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung handle, für die es keine Regelung gebe, die jener in § 12a AktG betreffend Vorzugsaktien vergleichbar wäre. Die Gewinnansprüche eines Gesellschafters einer GmbH seien in § 82 GmbHG geregelt, wonach Zinsen von bestimmter Höhe für die Gesellschafter weder bedungen noch ausbezahlt werden dürften (vgl. § 82 (3) GmbHG). Durch die in § 3 Punkte 5) und 6) der Genussrechtsbedingungen geregelten Bestimmungen komme es jedoch für die Genussrechtsinhaber letztlich zu einer gewinnunabhängigen Mindestverzinsung, die der Vergleichbarkeit mit Kapitalanteilen entgegenstehe. Die Beurteilung der

Genussrechtsbedingungen I der C-GmbH im Sinne eines obligatorischen Genussrechts, für das die Steuerfreiheit des § 10 KStG 1988 nicht zustehe, werde von der BP aufrechterhalten.

Die Bw. erstattete mit Anbringen vom 26.9.2011 eine Gegenäußerung zur Stellungnahme der BP zur Berufung und brachte folgendes vor:

Berufungspunkt 1 - Genussrechte der B-GmbH&CoOEG:

Da die BP in der Stellungnahme zur Berufung lediglich auf die Ausführungen in der Niederschrift verweise und auf die Argumente der Berufung nicht eingehe, werde seitens der Bw. auf die diesbezüglichen Ausführungen in der Berufungsschrift verwiesen.

Berufungspunkt 2 – Genussrechte der C-GmbH:

Die Argumentation, dass zwischen Aktien und GmbH-Anteilen bzw. von einer GmbH emittierten Genussrechten zu unterscheiden wäre, sei nicht schlüssig. Letztlich komme es nämlich darauf an, ob Beteiligungserträge iSd § 10 KStG 1988 vorlägen bzw. ob eine Einkommensverwendung iSd § 8 Abs. 3 KStG 1988 gegeben sei. In § 8 Abs. 1 KStG 1988 fehle eine gesetzliche Regelung, wer als „Gesellschafter, Mitglied oder Person mit ähnlicher Eigenschaft“ in Betracht komme. Die Erfüllung dieser Eigenschaften werde vom Gesetzgeber vorausgesetzt. Dasselbe gelte im Übrigen für den Anwendungsbereich des § 8 Abs. 2 und 3 KStG 1988 sowie des § 4 Abs. 12 EStG 1988. Diesbezüglich sei davon auszugehen, dass als Anteilsinhaber Personen anzusehen seien, welche die Körperschaft mit Kapital ausstatten und dafür einen Anteil am Gewinn oder im Fall der Liquidation am Vermögen der Körperschaft hätten. Als typische Anteilsinhaber seien demnach bei einer GmbH die Gesellschafter, bei einer Aktiengesellschaft die Aktionäre, und bei einer Genossenschaft die Genossenschafter anzusehen. In steuerlicher Hinsicht sei im Einzelfall zu prüfen, ob in wirtschaftlicher Betrachtungsweise ertragsteuerlich eine Beteiligung vorliege, die einer Aktie/einem GmbH-Anteil vergleichbar sei. Von einer solchen Beteiligung (Substanzgenussrecht) sei dann auszugehen, wenn in Bezug auf das gesamte Gesellschaftsvermögen eine Beteiligung am Gewinn, am Vermögen und am Liquidationsgewinn einer Körperschaft vorliege. Dies bedeute, dass der Gesetzgeber selbst jene Kriterien der wirtschaftlichen Betrachtungsweise (abschließend) festlege, die zu einer Einstufung als Substanzgenussrecht führen. Wenn die BP sich im konkreten Fall auf § 82 Abs. 3 GmbHG berufe, so sei darauf hinzuweisen, dass § 54 AktG eine identische Bestimmung enthalte, dennoch seien Aktien mit einem Vorzugsbetrag unter der Voraussetzung der Gewinndeckung zulässig und qualifizierten als Eigenkapital. Wenn daher bei identer Rechtslage eine derartige Beteiligungsform in Form von Aktien zu steuerfreien Erträgen gem. § 10 KStG 1988 führe, sei nicht erklärbar, wieso eine vergleichbare Beteiligungsform an einer GmbH steuerlich anders zu qualifizieren sei. Eine derartige Differenzierung zwischen einer AG und einer GmbH sei § 10 KStG 1988 fremd. § 54 zweiter Halbsatz AktG untersage die Zusage und die Auszahlung von Zinsen an die Aktionäre. Unter Zinsen seien alle wiederkehrenden, der Höhe nach bestimmten oder bestimmbaren Leistungen der Gesellschaft an einen Aktionär, die ohne Rücksicht auf einen verteilungsfähigen Bilanzgewinn auf seine erbrachte oder noch nicht erbrachte Einlage geleistet werden (sollen), zu verstehen (Jabornegg in: Schiemer/Jabornegg/Strasser, AktG³, § 54 Rz 2; vgl. auch OGH ZBl 1914/438; Lutter in: KölnerKomm2, § 57 Rz 49; Henze in

GroßKomm⁴, § 57 Rz 162; Hüffer, AktG⁵, § 57 Rz 21; Bayer in: Münch-Komm, § 57 Rz 99; zur GmbH: Koppensteiner, GmbHG², § 82 Rz 13). Hintergrund dieses Verbots sei das Kapitalerhaltungsgebot. Die von den Aktionären geleistete Einlage dürfe nicht durch gewinnunabhängige wiederkehrende Leistungen an diese zurückfließen. Ohne Verstoß gegen § 54 zweiter Halbsatz AktG zulässig seien insbesondere Zahlungen an Vorzugsaktionäre (auch bei Nachbezug iSd § 12a Abs. 2 AktG; vgl. BGH 8.10.1952, BGHZ 7, 263 ff; Henze in GroßKomm⁴, § 57 Rz 165). Maßgeblich sei, dass die „Zinsleistungen“ von einem ordnungsgemäß festgestellten Bilanzgewinn abhängig seien (Lutter in: KölnerKomm2, § 57 Rz 50). Wenn aber von denselben Voraussetzungen gewinnabhängige Zahlungen bei Vorzugsaktionären zu Dividenden iSd § 10 KStG 1988 führten, sei im Hinblick auf § 10 Abs. 1 KStG 1988 kein Grund ersichtlich, wieso vergleichbare Zahlungsverpflichtungen auf Genussrechte steuerlich anders behandelt werden sollten. Das in § 82 Abs. 3 GmbHG enthaltene Verbot beziehe sich auf Stammeinlagenleistungen der Gesellschafter (Gellis/Feil Rn 9; Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 117). Dass solche Leistungen nicht verzinst werden dürften, hänge damit zusammen, dass sonst sowohl das Verbot der Rückgewähr von Stammeinlagen als auch die Verknüpfung von Ansprüchen der Gesellschafter mit dem Bilanzgewinn unterminiert werden könnten. Unbedenklich sei dagegen eine Verzinsungsvereinbarung im Rahmen des Bilanzgewinnes (SZ 5/116). Daraus ergebe sich, dass auch das GmbHG eine Verzinsungsvereinbarung im Rahmen des Bilanzgewinnes zulasse. Weshalb eine derartige Vereinbarung nicht auch bei Genussrechten möglich sein und daher ebenfalls wie bei GmbH-Anteilen zu Beteiligungserträgen iSd § 10 KStG 1988 führen sollte, sei aus § 10 KStG 1988 nicht ableitbar.

Über die Berufung wurde erwogen:

Berufungspunkt 1 - Genussrechte der B-GmbH&CoOEG:

Die Bw. begeht die Anwendung der Beteiligungsertragsbefreiung gem. § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 auf Erträge iHv € 24.054,00 im Jahr 2002, € 17.670,00 im Jahr 2003, € 114,00 im Jahr 2004 und € 2.280,00 im Jahr 2005 aus von der B-GmbH&CoOEG begebenen Genussscheinen. Die Ausgestaltung des von der Bw. erworbenen Genussrechts ist in den Genussrechtsbedingungen der emittierenden B-GmbH&CoOEG festgehalten.

In § 2 der Genussrechtsbedingungen („*Rechtsgrundlagen*“) der B-GmbH&CoOEG ist in Punkt 3) festgelegt: „*Die Genussscheine verbrieften einen Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung gemäß § 3 Z. 1 dieser Bedingungen und eine Beteiligung am Vermögen bei Beendigung des Genussrechtsverhältnisses gemäß § 3 Z. 5 dieser Bedingungen bzw. im Fall der Auseinandersetzung gemäß § 5 dieser Bedingungen. Weitere Rechte sind mit den Genussscheinen nicht verbunden.*“

Wie aus § 3 der Genussrechtsbedingungen eindeutig hervorgeht, ist das Rechtsverhältnis nicht bloß durch eine reine Zurverfügungstellung von Kapital gegen Vergütung charakterisiert da von der Bw. als Kapitalgeberin auch das Recht auf Beteiligung am Bilanzgewinn und am Liquidationsgewinn des emittierenden Unternehmens erworben wurde.

§ 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 erfasst Genussrechte iSd § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988. Das sind Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn der Beteiligungskörperschaft verbunden ist (zB VwGH 29. 3. 2006, 2005/14/0018; VwGH 22. 3. 2010, 2010/15/0020).

Die Genussrechtsbedingungen der B-GmbH&CoOEG weisen eine Ausgestaltung des Genussrechts auf, die den Anforderungen für eine Qualifizierung als Substanzgenussrecht (auch sozielles oder anteilsähnliches Genussrecht genannt) iSd § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 entspricht. Damit ist jedoch keinesfalls automatisch ein Recht auf Beteiligungsertragsbefreiung gem. § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 verbunden.

Das von der Bw. erstattete Berufungsvorbringen, dass die Ausgabe von Genussrechten nicht an eine Rechtsform gebunden sei und somit auch eine Personengesellschaft wie die B-GmbH&CoOEG als Emittentin von Genussrechten auftreten könne, ist zutreffend.

Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ist das Rechtsinstitut des "Genussrechtes" Gegenstand einzelner handelsrechtlicher Bestimmungen (vgl. § 174 Abs. 3 und 4 AktG, § 240 Z. 7 UGB), eine allgemeine gesetzliche Definition besteht nicht. Genussrechte im Sinne des § 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. Auch wenn sich die ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften (§ 174 Abs. 3 und 4 AktG und § 240 Z. 7 UGB) auf die AG beziehen, vertritt der Verwaltungsgerichtshof die Auffassung, dass - als Ausfluss der grundsätzlichen Vertragsfreiheit und damit auch der Freiheit in der Wahl der unternehmerischen Finanzierung - auch andere Rechtsträger Genussrechte ausgeben können (vgl. zB VwGH 16.12.1993, 92/16/0025; VwGH 18.11.2008, 2006/15/0050).

In den angeführten Erkenntnissen wird vom Höchstgericht klargestellt, dass die Begebung von Genussrechten keinesfalls den Aktiengesellschaften vorbehalten ist, da Genussrechte ein rechtsformunabhängiges Instrument zur Finanzierung der emittierenden Gesellschaft darstellen. Darüber hinaus gehende Aussagen, wie etwa über ein unabhängig von der Rechtsform des Emittenten bestehendes Recht der Genussrechtsinhaber auf Beteiligungsertragsbefreiung gem. § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988, lassen sich aus dieser Judikatur nicht ableiten.

In Anbetracht der Systematik der geltenden Rechtsordnung sind zur Beantwortung der Frage, wie Vergütungen bei Genussrechtsinhabern ertragsteuerlich zu behandeln sind, ausschließlich die Regelungsinhalte der maßgeblichen Rechtsnormen des Abgabenrechts (d.h. ertragsteuerliche Vorschriften) heranzuziehen:

In § 10 Abs. 1 KStG 1988, BGBl. Nr. 401/1988 in der anzuwendenden Fassung, ist angeordnet:

„Von der Körperschaftsteuer sind Beteiligungserträge befreit. Beteiligungserträge sind:

- 1. Gewinnanteile jeder Art auf Grund einer Beteiligung an inländischen Kapitalgesellschaften und Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in Form von Gesellschafts- und Genossenschaftsanteilen.*
- 2. Rückvergütungen von inländischen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nach § 8 Abs. 3 Z 2.*
- 3. Gewinnanteile jeder Art auf Grund einer Beteiligung an inländischen Körperschaften in Form von Genußrechten (§ 8 Abs. 3 Z 1).*
- 4. Gewinnanteile jeder Art auf Grund von Partizipationskapital im Sinne des Kreditwesengesetzes und des Versicherungsaufsichtsgesetzes.“*

Gem. § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 ist eine Einkommensverwendung anzunehmen bei Ausschüttungen jeder Art auf Partizipationskapital im Sinne des Kreditwesengesetzes und des Versicherungsaufsichtsgesetzes sowie auf Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn des Steuerpflichtigen verbunden ist.

Eine inländische Körperschaft iSd § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 ist eine unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft iSd § 1 Abs. 2 KStG 1988.

Gem. § 1 Abs. 2 KStG 1988 sind unbeschränkt steuerpflichtig Körperschaften, die im Inland ihre Geschäftsleitung oder ihren Sitz (§ 27 der Bundesabgabenordnung) haben. Als Körperschaften im Sinne dieser Bestimmung gelten:

- 1. Juristische Personen des privaten Rechts.*
- 2. Betriebe gewerblicher Art von Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 2).*
- 3. Nichtrechtsfähige Personenvereinigungen, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen (§ 3).“*

Die Befreiung für nationale Beteiligungserträge gem. § 10 Abs. 1 KStG 1988 ist an folgende Voraussetzungen geknüpft: 1. Es muss sich um „Beteiligungserträge“ handeln, die in § 10 Abs. 1 Z 1 bis Z 4 KStG 1988 näher spezifiziert sind; 2. Es muss eine in § 10 Abs. 1 Z 1 bis Z 4 KStG 1988 angeführte Beteiligungsform vorliegen (vgl. Achatz/Kirchmayr, KStG, § 10 Tz 3). § 10 Abs. 1 Z 1 bis 4 KStG 1988 hat konstitutiven Charakter; dies ergibt sich aus der historischen Entwicklung dieser Bestimmung. Die in § 10 Abs. 1 Z 1 bis 4 KStG 1988 enthaltene Aufzählung von (steuerfreien) Beteiligungserträgen ist taxativ und kann nicht

durch Interpretation ausgeweitet werden (vgl. *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger* [Hrsg], KStG 1988, § 10 Tz 54); *Achatz/Kirchmayr*, KStG, § 10 Tz 4).

Die Beteiligungsertragsbefreiung nach § 10 Abs. 1 Z 1 bis 4 KStG 1988 geht auf § 6 dKStG 1920 (RGBI 1920, 393) zurück (vgl. *Achatz/Kirchmayr*, KStG, § 10 Tz 10). Das mit der Beteiligungsertragsbefreiung vom Gesetzgeber verfolgte Ziel war seit jeher die Vermeidung einer Doppel- oder Mehrfachbelastung mit Körperschaftsteuer (*Tanzer*, GesRZ 1982, 28 ff). Innerhalb des Kreises der Körperschaften sollen Gewinne nur einmal mit Körperschaftsteuer belastet werden (KStR 2001 Rz 498). Dieses Ziel wird mit dem „System der Einfachbesteuerung“ erreicht, d.h. wenn Gewinnausschüttungen von einer Körperschaft an eine andere Körperschaft keiner Körperschaftsteuerbelastung unterliegen (*Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger* [Hrsg], KStG 1988, § 10 Tz 21).

Im Ergebnis fallen sämtliche in § 10 Abs. 1 Z 1 bis 4 KStG 1988 angeführten Beteiligungserträge bei der ausschüttenden oder sonst zuwendenden Körperschaft unter § 8 Abs. 2 und 3 KStG 1988. Der Anwendungsbereich von § 8 Abs. 2 und 3 KStG 1988 geht aber über § 10 Abs. 1 Z 1 bis 4 KStG 1988, der eine taxative Aufzählung von steuerbefreiten Beteiligungserträgen beinhaltet, hinaus, sodass es bei den - nicht von § 10 Abs. 1 KStG 1988 erfassten - Fällen weiterhin zu Doppelbesteuerungen kommen kann (vgl. *Achatz/Kirchmayr*, KStG, § 10 Tz 14).

Die Bestimmung des § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988, deren Anwendbarkeit im konkreten Fall strittig ist, verweist auf „*Genussrechte (§ 8 Abs 3 Z 1)*“ von „*inländischen Körperschaften*“. Diese Regelung stellt auf sozietäre Genussrechte ab und hat einen weiteren Anwendungsbereich als § 10 Abs. 1 Z 1 und 2 KStG 1988. Es kommen sämtliche „*inländische Körperschaften*“ in Betracht, die sozietäre Genussrechte iSd § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 begeben können (vgl. *Achatz/Kirchmayr*, KStG, § 10 Tz 14).

Werden Genussrechte von einer Personengesellschaft emittiert, sind bei einer Kapitalgesellschaft als Genussrechtsinhaberin die laufenden Vergütungen für die Begebung des Kapitals - unabhängig von der Ausgestaltung des Genussrechts - als körperschaftsteuerpflichtige Betriebseinnahmen zu qualifizieren. Die Beteiligungsertragsbefreiung des § 10 KStG 1988 kommt nicht zur Anwendung, zumal sich bereits aus der Textierung des § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 ergibt, dass es sich bei von Personengesellschaften begebenen Genussrechten nicht um Beteiligungen im Sinne des § 10 KStG 1988 handeln kann (vgl. *Wagner*, Genussrechte: Sonderfragen in Zusammenhang mit Personengesellschaften, FJ 2012, Heft 10 v. 01.10.2012, 313 ff).

Die in der Fachliteratur vertretene Rechtsansicht, dass von einer Personengesellschaft begebene Genussrechte generell nicht von der Beteiligungsertragsbefreiung gem. § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 erfasst sind, stellt sich als Ergebnis der Anwendung der anerkannten Regeln

juristischer Interpretation dar. Wenn in § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 angeordnet ist, dass eine Beteiligungsertragsbefreiung für „*Gewinnanteile jeder Art auf Grund einer Beteiligung an inländischen Körperschaften in Form von Genussrechten (§ 8 Abs. 3 Z 1)*“ bestehen soll, so bietet diese klare Formulierung keinen Raum für eine interpretative Ausdehnung auf Emittenten, welche keine „inländischen Körperschaften“ (§ 2 KStG 1988) sind. Es muss vielmehr angenommen werden, dass der Gesetzgeber, wenn er auch von Personengesellschaften begebene Genussrechte in die Beteiligungsertragsbefreiung einbeziehen hätte wollen, dies in eindeutiger Weise zum Ausdruck gebracht hätte. Auch wenn im konkreten Fall eine Ausgestaltung des Genussrechts vorliegt, welche die Merkmale eines Substanzgenussrechts iSd § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 aufweist, steht die Beteiligungsertragsbefreiung gem. § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 nicht zu, weil das emittierende Unternehmen eine Personengesellschaft ist.

Teleologische Erwägungen bestätigen die Richtigkeit dieser Interpretation des § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988, da mit einer Gewährung der Beteiligungsertragsbefreiung bei von Personengesellschaften begebenen Genussrechten nicht dem Telos des § 10 KStG 1988 Rechnung getragen würde. Zweck des § 10 KStG 1988 ist die Vermeidung einer Doppel- und Mehrfachbelastung mit Körperschaftsteuer, d.h. bereits mit Körperschaftsteuer belastetes Einkommen soll bei der Ausschüttung nicht noch einmal als Beteiligungsertrag der Körperschaftsteuer unterzogen werden. Bei Erträgen aus von Personengesellschaften begebenen Genussrechten kann es sich daher nicht um Beteiligungserträge gem. § 10 KStG 1988 handeln, da sie niemals auf unterster Ebene der Körperschaftsteuer unterzogen wurden (vgl. *Eberhartinger, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen*, 174).

Faktum ist, dass es auch im vorliegenden Fall zu keiner Doppel- oder Mehrfachbelastung der Erträge aus den von der Personengesellschaft B-GmbH&CoOEG begebenen Genussscheinen mit Körperschaftsteuer kommt.

Der im Sachverhaltsteil dieser Berufungsentscheidung vollinhaltlich dargestellten Argumentation der Bw., dass im konkreten Fall § 10 KStG 1988 anzuwenden wäre, weil es sich bei der B-GmbH&CoOEG um eine bloß vermögensverwaltende Personengesellschaft handle, kann im Hinblick auf die Sach- und Rechtslage keine entscheidungserhebliche Bedeutung beigemessen werden.

Die rechtliche Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes führt zum Ergebnis, dass die Versagung der Beteiligungsertragsbefreiung gem. § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 auf Erträge iHv € 24.054,00 im Jahr 2002, € 17.670,00 im Jahr 2003, € 114,00 im Jahr 2004 und € 2.280,00 im Jahr 2005 aus von der B-GmbH&CoOEG begebenen Genussscheinen durch das Finanzamt zu Recht erfolgte.

Berufungspunkt 2 – Genussrechte der C-GmbH:

Die Bw. begehr die Anwendung der Beteiligungsertragsbefreiung gem. § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 auf im Jahr 2006 erzielte Erträge iHv € 60.265,30 aus von der C-GmbH begebenen Genussscheinen.

Die Versagung der Beteiligungsertragsbefreiung durch das Finanzamt stützt sich auf die von der BP getroffene Beurteilung, dass nicht von einem Substanzgenussrecht (sozietäres oder anteilsähnliches Genussrecht) iSd § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 ausgegangen werden könne, weil sich aus den Genussrechtsbedingungen ein Anspruch auf Mindestverzinsung ergeben würde.

Betreffend die Argumente der Verfahrensparteien wird auf die im Sachverhaltsteil dieser Berufungsentscheidung vollinhaltlich wiedergegebenen Ausführungen verwiesen.

Betreffend die Inhalte der entscheidungsrelevanten Rechtsnormen wird auf die obige Darstellung zu Berufungspunkt 1 verwiesen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes erfassen § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 und § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 nur solche Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn des Steuerpflichtigen verbunden ist (zB VwGH 29. 3. 2006, 2005/14/0018; VwGH 22. 3. 2010, 2010/15/0020).

Da die Beteiligungsertragsbefreiung gem. § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 somit nur bei Substanzgenussrechten (sozietäre oder anteilsähnliche Genussrechte) zusteht, ist der Frage nach der Ausgestaltung des Genussrechts der emittierenden C-GmbH nachzugehen.

Die für die rechtliche Beurteilung maßgeblichen Bestimmungen der Genussrechtsbedingungen der C-GmbH werden im Folgenden dargestellt:

In § 2 der Genussrechtsbedingungen I („*Rechtsgrundlagen*“) der C-GmbH ist in Punkt 2) festgelegt:

„2) Die Genußscheine verbrieften einen Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung gemäß § 3 dieser Bedingungen und eine Beteiligung am Vermögen bei Beendigung des Genußrechtsverhältnisses gem. § 3 Abs. 9 dieser Bedingungen, bzw. im Fall der Auseinandersetzung gem. § 5 Abs. 1 dieser Bedingungen. Weitere Rechte sind mit den Genußscheinen nicht verbunden.“

In § 3 der Genussrechtsbedingungen I („*Beteiligung am Jahresüberschuß und Vermögen*“) der C-GmbH ist festgelegt:

„1) Für die Genußscheininhaber besteht ein Anspruch auf den jeweiligen Jahresüberschuß (vor Rücklagenbewegung) im Verhältnis des von der X aufgebrachten Kapitals zum gezeichneten eigenkapitalähnlichen Genußrechtskapital. Das aufgebrachte Kapital der X besteht aus Stammkapital zuzüglich Kapitalrücklagen. Das Kapital der Genußscheininhaber entspricht dem eingezahlten eigenkapitalähnlichen Genußrechtskapital.“

2) Die Genußscheininhaber nehmen im Verhältnis gemäß Abs. 1 auch am Jahresfehlbetrag der X bis zur Höhe des gezeichneten eigenkapitalähnlichen-Genußrechtskapitals mit folgender Einschränkung teil:

Eine Verlustbeteiligung der Genußrechtsinhaber besteht nur dann und insoweit, als das von der X aufgebrachte Nominalkapital, Kapital- und Gewinnrücklagen sowie unversteuerte Rücklagen nicht ausreichen, den Bilanzverlust abzudecken.

3) Die Teilnahme am Jahresüberschuß oder Fehlbetrag erfolgt in den Fällen des unterjährigen Ein- oder Austritts des Genußrechtsinhabers pro rata temporis.

4) Entgegen dem Gewinnaufteilungsverhältnis gemäß Abs. 1 sind für den Fall eines durch die Verlustteilnahme herabgeminderten eigenkapitalähnlichen Genußrechtskapitals spätere Jahresüberschüsse vorrangig dem Genußrechtsinhaber, bis zur Höhe des eigenkapitalähnlichen Genußrechtskapitals, zuzuweisen.

5) Soweit jeweils durch Jahresüberschüsse gedeckt, besteht für den Genußscheininhaber jedenfalls ein Mindestgewinnanspruch für das Jahr 2003 in Höhe von "5% des Genußscheinnominales, ab dem Geschäftsjahr 2004 jedenfalls von 6% des Genußscheinnominales.

6) Reichen die Jahresüberschüsse zur Auszahlung des Mindestgewinnanspruches nicht aus, so erfolgt eine Nachholung dieser Mindestgewinnansprüche aus Jahresüberschüssen der Folgejahre, soweit diese eine entsprechende Bedeckung ermöglichen.

7) Der Mindestanspruch gemäß Abs. 5 ist, sofern er nicht zur Bedeckung der Auffüllungsverpflichtung infolge Verlustteilnahme zu verwenden ist, spätestens ein Monat nach dem Zeitpunkt der Feststellung des Jahresabschlusses der C. durch die Generalversammlung zur Zahlung fällig.

8) Jegliche Nachschußpflichten für die Genußrechtsinhaber sind ausgeschlossen.

9) Die Genußrechte gewähren dem Inhaber der Genußscheine eine Beteiligung am Unternehmenswert sowie am Liquidationsgewinn der Gesellschaft im selben Verhältnis wie eine Beteiligung am Jahresüberschuß gemäß § 3 Abs. 1 dieser Bedingungen. Dieser Anspruch ist im Konkurs - oder Liquidationsfall der Gesellschaft gegenüber sämtlichen Gläubigern der Gesellschaft nachrangig, gegenüber den Gesellschaftern der C. jedoch vorrangig."

In § 4 der Genussrechtsbedingungen I („Laufzeit“) ist festgelegt, dass die Genussrechte auf die Unternehmensdauer der Gesellschaft begeben werden, d.h. die emittierende Gesellschaft keine Kündigung vornehmen kann. Bei einer möglichen Kündigung durch Genussrechtsinhaber haben diese laut § 4 („Auseinandersetzung“) einen Vermögensanspruch gem. § 3 Punkt 9).

Den im Folgenden dargestellten Aussagen des VwGH ist zu entnehmen, welche Kriterien erfüllt sein müssen, um eine Qualifizierung als Substanzgenussrecht vornehmen zu können:

„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. Als Fremdkapitalkriterium ist auch das Vorliegen einer (Mindest)Verzinsungsvereinbarung zu nennen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2004, 98/14/0131). § 8 Abs 3 Z 1 KStG und § 10 Abs 1 Z 3 KStG 1988 erfassen jedenfalls nur solche Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn des Steuerpflichtigen verbunden ist. Diese beiden Elemente sind für Genussrechte iSd vorgenannten Bestimmung unverzichtbar, für die Abgrenzung zwischen anteilsähnlichen und obligationenähnlichen Genussrechten sind aber zusätzlich die oben genannten Merkmale heranzuziehen" (VwGH 29.03.2006, 2005/14/0018)."

Der hg. Rechtsprechung ist somit zweifelsfrei zu entnehmen, dass für die Beantwortung der Frage, ob ein Substanzgenussrecht vorliegt, die konkret zu beurteilenden Umstände des Einzelfalles gegeneinander abzuwägen sind. Es ist eine gedankliche Auseinandersetzung mit sämtlichen relevanten Inhalten der Genussrechtsbedingungen der C-GmbH vorzunehmen, wobei die für das Vorliegen einer Substanzbeteiligung sprechenden Merkmale mit den gegen eine solche Beurteilung sprechenden Merkmalen abzuwägen sind. Dabei ist zu beachten, dass einzelne Bestimmungen unter Bedachtnahme auf ihre Bedeutung im Gesamtkontext zu würdigen sind.

Nach den oben dargestellten Inhalten der Genussrechtsbedingungen der C-GmbH handelt es sich bei den von dieser Gesellschaft begebenen Genussrechten um solche, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn des Steuerpflichtigen verbunden ist. Weiters ist davon auszugehen, dass die übrigen, nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung für den Eigenmittelcharakter sprechenden Merkmale erfüllt sind.

Das einzige für den Fremdkapitalcharakter sprechende Merkmal könnte sich aus der in § 3, Punkte 5) und 6) der Genussrechtsbedingungen getroffenen Regelung betreffend einen Mindestgewinnanspruch für Genussrechtsinhaber ergeben.

Nach Ansicht der BP stünde diese Regelung dem „*Wesen eines soziären Genussrechts*“ entgegen, weshalb die Beteiligungsertragsbefreiung gem. § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 nicht zu gewähren sei.

Wie aus der hg. Rechtsprechung zweifelsfrei hervorgeht, besteht das von der BP angesprochene „*Wesen eines soziären Genussrechts*“ im Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn der emittierenden Gesellschaft.

Tatsache ist, dass die Inhaber von Genussrechten der C-GmbH nach den Genussrechtsbedingungen am Gewinn und am Liquidationsgewinn beteiligt sind.

Der Argumentation der BP, dass durch die Regelung über den Mindestgewinnanspruch die Fremdkapitalkriterien einer „Mindestverzinsung“ und einer „gewinnunabhängigen Vergütung“ realisiert würden, liegt offensichtlich eine selektive Wahrnehmung einzelner Textpassagen unter Ausblendung anderer Aspekte und ohne Beachtung des Gesamtzusammenhangs der Regelung zugrunde.

Im Rahmen der nach hg. Rechtsprechung gebotenen Abwägung von Eigenkapitalkriterien und Fremdkapitalkriterien bedarf es einer Auseinandersetzung mit der Frage, welche Bedeutung der Regelung über den Mindestgewinnanspruch im Kontext der Regelungen über die Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn zukommt.

Nach § 3 Punkt 5) der Genussrechtsbedingungen besteht der Mindestgewinnanspruch nur im Fall der Deckung durch Jahresüberschüsse. In § 3 Punkt 6) ist, falls die Jahresüberschüsse zur Auszahlung des Mindestgewinnanspruches nicht ausreichen sollten, die Nachholung aus Jahresüberschüssen der Folgejahre ebenfalls nur vorgesehen, „*soweit diese eine entsprechende Bedeckung ermöglichen.*“

Mit dieser Gestaltung wurde den Genussrechtsinhabern keinesfalls eine garantierte Mindestverzinsung, sondern ein gewinnabhängiger Anspruch auf Ertrag aus dem Genussrecht zugestanden. Da auch die Nachholung gem. § 3 Punkt 6) nur bei positiven Jahresergebnissen der emittierenden Gesellschaft in den Folgejahren und somit nicht gewinnunabhängig erfolgen kann und zudem die Auszahlung von Ansprüchen aus Vorjahren nur bis zur Bedeckung möglich ist, stellt eindeutig die Beteiligung am Gewinn das wesentliche Element dar, weshalb eine gedankliche Gleichsetzung dieser Regelung mit einer fixen Verzinsung nicht gerechtfertigt wäre.

Daher ist das Vorliegen einer als Fremdkapitalkriterium geltenden „*(Mindest)Verzinsungsvereinbarung*“ im vom VwGH intentierten Sinn zu verneinen.

Nach dem Wortsinn umfassen die Begriffe „Verzinsung“ und „Mindestverzinsung“ keine Anteile an einem zu erwirtschaftenden Gewinn. Vielmehr handelt es sich hierbei um gewinnunabhängige Erträge, deren Ermittlungsbasis das hingegebene Kapital ist.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sowohl die Auslegung der in den Genussrechtsbedingungen der C-GmbH enthaltenen Regelung über den Mindestgewinn im Wege der Wortinterpretation in Verbindung mit der grammatischen und systematischen Auslegung als auch die Beurteilung in wirtschaftlicher Betrachtungsweise zum Ergebnis führen, dass es nicht zu gewinnunabhängigen Erträgen bzw. einer fixen „Verzinsung“ kommen kann und daher nicht vom Vorliegen eines Fremdkapitalkriteriums auszugehen ist.

Das Genussrecht an der C-GmbH, mit dem das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn der Gesellschaft verbunden ist, ist aufgrund des Überwiegens der Eigenkapitalkriterien in Qualität und Quantität als Substanzgenussrecht (sozietäres oder anteilsähnliches Genussrecht) iSd § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 zu qualifizieren.

Folglich ist dem Berufungsbegehren auf Anwendung der Beteiligungsertragsbefreiung gem. § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 auf im Jahr 2006 erzielte Erträge iHv € 60.265,30 aus von der C-GmbH begebenen Genussscheinen stattgegeben.

Daher war spruchgemäß zu entscheiden.

Beilage: 1 Berechnungsblatt

Wien, am 6. März 2013