



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Jungmeier Steuerberatungs GmbH, 1120 Wien, Schönbrunner Straße 253/14, gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel vom 24. September 2012, ErfNr. x1, StNr. y1 betreffend Gesellschaftsteuer entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Strittig ist im gegenständlichen Fall die Gesellschaftsteuer gemäß § 2 Z 1 iVm § 5 Abs. 1 Z 2 KVG: Handelt es sich bei den von der Bw. begebenen Genussrechten um ein Darlehen oder um eine unternehmerische, gesellschafterähnliche Beteiligung, wenn gewinnabhängiger fixer Zins, Verlustbeteiligung bis zu 100% des Nennbetrages des Genussrechtes, Nachrangigkeit der Genussrechtsforderung im Fall der Liquidation oder Insolvenz der Gesellschaft und grundsätzlich unbegrenzte Laufzeit mit einer Mindestvertragsdauer vereinbart wurden?

Überblick:

1. Verfahren

- 1.1. Verfahren vor dem Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel
- 1.2. Berufung

2. Beweisaufnahmen

3. Sachverhalt

- 3.1. Allgemeines
- 3.2. Genussrechtsbedingungen und Genussscheinbedingungen
- 3.3. Festgestellter Sachverhalt

4. Unionsrechtliche Regelungen

- 4.1. Die Gesellschafterrechte des Art. 4 Abs. 1 lit. d der Kapitalansammlungsrichtlinie 69/335/EWG bzw. Art. 3

lit. d 2008/7/EG

4.2. Die „unternehmerische“ Beteiligung in der Kapitalansammlungsrichtlinie

5. Nationale Regelung des § 5 KVG

- 5.1. Das KVG erfasst als Gesellschaftsrechte „die unternehmerische Teilnahme“ und nicht das Darlehen
 5.2. Das Genussrecht gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG vor seinem zivilrechtlichen Hintergrund

6. Die Rechtsprechung zur Verzinsung in Gegenüberstellung zu den vorliegenden Genussrechtsbedingungen und Genussscheinbedingungen

- 6.1. Erkenntnis des VwGH 14.11.1974, 1257/73 zu § 5 Abs. 1 Z 3 KVG
 6.2. Erkenntnis des VwGH 16.12.1993, 92/16/0025 zu § 5 Abs. 1 Z 2 KVG
 6.3. Erkenntnis des VwGH 24.3.1994, 92/16/0189 zu § 5 Abs. 1 Z 3 KVG
 6.4. Erkenntnis des VwGH 19.8.1997, 95/16/0328, VwGH 19.9.2001, 99/16/0056)
 und VwGH 6.11.2002, 2002/16/0243 zu § 5 Abs. 1 Z 2 KVG
 6.5. Berufungsentscheidungen 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

7. Der Unterschied zwischen Genussrechten und Darlehen (hier: Anleihen) in Gegenüberstellung zu den vorliegenden Genussrechtsbedingungen und Genussscheinbedingungen

- 7.1. Gewinnbeteiligung – Gewinnabhängigkeit
 7.2. Zusammenhang zwischen Verlustbeteiligung und Nachrangigkeit
 7.3. Laufzeit und Kündigung

8. Zusammenfassung

9. Schlussfolgerungen

Bemerkt wird, dass zu diversen gleichgelagerten Fällen der Bw. bereits die Berufungsentscheidungen UFS 8.10.2012, RV/1328-W/08 ua. ergingen.

1. Verfahren

1.1. Verfahren vor dem Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel

Die Bw. zeigte mit Gesellschaftsteuererklärung 07/2012, beim Finanzamt eingelangt am 21. September 2012, einen Erwerbsvorgang betreffend Genussrechte gemäß § 10 KVG an. Dazu reichte die Bw. eine Stellungnahme mit im Wesentlichen folgendem Inhalt: Bei den Genussrechten und Genussscheinen handle es sich um obligationenähnliche Genussrechte, die keine Beteiligung an der Substanz oder an einem Liquidationserlös vermittelten. Ein Betrag von € 30.903,12 beziehe sich auf Genussrechte, die eine Beteiligung am Gewinn vermittelten, der andere Betrag von € 214.061,56 beziehe sich auf Genussrechte, die ausschließlich eine „variable“ Verzinsung vermittelten, nämlich die „A Funds 225“ Produkte. Diese „verzinsten Genussrechte“ würden inhaltlich keine typischen Vermögensrechte eines Gesellschafters darstellen, sie seien anleiheähnlich ausgestaltet und fallen nach Ansicht der Bw. nicht unter das KVG. Diese „A Funds“ Produkte seien auch im Sinne der Kapitalansammlungsrichtlinie 69/335/EWG keine gesellschaftsähnlichen Rechte.

Das Finanzamt hatte bereits in früheren Gesellschaftsteuerverfahren die Bw. mit Schreiben vom 17.10.2008 (ErfNr. x5, StNr. y1, UFS 8.10.2012, RV/3703-W/08) ersucht, die Genussrechtsbedingungen vorzulegen. Am 28.10.2008, am 30.11.2010 und am 4.2.2011 legte die Bw. die Genussrechtsbedingungen nicht nur für die auch hier strittigen „A Funds“

Produkte, sondern für alle von ihr begebenen und gemäß [§ 10 KVG](#) angezeigten, somit auch die unstrittigen Genussrechte vor.

Mit Bescheid vom 24.9.2012 setzte das Finanzamt die Gesellschaftsteuer von der Bemessungsgrundlage $244.964,68 \text{ Euro} \times 1\% = 2.449,65 \text{ Euro}$ fest und begründete den Bescheid, dass es sich nach der gesamten Ausgestaltung des Genussrechtes um Gesellschaftsrechte nach [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) handle und kein Widerspruch zur Kapitalansammlungsrichtlinie 69/335/EWG vorliege, die die Gesellschaftsrechte beispielhaft aufzähle.

1.2. Berufung

Fristgerecht wurde gegen diesen Festsetzungsbescheid Berufung erhoben. Zwar würde im KVG das Genussrecht nicht definiert, doch aus der Würdigung der übrigen Tatbestände sei ersichtlich, dass nur solche Gesellschaftsrechte erfasst wären, die eine gesellschafterähnliche Stellung vermittelten. Eingewendet wurde, dass diese „A Funds“ Produkte nicht von [§ 5 KVG](#) erfasst würden. Sie stellten obligationenähnliche Genussrechte dar, die keinerlei Gesellschaftsrechte vermittelten, nicht einmal eine Beteiligung am Gewinn gewährten. Diese Interpretation würde auch durch Art. 4 Abs. 1 lit. d der Kapitalansammlungsrichtlinie 69/335/EWG unterstützt. Die „A Funds“ Produkte seien „*Fixed Income Genussrechte (Floater)* mit eingezogener Mindestbasisdividende (Floor)“. Die Höhe der Verzinsung, die Basisdividende, sei ausschließlich vom Hauptrefinanzierungszinssatz der EZB und nicht vom Gewinn der Bw. abhängig. Die bloße Abhängigkeit der Zinsen vom Geschäftserfolg im Sinne einer Obergrenze der Zinsen bzw. des Zinssatzes führe aber noch nicht zum Vorliegen eines Gesellschaftsrechtes, denn einem Gesellschafter könnte niemals eine Verzinsung seiner Einlage gewährt werden. Zwar könnte die Verzinsung vorübergehend bis auf Null reduziert werden, allerdings trüfe die Bw. eine Nachzahlungsverpflichtung. Ein solcher Dividendenvorbehalt erlaube es aber nicht, die Zinszahlungen als Gewinnbeteiligung iSd KVG zu qualifizieren. Die Genussrechtsinhaber hätten keinen Anspruch auf Beteiligung am laufenden Gewinn oder am Liquidationserlös und auch kein Stimmrecht. Da die „A Funds“ Produkte keine „Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden“, einräumen, unterlägen sie nicht dem KVG. Weiters verwies die Bw. zur Unterstützung ihres Vorbringens auf *Grau/Plansky in Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte, 278.

Vom Finanzamt wurde die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem Unabhängigen Finanzsenat vorgelegt. Im Vorlagebericht beantragte das Finanzamt die Abweisung der Berufung mit der Begründung, dass Genussrechte gemäß [§ 5 Abs. 1 KVG](#) als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften gelten. Eine Definition enthalte das KVG nicht. Genussrechte seien Gläubigerrechte schuldrechtlicher Art. Eine Beteiligung am Gewinn oder

Liquidationserlös der Gesellschaft sei nicht erforderlich, stehe doch beim Tatbestand des [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) nicht die Gewinnbeteiligung im Vordergrund, wie dies [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#) fordere. Der Gesellschaftsteuer unterliegen nicht nur Substanzgenussrechte, sondern auch obligationenähnliche Genussrechte. Typisch für das Genussrecht sei, dass der Genussberechtigte dem Verpflichteten Kapital zur Verfügung stelle. Im berufungsgegenständlichen Fall sei der Parteiwille auf die Hingabe von Genussrechten und nicht auf die Gewährung eines Darlehens gerichtet. Dafür spräche, dass die Verzinsung an die Gewinn-/Verlustsituation des Unternehmens gekoppelt sei – entfällt die Verzinsung doch, sollte dadurch bei der Gesellschaft ein Fehlbetrag entstehen (oder ein bestehender Fehlbetrag sich erhöhen). Eberhartinger definiere das Genussrecht sehr weitgehend. Auch bei bloßer Vereinbarung einer festen Verzinsung könne das Vorliegen eines Genussrechtes angenommen werden (Eberhartinger, Genussrechte 13f).

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.

Durch die Einordnung des Genussrechtes als Eigenkapital sei ein Widerspruch zur EU-Richtlinie vom 17.7.1969 nicht gegeben.

Die Bw. wurde von diesen Berufungsvorlagen verständigt und ihr eine Ausfertigung des Vorlageberichtes mitgereicht.

2. Beweisaufnahmen

Beweis wurde erhoben

- durch Einsicht in die Gesellschaftsteuerakten des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel und in die dort einliegenden, von der Bw. anlässlich einer Anfrage überreichten Genussrechtsbedingungen und Genussscheinbedingungen und zwar C D Austria II (Genussscheine), C D (Genussrechte), C D Germany II (Genussrechte), April 2005, C D Germany III (Genussrechte), 1.6.2006, A1 Fund 225 (Genussrechte), 29.12.2006, A1 Fund 425 (Genussrechte), 29.12.2006, A1 Fund 450 (Genussrechte), 29.12.2006, B Fund 2007 (Genussrechte), 29.12.2006, A1 Fund 225 (Genussscheine), 18.4.2007, A1 Fund 450 (Genussscheine), 18.4.2007, B Fund 2007 (Genussscheine), 18.4.2007, B Fund 2007 Plus (Genussscheine), 18.4.2007.

Bemerkt wird, dass von diesen Genussrechten nur die A1 Fund 225 (Genussrechte), 29.12.2006, A1 Fund 425 (Genussrechte), 29.12.2006, A1 Fund 450 (Genussrechte),

29.12.2006, A1 Fund 225 (Genussscheine), 18.4.2007 und A1 Fund 450 (Genussscheine), 18.4.2007 strittig sind.

- durch Internetrecherche <http://www.abc.pdf>, Abfrage September 2012 ua.

- durch Einsicht ins Firmenbuch der Bw. FN z, samt dort allgemein zugänglichen eingescannten Urkunden.

3. Sachverhalt

3.1. Allgemeines

Die Bw. wurde mit Satzung vom 29.3.2004 gegründet. Die Firma der Bw. lautete damals Bw.1, mit Satzung vom 29.12.2006 erhielt die Bw. den heutigen Firmennamen.

Strittig ist lediglich die kapitalverkehrsteuerliche Beurteilung der Genussrechtsbedingungen und Genussscheinbedingungen A1 Fund 225, A1 Fund 425 und der A1 Fund 450, sie unterscheiden sich laut Firmenbuch der Bw., Anhang zum Jahresabschluss 2007 lediglich in Folgendem, nicht aber in den textlichen vertraglichen Vereinbarungen. Die anderen von der Bw. mit Schreiben vom 28.10.2008 und 30.11.2010 usw. dem Finanzamt überreichten Genussrechtsbedingungen C D Austria II (Genussscheine), C D (Genussrechte), C D Germany II (Genussrechte), April 2005, C D Germany III (Genussrechte), 1.6.2006, B Fund 2007 (Genussrechte), 29.12.2006, B Fund 2007 (Genussscheine), 18.4.2007 und B Fund 2007 Plus (Genussscheine), 18.4.2007, werden lediglich als Überblick wie im Firmenbuch der Bw., Anhang zum Jahresabschluss 2007 in Tabellenform aufgeführt, wiedergegeben:

Genussrechte betreffend C D (nicht strittig)

C D	C D Austria II (Genuss-scheine)	C D Germany I (Genuss-rechte)	C D Germany II (Genuss-rechte)	C D Germany III (Genuss-rechte)
Mindestvertrags-dauer	5-20 Jahre	5 Jahre	5-20 Jahre	8-20 Jahre
Basisdividende	6,75% des Nennbetrags p.a.	10% des Nennwerts p.a.	6,75% des Nennbetrags p.a.	7 % des Nennbetrags p.a.
Überschussdividende	quotal 25% des handelsrechtlichen Jahresüberschusses vor Steuern und vor Gewinnverwendung	quotal 50% des handelsrechtlichen Jahresüberschusses vor Steuern und vor Gewinnverwendung	quotal 25% des handelsrechtlichen Jahresüberschusses vor Steuern und vor Gewinnverwendung	quotal 50% des handelsrechtlichen Jahresüberschusses vor Steuern und vor Gewinnverwendung
Zeichnungsfrist	31.12.2006	31.12.2006	31.12.2006	31.12.2008
Kapitalrückzahlung	Bei Kündigung nach Ablauf der Mindestvertragsdauer durch Einlösung zum Buchwert zu-/abzüglich Gewinn-/Verlustbeteiligung			

Genussrechte A Fund (strittig) und B Fund (nicht strittig)

A0 Genussrechte	A1 Fund 225	A1 Fund 425	A1 Fund 450	B Fund
Mindestvertrags-	5 Jahre	10 Jahre	5-20Jahre	1, 4 oder 8 Jahre

dauer				
Basisdividende bis 31.12.2007	6% des Nenn-betrages p.a.	8% des Nenn-betrages p.a	8% des Nenn-betrages p.a	keine
Basisdividende ab dem 1.1.2008	2,25% über dem Hauptfinanzierungssatz der EZB	4,25% über dem Hauptfinanzierungssatz der EZB	4,50% über dem Hauptfinanzierungssatz der EZB	keine
Mindestbasis-dividende (Floor)	4% des Nenn-betrages	6% des Nenn-betrages	6% des Nenn-betrages	Keine
Überschuss-dividende	Keine	Keine	Keine	Anteil an 95% der bis zum Laufzeitende ausgewiesenen Jahresüberschüsse
Kapital-rückzahlung	Bei Kündigung nach Ablauf der Mindestvertragsdauer durch Einlösung zum Nennwert abzüglich eines etwaigen Verlustanteils, zuzüglich 7% einmalige Bonusdividende (bei ARF ab dem 4. vollen Beteiligungsjahr)			

Genussscheine A1 Fund (strittig) und B Fund (nicht strittig)

A0 Genuss-scheine	A1 Fund 225	A1 Fund 450	B Fund 2007	B Fund 2007 Plus
Mindestvertrags-dauer	5 Jahre	5-20Jahre	4 Jahre	8 Jahre
Basisdividende bis 31.12.2007	6% des Nenn-betrages p.a.	8% des Nenn-betrages p.a	Keine	Keine
Basisdividende ab dem 1.1.2008	2,25% über dem Hauptfinanzierungssatz der EZB	4,50% über dem Hauptfinanzierungssatz der EZB	Keine	Keine
Mindestbasis-dividende (Floor)	4% des Nenn-betrages	6% des Nenn-betrages	Keine	Keine
Überschuss-dividende	Keine	Keine	Anteil an 95% der bis zum Laufzeitende ausgewiesenen Jahresüberschüsse	Anteil an 95% der bis zum Laufzeitende ausgewiesenen Jahresüberschüsse
Kapital-rückzahlung	Bei Kündigung nach Ablauf der Mindestvertragsdauer durch Einlösung zum Nennwert abzüglich eines etwaigen Verlustanteils, zuzüglich 5,75% einmalige Bonusdividende			

Im Firmenbuch der Bw. ist im Anhang zum Jahresabschluss zum 31.12.2007, Lagebericht, folgende Darlegung zu den Genussrechten enthalten:

1.2.1. Ertragslage:

„....In den in 2007 erstmals begebenen Genussrechts- bzw. Genussscheinserien A1 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 B Fund zu übernehmen war und die Produktkategorie A1 damit keinen Verlustanteil zu tragen hatte.“

„1.2.2 Vermögens- und Finanzlage

....Kernaktivität war die Emission von nachrangigem Genussrechtskapital mit Beteiligung an Gewinn und Verlust. Im Jahr 2007 wurden zwei unterschiedliche Serien von Genussrechtsprodukten emittiert. Zum Einen wurden Genussrechte B in Höhe von ca. 36,7 Mio. EUR begeben....Insgesamt wurden hiervon 29,5 Mio EUR aus der Umschreibung der alten

DKM Emissionen der Serien C Germany I bis III generiert, die jeweils hohe laufende Basisdividendenauszahlungen vorsahen. Die Umschreibung führte daher zu einer deutlichen Reduzierung des Kapitaldienstes des Unternehmens.

Genussrechte A1 225 und A1 425 wurden in 2007 in Höhe von ca. 10 Mio. EUR begeben. Die Produkte unterscheiden sich in der Mindestlaufzeit und in der Höhe der laufenden Basisdividenden. Aus den alten DKM Emissionen wurden ca. 7,4 Mio EUR in diese neuen Genussrechte umgeschrieben.

Für das Genussrecht A1 450 wurde eine Vertragssumme von etwa 34 Mio. EUR begeben....

Neben dem Genussrechtskapital wurde im Geschäftsjahr ebenfalls mit einer Platzierung einer innovativen Inhaber-Schuldverschreibung am Markt begonnen. Das Wertpapier ist girosammelverwahrt und rentiert als Floater, angelehnt an den Hauptrefinanzierungssatz der EZB. Zusätzlich wird der Rückzahlungsbetrag des Wertpapiers zum Laufzeitende der Inflationsrate angepasst (inflations-indexiert)."

Im Firmenbuch der Bw. ist im Anhang zum Jahresabschluss zum 31.12.2009 „Erläuterungen zur Bilanz, folgende Darlegung zu den Genussrechten enthalten:

„Nachrangiges Genussrechtskapital mit Beteiligung am Verlust

Die Gesellschaft hat im Berichtsjahr 20 Typen von Genussrechten / -scheinen mit Gewinn- und Verlustbeteiligung mit der Bezeichnung 'C' zu den in den entsprechenden Kapitalmarktprospekten festgeschriebenen Bedingungen begeben..... Zwischen Oktober 2005 und März 2006 wurde ein Großteil der im Jahr 2004 und Anfang 2005 in Österreich begebenen Genussrecht C A und Fund B mit Zustimmung der Anleger rückwirkend zum Emissionszeitpunkt, d.h. zum 16. Juni 2004, verbrieft....

Im Rahmen der Verbriefung der österreichischen Genussrechte in Genussscheine sowie im Rahmen des Emittentenwechsels stimmten die Anleger einer Änderung der Genussrechtsbedingungen zu, wonach – unter anderem - ihr Genussrechts- (bzw. Genussschein-)kapital erst im Zeitpunkt des Ausscheidens mit Verlusten belastet wird.....

In der Bilanz ist der Jahresverlust unabhängig vom Zeitpunkt der Belastung des einzelnen Anlegers im Jahr des Entstehens mit dem nachrangigen Genussrechtskapital zu verrechnen. Dieser Ertrag wird im Finanzergebnis der Gesellschaft als Ertrag aus der Herabsetzung des Genussrechtskapitals ausgewiesen. Im Berichtsjahr wurden 6 weitere Typen von Genussrechten (B Fund 1jährig, 4jährig und 8jährig sowie A1 Fund 225, 425 und 450) und 4 weitere Typen Von Genussscheinen (B Fund 2007, B Fund 2007 Plus, A1 Fund 225 und 450) zu den in den jeweiligen Kapitalmarktprospekten festgeschriebenen Bedingungen begeben.

Den Anlegern, die in C s Germany I, Germany II und Germany III investiert haben, wurde im Berichtsjahr ein Umstieg auf die neuen A0 Produkte angeboten (Produktwechsel). Anlegern in Genussrechte / -scheine C s Austria I und Austria II wurde Ende Dezember 2007 die Möglichkeit zum Produktwechsel im Jahr 2008 angeboten. Im Unterschied zu den C s, die sowohl mit einer Basisdividende als auch mit einer gewinnabhängigen Überschussdividende ausgestattet waren, sind die A0 Produkte entweder nur mit einer Basisdividende, die vom Hauptrefinanzierungszinssatz der Europäischen Zentralbank (EZB) abhängt, ausgestattet (A1 Funds), oder nur mit einer gewinnabhängigen Überschussdividende (B Funds). Bezuglich der Verlusttragung sind die B Funds vorrangig vor den A1 Funds. Die Gewinn- und Verlustverteilung auf die ThomasLloyd Produkte erfolgt prospektmäßig nach dem nach den internationalen Rechnungslegungsvorschriften IFRS ermittelten Ergebnis... "

Unter „Pflichtangaben bei Aktiengesellschaften“, Seite 26, ist folgender Passus enthalten:

„Die Gesellschaft begibt folgende Typen vinkulierter, nicht verbrieftener Namens-Genussrechte bzw. verbriefteter Namens-Genussscheine mit Gewinn- und Verlustbeteiligung zu einem Nennwert von je € 10,- (C s) bzw. zu einem Nennwert von je € 1,- (A0 Funds). Das Genussrechts-Kapital ist in der Bilanz im unten angegebenen Umfang unter der eigenen Position "Nachrangiges Genussrechtskapital mit Beteiligung am Verlust" nach dem Eigenkapital als nachrangiges Kapital ausgewiesen. Gemäß den Genussrechtsbedingungen treten die Forderungen aus den Genussrechten gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern gegen die Gesellschaft im Rang zurück. Das Genussrechts-Kapital wird im Fall des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft oder der Liquidation der Bw.1 erst nach Befriedigung aller nichtnachrangigen Gläubiger zurückgezahlt. Die Genussrechte begründen keinen Anspruch auf Teilnahme am Liquidationserlös im Falle der Auflösung der Gesellschaft.“

Nach dem Bericht über den Geschäftsverlauf und die wirtschaftliche Lage 2009 wird unter Punkt 1.3. Finanzielle Leistungsfaktoren, festgehalten, dass in den Jahren 2008 und 2009 den Genussrechten/Genussscheinen Verluste zugewiesen worden waren.

3.2. Genussrechtsbedingungen und Genussscheinbedingungen

Die Genussrechtsbedingungen und Genussscheinbedingungen der A1 Fund 225, A1 Fund 425, A1 Fund 450 unterscheiden sich lediglich darin, dass bei den Genussscheinbedingungen die Genussrechte verbrieft wurden und der Passus in § 1, dass die Genussrechte nur mit Zustimmung der Bw. veräußert werden können, entfällt. Die Genussrechtsbedingungen, aufgrund der Ermächtigung der Hauptversammlung vom 29.12.2006 und die Genussscheinbedingungen aufgrund der Ermächtigung der Hauptversammlung vom 17.4.2007 der A1 Fund 225, A1 Fund 425, A1 Fund 450 werden auszugsweise wiedergegeben.

§ 1 Nennbetrag und Form des Genusskapitals

[225:] Die Bw. hat die Aufnahme von Genusskapital mit einem Gesamtnennbetrag von 30,000.000,00 Euro [bzw. für 425 und 450 je 60,000.000,00 Euro] beschlossen. Die Genussrechte lauten auf den Namen des Inhabers. Die Genussrechtsinhaber werden in ein Genussrechtsregister eingetragen. Die nicht in Genussscheinen verbrieften Genussrechte können grundsätzlich nicht verkauft, veräußert bzw. abgetreten werden. Bei den Genussrechten, die in Genussscheinen verbrieft wurden, entfällt dieser Passus in § 1.3.

§ 2 Definitionen

- 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 Hauptrefinanzierungszins ist der Zinssatz, zu dem Kreditinstitute bei der Europäischen Zentralbank gegen Hinterlegung von Sicherheiten kurzfristig Geld aufnehmen können.
 - Methode 30/360 ist eine von mehreren Zinsberechnungsmethoden; darunter versteht man die einzelnen Varianten der Finanzmathematik in der Zinsberechnung, bei der der Monat mit 30 Tagen gerechnet wird. *Die Methode 30/360 wird vorliegend nicht zur Zinsberechnung verwendet, sondern zur Berechnung der Höhe der Dividenden und/oder Verlustanteils der Genussrechts-Inhaber.*

§ 3 Erwerb von Genussrechten

[225 und 425:] Die Einzahlung des Genusskapitals gegen Gewährung der Genussrechte erfolgt durch Einmalzahlung.

[450: Die Einzahlung des Genusskapitals gegen Gewährung der Genussrechte erfolgt durch Ratenzahlung.]

Die Bw. kann einen Ausgabeaufschlag (Agio) erheben, der bei der Rückzahlung dem Genussrechtsinhaber nicht erstattet wird.

§ 4 Dividende, Zahlstelle

Die Genussrechte sind bis zum Laufzeitende für jedes Geschäftsjahr der Gesellschaft *dividendenberechtigt.*

(§ 4) 2. [225:] Die Genussrechte werden für das Geschäftsjahr 2007 mit einer Dividende in Höhe von 6% [bzw. 8% bzw. 7%] des Nennbetrages je Geschäftsjahr bedient. Die Dividende erhöht sich auf einen Betrag in Höhe der Summe aus gemitteltem Hauptrefinanzierungszinssatz der EZB und 225 Basispunkten p.a., wenn und solange die Summe über 6% liegt.

[425: Die Dividende erhöht sich auf einen Betrag in Höhe der Summe aus gemitteltem Hauptrefinanzierungszinssatz der EZB und 425 Basispunkten p.a., wenn und solange die Summe über 8% liegt.

450: Die Dividende erhöht sich auf einen Betrag in Höhe der Summe aus gemitteltem Hauptrefinanzierungszinssatz der EZB und 450 Basispunkten p.a., wenn und solange die Summe über 7% liegt.]

(§ 4) 3. [225:] Die Genussrechte werden ab dem Geschäftsjahr 2008 mit einer Dividende in Höhe von 4% des Nennbetrages je Geschäftsjahr bedient. Die Dividende erhöht sich auf einen Betrag in Höhe der Summe aus gemitteltem Hauptrefinanzierungszinssatz der EZB und 225

Basispunkten, wenn und solange die Summe über 4% liegt. Im Geschäftsjahr vor Ende der Laufzeit werden die Genussrechte mit einer Bonusdividende von 7% des Nennbetrages bedient.

[425: Die Genussrechte werden ab dem Geschäftsjahr 2008 mit einer Dividende in Höhe von 6% des Nennbetrages je Geschäftsjahr bedient. Die Dividende erhöht sich auf einen Betrag in Höhe der Summe aus gemitteltem Hauptfinanzierungszinssatz der EZB und 425 Basispunkten, wenn und solange die Summe über 6% liegt.

450: Die Genussrechte werden ab dem Geschäftsjahr 2008 mit einer Dividende in Höhe von 5% des Nennbetrages je Geschäftsjahr bedient. Die Dividende erhöht sich auf einen Betrag in Höhe der Summe aus gemitteltem Hauptfinanzierungszinssatz der EZB und 450 Basispunkten, wenn und solange die Summe über 5% liegt.]

(§ 4) 4. Die Höhe der Dividende reduziert sich vollständig auf Null oder teilweise, wenn durch die Dividende bei der Gesellschaft ein Jahresfehlbetrag entstehen oder erhöht werden würde oder durch die Zahlung der Dividenden bei der Bw. ein Insolvenzeröffnungsgrund herbeigeführt würde. Falls ein Jahresüberschuss ganz oder teilweise zur Wiederauffüllung von Verlusten oder für die Rücklagenzuführung verwendet werden muss, vermindert sich im Verhältnis die Höhe der Dividenden. Diese Dividenden mit Ausnahme der Bonusdividenden sind im Fall von Jahresüberschüssen während der Laufzeit der Genussrechte nachzuzahlen.

§ 5. Verlustteilnahme

Die Genussrechte nehmen bis zum Laufzeitende an einem etwaigen zum Ende des jeweiligen Geschäftsjahres auszuweisenden Jahresfehlbetrag teil, soweit nicht anderes freies Eigenkapital durch eine Verlustbeteiligung vorrangig herabzusetzen ist.

(§ 5) 2. Der Verlustanteil pro Genussrecht am Jahresfehlbetrag berechnet sich nach dem Verhältnis des Nennbetrages von 1 Euro zu der Summe aus dem Nennbetrag der begebenen Genussrechte dieser Tranche zum verlusttragungsfähigem Kapital der Bw. *Die Höhe der Verlustteilnahme pro Genussrecht ist insgesamt auf die Höhe des Nennbetrages begrenzt.*

(§ 5) 3. Werden nach einer Verlustteilnahme bis zum Laufzeitende Jahresüberschüsse ausgewiesen, werden die Verlustanteile der Genussrechte vorrangig, allerdings nach gesetzlich zwingender Wiederauffüllung der Rücklagen, verwendet.

(§ 5) 4. Die Rückzahlungsansprüche der Genussrechtsinhaber reduzieren sich entsprechend der Höhe des etwaigen Verlustanteils, wenn der Verlustanteil nicht während der Laufzeit aufgefüllt wurde.

§ 6 Laufzeit, Rückzahlung, Kündigung

Die Laufzeit der Genussrechte ist unbegrenzt. [225:] Eine Kündigung ist frühestens zum Ablauf von fünf Geschäftsjahren möglich (Mindestvertragsdauer).

[425: Eine Kündigung ist frühestens zum Ablauf von zehn Geschäftsjahren möglich (Mindestvertragsdauer).]

450: Eine Kündigung ist frühestens zum Ablauf von fünf/ bzw. 12 Geschäftsjahren möglich (Mindestvertragsdauer).]

225: *Die Kündigungsfrist beträgt zwei Jahre.* Die Rückzahlung der Genussrechte erfolgt zu 100% des Nennbetrages abzüglich eines etwaigen Verlustanteils. Kündigt die Bw. nach dem Ablauf des 3. Geschäftsjahres, erhöht sich der Rückzahlungsbetrag um 1 % des Nennbetrages, kündigt die Bw. nach dem Ablauf des 4. Geschäftsjahres, erhöht sich der Rückzahlungsbetrag um 0,5 % des Nennbetrages, die Kündigung beträgt bei Ausübung dieses Sonderkündigungsrechtes 6 Monate.

[425: Kündigt die Bw. nach dem Ablauf des 8. Geschäftsjahres, erhöht sich der Rückzahlungsbetrag um 1 % des Nennbetrages, kündigt die Bw. nach dem Ablauf des 9. Geschäftsjahres, erhöht sich der Rückzahlungsbetrag um 0,5 % des Nennbetrages, die Kündigung beträgt bei Ausübung dieses Sonderkündigungsrechtes 6 Monate.

450: Kündigt die Bw. nach dem Ablauf von mindestens 2/3 der vom Genussrechtsinhaber gewählten Mindestvertragsdauer, erhöht sich der Rückzahlungsbetrag um 0,5 % des Nennbetrages je Geschäftsjahr zwischen Mindestvertragsdauer und Laufzeitende, die Kündigung beträgt bei Ausübung dieses Sonderkündigungsrechtes 6 Monate.

Beendet der Genussrechtsinhaber vertragswidrig vorzeitig die Genussrechtsbeteiligung, so schuldet er der Bw. neben dem Agio 12% seines Nennbetrages.

§ 9 Abgrenzung von Gesellschaftsrechten

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

§ 10 Rang/Negativerklärung/Liquidationserlös

Bei der Bw. darf durch die Bedienung der Dividendenansprüche ein Insolvenzeröffnungsgrund nicht herbeigeführt werden. Im Fall der Liquidation oder Insolvenz der Bw. treten die Forderungen aus den Genussrechten gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern der Bw. im Rang zurück. Die Genussrechte sind im Falle der Auflösung der Bw. am Liquidationserlös nicht beteiligt.

§ 11 Änderung der Genussrechtsbedingungen

Nachträglich können die Teilnahme am Verlust (§ 5) nicht geändert, der Rang (§ 10) nicht beschränkt sowie die Laufzeit und die Kündigungsfrist (§ 6) nicht verkürzt werden.

3.3. Festgestellter Sachverhalt

Die Bw. wurde mit Satzung vom 29.3.2004 gegründet. Ihre Firma lautete damals Bw.1 , mit Satzung vom 29.12.2006 erhielt die Bw. ihren heutigen Firmennamen. Die Kernaktivität der Bw. ist die Emission von „nachrangigem Genussrechtskapital mit Beteiligung am Gewinn und Verlust“ (Firmenbuch der Bw., Jahresabschluss zum 31.12.2007, Ertragslage, 1.2.2. Vermögens- und Finanzlage). Die Bw. begab verschiedenste Genussrechte, unter anderem Genussrechte mit variabler Verzinsung („Überschussdividende – Anteil an% der bis zum Laufzeitende ausgewiesenen Jahresüberschüsse“; siehe Anhang Jahresabschluss 2007 in Tabellenform), die hier nicht strittig sind. 2007 begann die Bw. mit der „Platzierung einer innovativen Inhaber-Schuldverschreibung, die an den Hauptrefinanzierungszinssatz der EZB angelehnt ist. Zusätzlich wird der Rückzahlungsbetrag des Wertpapiers zum Laufzeitende der Inflationsrate angepasst (Firmenbuch der Bw., Jahresabschluss zum 31.12.2007, Ertragslage, 1.2.2. Vermögens- und Finanzlage), die hier ebenfalls nicht strittig ist.

Die Bw. zeigte in den Jahren 2007 bis 2012 dem Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel monatlich gesellschaftsteuerpflichtige Vorgänge betreffend Ersterwerb von Genussrechten an. Die Bw. wies jedoch in einem Begleitschreiben darauf hin, dass jeweils von dem Gesamtpaket an begebenen Genussrechten die „A1“ Produkte nicht der Gesellschaftsteuer unterliegen. Über Anfrage des Finanzamtes übersendete die Bw. die Genussrechtsbedingungen und Genusscheinbedingungen für Folgende Genussrechte: C D Austria II (Genussscheine), C D (Genussrechte), C D Germany II (Genussrechte), April 2005, C D Germany III (Genussrechte), 1.6.2006, A1 Fund 225 (Genussrechte), 29.12.2006, A1 Fund 425 (Genussrechte), 29.12.2006, A1 Fund 450 (Genussrechte), 29.12.2006, B Fund 2007 (Genussrechte), 29.12.2006, A1 Fund 225 (Genussscheine), 18.4.2007, A1 Fund 450 (Genussscheine), 18.4.2007, B Fund 2007 (Genussscheine), 18.4.2007, B Fund 2007 Plus (Genussscheine), 18.4.2007, von welchen aber nur die „A1“ Produkte bezüglich ihrer gesellschaftsteuerlichen Qualität bestritten werden.

Die Ausschüttungen der hier fraglichen „A1“ Produkte unterliegen einer Ergebnisabhängigkeit (Firmenbuch der Bw., Darstellung im Anhang zum Jahresabschluss zum 31.12.2007, Ertragslage): Diese Genussrechte sind festverzinslich, das heißt, sie werden mit einem Zinssatz, der in den Genussrechtsbedingungen als Dividende bezeichnet wird, von 6% bzw. 8%, bzw. 7% des Nennbetrages des Genussrechtes je Geschäftsjahr, bzw. in den Folgejahren über diesen Basiszinssatz hinaus mit einem Prozentsatz (2,25%, 4,25%, 4,50%) über dem

Hauptfinanzierungssatz der EZB bedient. Dieser Zinssatz wird nur dann ganz oder teilweise ausgeschüttet, wenn ein entsprechender Jahresüberschuss besteht und dieser nicht zur Wiederauffüllung von Verlusten verwendet wird. (Genussrechtsbedingungen § 4.4. Dividende). Sollten die Genussrechte mit einem Verlust belastet sein, sind die Ausschüttungen bis zur Wiederauffüllung des Kapitals aus zukünftigen Gewinnen einzustellen. (Firmenbuch der Bw., Darstellung im Anhang zum Jahresabschluss zum 31.12.2007, Ertragslage). Diese nichtausgeschütteten Dividenden müssen von der Bw. nur während der Laufzeit des Genussrechtes nachgezahlt werden, und nur dann, wenn ein entsprechender Jahresüberschuss vorhanden ist. Die vorliegenden Genussrechte – so steht es ausdrücklich in den Genussrechtsbedingungen § 2 Definitionen - stellen keine Anleihe dar, da sie keinen Anspruch auf Zinszahlung und Tilgung begründen, und sie gewähren auf schuldrechtlicher Grundlage Gewinnrechte (Genussrechtsbedingungen § 9 Abgrenzung von Gesellschaftsrechten).

Das Genussrecht nimmt bis zur vollen Höhe seines Nennbetrages am Verlust teil (Genussrechtsbedingungen § 5.2. Verlustteilnahme). 2007 gab es zwar einen Verlust, der wurde jedoch von anderen Genussscheinen übernommen und diese Produktkategorie hatte **noch** keinen Verlustanteil zu tragen (Firmenbuch der Bw., Anhang zum Jahresabschluss zum 31.12.2007, Ertragslage). Der Genussrechtsinhaber hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Nennbetrages, der sich reduziert oder ganz entfällt, wenn bei Ende der Laufzeit ein Verlust schlagend geworden ist. (Genussrechtsbedingungen § 5.4. Verlustteilnahme; Genussrechtsbedingungen § 6.4.).

Die Laufzeit der Genussrechtes ist unbegrenzt, es gibt aber je nach Genussrecht verschiedene Mindestvertragsdauern zwischen fünf und zwölf Jahren, eine Kündigung ist frühestens mit dem Ablauf der Mindestvertragsdauer möglich. Kündigt der Genussrechtsinhaber vorzeitig vertragswidrig, schuldet er der Bw. neben dem Agio 12% seines Nennbetrages. Die Kündigungsfrist beträgt zwei Jahre. Der Bw. steht ein Sonderkündigungsrecht zum Ablauf von mindestens 2/3 der jeweiligen Mindestvertragsdauer zu. Die Bw. zahlt dann dem Genussrechtsinhaber zusätzlich zum Rückzahlungsbetrag bis zu 1% des Nennbetrages des Genussrechts. (Genussrechtsbedingungen § 6 Laufzeit, Rückzahlung, Kündigung).

Die Forderungen aus den Genussrechten sind dinglich nicht besichert, sie sind nachrangig gegenüber den von der Bw. begebenen Anleihen und im Fall der Liquidation oder Insolvenz der Bw. gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern der Bw. (Genussrechtsbedingungen § 10 Rang, Negativerklärung/Liquidationserlös).

Die Genussrechte gewähren keine Gesellschaftsrechte wie Teilnahme, Mitwirkungs- und Stimmrechte an der Hauptversammlung der Bw. und die Genussrechtsinhaber haben kein

Weisungsrecht gegenüber Organen der Bw. (Genussrechtsbedingungen § 9 Abgrenzung von Gesellschaftsrechten) und sind im Fall der Auflösung der Bw. nicht am Liquidationserlös beteiligt. (Genussrechtsbedingungen § 10.4. Rang, Negativerklärung/Liquidationserlös).

Über die Berufung wurde erwogen:

4. Unionsrechtliche Regelungen

4.1. Die Gesellschafterrechte des Art. 4 Abs. 1 lit. d der Kapitalansammlungsrichtlinie 69/335/EWG bzw. Art. 3 lit. d 2008/7/EG

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;“

Gemäß [§ 3 der RL 2008/7/EG](#) 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. Der EuGH überprüfte zuerst die Frage, ob die Ausgabe von Genussscheinen durch eine Kapitalgesellschaft in den Anwendungsbereich der RL 69/335/EWG fällt (Rz 25). In der Rechtssache *Solida* verbrieften die von ihr begebenen Genussscheine einen Anspruch auf Teilnahme am laufenden Gewinn, am Vermögen, am Unternehmenswert einschließlich der stillen Reserven und des Firmenwerts sowie am Liquidationsgewinn (Rz 10). Die Genussscheine gewährten ihrem Inhaber zudem einen Anspruch auf Rückzahlung des Nennbetrages zuzüglich geleisteter Zuzahlungen. Dieser Anspruch war gleichrangig mit den Forderungen der sonstigen Gesellschaftsgläubiger, jedoch vorrangig gegenüber den Ansprüchen der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis auf Rückzahlung ihrer Einlage. Im Fall der Auflösung des Genussrechtsverhältnisses durch Kündigung stand den

Genussscheininhabern ein Auseinandersetzungsbetrag in Höhe des anteiligen Unternehmenswerts bezogen auf den Auflösungszeitpunkt, mindestens jedoch der Nennbetrag der Genussscheine zuzüglich etwa geleisteter Zuzahlungen zu. (Rz 11). Im Fall *Tech Gate* bestimmte sich die Beteiligung der Genussscheininhaber am laufenden Gewinn nach dem Verhältnis des Gesamtnennbetrages dieser Genussscheine zuzüglich geleisteter Zuzahlungen einerseits der Summe aus dem einbezahlten Stammkapital zuzüglich Zuzahlungen und dem Gesamtnennbetrag aller sonstigen begebenen Genussscheine zuzüglich etwa darauf geleisteter Zuzahlungen andererseits (Rz 17).

Nach dem dem EuGH 17.10.2002, [C-138/00](#), *Solida/Tech Gate* zugrunde liegenden Sachverhalten wurden Genussrechte begeben, die dem Genussrechtsberechtigten kein Stimmrecht gewährten. 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).

Nach Ansicht des UFS weist nicht nur die beispielhafte Aufzählung in Art. 3 lit. d 2008/7/EG ([Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG](#)), dass Rechte, wie sie den Gesellschaftern gewährt werden zum Beispiel das Stimmrecht, das Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlös sind, sondern insbesondere das Urteil des EuGH 17.10.2002, [C-138/00](#), *Solida/Tech Gate* darauf hin, dass jedenfalls die Ausgabe von Genussrechten, die ihrem Inhaber einen Anspruch auf Teilnahme am laufenden Gewinn sowie am Liquidationsgewinn der begebenden Gesellschaft gewährten, in den Anwendungsbereich der Kapitalansammlungsrichtlinie fallen. Ein fehlendes Stimmrecht des Genussrechtsberechtigten steht der Anwendung des [Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG](#) (Art. 3 lit. d 2008/7/EG) nicht entgegen.

Darüber hinaus differenziert selbst der Richlinientext:

- 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*“).

Demnach ist es richtlinienkonform, Vorgänge der Gesellschaftsteuer zu unterziehen, wenn für eine Einlage Rechte gewährt werden, wie sie Gesellschafter gewährt werden, dass für eine Einlage „Gesellschaftsrechte“ gewährt werden, ist somit nicht erforderlich. Die Bw. ist selbst der Meinung, dass „Gesellschafterähnlichkeit“ genügt.

Der Unabhängige Finanzsenat stützt seine Ansicht auf den Kommentar *Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker*, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 475, der die Auffassung des EuGH dahingehend interpretiert, dass die Ausgabe von Genussrechten durch eine Kapitalgesellschaft iSd [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) grundsätzlich in den Anwendungsbereich von [Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG \(Art. 3 lit. d RL 2008/7/EG\)](#) fällt. Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, ob ein nicht gesellschaftsteuerpflichtiges Darlehen oder ein nach [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) gesellschaftsteuerpflichtiges, und damit den unionsrechtlichen Bestimmungen entsprechend, Genussrecht von der Bw. begeben wurde. Ob diese Genussrechte ein Darlehen oder eine „unternehmerische Beteiligung“ zum Gegenstand haben, ist Frage der Sachverhaltsklärung und nicht eine Frage des Unionsrechtes.

4.2. Die „unternehmerische“ Beteiligung in der Kapitalansammlungsrichtlinie

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. Weiters können Darlehen stets besteuert werden, wenn der Darlehensgeber Gesellschafter oder ein Angehöriger des Gesellschafters ist oder wenn der Gesellschafter für das Darlehen Sicherheit leistet. Voraussetzung ist dabei, dass das Darlehen die gleiche Funktion wie eine Kapitalerhöhung hat. (*Rief, Das neue Kapitalverkehrsteuerrecht und die Rechtsprechung des EuGH, SWK-Sonderheft, 1995, Rz 36.*). Der österreichische Gesetzgeber hat darauf verzichtet, Gesellschafterdarlehen generell in die Steuerpflicht einzubeziehen. Die Befreiungsbestimmung des § 6 Abs.1 Z 2 lit. b cc KVG n.F. kann jedoch als Anhaltspunkt dafür gesehen werden, dass auch Gesellschafterdarlehen grundsätzlich der Gesellschaftsteuer unterliegen können.

Partiарische Darlehen werden in [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#) in Übereinstimmung mit [Art. 4 Abs. 2 lit. c RL 69/335/EWG](#) Gesellschaftsrechten gleichgestellt. (*Rief, Das neue Kapitalverkehrsteuerrecht und die Rechtsprechung des EuGH, SWK-Sonderheft, 1995, Rz 37.*). In der Rechtssache *Trave Schifffahrts GmbH&Co KG gegen Finanzamt Kiel-Nord* (EuGH 5.2.1991, Rs [C-249/89](#)) sah es der EuGH als mit [Art. 4 Abs. 2 lit. b RL 69/335/EWG](#) als vereinbar an, im Falle eines unverzinslichen Gesellschafterdarlehens den „Nutzungswert“, d.h. den ersparten Zinsaufwand, der Gesellschaftsteuer zu unterwerfen. Die Gewährung eines zinslosen Darlehens gestattet es

der Gesellschaft über Kapital zu verfügen, ohne die Kosten dafür tragen zu müssen. Die sich daraus ergebende Ersparnis an Zinsaufwendungen bewirkt eine Erhöhung des Gesellschaftsvermögens, indem sie der Gesellschaft die Vermeidung einer sonst anfallenden Ausgabe ermöglicht. (Rief, Das neue Kapitalverkehrsteuerrecht und die Rechtsprechung des EuGH, SWK-Sonderheft, 1995, Rz 38.).

Im vorliegenden Fall sind Gesellschaftsrechte an einer Aktiengesellschaft strittig und nicht die Qualifikation der Aktiengesellschaft als Kapitalgesellschaft iSd Kapitalansammlungsrichtlinie, 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. Der EuGH 12.11.1987, Rs [112/86](#) entschied in der Rechtssache *Amro Aandelen Fonds* gegen *Inspecteur der Registratie en Successie*, dass [Art. 3 Abs. 2 RL 69/335/EWG](#) (= [Art. 2 Abs. 2 RL 2008/7/EG](#)) verhindern soll, dass wirtschaftliche Tätigkeiten je nach Wahl dieser oder jener Rechtsform steuerlich unterschiedlich behandelt werden. [Art. 3 Abs. 2 RL 69/335/EWG](#) (= [Art. 2 Abs. 2 RL 2008/7/EG](#)) erfasst auch diejenigen Ansammlungen von Kapital die zwar die gleiche wirtschaftliche Funktion erfüllen wie die eigentlichen Kapitalgesellschaften, nämlich das Streben nach Gewinn durch Zusammenführung von Kapital in einem gesonderten Vermögen, jedoch nicht die Merkmale einer Kapitalgesellschaft aufweisen.

Die vorliegenden Genussrechte können zwar nicht ohne Zustimmung der Bw. veräußert werden (Genussrechtsbedingungen § 1.3. Nennbetrag und Form des Genusskapitals, Genussrechtsregister, Vinkulierung der Genussrechte, Einteilung), bei den in Genussscheinen verbrieften Genussrechten fehlt ein solcher Passus. Bei Gesellschaftsrechten ist diese Voraussetzung ohnehin nicht erforderlich. Allerdings haften die Genussrechtsinhaber und die Genussscheininhaber bis zur Höhe des Nennbetrages.

Bemerkt wird, dass nach österreichischem Recht auch *Gesellschaftsrechte, die einen Anteil am Kapital oder am Gesellschaftsvermögen verkörpern* nicht unbedingt mit einem Stimmrecht ausgestattet sein müssen, es gibt nämlich nach [§ 12a AktG](#) auch Vorzugsaktien ohne Stimmrecht.

5. 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 Kommandanteile 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.

5.1. 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).

Das Kapitalverkehrsteuergesetz 1934 besteht aus einer Dreiteilung in Gesellschaftsteuer, Wertpapiersteuer und Börsenumsatzsteuer ([§ 1 KVG](#)). Wertpapiersteuer und Börsenumsatzsteuer werden seit mehr als 10 Jahren nicht mehr erhoben. Die Gesellschaftsteuer besteuert alles, was der Gesellschafter an seine Kapitalgesellschaft hingibt, um deren Wirtschaftspotential zu stärken (*Knörzer/Althuber, Gesellschaftsteuer*², § 1 Rz 1; *Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, Kapitalverkehrsteuergesetz- Kommentar 2008*, Rz 12, zu §1; EuGH 5.2.1991, Rs [C-15/89](#), *Deltakabel BV*). Das ist einerseits die Gegenleistung, die der Gesellschafter hingibt, wenn er erstmalig Gesellschaftsanteile erwirbt (auch anlässlich der Gründung einer Kapitalgesellschaft) und andererseits die Leistung, die er während des Bestehens der Gesellschaft hingibt, dass diese besser wirtschaften kann.

Prototypen der kapitalverkehrsteuerlichen Gesellschaftsrechte sind Aktien und GmbH-Anteile. Die Genussrechte gemäß [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) und die Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren („gewinnbeteiligten Forderungen“) gemäß [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#) haben gemeinsam, dass sie bürgerlich-rechtlich keine Gesellschafterstellung einräumen, sondern sehr vielgestaltige Gläubigerrechte schuldrechtlicher Art sind. Sie werden oft als Gegenleistung für eine zugesagte bzw. erbrachte Unternehmensfinanzierung gewährt (*Krejci/van Husen, Genussrechte*,

Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaft und partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54ff).

Sowohl bei Genussrechten als auch bei „gewinnbeteiligten Forderungen“ gibt der Genussrechtsberechtigte bzw. der Gläubiger der gewinnbeteiligten Forderung „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“). 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.

Gesellschaftsteuerlich liegt eine „gewinnbeteiligte Forderung“ vor, wenn für das erhaltene Kapital eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös eingeräumt wird. Als Beispiele dafür werden in der Literatur die echte und unechte stille Gesellschaft, partiarisches Darlehen und partiarischer Pachtvertrag genannt. [§ 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 Einlagen jeder Art, für die gesellschafterähnliche Rechte gewährt werden, die ihrem Inhalt nach typische Vermögensrechte des Gesellschafters sein können.

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. Sie vermitteln keine gesellschaftlichen Herrschaftsrechte wie z.B. Stimmrechte und können auch Nichtmitgliedern eingeräumt werden. (*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).

[§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) umfasst nach dieser Kommentarmeinung 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). Der Sachverhalt ist eigenständig nach dem Kapitalverkehrsteuergesetz zu würdigen

(*Fraberger*, Besteuerung der Hingabe von Besserungskapital beim Schuldner, ÖStZ 2004, 257f).

Wie das Finanzamt im Vorlageantrag feststellt, ist es belanglos, ob es sich um ein Substanzgenussrecht oder ein obligationenähnliches Genussrecht handelt. Es gibt weder eine Bindungswirkung, noch eine systematisch gebotene Gleichbehandlung zwischen Ertrag- und Gesellschaftsteuer (*Kirchmayr/Zöchling*, Forderungsverzicht eines Gesellschafters. Neue Akzente durch den BFH. ÖStZ 1998/1/2, 3).

In ihrer Berufung vertritt die Bw. die Linie, dass die Beteiligung der Genussrechtsinhaber an der Bw. kapitalverkehrsteuerlich weder ein Genussrecht noch eine „gewinnbeteiligte Forderung“, sondern anleiheähnlich, obligationenähnlich und keine unternehmerische Beteiligung ist. Dies insbesondere deshalb, weil nicht einmal eine Gewinnbeteiligung gewährt würde, denn die Höhe der Verzinsung hänge nicht vom Gewinn der Bw. ab.

Der Autor *van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, vertritt zur Behandlung von Genussrechten nach KVG folgende Meinung: Da das KVG Tatbestände des Kapitalzuflusses an Kapitalgesellschaften beinhaltet und diese über die eigentlichen Gesellschaftsrechte ausweitet, sind auch Genussrechte an inländischen Kapitalgesellschaften erfasst. Auf die konkrete Ausgestaltung des Genussrechtes oder die Verbriefung kommt es nicht an. Der Erwerb von Genussrechten, mangels gesetzlicher Differenzierung sowohl von aktiengleichen wie obligationsähnlichen, unterliegt der Kapitalverkehrsteuerpflicht aufgrund von § 2 Z 1 iVm [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#). (*van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 466). Da [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#) auch den Tatbestand von „Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren“, der Kapitalverkehrsteuerpflicht unterstellt, sind auch Genussrechte, die nur eine Beteiligung am Liquidationserlös vorsehen, erfasst.

Weder vom Finanzamt noch von der Bw. wurde aufgegriffen, den vorliegenden Sachverhalt dem [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#) zuzuordnen. Die Bw. behauptet in der Berufung, dass durch og. Genussrechtsbedingungen keine Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, eingeräumt würden und [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#) stelle sozusagen die Untergrenze der Gesellschafterähnlichkeit dar.

In [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#) orientiert sich die Kapitalverkehrsteuer im Gegensatz zu [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) nicht an einem bürgerlich-rechtlichen Begriff: „Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös gewähren“. (VwGH 24.3.1994, 92/16/01899; *Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker*, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008,

Rz 477). Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft iSd [§ 5 Abs. 1 KVG](#) sind auch Personen, denen bloße Gläubigerrechte einen solchen Anspruch vermitteln. Die Gesellschaftsteuer knüpft hier nicht an die Art der Beteiligung, sondern daran, ob der Beteiligte einen Anspruch auf Gewinnbeteiligung hat. (*Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker*, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 479).

Der Argumentation der Bw. folgt der Unabhängige Finanzsenat insoweit, als mit dem KVG die „unternehmerische Beteiligung“, eine gesellschafterähnliche Stellung und nicht das „echte“ Darlehen, die Anleihe, besteuert werden sollte. Im Folgenden zeigt der Unabhängige Finanzsenat auf, dass der Unterschied zwischen [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) und [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#) einerseits im zivilrechtlichen Hintergrund besteht und andererseits auch die Genussrechte in [§ 5 KVG](#) grammatisch-syntaktisch zwischen den „echten“ Gesellschaftsrechten wie Aktien und GmbH-Anteilen und „gewinnbeteiligten Forderungen“ eingeordnet sind. Der Bw. wird zugestimmt, dass aus der Würdigung der Tatbestände des [§ 5 KVG](#) ersichtlich ist, dass solche Rechte erfasst werden, die eine gesellschafterähnliche Stellung vermitteln. Der Bw. wird ebenfalls zugestimmt, dass § 5 Abs.1 Z 3 KVG als qualitative Untergrenze für Gesellschaftsrechte iSd KVG verstanden werden kann.

5.2. Das Genussrecht gemäß [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) vor seinem zivilrechtlichen Hintergrund

Mit dem Begriff „Genussrechte“ greift das KVG auf einen zivilrechtlichen Begriff. Wo Steuergesetze Begriffe verwenden, die dem Zivilrecht entnommen sind, ist zu prüfen, ob dem Gesetzesausdruck, der synonym ist mit einem Begriff des Zivilrechts, nicht ein vom Zivilrecht abweichender wirtschaftlicher Sinn beizumessen ist. Das Steuerrecht hat seine eigene Teleologie, sein eigenes inneres System. Die Richtigkeit der Auslegung hängt vom Normzweck ab. Auch gleichlautende Begriffe sind innerhalb der Rechtsordnung variant, relativ und von der jeweiligen spezifischen Regelungsaufgabe geprägt. Folglich müssen auch die dem Zivilrecht entnommenen Begriffe aus dem steuerrechtlichen Bedeutungszusammenhang heraus, aus dem Zweck, der Funktion des jeweiligen Steuergesetzes und seiner Normen heraus verstanden werden (*Tipke*, dSteuerrecht, Ein systematischer Grundriß¹³, 101-103f; ähnlich *Stoll*, Rentenbesteuerung³, 590ff).

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. Genussrechte kann es in den mannigfachsten Formen geben. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54). Laut *Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 17 ist eine Gewinnbeteiligung aber 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). Nach Literaturmeinungen steht eine teilweise gewinnunabhängige Gestaltung der Annahme eines Genussrechts nicht entgegen, auch „klassische“ Schuldverschreibungen mit einer festen gewinnunabhängigen Verzinsung werden den Genussrechten zugeordnet. (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 13, FN 35 und 14, FN 40).

Genussrechte können als Obligationen konzipiert sein, bei denen der Genussrechtsberechtigte neben seinem Anspruch auf gewinnabhängige Verzinsung einen von Verlusten des Emittenten unabhängigen Anspruch auf Rückzahlung des zur Verfügung gestellten Kapitals hat. Möglich ist...eine feste, allerdings „gewinnabhängige“ Verzinsung. Solche Genussrechte nähern sich der Gewinnschuldverschreibung. (*Frotz/Spitznagel*, Gesellschaftsrechtliche Grenzen der Ausgestaltung von Genussrechten, ZUS 2011/32, 104). Der Unabhängige Finanzsenat hält dazu fest, dass Schuldverschreibungen keine Gesellschaftsrechte gemäß [§ 5 KVG](#) sind und früher der Ersterwerb von Schuldverschreibungen der Wertpapiersteuer unterlag ([§ 12 KVG](#)).

Im Zentrum aller Genussrechte steht 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. Neben der Gewinnbeteiligung sind im Rahmen von Genussscheinverhältnissen auch Beteiligungen am Liquidationserlös möglich. (*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. Das vom Genussrechtsberechtigten zur Verfügung gestellte Kapital kann entweder die Funktion von Eigen- oder von Fremdkapital haben; nicht selten finden sich Elemente des einen wie des anderen. 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 Beteigter 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).

Mitgliedschaftsrechte wie Teilnahme-, Rede-, Stimm- oder Anfechtungsrechte werden von Genussscheinen gerade nicht vermittelt, da es ein wesentliches Anliegen dessen ist, der Genussscheine emittiert, Kapital aufzutreiben, ohne die bisherigen Herrschaftsverhältnisse in der Gesellschaft ändern zu müssen. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 57). Es ist möglich, dass die Gesellschaft Außenstehenden aufgrund zusätzlicher Verträge schuldrechtliche Positionen einräumt, die den Mitwirkungsrechten der eigentlichen Gesellschafter entsprechen, bzw. nahe kommen, (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 56) etwa wenn auf schuldrechtlicher Grundlage Kontroll- und Informationsrechte gewährt werden (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 17). Bis zu einem gewissen Grad können auch Informations- und Kontrollrechte als mitgliedschaftsähnliche Rechte gewertet werden. (*Krejci/van Husen*, Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften, partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 57).

Nach Meinung des Unabhängigen Finanzsenates ist für die kapitalverkehrsteuerliche Beurteilung eines Genussrechtes wesentlich, dass Genussrechte sehr vielgestaltig sein können. Einerseits sollen sie von der Gesellschafterposition jener Gesellschaft, an welcher der Genussrechtsberechtigte teilnimmt, andererseits auch von der Stellung eines Darlehensgebers abgegrenzt werden. Im Zentrum steht der Anspruch, am Gewinn der Gesellschaft bzw. der Kehrseite, am Verlust der Gesellschaft beteiligt zu sein, Teilnahme-, Rede-, Stimm- oder Anfechtungsrechte können dem Genussrechtsberechtigten zwar zugebilligt werden, sind aber für ein Genussrecht nicht unbedingt typisch. *Krejci/van Husen* lassen bis zu einem gewissen Grad die Wertung von Informations- und Kontrollrechten als mitgliedschaftsähnliche Rechte zu. Das hat vor allem für den unionsrechtlichen Einwand der Bw. Bedeutung, dass nach [Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG](#) (=Art. 3 lit. d der Kapitalansammlungsrichtlinie 2008/7) das Stimmrecht des Genussrechtsberechtigten für die gesellschaftsteuerliche Beurteilung ein wesentlicher Punkt wäre.

Der Unabhängige Finanzsenat sieht in [Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG](#) (=Art. 3 lit. d der Kapitalansammlungsrichtlinie 2008/7), wonach der Gesellschaftsteuer die Erhöhung des

Gesellschaftsvermögens durch Einlagen jeder Art unterliegt, 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 Liquidationserlös, genau diese Beschreibung von Genussrechten von *Krejci/van Husen* wonach die Genussrechte definitiv keine Gesellschaftsrechte wie Aktien oder GmbH-Anteile sind, sondern verschiedenste Recht sein können, die kein Darlehen sind, sondern auf eine unternehmerische Beteiligung hinweisen. Der Richtlinientextbestandteil „*Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wie z.B. Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlös*“ vermittelt mit seinem Wortlaut keine taxative, sondern eine beispielhafte Aufzählung, welche Rechte das sein können, aber nicht müssen. Wichtig ist nur, dass die Rechte ähnlich jenen Rechten sind, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, d.h., aus den gewährten Rechten muss eine unternehmerische Beteiligung erschließbar sein.

6. Die Rechtsprechung zur Verzinsung in Gegenüberstellung zu den vorliegenden Genussrechtsbedingungen und Genussscheinbedingungen

Zentraler Berufungsgrund ist, dass es sich bei den vorliegenden Produkten um obligationenähnliche Genussrechte handle, die keinerlei Gesellschaftsrechte vermittelten, nicht einmal eine Beteiligung am Gewinn gewährten, sondern „Fixed Income Genussrechte (Floater) mit eingezogener Mindestbasisdividende (Floor)“ seien, die deshalb nicht der Gesellschaftsteuer unterliegen. Die Bw. verweist auf [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#) als „Untergrenze“ eines Gesellschaftsrechts. [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) lautet nur „Genussrechte“, im Vergleich zu [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#) ist nicht gefordert, dass das Genussrecht „einen Anspruch auf Beteiligung am Gewinn oder am Liquidationserlös der Kapitalgesellschaft“ gewährt. Die von der Bw. angeführte Meinung, es müsse eine Beteiligung am Gewinn vorliegen, bezieht sich auf [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#), der dezidiert das Merkmal Gewinnbeteiligung und nicht Gewinnabhängigkeit anführt. Im Gegensatz zu [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) ist hier definitiv eine Beteiligung des Berechtigten am Gewinn gefordert. Der Gewinn muss in diesem Fall Berechnungsbasis des von vornherein nicht feststehenden Zinsbetrages sein. (VwGH 14.11.1974, [1257/73](#)). In diesem Zusammenhang ist das Urteil des RFH II A 394/31, 16.12.1931 zu erwähnen, wonach es bei der „gewinnbeteiligten Forderung darauf ankommt, ob die Vereinbarung der festen Verzinsung oder die Gewinnbeteiligung als Hauptsache anzusehen ist“. Zur Frage der Zinsgestaltung bei gewinnbeteiligten Forderungen ergingen mehrere Urteile des RFH, allerdings nicht zu den Genussrechten. Das könnte mit der Einführung der stimmrechtslosen Vorzugsaktie zusammenhängen, die die Einräumung von Genussrechten zurückdrängte (*Werner*, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen, 44).

Die im Folgenden angeführte Rechtsprechung soll den entsprechenden Passagen der vorliegenden Genusstrechtsbedingungen und Genussscheinbedingungen gegenübergestellt werden:

6.1. Erkenntnis des VwGH 14.11.1974, [1257/73](#) zu § 5 Abs. 1 Z 3 KVG

In diesem Fall wurden Darlehen, die eine Anstalt einer Gesellschaft gegeben hatte, in partiarische Darlehen bzw. eine stille Beteiligung umgewandelt. Die Anstalt war am Vermögen, den stillen Reserven und am Verlust der Gesellschaft nicht beteiligt, sie sollte eine dem wirtschaftlichen Gewinn des Unternehmens entsprechende, prozentuelle Vergütung, die nicht höher sein darf als 6% vom Darlehensbetrag, erhalten. [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#) war nicht erfüllt, da der Anstalt eine feste Verzinsung des angelegten Kapitals zugesichert wurde. Eine Verlustbeteiligung bestand nicht und von einer Gewinnbeteiligung kann nicht gesprochen werden, wenn die Anstalt auch in Wirtschaftsjahren mit gutem Geschäftsgang von jeglicher Teilnahme am steigenden Ertrag der Gesellschaft ausgeschlossen ist, da ihre Verzinsung auf 6% des Darlehensbetrages beschränkt bleibt.

Die Genusstrechtsbedingungen der Bw. haben mit diesem Sachverhalt gemeinsam, dass ihr Verzinsungsanspruch grob gerechnet „pro Genussscheinscheinnominal 100.000 mit 37.000 auf 5 Jahre“ beschränkt ist. Die Verzinsung ist fix (6% pro Jahr plus 7% am Ende der Laufzeit), da sie vom Genusstrechtsnominale berechnet wird ($100.000 \times 6\% = 6.000 \text{ p.a.} \times 5 = 30.000$ plus Bonusdividende $100.000 \times 7\% = 7.000 = \text{insgesamt } 37.000$). Sie wird allerdings nur ausbezahlt, wenn ein Gewinn vorhanden ist. Verluste reduzieren das Genusstrechtskapital, wenn das Grundkapital der Bw. aufgezehrt ist und die Forderungen aus den Genusstrechten sind nachrangig gegenüber den anderen Gläubigern der Bw.

Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates ist allein aus der Teilnahme des Genusstrechtes am Gewinn und Verlust zu ersehen, dass es sich hier nicht bloß um eine fixe Verzinsung von einem Darlehensnominale handelt, sondern der Genusstrechtsinhaber am Risiko der Bw. nicht nur über die gewinnabhängigen Zinsen, sondern vor allem auch über die Verlustbeteiligung teilnimmt.

6.2. 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 Genusstrechtes. Das Erkenntnis setzte sich mit den Eigen- und Fremdkapitalkomponenten des Genusstrechtskapitals 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.

Laut *Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker*, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 472, treffe das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes VwGH 16.12.1993, [92/16/0025](#) die Unterscheidung zwischen Genussrechten mit Eigenkapital- und Fremdkapitalcharakter nur im Hinblick auf die frühere Bestimmung des [§ 9 Abs. 2 KVG](#), spricht aber Genussrechten mit Fremdkapitalcharakter nicht die Eigenschaft als Genussrecht gemäß [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) ab. Dass der Gesetzgeber auch schuldrechtliche Genussrechte gemeint habe ergäbe sich auch aus Z 3, da andernfalls die Einbeziehung von partiarischen Darlehen in Z 3 gleichheitswidrig und unverständlich wäre.

Da das Kapitalverkehrsteuergesetz als Gesellschaftsrecht iSd [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) nur „Genussrechte“ statuiert, ist es auch gleichgültig, ob die gegenständlichen Genussrechte mit oder ohne Substanzbeteiligung ausgestattet sind.

Nach den gegenständlichen Genussrechtsbedingungen haben die Genussrechte eine unbegrenzte Laufzeit bzw. eine Mindestlaufzeit von ca. 5 bis 12 Jahren. Ist das Genussscheinkapital nach 5 oder 12 Jahren durch Verluste der Bw. aufgezehrt, kann es sein, dass der Genussscheinhaber „gar nichts“ zurückbekommt. Die „Dividenden“ werden erst ausbezahlt, wenn sie im Jahresüberschuss der Bw. Deckung finden. Das bedeutet, dass vorrangig die anderen Gläubiger der Bw. bedient werden. Nach den Genussrechtsbedingungen wurden die Genussrechte nicht dinglich besichert. Der Genussscheinhaber hat keine formale Gesellschafterstellung, ist aber am Risiko der Bw., am Verlust, beteiligt.

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

6.3. Erkenntnis des VwGH 24.3.1994, [92/16/0189](#) zu [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#)

Nach dem Sachverhalt dieses Erkenntnisses verpflichtete sich jeder Zeichner gegen über der Gesellschaft zur Leistung einer Darlehenseinlage und erhielt dafür über die Mindestverzinsung von 7,25% hinaus einen Anspruch auf eine Beteiligung „am ordentlichen betrieblichen Ergebnis“. Verlustbeteiligung war keine vorgesehen. Der Verwaltungsgerichtshof hob die Berufungsentscheidung auf, da bei einem gewöhnlichen Verlauf des wirtschaftlichen Erfolges in der Hauptsache eine Beteiligung der Zeichner am Gewinn der Gesellschaft nicht gegeben

war. Der Gebrauch von Bezeichnungen wie Gewinnschein, Gewinnbeteiligungsanspruch und partiarisches Darlehen ist unbeachtlich (so auch VwGH 19.2.1998, [97/16/0353](#) zu [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#)).

Es mag sein, dass bei gewöhnlichem wirtschaftlichen Verlauf die Bw. die 6% Zinsen auszahlt, nach Ablauf von 5 bis 12 Jahren Mindestlaufzeit den Nennbetrag des Genussrechtes rückerstattet und kein Verlust eintritt. Tatsache ist aber, dass in den Genussrechtsbedingungen auch eine Verlustbeteiligung vereinbart wurde. Würde die Verlustbeteiligung schlagend, würden während der Laufzeit nicht nur keine Zinsen ausgezahlt, sondern nach Ablauf der Laufzeit würde auch kein Nennbetrag zurückgezahlt werden und eine Nachholung der Zinsen wäre ebenfalls nicht mehr möglich. Das alles unterscheidet die vorliegenden Genussrechte vom Darlehen, denn im Fall von Verlusten durch die Bw. wäre die Geltendmachung eines Anspruches auf Rückzahlung des Genussrechtskapitals und der gewinnabhängigen Zinsen wegen Vereinbarung in den Genussrechtsbedingungen nicht möglich, denn der Genussrechtsinhaber hat keinen Anspruch auf „Zinszahlung und Tilgung“.

6.4. 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](#)

Für die Qualifikation eines Genussrechtes spielt es nach diesen Erkenntnissen keine Rolle, ob eine Gewinnbeteiligung vereinbart wird, die mit der Höhe des ursprünglich einbezahlten Kapitals begrenzt ist oder ob eine Rückzahlungspflicht des Kapitals besteht, die aus Anteilen am Gewinn bedient wird. 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. Der Verwaltungsgerichtshof nahm auch zu dem Erkenntnis VwGH 16.12.1993, [92/16/0025](#) Stellung.

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 aushaltenden Genussrechtskapitals.

In diesen Erkenntnissen wird festgelegt, dass für das Vorliegen eines gesellschaftsteuerlichen Genussrechtes wohl eine Risikobeteiligung am Unternehmen vorhanden sein muss, doch diese muss sich nicht in der „variablenzinsimprägnierten“ Gewinnbeteiligung des [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#) niederschlagen. Entgegen der Meinung der Bw. kann es sich bei der „unternehmerischen

Beteiligung“ des Genussrechtsberechtigten auch um eine gewinnabhängige, mit dem Genussrechtsnennbetrag gedeckelte Vergütung handeln, solange sie keine Zinsenstundung ist.

6.5. Berufungsentscheidungen 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

Wie der UFS in seiner Berufungsentscheidung UFS 26.6.2006, RV/0371-W/03 bereits festgestellt hat, 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 einer 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 der Berufungsentscheidung 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 kann auf Grund des Kreditvertrages rückzahlbare, verzinsliche Geldmittel des Kreditgebers vereinbarungsgemäß in Anspruch nehmen.

Wesentlich ist, dass nicht nur die Fälligkeit einer Verbindlichkeit an den Reingewinn geknüpft ist. (VwGH 19.9.2001, [99/16/0056](#)). Das heißt, auch bei einem Darlehen könnte die Vereinbarung lauten, „Zahle mir jährlich fixe Zinsen, die in Verlustjahren gestundet und in Gewinnjahren bzw. am Ende der Laufzeit nachgeholt werden“. Der Unterschied zu den vorliegenden Genussrechtsbedingungen liegt darin, dass mit den Zinsen und der Nachholung von Zinsen in „guten“ Jahren bzw. am Ende der Laufzeit von Anfang an – fix – feststeht, in welcher Höhe der Darlehensgläubiger Zinsen als Entgelt für die Verborgung des Kapitals bekommt. Der gegenständliche Genussrechts/Genussscheininhaber kann durchaus die Dividenden im Höchstbetrag betrachtet vom Ende der Laufzeit bekommen, es könnte aber auch sein, dass er weniger bekommt oder gar nichts oder sein Genussrechtskapital auch nicht zurückbekommt, ohne dass er dies geltend machen könnte, denn er hat auf „Zinszahlung und Tilgung“ keinen Anspruch. Der Genussrechtsinhaber hat sich für den Fall des Verlustes damit einverstanden erklärt, er hat sogar auf eine Besicherung seiner Genussrechtsforderungen

verzichtet und für dieses Risiko bekommt er eine höhere Dividende. Nach den vorliegenden Genussrechtsbedingungen wurde nicht Kapital gegen Umsatzbeteiligung zur Verfügung gestellt.

7. Unterschied zwischen Genussrechten und Darlehen (hier: Anleihen) in Gegenüberstellung zu den vorliegenden Genussrechtsbedingungen und Genussscheinbedingungen

Die Bw. gab an, dass sowohl bei den Genussrechten gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG als auch bei den gewinnbeteiligten Forderungen gemäß § 5 Abs. 1 Z 3 KVG das KVG die „gesellschafterähnliche Beteiligung“ gemeint habe. Die Literatur, z.B. Werner, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen, 24, sieht das Typische derartiger Finanzierungen wie der Vorliegenden, zu denen sowohl 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*“.

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). 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).

Die Genussrechte unterscheidet der Autor in zwei Kategorien, 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). Neben einer gewinnabhängigen Grunddividende werden Genussrechte zumeist mit einer, von dem Erreichen bestimmter Bilanzkennzahlen (z.B. Jahresüberschuss, Bilanzgewinn) abhängigen Übergewinnbeteiligung

ausgestattet. Bei einem negativen Jahresergebnis fällt die Zahlung der (gewinnabhängigen) Dividende aus. Für diesen Fall sehen die Genussrechts-Bedingungen regelmäßig einen Nachzahlungsanspruch aus den Jahresüberschüssen der folgenden Jahre vor. (Werner, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen, 32). Bei Genussrechten nimmt in Verlustjahren das Kapital an den Verlusten teil. Die Verlustteilnahme erfolgt mittels Verminderung seines Rückzahlungsanspruchs in Relation zum bilanzierten Eigenkapital. Eine Wiederauffüllung des Genussrechtskapitals nach Verlustteilnahme, die in den Folgejahren bei ausreichendem Bilanzgewinn durch Zuschreibung der Rückzahlungsansprüche erfolgt, hat regelmäßig Vorrang vor einer Ausschüttung. (Werner, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen, 24, 46). Am Liquidationserlös nehmen die Genussrechte idR nicht teil. Die Genussrechte werden am Ende der Vertragslaufzeit bzw. nach wirksamer Kündigung zum Fälligkeitszeitpunkt zum bestehenden Buchwert zurückgezahlt. Bei Genussrechten ohne Verlustteilnahme entspricht der Buchwert in der Regel dem Nennbetrag der Genussrechte. Bei Genussrechten mit Verlustbeteiligung ist unter dem Buchwert der Genussrechte deren Nennbetrag abzüglich etwaiger aufgelaufener und noch nicht aufgeholter Verluste zu verstehen. Den Genussrechtsinhabern stehen grundsätzlich keine Mitgliedschaftsrechte zu, doch sollte ihnen ein Bericht über die ordnungsgemäße Mittelverwendung der eingezahlten Gelder zur Verfügung gestellt werden. (Werner, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen, 50-51). Auch bei Genussrechten kann Nachrangigkeit gegenüber sonstigen Gläubigern der Gesellschaft vereinbart werden. (Werner, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen, 32). Eine Qualifizierung als Eigenkapital erfährt das 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).

Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates können die zwei Kategorien von Genussrechten folgendermaßen gesellschaftsteuerrechtlich zugeordnet werden: Handelt es sich um diese „Hochzinsanleihen“, stellen sie, wenn bloß Nachrangigkeit vereinbart wird, ein hoher fixer Zins vom Nennbetrag nicht gewinnabhängig ausgeschüttet wird und das Anleihekапital nicht besichert ist, keine „unternehmerische Beteiligung“ sondern ein nicht gesellschaftsteuerpflichtiges Darlehen 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). Die beschriebenen Genussrechte mit erfolgsabhängiger Vergütung, Teilnahme am Verlust der Emittentin bis zur vollen Höhe, Nachrangigkeit und Längerfristigkeit entsprechen jedoch einer gesellschaftsteuerpflichtigen „unternehmerischen Beteiligung“.

7.1. Gewinnbeteiligung - Gewinnabhängigkeit

Nach Ansicht der Bw. liegt bei bloßer Gewinnabhängigkeit – also bei der Vereinbarung fixer Zinsen vom Nennbetrag, die nur bei Vorliegen eines entsprechenden Unternehmenserfolges ausbezahlt werden und nachgeholt werden können – keine gesellschafterähnliche Beteiligung vor.

Mit den Begriffen Gewinnabhängigkeit und Gewinnbeteiligung im Zusammenhang mit Genussrechten setzte sich *Eberhartinger*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 13, auseinander. Gewinnabhängigkeit liegt vor, wenn sich die Höhe der Ausschüttung nach der Höhe des Gewinnes richtet, wenn die Ausschüttung z.B. der Dividende entspricht, an die Dividende gekoppelt ist, sich an der Gesamtkapitalrendite orientiert oder die Ausschüttung überhaupt nur vom Vorliegen eines Gewinnes abhängig ist. (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 76). Die Verzinsung, in welcher Form auch immer, erfolgt nur in Gewinnjahren, sie ist von der Erwirtschaftung eines Gewinns abhängig. Dies schließt auch ein, dass die Vergütung nicht zu einem Verlust führen darf. Nicht erforderlich ist, dass sich die Verzinsung an der Höhe des Gewinns orientiert, auch eine fixe Mindestverzinsung, die nur in Gewinnjahren erfolgt, ist ausreichend, das Kriterium der Gewinnabhängigkeit zu erfüllen. Eine gewinnorientierte Vergütung ist Ausdruck dafür, dass der Kapitalgeber nicht nur an den Risiken, sondern auch an den Chancen des Unternehmens teilnimmt. (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 77). Auch eine feste oder gewinnorientierte Verzinsung, die in Verlustjahren ersatzlos ausfällt, ist als gewinnabhängig zu betrachten. (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 89). Ausgefallenen Gewinnausschüttungen können aus Gewinnen der Folgejahre nachgeholt werden. (*van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 155). Eine feste Verzinsung steht der Annahme eines Genussrechts nicht entgegen, sofern die Zahlung nur bei Ausweis entsprechender Gewinne vorgesehen ist. (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 13).

Im gegenständlichen Fall erfolgt die Verzinsung von 6%, 7%, 8% usw. liquiditätsabhängig und nur bis zur Deckung im Jahresüberschuss. Die Dividenden der Genussrechtsinhaber dürfen zu keinem Jahresfehlbetrag führen (Genussrechtsbedingungen § 4.4.). Die Bw. betont, zwar könne die Verzinsung vorübergehend bis auf Null reduziert werden, allerdings träfe die

Bw. eine Nachzahlungsverpflichtung. Dem wird entgegnet, dass die ausgefallene Verzinsung zwar in „guten“ Jahren nachgeholt wird, allerdings nur bis zum Ende der Laufzeit. Bestehen dann noch ausgefallene Verzinsungen, werden sie nicht mehr ausbezahlt. Hat die Bw. Verluste erwirtschaftet, dann nimmt dieser Rückzahlungsbetrag nach dem Grundkapital an den Verlusten teil und es kommt zu keiner Nachholung der ausgefallenen Dividenden. Weiters werden am Ende der Laufzeit dem Genussrechtsinhaber bei entsprechendem Ergebnis der Bw. 7% Bonusdividende gezahlt, oder auch nicht, wenn kein entsprechendes Ergebnis vorliegt. Die 7% Bonusdividende kann jedenfalls nicht nachgeholt werden.

Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates sind die Dividenden für die gegenständlichen Genussrechte gewinnabhängig, da die 6%, 7%, 8%, bzw. die mit der EZB gekoppelten festen Zinsen nur bei Ausweis eines entsprechenden Gewinnes ausgezahlt werden und nicht zu Verlusten führen dürfen, sowie die durch Verluste ausgefallenen Dividenden nur bei entsprechendem Gewinn bis spätestens zum Ende der Laufzeit nachgeholt werden können. Die 7% Bonusdividende wird nur bei Ausweis eines entsprechenden Gewinnes ausbezahlt und kann, da mit Ende der Laufzeit fällig, nicht nachgeholt werden.

7.2. Zusammenhang zwischen Verlustbeteiligung und Nachrangigkeit

Im gegenständlichen Fall wurde in den Genusscheinbedingungen auch eine Verlustbeteiligung vereinbart, und zwar nicht in einem fixen Prozentsatz vom Nennbetrag des Genussrechtes, sondern verhältnismäßig zum gesamten ausgegebenen Genussrecht der jeweiligen Tranche (Genussrechtsbedingungen § 5 Verlustteilnahme).

Wenn das dem Unternehmen zur Verfügung gestellte Kapital am laufenden Verlust des Unternehmens beteiligt ist, dann ist es unmittelbar vom Misserfolg des Unternehmens betroffen und trägt somit einen Teil des Unternehmerrisikos. (*Eberhartinger, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 77*). Die Verlustbeteiligung stellt das Äquivalent zur Gewinnbeteiligung des Genussbeteiligten dar, bedarf ausdrücklicher Vereinbarung und wird als „Genusspflicht“ bezeichnet. Aus der Teilnahme am Verlust ergibt sich ein entscheidendes Abgrenzungskriterium zu den Schuldverschreibungen (hier: Anleihen). Bei einer Verlustteilnahme können Verluste die Berechnungsgrundlage für die Gewinnbeteiligung und auch einen etwaigen Rückzahlungsbetrag reduzieren. (*van Husen, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 159*). Die Teilnahme am laufenden Verlust kann vereinbart werden über Teilnahme am Jahresfehlbetrag, Herabsetzung der Rückzahlungsansprüche und Teilnahme der Genussrechtsberechtigten am Verlust erst dann, wenn noch immer ein Bilanzverlust vorhanden ist. (*van Husen, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-,*

aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 160-161). Eine Teilnahme am Endverlust besteht dann, wenn die Genussberechtigten im Liquidationsfall nachrangig den anderen Gläubigern zu befriedigen sind. Das Genusskapital kann dann bis zum vollen Umfang zur Gläubigerbefriedigung herangezogen werden. (*van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 162). Dies bedeutet, dass es den Drittgläubigern des Unternehmens als haftendes Kapital zur Verfügung steht. (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 80, 81).

In ihrer Argumentation übersieht die Bw., dass der Genussrechtsinhaber laut § 5 am Verlust teilnimmt, wenn das Eigenkapital aufgebraucht ist. Der Genussrechtsinhaber ist nicht nur über den Rückzahlungsbetrag am Verlust beteiligt (Genussrechtsbedingungen § 6.4.), sondern auch über § 5 der Genussscheinbedingungen, wonach er an Jahresfehlbeträgen nach Verbrauch des Eigenkapitals beteiligt ist.

Die Genussrechtsinhaber sind ebenso am Endverlust beteiligt, da nach den Genussrechtsbedingungen § 6.4. Laufzeit, Rückzahlung, Kündigung, die Rückzahlung der Genussrechte zu 100% des Nennbetrages abzüglich eines etwaigen Verlustanteils erfolgt. Nach den Genussrechtsbedingungen § 10.4. Rang/Negativerklärung/Liquidationserlös sind die Forderungen aus den Genussrechten im Fall der Liquidation oder Insolvenz der Bw. allen anderen Ansprüchen von Gläubigern der Bw. nachrangig. Das bedeutet, dass im Fall von laufenden Verlusten der Bw. der Genussrechtsinhaber weder die 6%, 7%, 8%, bzw. die mit der EZB gekoppelten festen Zinsen noch die 7% Bonusdividende erhält, und im Fall der Insolvenz er auch des eingesetzten Genussrechtskapitals verlustig ginge. Bei besten Ergebnissen der Bw. erhält der Genussrechtsinhaber nach 5 Jahren Laufzeit 37.000 Dividenden plus 100.000 zurück, als „worst case“ Szenario hätte er „Null“ Dividenden plus Verlust von 100.000 (= höchstens 137.000/ schlimmstenfalls Null).

Eine Verlustbeteiligung schließt das Vorliegen eines echten Darlehens aus (VwGH 16.4.1991, [90/14/0120](#), in diese Richtung auch VwGH 20.1.1992, [90/15/0074](#), UFS 12.5.2004, RV/0160-W/03 und VwGH 20.12.2007, [2004/16/0118](#)). Die Verlustbeteiligung in voller Höhe würde nach Meinung des Unabhängigen Finanzsenates nicht (nur) für ein Genussrecht gemäß [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#), sondern sogar für die Zuordnung zu den gewinnbeteiligten Forderungen gemäß [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#) sprechen.

7.3. Laufzeit und Kündigung

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*). Die Laufzeit der Genussrechte ist grundsätzlich unbegrenzt, die Genussrechte werden auf eine Mindestvertragsdauer von ca. 5 bis 12 Jahre gegeben, allerdings unter Einschränkung der Kündigungsmöglichkeiten, da die Bw. frühestens nach Ablauf von ca. 2/3 der Laufzeit ab erstmaliger Ausgabe des jeweiligen Genussrechtes („Sonderkündigungsrecht“ Genussrechtsbedingungen § 6.5. Laufzeit, Rückzahlung, Kündigung) und der Genussrechtsinhaber frühestens nach Ablauf der Mindestvertragsdauer mit einer Kündigungsfrist von zwei Jahren kündigen kann. (Genussrechtsbedingungen § 6.1., 2. Laufzeit, Rückzahlung, Kündigung). Die vorliegende Art der vertraglichen Bindung geht über ein Darlehensverhältnis hinaus, vor allem, dass die Laufzeit der Genussrechte grundsätzlich unbegrenzt ist und die Kündigungsfrist zwei Jahre beträgt. Laufzeit und Kündigungsbestimmungen der vorliegenden Genussscheinbedingungen runden daher das Bild der „unternehmerischen“ Beteiligung, Gesellschafterähnlichkeit, und damit die Verwirklichung des Tatbestandes des [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) ab.

8. Zusammenfassung

Zentraler Berufungsgrund ist, dass es sich um anleiheähnliche Genussrechte mit einer überwiegend fixen Verzinsung handelt, die deshalb nicht der Gesellschaftsteuer unterliegen.

Nach Ansicht des UFS weist nicht nur die beispielhafte Aufzählung in [Art. 3 lit. d RL 2008/7/EG](#) ([Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG](#)), dass Rechte, wie sie den Gesellschaftern gewährt werden, zum Beispiel das Stimmrecht, das Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlös sind, sondern insbesondere das Urteil des EuGH 17.10.2002, [C-138/00, Solida/Tech Gate](#) darauf hin, dass jedenfalls die Ausgabe von Genussrechten, die ihrem Inhaber einen Anspruch auf Teilnahme am laufenden Gewinn sowie am Liquidationsgewinn der begebenden Gesellschaft gewährten, in den Anwendungsbereich der Kapitalansammlungsrichtlinie fallen. Ein fehlendes Stimmrecht des Genussrechtsberechtigten steht der Anwendung des Art. 3 lit. [RL 2008/7/EG](#) ([Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG](#)) nicht entgegen. (*Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 475*). Es handelt sich bei den KVG-Genussrechten um Einlagen jeder Art, für die gesellschafterähnliche Rechte gewährt werden, die ihrem Inhalt nach typische Vermögensrechte des Gesellschafters sein können. Bezieht man in die Betrachtung die gesamte Kapitalansammlungsrichtlinie mit ein, dass auch Gesellschafterdarlehen gesellschaftsteuerpflichtig sein könnten, und dass die Haftung für Gesellschaftsschulden mit der Höhe der Beteiligung der Mitglieder einer „Kapitalgesellschaft“ beschränkt sein muss, so ergibt dies das Bild einer sehr weitgefassten „Gesellschafterähnlichkeit“ einer Beteiligung. Der

Erwerb von Genussrechten, mangels gesetzlicher Differenzierung sowohl von aktiengleichen wie obligationsähnlichen, unterliegt der Kapitalverkehrsteuerpflicht aufgrund von § 2 Z 1 iVm [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#). (*van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 466). Eine Gewinnbeteiligung ist zwar ein typisches Vermögensrecht eines Gesellschafters, doch kommt infolge ihrer mannigfaltigen Ausprägung bei Genussrechten auch eine andere Teilhabe am Wohl und Wehe der Kapitalgesellschaft in Betracht. Für das Vorliegen eines gesellschaftsteuerlichen Genussrechtes muss eine Risikobeteiligung am Unternehmen vorhanden sein, doch diese muss sich nicht in der „variablenzinsimprägnierten“ Gewinnbeteiligung des [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#) niederschlagen (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](#)). Es genügt, wenn der prozentuelle Anteil des Genussrechtsberechtigten in Abhängigkeit vom zukünftigen wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft steht. Die Vergütung des Genussrechtsberechtigten kann auch mit dem Genussrechtskapital oder Prozenten davon gedeckelt sein. Die Nachrangigkeit bildet einen weiteren Mosaikstein zu dessen „unternehmerischer“ Beteiligung, die sich gesellschaftsteuerlich im „Erwerb von Gesellschaftsrechten“ niederschlägt. (*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):

Die vorliegenden Genussrechte sind als „gesellschafterähnliche Rechte“ (unternehmerische Beteiligung) und nicht als Anleihe zu qualifizieren, da in den Genussrechtsbedingungen folgende Abreden getroffen wurden:

Erfolgsabhängigkeit der Vergütung auf das Genusskapital: Der Gewinnanteil besteht aus gewinnabhängigen fixen Zinsen. Die Genussrechte sind bis zum Laufzeitende für jedes Geschäftsjahr der Gesellschaft *dividendenberechtigt*. Die „A Funds“ Produkte sind festverzinslich, das heißt, sie werden mit einer Dividende von 6% bzw. 8%, bzw. 7% des Nennbetrages des Genussrechtes je Geschäftsjahr, bzw. in den Folgejahren mit einem Prozentsatz (2,25%, 4,25%, 4,50%) über dem Hauptfinanzierungssatz der EZB bedient. Dieser Zinssatz, der in den Genussrechtsbedingungen als Dividende bezeichnet wird, wird nur dann ganz oder teilweise ausgeschüttet, wenn ein entsprechender Jahresüberschuss besteht und dieser nicht zur Wiederauffüllung von Verlusten verwendet wird. (Genussrechtsbedingungen § 4.4. Dividende). Diese nichtausgeschütteten Dividenden müssen von der Bw. während der Laufzeit des Genussrechtes nachgezahlt werden, aber nur dann, wenn ein entsprechender Jahresüberschuss vorhanden ist.

Rechnerisch ohne Details – EZB und Prozentsatz - umgelegt, bedeutet das folgendes: Bei optimalem Unternehmensgang der Bw. und einem Genussrechtsnominale von 100.000 beträgt der jährliche Gewinnanteil $x 6\% = 6.000$ pro Jahr. Bei einer Laufzeit von 5 Jahren können für den Genusscheininhaber 30.000 an Gewinnanteilen auflaufen. Bei Ende der Laufzeit von 5 Jahren des Genussrechtes kommt es im Jahr vor der Rückzahlung „zusätzlich“ zu einer Bonusdividende von 7% des Nennbetrages, das sind bei einem Genussrecht von 100.000 $x 7\% = 7.000$. Der Genussrechtsinhaber gewinnt bei 5 Jahren 37.000 und erhält den Nennbetrag von 100.000 zurück (= 137.000).

Wird in einem Jahr kein Gewinnanteil ausbezahlt, wird er auf das nächste Jahr vorgetragen. Die Höhe der Dividende reduziert sich vollständig auf Null oder teilweise, wenn durch die Dividende bei der Gesellschaft ein Jahresfehlbetrag entstehen oder erhöht werden würde oder durch die Zahlung der Dividenden bei der Bw. ein Insolvenzeröffnungsgrund herbeigeführt würde. Falls ein Jahresüberschuss ganz oder teilweise zur Wiederauffüllung von Verlusten oder für die Rücklagenzuführung verwendet werden muss, vermindert sich im Verhältnis die Höhe der Dividenden. Diese Dividenden sind im Fall von Jahresüberschüssen während der Laufzeit der Genussrechte nachzuzahlen. Die Bonusdividende wird nur dann ausbezahlt, wenn ein Jahresüberschuss vorhanden ist, sie wird nicht „nachgeholt“. (Genussrechtsbedingungen, Genusscheinbedingungen § 4.4.).

Rechnerisch umgelegt, bedeutet dies, dass nach Beendigung z.B. 5 Jahren Laufzeit der Genussrechtsinhaber nur sein Nennkapital zurückbekommt, wenn während der Laufzeit des Genussrechtes die Bw. keine verteilbaren Jahresüberschüsse verzeichnete und die Dividenden in den Folgejahren auch nicht nachgeholt werden konnten. Im Unterschied zum Darlehensgeber kann der Genussrechtsinhaber die „fixen Zinsen“ nicht geltend machen, wenn bis zum Ende der Laufzeit die Bw. keine entsprechenden Jahresüberschüsse hatte.

Die Nichtausschüttung von Dividenden für den Fall eines Jahresfehlbetrages bedeutet, dass vorrangig die anderen Gläubiger der Bw. bedient werden. Die durch Verluste in den „schlechten“ Jahren ausgefallenen Dividenden werden zwar in „guten“ Jahren nachgeholt, allerdings nur bis zum Ende der Laufzeit. Hat die Bw. Verluste erwirtschaftet, dann nimmt dieser Rückzahlungsbetrag nach dem Grundkapital an den Verlusten teil und es kommt zu keiner Nachholung der ausgefallenen Dividenden sowohl von 6%, 7%, 8% als auch der Bonusdividende von 7%. Da mit dem Auslaufen der Genussrechte die Nachholbarkeit ihr Ende findet, liegt keine Zinsenstundung, die für den Darlehenscharakter der Genussrechte spräche, vor. (VwGH 19.9.2001, [99/16/0056](#), Berufungsentscheidungen 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).

Nach den Genussrechtsbedingungen § 2 Definitionen stellen die vorliegenden Genussrechte keine Anleihe dar, da sie keinen Anspruch auf Zinszahlung und Tilgung begründen und umschreiben in Abgrenzung zu den strittigen Genussrechten, was eine Anleihe ist: „*Ein festverzinslicher Vermögenstitel (Anleihe) ist ein schuldrechtlicher Anspruch auf Zahlung eines zeitabhängigen Entgelts (Zinszahlung) und auf Rückzahlung des überlassenen Kapitalbetrags (Tilgung);*“. Bei den hier strittigen Genussrechten besteht auf die Zahlung der fixen Zinsen kein schuldrechtlicher Anspruch, denn wenn kein Jahresüberschuss vorhanden ist oder die Bedienung der Dividendenansprüche aus den Genussrechten bei der Bw. einen Insolvenzeröffnungsgrund herbeiführen würde, dürfen die Zinsen nicht ausbezahlt werden, (Genussrechtsbedingungen § 10 Rang/Negativerklärung/Liquidationserlös).

Im Firmenbuch der Bw. steht im Anhang zum Jahresabschluss zum 31.12.2007 unter „*1.2.1 Ertragslage*“ und „*1.2.2 Vermögens- und Finanzlage*“, dass die Bw. nachrangiges Genussrechtskapital mit Beteiligung an Gewinn und Verlust begab. Nach der Darstellung der Bw. unterscheiden sich die hier strittigen A1 Produkte von den hier unstrittigen Genussrechten in der Mindestlaufzeit und in der Höhe der laufenden Basisdividenden. Die Bw. weist darauf hin, dass bei den A1 Produkten die Ausschüttungen einer Ergebnisabhängigkeit unterliegen und betont, dass sie auch eine Anleihe begab, die anders als die Genussrechte „konstruiert“ ist: „*Neben dem Genussrechtskapital wurde im Geschäftsjahr 2007 ebenfalls mit einer Platzierung einer innovativen Inhaber-Schuldverschreibung am Markt begonnen. Das Wertpapier ist girosammelverwahrt und rentiert als Floater, angelehnt an den Hauptrefinanzierungssatz der EZB. Zusätzlich wird der Rückzahlungsbetrag des Wertpapiers zum Laufzeitende der Inflationsrate angepasst (inflations-indexiert).*“

Entgegen ihrem Vorbringen in der Berufung ordnete die Bw. in den Urkunden im Firmenbuch die hier strittigen Genussrechte den gesellschafterähnlichen Rechten zu. Im Gegensatz zu der von der Bw. begebenen Anleihe wird der Rückzahlungsbetrag der Genussrechte zum Laufzeitende auch nicht an die Inflationsrate angepasst.

Teilnahme am Verlust der Bw. bis zur Höhe des Genussrechtskapitals: Der Genussscheininhaber ist am Verlust beteiligt: Das Genussrecht nimmt bis zum Laufzeitende bis zur vollen Höhe seines Nennbetrages am Verlust teil, soweit nicht anderes freies Eigenkapital der Bw. durch eine Verlustbeteiligung vorrangig herabzusetzen ist. Der Verlustanteil pro Genussrecht am Jahresfehlbetrag berechnet sich nach dem Verhältnis zwischen dem Nennbetrag des Genussrechtes zur Summe der begebenen Genussrechte zum verlusttragungsfähigem Kapital der Bw. *Die Höhe der Verlustteilnahme pro Genussrecht ist insgesamt auf die Höhe des Nennbetrages begrenzt.* (Genussrechtsbedingungen § 5.2. Verlustteilnahme). Der Genussrechtsinhaber hat einen Anspruch auf Rückzahlung des

Nennbetrages, der sich reduziert oder ganz entfällt, wenn bei Ende der Laufzeit ein Verlust schlagend geworden ist. (Genussrechtsbedingungen § 5.4. Verlustteilnahme; Genussrechtsbedingungen § 6.4.).

Läuft in einem solchen Zeitraum das Genussrecht aus oder kommt es zur Liquidation der Bw., entspricht der Rückzahlungsanspruch dem um Verluste reduzierten Nennbetrag des Genussrechtes. Das heißt, bei schlechtem Unternehmensgang erhält der Genussrechtsinhaber keine jährliche Dividende, keine Bonusdividende und im schlechtesten Fall nicht einmal den Nennbetrag des Genussrechtes zurückgezahlt.

Ist das Genussrechtskapital nach 5 Jahren durch Verluste der Bw. aufgezehrt, kann es sein, dass der Genussrechtsinhaber „gar nichts“ zurückbekommt, im Fall von laufenden Verlusten der Bw. erhält der Genussrechtsinhaber weder die 6%, 7%, 8% noch die 7% Bonusesdividende und im Fall der Insolvenz auch nicht das eingesetzte Genussrechtskapital zurück. Bei besten Ergebnissen erhält der Genussscheininhaber nach 5 Jahren Laufzeit 37.000 Dividenden plus 100.000 zurück. Als „worst case“ Szenario hätte er „Null“ Dividenden plus Verlust von 100.000 Genussrechtskapital. Der Genussrechtsinhaber hat sich für den Fall des Verlustes damit einverstanden erklärt, er hat sogar auf eine Besicherung seiner Genussrechte verzichtet und für dieses Risiko bekommt er höhere Dividenden.

Gerade mit der Verlustbeteiligung kommen die vorliegenden Genussrechte den „eigentlichen Gesellschaftsrechten“ wie z.B. der Aktie sehr nahe, denn nach [§ 49 Abs. 1 AktG](#) wird die Verpflichtung der Aktionäre zur Leistung der Einlagen durch den Ausgabebetrag der Aktien begrenzt. Der Genussrechtsinhaber trägt hier das unternehmerische Risiko vergleichsweise wie ein Aktionär, er nimmt am Wohl und Wehe der Bw. teil. Eine Verlustbeteiligung schließt das Vorliegen eines echten Darlehens aus (VwGH 16.4.1991, [90/14/0120](#), in diese Richtung auch VwGH 20.1.1992, [90/15/0074](#), UFS 12.5.2004, RV/0160-W/03 und VwGH 20.12.2007, [2004/16/0118](#)).

Die Forderungen aus den Genussscheinen sind nachrangig: Die Genussrechtsinhaber sind ebenso am Endverlust beteiligt. Die Forderungen aus den Genussrechten sind dinglich nicht besichert, sie sind nachrangig gegenüber den von der Bw. begebenen Anleihen und im Fall der Liquidation oder Insolvenz der Bw. gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern der Bw. (Genussrechtsbedingungen § 10 Rang, Negativerklärung/Liquidationserlös). Das Genussrechtskapital haftet für Schulden der Bw. gegenüber Dritten. (*Eberhartinger*, Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen, 1996, 80, 81; *van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 162). Wie in den Genussrechtsbedingungen § 2 Definitionen dargestellt, hat der Genussrechtsinhaber –

im Gegensatz zum Darlehensgläubiger - keinen Anspruch auf Tilgung, das heißt auf Rückzahlung seines eingesetzten Genussrechtskapitals.

Laufzeit, Kündigung und mitgliedschaftsähnliche Rechte: Die Genussrechtsbedingungen betreffend Laufzeit, Kündigung und mitgliedschaftsähnliche Rechte runden das Bild einer „unternehmerischen“ Beteiligung, eines gesellschafterähnlichen Rechtes der vorliegenden Genussrechte ab. Die Laufzeit der Genussrechte ist unbegrenzt, es gibt aber je nach Genussrecht verschiedene Mindestvertragsdauern zwischen fünf und zwölf Jahren, eine Kündigung ist frühestens mit dem Ablauf der Mindestvertragsdauer möglich. (Genussrechtsbedingungen § 6 Laufzeit, Rückzahlung, Kündigung). Die Genussrechte sind im Falle der Auflösung der Bw. am Liquidationserlös nicht beteiligt. (Genussrechtsbedingungen § 10 Rang, Negativerklärung/Liquidationserlös). Die Kündigungsfrist beträgt zwei Jahre. Kündigt der Genussrechtsinhaber vorzeitig vertragswidrig, schuldet er der Bw. neben dem Agio 12% seines Nennbetrages. Der Bw. steht ein Sonderkündigungsrecht zum Ablauf von mindestens 2/3 der jeweiligen Mindestvertragsdauer zu. Die Bw. zahlt dann dem Genussrechtsinhaber zusätzlich zum Rückzahlungsbetrag bis zu 1% des Nennbetrages des Genussrechts. (Genussrechtsbedingungen § 6 Laufzeit, Rückzahlung, Kündigung). Diese Längerfristigkeit der Kapitalüberlassung und intensive Bindung des Genussrechtsinhabers implizieren die Eigenkapitalqualität des Genussrechtskapitals.

Nach den vorliegenden Genussrechtsbedingungen und Genussscheinbedingungen ist Gegenstand des Genussrechtes eine gewinnabhängige Verzinsung und eine Beteiligung am laufenden Verlust, sowie am Endverlust (Nachrangigkeit). Das Genussrechtskapital wird längerfristig überlassen, grundsätzlich auf unbestimmte Dauer, die Bw. und Genussrechtsinhaber sind eine bestimmte Mindestzeit an die Vereinbarung gebunden. Am Firmenwert und am Liquidationserlös sind die Genussrechte nicht beteiligt. (Genussrechtsbedingungen § 10.4. Rang, Negativerklärung/Liquidationserlös). Die Genussrechte gewähren keine Gesellschaftsrechte wie Teilnahme, Mitwirkungs- und Stimmrechte an der Hauptversammlung der Bw. und die Genussrechtsinhaber haben kein Weisungsrecht gegenüber Organen der Bw. (Genussrechtsbedingungen § 9 Abgrenzung von Gesellschaftsrechten).

9. Schlussfolgerungen

Die Rechte aus den Genussrechten der Bw. sind als Genussrechte gemäß [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) zu qualifizieren, da die 6%, 7%, 8% festen Zinsen nur bei Ausweis eines entsprechenden Gewinnes ausgezahlt werden und nicht zu Verlusten führen dürfen (gewinnabhängiger fixer Zins), die durch Verluste ausgefallenen Dividenden nur bei entsprechendem Gewinn bis spätestens zum Ende der Laufzeit nachgeholt werden können (d.h. keine Zinsenstundung),

Verlustbeteiligung bis zu 100% des Nennbetrages des Genussrechtes nach Verbrauch des Grundkapitals der Bw. (Genusspflicht) und eine Beteiligung am Endverlust infolge Nachrangigkeit der Genussrechtsforderung im Fall der Liquidation oder Insolvenz der Gesellschaft vereinbart wurden. Die Genussrechtsbedingungen betreffend Laufzeit und Kündigung runden das Bild der vom Kapitalverkehrsteuergesetz geforderten Teilhabe des Genussrechtsinhabers an den Risiken und Chancen der Bw. ab, denn in den Genussrechtsbedingungen wurde grundsätzlich eine unbegrenzte Laufzeit mit einer Mindestvertragsdauer vereinbart, die Kündigungsfrist beträgt zwei Jahre. Es verstößt nicht gegen die Bestimmungen der Kapitalansammlungsrichtlinie [Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG](#) ([Richtlinie 2008/7/EG](#) vom 12. Februar 2008), wenn die Emission von Genussrechtskapital als Erwerb von Gesellschaftsrechten der Gesellschaftsteuer unterworfen wird. (EuGH 17.10.2002, [C-138/00, Solida/Tech Gate](#)). Da die Rechte aus dem Genussrechtskapital als Genussrechte iSd [KVG](#) einzustufen sind, unterliegen sie nach [Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG](#), bzw. Art. 3 lit. d 2008/7/EG der Gesellschaftsteuer. Ob Genussrechte die Kriterien als nicht gesellschaftsteuerpflichtige Anleihen/Darlehen oder als gesellschaftsteuerpflichtige „unternehmerische, gesellschafterähnliche“ Beteiligung erfüllen, ist keine Frage des Unionsrechtes sondern der Sachverhaltsklärung. Wegen ihrer Verlustbeteiligung könnten die gegenständlichen Genussrechte auch unter die „gewinnbeteiligte Forderung“ gemäß [§ 5 Abs. 1 Z 3 KVG](#) subsummiert werden, doch entschieden sich die Vertragsteile nach den Genussrechtsbedingungen für die Hingabe von Kapital gegen Erwerb von Genussrechten, dem der Unabhängige Finanzsenat auch folgt.

Im gegenständlichen Fall handelt es sich bei den von der Bw. begebenen Genussrechten nicht um Anleihen, d.h. Darlehen, sondern um eine „unternehmerische, gesellschafterähnliche“ Beteiligung, denn im Gegensatz zum Darlehensgeber hat der Genussrechtsinhaber weder Anspruch darauf, dass ihm die Bw. Zinsen (Dividenden) zahlt, noch einen Anspruch darauf, dass ihm das eingesetzte Genussrechtskapital von der Bw. zurückgezahlt wird.

Die gegenständlichen Erwerbe von Genussrechten an der Bw. unterliegen als Ersterwerb von Gesellschaftsrechten gemäß [§ 2 Z 1 KVG](#) iVm [§ 5 Abs. 1 Z 2 KVG](#) der Gesellschaftsteuer. Aus all diesen Gründen war die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 21. Mai 2013