



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch die Vorsitzende Dr. Leopold und die weiteren Mitglieder Dr. Jutta Pronegg, Dr. Bernhard Koller und Mag. Christiane Riel-Kienzer, im Beisein der Schriftführerin Anita Eberhardt über die Berufung der Bw., Steiermark, vertreten durch Corti & Partner GmbH Wirtschaftsprüfer Steuer- und Unternehmensberater, 8010 Graz, Andreas Hofer Platz 17, vom 17. September 2001 gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt, vertreten durch Dr. Barbara Knauer, vom 20. August 2001 betreffend Körperschaftsteuer für den Zeitraum 1996 nach der am 25. Jänner 2005 in 8018 Graz, Conrad von Hötzendorf-Straße 14-18, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die VNI erwarb im Jahr 1990 um 75 Mio. S ein *Genussrecht am Vermögen* ihrer Schwestergesellschaft, der damaligen VNL, deren nunmehrige Rechtsnachfolgerin die Berufungswerberin (in der Folge kurz Bw.) ist. Dieses Genussrecht wurde in einem Genussschein vom **13. November 1990** verbrieft. Für die Zurverfügungstellung des Genusskapitals wurde in diesem Genussschein u.a. folgende Gegenleistung festgelegt:

Die VNL hat der VNI 60 % des handelsrechtlichen Gewinnes eines jeden Geschäftsjahres vor Organschaftsabrechnung auszusahlen. Die Zahlungsverpflichtung wird auf unbestimmte Zeit übernommen. Sie ist zum Ende eines jeden Geschäftsjahres der VNL mit einer Frist von sechs Wochen kündbar, erstmals zum Ende des 20. Geschäftsjahres der VNL, das dem Jahr der

Genussscheinbegebung folgt. Eine Kündigung der VNL setzt voraus, dass auf Grund des Genussscheines bis zu dem Geschäftsjahr, in dem die Kündigung erfolgt, Gewinnbeteiligungsansprüche von mindestens 150 Mio S angefallen sind. Die VNL kann den Genussscheinanspruch aus wichtigem Grund vorzeitig kündigen, wenn die VNI vor dem Ende der vereinbarten festen Laufzeit von 20 Jahren bereits Gewinnbeteiligungsansprüche von insgesamt 150 Mio S erworben hat. Im Fall der Auflösung und Abwicklung der VNL erlischt der Anspruch aus dem Genussrecht. Die VNI und die VNL waren zum Zeitpunkt des Eingehens der Genussvereinbarung Schwestergesellschaften. Gemeinsame Mutter war mit jeweils 100%iger Beteiligung die VNH (in der Folge kurz VNH).

Vor Abschluss der Genussvereinbarung wurde mit Vertrag vom **3. Juli 1990** zwischen der VNI als Geschäftsherrin und der ATL die Errichtung einer stillen Gesellschaft und zwar der VNI und Mitg. vereinbart.

Es wurde vereinbart, dass die Stille Gesellschafterin neben ihrer Gesellschaftseinlage von 10.000,00 S, weitere Gesellschaftseinlagen von 50.000.000,00 S (dieser Betrag wurde in der Folge erhöht) leisten wird. Die über den Betrag von 10.000,00 S hinausgehenden Einlagen (Einlage der ATL) wurden von Treugebern (rund 350) aufgebracht und von der ATL für Rechnung der Treugeber gehalten.

In der Folge wurde die Einlage der ATL erhöht.

Diese Konstruktion wurde als Beteiligungsmodell für die Treugeber beworben.

Bei der VNI wurde die Hingabe des Genusskapitals bereits im Jahr der Hingabe, also im Jahr 1990, zur Gänze als Betriebsausgabe abgesetzt, was folglich zu entsprechenden Verlustzuweisungen an die stillen Gesellschafter der VNI und Mitg. führte. Das Finanzamt akzeptierte den Feststellungen einer Betriebsprüfung folgend zwar die Anschaffungskosten des Genussrechtes als betrieblich veranlasst, aktivierte jedoch die Anschaffungskosten, wobei es im Sinne der vereinbarten frühest möglichen Kündigung nach Ablauf von zwanzig Jahren laut Genussschein von einer Nutzungsdauer des Genussrechtes von 20 Jahren ausging.

Sonach erachtete das Finanzamt eine Abschreibung des Genussrechtes über einen Zeitraum von zwanzig Jahren als angemessen. Diese Beurteilung durch das Finanzamt wurde schließlich im Berufungswege bekämpft.

Die Abgabenbehörde zweiter Instanz bestätigt diese Vorgangsweise des Finanzamtes in der Berufungsentscheidung vom 22. März 1994, B 168-3/93.

Die VNI und Mitg. ging in ihrem Berufungsverfahren davon aus, dass die Forderung, für die ein Besserungsversprechen erteilt worden war, Gewinn mindernd auszubuchen sei, da im Wesentlichen ein Genussrecht mit einer Besserungsvereinbarung vorliege. Die Anwartschaft auf künftige Zahlungen dürfe nicht aktiviert werden, weil sie von noch nicht realisierten Gewinnen abhängen, steuerlich bestünden hinsichtlich der Besserungsvereinbarung keine

eigenen Bestimmungen, weshalb die Frage der Aktivierungspflicht nach handelsrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden sei. Maßgeblich seien die handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung. Dazu zählten u.a. das Prinzip der Vorsicht und das Realisationsprinzip.

Die der VNL zugeführten Mittel in Höhe von 75 Mio S seien für die Entwicklung neuer Produkte und vor allem für die Gründung eines Tochterunternehmens im Ausland verwendet worden.

Infolge dessen sei bereits im Jahr 1993 ein Gewinn von rund 3,2 Mio S erzielt worden. Dieser positive Trend habe sich weiter fortgesetzt. So habe Ende Februar 1994 ein um 38 % höherer Auftragsstand als im Vergleich zum Vorjahr bestanden.

Steuerlich sei das Genusskapital als Besserungskapital zu betrachten und als Aufwand beim Verbesserer und als Erlös beim Verbesserten anzusetzen, was auch geschehen sei.

Die Abgabenbehörde zweiter Instanz hat in der von ihr erlassenen Berufungsentscheidung den Sachverhalt dahingehend gewürdigt, dass nicht die Hingabe von Kapital und dessen Rückzahlung im Falle der Besserung, sondern ein Genussrecht am Gewinn, das alleine die Hingabe von Kapital abgelten sollte, vereinbart worden sei. Nach dem Inhalt des Genussscheines müsse die VNL das Genussrecht nur so lange dulden, bis für die VNI Gewinnbeteiligungsansprüche von 150 Mio S angefallen seien. Für das Vorliegen eines aktivierungsfähigen Wirtschaftsgutes sei eine gewisse, bei dessen Veräußerung ins Gewicht fallende Selbständigkeit entscheidend, die bewirke, dass für das Wirtschaftsgut im Rahmen des Gesamtkaufpreises ein besonderes Entgelt angesetzt zu werden pflege. Aus welchen Gründen ein fiktiver Erwerber der VNI im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das Genussrecht nichts ansetzen sollte, sei in Ansehung der prognostizierten wirtschaftlichen Entwicklung der VNL unerfindlich. Ein fiktiver Erwerber der VNI GmbH würde im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das Genussrecht nur dann nichts ansetzen, wenn die für die Hingabe der 75 Mio S in Aussicht gestellte Gewinnbeteiligung gänzlich unrealistisch wäre. Die Folge davon wäre allerdings, dass eine bei der VNI und Mitg. nicht erfolgswirksame Entnahme der 75 Mio S durch die VNI vorläge, weil es aus der Sicht des Betriebes der Beschwerdeführerin nicht als betrieblich veranlasst angesehen werden könnte, dass die VNI der VNL Kapital unentgeltlich und ohne Rückzahlungsverpflichtung zuführe. Eine derartige Kapitalzufuhr wäre nur dann wirtschaftlich sinnvoll, wenn die VNI in ihrer Stellung als Konzernunternehmen die wirtschaftlichen Interessen der gemeinsamen Muttergesellschaft, der VNH, verfolgt hätte. Diesfalls läge aber eine verdeckte Ausschüttung der VNI an die VNH vor. Genussscheine seien in den meisten Fällen börsenhandelsfähig, weswegen sie ebenso wie Aktien als bewertbare Wirtschaftsgüter anzusehen seien, obwohl auch Aktien ebenso wie Genussrechte nur Ansprüche auf zukünftige, höchst ungewisse Einkünfte vermittelten. Das

der VNI eingeräumte Genussrecht könne erstmals nach 20 Jahren seitens der VNL gekündigt werden, falls bis dahin für die VNI Gewinnbeteiligungsansprüche von mindestens 150 Mio S angefallen seien. Eine Kündigung des Genussrechtes vor Ablauf von 20 Jahren sei nur bei einem früheren Anfall dieses Betrages möglich. Es sei daher von einer Nutzungsdauer des Genussrechtes von 20 Jahren auszugehen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat schließlich in seinem Erkenntnis vom **21. Oktober 1999, 94/15/0088** den angefochtenen Bescheid bestätigt.

Die Bw. wiederum hatte die Vereinnahmung des Genusskapitals im Jahr 1990 sofort *ertragswirksam* verbucht und keine korrigierende Passivpost eingestellt.

Nunmehr wurde im Zuge einer Betriebsprüfung für Jahre 1996 bis 1998 bei **der Bw.** unter Tz.:21 des Betriebsprüfungsberichtes vom 16. August 2001 *ausgehend* von dem oa. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes, wonach die VNI und Mitg. als Genussrechtsgläubigerin das hingegebene Genussrechtskapital im Jahre 1990 zu aktivieren hatte, festgestellt, dass die Bw. dieses vice versa zu passivieren hatte. Dabei wurde gleichfalls eine Nutzungsdauer von 20 Jahren unterstellt, was zu einer jährliche Auflösung dieses Aktivpostens im Ausmaß von 3,750.000,00 S führte.

Entsprechend dieser Feststellung war die Eröffnungsbilanz der Bw. zum 1. Jänner 1996 zu berichtigen und eine "Verbindlichkeit Genussrecht" im Betrag von 54,375.000,00 S (75,000.000,00 S abzüglich bisheriger fiktiver Abschreibungen) einzustellen.

Eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 303 BAO betreffend die Körperschaftsteuer 1990 war infolge rechtskräftiger Festsetzung und Verjährung nicht mehr möglich.

Diese Feststellung führte schließlich zu einer Gewinnerhöhung bei der Bw. für 1996 um 3,750.000,00 S.

Mit Stichtag **31. August 1997** wurde die **VNI** allerdings auf die **Bw.** verschmolzen, was zum Wegfall (confusio) der Bilanzpositionen "Aktivierung Genussrecht" und "Verbindlichkeit Genussrecht" führte.

Das Finanzamt folgte den Feststellungen der Betriebsprüfung im wiederaufgenommenen Verfahren mit dem angefochtenen Körperschaftsteuerbescheid 1996 vom 23. August 2001.

Die dagegen eingebrachte Berufung richtete sich gegen die Eröffnungsbilanzberichtigung bzw. gegen die folglich vorgenommene Auflösung der eingestellten Verbindlichkeit von 3,750.000,00 S im Jahr 1996.

Die Bw. begründete dies wie folgt:

In den 80er Jahren habe die damalige VNAG (nunmehr VNH) die FGmbH) übernommen. In der Folge sei letztere Gesellschaft in VNI umbenannt worden und um einen Geschäftszweig erweitert worden. Unter Hereinnahme von Kommanditisten als neue Geldgeber sei mit der insolvenzgefährdeten VNL (später in eine AG umgewandelt) eine Genussvereinbarung (ohne Beteiligung an der Substanz) abgeschlossen worden, nach der der VNI bzw. den Kommanditisten Gewinnanteile aus der VNL zugestanden seien. Wegen der fehlenden Beteiligung am Vermögen sei die Zahlung für das Genussrecht bei der VNI sofort als Aufwand verbucht worden.

Sinn des Genussrechtes sei die Erhaltung der VNL gewesen, da sich Synergien aus beiden Geschäftsbereichen ergeben würden.

Der VwGH habe dieser Direktabschreibung in seinem Urteil vom 21. Oktober 1999 widersprochen und das Genussrecht als ein auf zwanzig Jahre abzuschreibendes Aktivum betrachtet.

Bei der VNL sei der Betrag von 75.000.000,00 S im Jahr 1990 als Ertrag behandelt worden und habe solcherart auch Eingang in die Steuererklärungen gefunden.

Gemäß § 221 Abs. 5 HGB bzw. zur Hilfe dessen Auslegung nach dem Fachgutachten KFS/RL 13 des Fachsenates für Handelsrecht und Revision des Institutes für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, sei diese Vorgangsweise handelsrechtlich geboten.

Für die Genussrechtsgeberin bestehe weder eine Kapitalbeteiligung, noch eine über den Gewinnanspruch hinausgehende Verpflichtung, noch, wie bereits angeführt, ein Anspruch am Vermögen, an den stillen Reserven oder am Liquidationserlös der VNL.

Die von der Betriebsprüfung geforderte Passivierung des Genussrechtskapitals in Höhe von 75.000.000,00 S bei der Bw. im Jahr 1990 sei nach dem Prinzip der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz nicht möglich.

Es wurde daher beantragt, die von der Betriebsprüfung vorgenommene Berichtigung der Eröffnungsbilanz zum 1. Jänner 1996 durch Einstellung einer Passivpost und deren Auflösung im Jahr 1996 in Höhe von 3.750.000,00 S rückgängig zu machen.

Im Falle der Abweisung des Berufungsbegehrens käme es zu einer unzulässigen Doppelbesteuerung ein und desselben Sachverhaltes.

Zum Einem sei der Ertrag 1990 bereits besteuert worden, zum anderen solle nun dem Aktivum, die vom VwGH zugestandene steuerliche Verrechnung versagt werden, weil ein bereits aufgelöster Posten noch einmal als Verbindlichkeit eingestellt würde. Dies stelle eine doppelte Erfassung von Erträgen dar.

Im Rahmen der Verschmelzung der beiden Gesellschaften zum 31. August 1997 sei es nämlich zu einem von der Betriebsprüfung in Abrede gestellten Confusio-Verlust gekommen.

Auf Grund der zeitverzögerten Verrechnung des Aktivpostens (entsprechend dem VwGH - Judikat), stehe diesem ein steuerpflichtiger Ertrag aus dem Jahr 1990 gegenüber. Die Konsequenz daraus könne nur ein Confusio-Verlust sein.

Erklärend wird dazu ausgeführt, dass durch die spiegelbildliche Ansetzung des Genussrechtsverpflichtung durch die Finanzverwaltung bei der Bw. und der VNI im Jahr 1997 im Zuge der Verschmelzung der beiden Gesellschaften weder ein Confusio-Gewinn noch ein Confusio-Verlust eingetreten ist und diese Bilanzposten sich steuerneutral aufgehoben haben. Für die VNI und Mitg. (nach der oa. Verschmelzung VNLAGundMitg.), also in einem anderen Abgabenverfahren, wurde aber ein Confusio-Verlust in Höhe des Buchwertes des aktivierten Genussrechtes begehrt.

Laut Eintragung im Firmenbuch vom 28. Februar 2002 wurde nunmehr die Bw. (damals nach einer bereits davor liegenden Umwandlung eine AG) auf Grund des Hauptversammlungsbeschlusses vom 18. Dezember 2001 gemäß § 5 UmWG unter gleichzeitiger Errichtung der VNL AG Nfg. & Co. KG umgewandelt. Die VNL (AG) wurde folglich aufgelöst sowie im Firmenbuch gelöscht.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 5. Juni 2003, adressiert an die *VNL AG Nfg KG als Rechtsnachfolger der VNL AG* wurde das Berufungsbegehren abgewiesen.

Hinsichtlich der Abweisungsgründe wurde auf eine gesonderte Begründung, abgefertigt vom Finanzamt am 6. Mai 2003 und zugestellt am 7. Mai 2003, verwiesen.

Die gesonderte Begründung wurde allerdings abweichend von der Berufungsvorentscheidung an die mittlerweile gelöschte VNL AG adressiert.

In der gesonderten Begründung wurde auf das Erkenntnis des VwGH vom 21.1.1999, 94/15/0088 und auf ein Nachfolgeerkenntnis vom 31.1.2001, 95/13/0281 verwiesen. In letzterem hatte der Gerichtshof neuerlich die Aktivierung von Besserungsansprüchen bejaht, wenn von einem Wirtschaftsgut ausgegangen werden könne. Wirtschaftsgüter seien alle im wirtschaftlichen Verkehr nach der Verkehrsauffassung selbständig bewertbaren Güter jeder Art. Selbständige Bewertungsfähigkeit werde angenommen, wenn im Rahmen des Gesamtaufpreises für ein Unternehmen ein besonderes Entgelt angesetzt zu werden pflegt. Da die Hingabe des Besserungskapitals im Berufungsfall beim Kapitalgeber eine zu aktivierende Forderung begründete, sei auch der Empfänger spiegelbildlich mit der korrespondierenden Verbindlichkeit belastet. Die Besserungsverpflichtung stelle daher ein negatives Wirtschaftsgut dar, welches dementsprechend als Verbindlichkeit zu passivieren und gemäß § 6 Z 2 lit. a EStG 1988 zu bewerten sei (VwGH 27.9.2000, 95/14/0079).

Es treffe zwar zu, dass bei der Gewinnermittlung nach § 5 EStG 1988 der Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz gelte, hinsichtlich der Bewertung gehe allerdings die steuerliche Bewertung gemäß § 6 EStG 1988 vor.

Eine Bilanzberichtigung habe immer dann zu erfolgen, wenn Bilanzposten fehlen bzw. Verbindlichkeiten nicht berücksichtigt wurden. Eine Bilanzberichtigung sei notwendig, wenn die Bilanz unrichtig sei. Dies sei immer dann der Fall, wenn der Abgabepflichtige anders bilanziert als er bilanzieren hätte müssen (VwGH 7.2.1990, 88/13/0241).

Eine Bilanz sei insbesondere dann unrichtig, wenn sie gegen die Vorschriften des Abgabenrechts verstößt.

Die Bilanzberichtigung diene dazu, die Bilanz mit den zwingenden Vorschriften des Einkommensteuergesetzes und einer ordnungsgemäßen Buchführung in Einklang zu bringen. Nach dem Grundsatz der Amtswegigkeit des Verfahrens habe die Behörde daher von sich aus Berichtigungen durchzuführen, wenn sie von sich aus einen unrichtigen Bilanzansatz feststelle (VfGH 7.6.1984, B 401/79).

Eine Bilanzberichtigung sei nicht davon abhängig, ob eine Veranlagung berichtigt werden könne (VwGH 4.12.1993, 90/14/0034). Auch bei einer rechtskräftigen Veranlagung, wie im Berufungsfall, sei eine Bilanzberichtigung im Ursprungsjahr des Fehlers durchzuführen (VwGH 14.12.1993, 90/14/0034). Die Bilanzberichtigung könne daher dazu führen, dass die Berichtigung sich nicht mehr auswirke, weil das betreffende Ursprungsjahr (hier 1990) bereits rechtskräftig veranlagt sei.

Der unrichtige Bilanzansatz im Fehlerjahr könne mit steuerlicher Wirkung in einem späteren Wirtschaftsjahr nicht nachgeholt werden (Doralt, Einkommensteuer Kommentar, 4. Auflage, § 4 Rz. 171).

Eine Einschränkung des Nachholverbotes könne sich nur aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben. Die Voraussetzungen hiefür lägen aber im vorliegenden Fall nicht vor. Bei der Besserungsvereinbarung aus dem Jahr 1990 zwischen der VNL und der VNI liege auf Seiten der empfangenden Gesellschaft im Jahre 1990 eine nach § 6 Z 2 lit. a EStG 1988 zu bewertende Verbindlichkeit vor. Da die Jahre 1990 bis 1995 bereits rechtskräftig veranlagt seien, müsse eine Berichtigung der Eröffnungsbilanz zum 1.1.1996 durchgeführt und die entsprechenden Bilanzposten eingestellt werden.

In der Folge stellte die Bw. als Rechtsnachfolgerin der VNL AG einen Vorlageantrag betreffend die Körperschaftsteuer 1996.

Die Bw. führte darin aus, dass das Finanzamt mit seiner Betrachtungsweise den verfassungsrechtlich gewährleisteten Gleichheitsgrundsatz verletze und dass das Steuerrecht **keine abweichenden** Regelungen für die Bewertung von Verbindlichkeiten gegenüber der Handelsbilanz vorsehe.

a) Gleichheitsgrundsatz

Wenn die Behörde ein bestimmtes geschäftliches Verhalten in Übereinstimmung mit dem Steuerpflichtigen in vertretbarer Weise beurteilt hat und nachfolgend ein und derselbe Vorgang, wenn auch in vertretbarer Weise, anders beurteilt wird, so dürfe der Wechsel zu dieser anderen vertretbaren Beurteilungsweise dennoch nicht zu einer *Doppelbesteuerung* führen.

Im Berufungsfall habe für das Jahr 1990 eine abgabenbehördliche Prüfung (Schlussbesprechung 27. Dezember 1994) stattgefunden. Es sei damals die erfolgswirksame Ausweisung des Genussrechtskapitals sowohl in der Handels- als auch in der Steuerbilanz nicht beanstandet worden. Die Bw. habe sich zu Recht darauf verlassen dürfen, dass die von ihr gewählte Vorgangsweise steuerlich korrekt sei.

Die Behörde verstoße daher mit ihrer Vorgangsweise in eklatanter Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

b) Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz

Nach § 5 EStG sei für protokollierte Abgabepflichtige die Gewinnermittlung nach den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung vorzunehmen, außer zwingende Vorschriften des Einkommensteuergesetzes ordnen Abweichendes an.

Die Bewertung von Verbindlichkeiten im Handelsrecht richte sich nach § 211 Abs. 1 HGB und für das Steuerrecht nach § 6 Z 3 EStG.

Handelsrechtlich seien Verbindlichkeiten mit ihrem Rückzahlungsbetrag anzusetzen, steuerrechtlich mit den Anschaffungskosten. Als Anschaffungskosten sei die für die Verbindlichkeit in Kauf genommene "Last" -das sei der Rückzahlungsbetrag- anzusetzen. Der steuerrechtliche Grundsatz entspreche daher den handelsrechtlichen Vorschriften (Doralt, Stand 2002, EStG, § 6 TZ 258). § 6 Z 3 decke sich daher mit § 211 Abs. 1 HGB (Quantschnigg/Schuch, Stand 1993, EStG, § 6 Tz. 166).

Als steuerliche Anschaffungskosten einer Verbindlichkeit gelte daher nicht der Verfügungsbetrag, sondern der Nennbetrag, also wie im Handelsrecht der Rückzahlungsbetrag (Straube, HGB II/RLG § 211 Tz. 10).

Dies bedeute entgegen den Ausführungen in der Berufungsvorentscheidung, dass das Steuerrecht keine vom Handelsrecht abweichenden Regelungen für die Bewertung von Verbindlichkeiten vorsehe.

Das Finanzamt ziehe aus einem Artikel von Quantschnigg aus dem Jahr 1986, also vor Inkrafttreten des Rechnungslegungsgesetzes und des EStG 1988, fälschlicherweise den Schluss, dass im Bereich der Verbindlichkeiten generell keine Maßgeblichkeit vorliege.

Abgesehen davon habe der Autor in diesem Artikel ein Erkenntnis des VwGH vom 10.12.1985, 84/14/0078 zitiert, in welchem der VwGH durchaus von der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz ausgegangen sei.

In dem in der Berufungsvorentscheidung zitierten Artikel von Quantschnigg verweise dieser auf vier weitere Entscheidungen des VwGH, in denen der Gerichtshof ausschließlich in Bezug auf die Bewertung eines derivativ erworbenen Firmenwertes (Anlagevermögen) und im Hinblick auf die damalige Rechtslage den Ansatz in der Handelsbilanz als nicht durchgreifend auf die Steuerbilanz erachtete.

Die Behörde habe ihre Ansicht, dass die Maßgeblichkeit im Bereich des § 6 EStG nicht gegeben sei, ausschließlich auf diesen Artikel von Quantschnigg aus dem Jahr 1986 gestützt.

Im Übrigen sei zu beachten, dass zu den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung auch die bereits zitierten Fachgutachten gehörten.

Das Fachgutachten KFS/RL 13, welches sich mit der Bilanzierung von Genussrechten befasse, schreibe für die Bilanzierung auf Seiten des Emittenten für Genussrechtskapital, welches als Ertragszuschuss gelte, die erfolgswirksame Vereinnahmung und keine Passivierung des Kapitals vor.

Im Jahr der Begebung des Genusskapitals habe es dieses Fachgutachten zwar noch nicht gegeben, doch sei diese Vorgangsweise bereits gängige Praxis gewesen, welche durch das Fachgutachten lediglich schriftlich vereinheitlichend festgelegt worden sei.

Im Berufungsfall sei das Genussrecht in Form einer Kapitalzufuhr zur Sanierung der Gesellschaft begeben worden, Vergütungen hätten nur nach Maßgabe erwirtschafteter Gewinne ausbezahlt werden dürfen und sei eine Beteiligung an der Substanz nicht gegeben gewesen.

Da das Handelsrecht für derartige Fälle eine erfolgswirksame Vereinnahmung des Genussrechtskapitals vorsehe, sei eine Passivierung denkunmöglich.

Umgekehrt, gehe das Fachgutachten davon aus, dass das Genussrecht bei der Genussrechtsinhaberin einen eigenen Vermögensgegenstand darstelle, der höchstens zu den Anschaffungskosten zu bewerten sei.

Auf Grund unterschiedlicher Bewertungsansätze von Forderungen und Verbindlichkeiten, komme die von der Behörde zu Grunde gelegte Spiegelbildtheorie nicht in Betracht.

Dies gelte auch für das Steuerrecht, wie aus den Rz. 2383 und 2452 der EStRL hervorgehe.

In der von der Behörde zitierten Entscheidung vom 27.9.2000, 95/14/0079, auf welche die Rz 2452 der EStRL Bezug nehme, wurde Besserungskapital als negatives Wirtschaftsgut und somit passivierungspflichtig erachtet.

Dieser Fall sei aber mit dem Berufungsfall nicht vergleichbar, da im Judikatsfall eine Besserungsvereinbarung mit detailliert geregelter Rückzahlung und gewinnunabhängiger Verzinsung abgeschlossen worden sei. Weiters sei die Möglichkeit einer vorzeitigen Tilgung vereinbart gewesen, wobei nach Rückzahlung von 100% des Besserungskapitals, zuzüglich Zinsen, die Verpflichtung endete.

Der VwGH habe bei dieser Art von Besserungsvereinbarung eine erfolgswirksame Behandlung deshalb abgelehnt, weil der Schuldner auf Grund der Besserungsvereinbarung auch ohne Vorliegen einer Besserung eine Rückzahlung des Sanierungszuschusses vornehmen habe können. Eine derartige Besserungsvereinbarung wäre auch nach handelsrechtlichen Gesichtspunkten jedenfalls zu passivieren, da die konkrete Vereinbarung nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt eher einer Stundung als einer aufschiebend bedingten Verbindlichkeit gleichzuhalten und dementsprechend zu passivieren sei (vergleiche auch Fachgutachten der Kammer der Wirtschaftstreuhänder).

Da der Berufungsfall vollkommen anders gestaltet sei, könne im Umkehrschluss aus dieser Entscheidung des VwGH in wirtschaftlicher Betrachtungsweise geschlossen werden, dass das Genussrechtskapital nicht zu passivieren war, da es sich um keine gestundete, sondern um eine aufschiebend bedingte Verbindlichkeit handle.

Ergänzend wird zur besseren Orientierung ein Abriss über die gesellschaftsrechtliche Entwicklung der beteiligten Gesellschaften dargestellt:

Mit Abtretungsvertrag vom **27. August 1997** veräußerte die VNH als 100-prozentige Mutter der VNI und der Bw., sämtliche Anteile an der VNI an Bw. um 1,00 S (Stichtag 1. Jänner 1997).

Am **29. August 1997** leistete die VNH einen Sanierungszuschuss (Großmutterzuschuss) an die VNI in Höhe von 102 Mio. S.

Der § 5 des Gesellschaftsvertrages vom 3. Juli 1990 über die Errichtung der atypisch stillen Gesellschaft, der VNI und Mitg., wurde wie folgt ergänzt (am **31. Oktober 1997**):

"Der atypisch stille Gesellschafter ist berechtigt, eine einmalige Sonderentnahme nach Maßgabe der Liquidität des Geschäftsherrn zu tätigen."

Die Bw. wurde mit Firmenbucheintragung vom **4. Dezember 1997** in eine **AG** umgewandelt.

In der Folge wurde mit Verschmelzungsvertrag vom **9. Dezember 1997** zwischen der VNI als übertragende Gesellschaft und der VNL (damals bereits eine AG) als übernehmende

Gesellschaft unter Beitritt der ATL mit Verschmelzungstichtag **31. August 1997** eine Verschmelzung der VNI auf die VNL durchgeführt.

Es kam aber zu **keiner** Beendigung der stillen Gesellschaft VNI und Mitges. auf Grund der Verschmelzung, vielmehr ging diese infolge des in der Verschmelzung liegenden Zusammenschlusses im Sinne des Art. IV UmgrStG rückwirkend auf den 31. August 1997 auf die VNL AG und Mitg. über.

Erforderliche Änderungen des Gesellschaftsvertrages vom 3. Juli 1990 wurden in einer gesonderten Vereinbarung vom **2. März 1998** festgelegt.

Danach ist die stille Gesellschafterin (ATL) am Gewinn, Verlust und Vermögen des Geschäftsherrn im Ausmaß von 16,73% beteiligt.

In jedem Fall der Beendigung der atypisch stillen Gesellschaft wurde dem Geschäftsherrn (VNL AG=Rechtsvorgängerin der Bw.) ein Liquidationsvorab in Höhe von 15,253.534,00 S zugesichert.

Laut Einbringungsvertrag vom **20. Mai 1998** abgeschlossen zwischen der ATL und der VNL AG, brachte die ATL einen Teil ihrer atypischen Beteiligung an der VNL AG im Nominale von 64.750.000,00 S *rückwirkend* zum Stichtag **1. September 1997** nach Art. III UmgrStG in die VNL AG ein.

Die VNL (AG) wurde, wie bereits dargestellt, mit Hauptversammlungsbeschluss vom **18. Dezember 2001** durch Umwandlung nach § 5 UmWG unter gleichzeitiger Errichtung der Personengesellschaft VNLAGNfG&CoKG umgewandelt. Die AG wurde in der Folge aufgelöst und im Firmenbuch gelöscht.

Mit Eintragung vom 19. März 2002 wurde die Bw. in "VNL GmbH & Co. KG" umbenannt.

In der am 25. Jänner 2005 abgehaltenen Berufungsverhandlung wurde vom steuerlichen Vertreter der Bw. ausgeführt:

“Vorausschickend wird festgehalten, dass die von uns vorgebrachte Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben und in der Folge des Gleichheitssatzes nicht mehr aufrechterhalten wird.

Aufrechterhalten werden die inhaltlichen Bedenken gegen die Feststellungen in der Berufungsvorentscheidung des FA Graz-Stadt, die davon ausgehen, dass einer Aktivierung einer Genussrechtsforderung spiegelbildlich die Passivierung einer Genussrechtsverbindlichkeit beim Genussrechtsnehmer gegenüber zu stellen ist. Es gibt mehrere VwGH-Judikate, die über die aktivische Behandlung von Genussrechten absprechen, über die passivische Behandlung von Genussscheinen gibt es wenig Material. Der VwGH sagt aber sehr wohl, dass der § 6 EStG

keine Spezialvorschriften hinsichtlich der Behandlung von Genussrechten auf der Passivseite oder der Empfängerseite vorschreibt, sondern er verweist in verschiedenen Judikaten auf einen Artikel von Frau Dr. Petra Schwarzingler, erschienen in *Ecolex* 1997 S. 529, in dem ganz klar davon ausgegangen wird, dass eine Aktivierung auf der Aktivseite nicht unbedingt eine Passivierung auf der Passivseite zur Folge hat, diese Spiegelbildtheorie daher nicht stimmt. Die Spiegelbildtheorie wurde von der FLD Wien, NÖ, Burgenland in sehr vergleichbaren Verfahren aufrechterhalten und in dieser als der VwGH–Judikatur entsprechend zitiert. Diese Entscheidung halten wir für eine Fehlentscheidung. Dazu ist festzuhalten, dass die Behandlung von Genussrechten nach Handelsrecht in einem Fachgutachten, herausgegeben von der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, behandelt wird und auch danach viele Konstellationen vorstellbar sind, in denen eine Aktivierung beim Genussrechtsinhaber und gleichzeitig eine ertragswirksame Vereinnahmung beim Genussrechtsempfänger stattzufinden hat.

Wesentlich für die bilanzielle Behandlung ist die Frage, ob es sich um Fremd- oder Eigenkapital handelt.

Die Genussrechtsvereinbarung zwischen der VNI und der VNL ist daraufhin zu untersuchen, inwieweit klassisches Fremdkapital oder Eigenkapital vorliegt und meiner Ansicht nach ist die Judikatur zum Eigenkapitalersatzrecht in diesem Fall maßgeblich. Für die Frage, ob ein Wirtschaftsgut, dessen Vorliegen unbestritten ist, dem Eigenkapital oder dem Fremdkapital zuzuordnen ist, sieht der VwGH selber verschiedene Kriterien vor: die Laufzeit, die Ergebnisabhängigkeit, die Nachrangigkeit, das Vorhandensein oder das Fehlen von Besicherungen, die Eigenkapitalausstattung des empfangenden Unternehmens, Kontrollrechte, und anhand dieser Punkte ist zu überprüfen, ob es sich um Eigen- oder Fremdkapital handelt. Es ist dabei wesentlich, ob der Kapitalgeber ein Fremder oder Dritter ist oder eine Konzerngesellschaft oder ein Unternehmen im Konzernverbund.

Die vorliegende Genussrechtsvereinbarung ist auf unbestimmte Zeit errichtet, sie sieht auch kein Nominale vor, es ist eine reine Gewinnabhängigkeit gegeben, es ist keine einzige Sicherheit dafür gewährt worden und die VNL hat vor Gewährung des Genussrechtes ein negatives Kapital ausgewiesen und war in der Lage durch diese Vereinnahmung des Genusskapitals eine Eigenkapitalquote von 19 % und damit eine Bilanzierungsfähigkeit zu erlangen.

Die Berufungswerberin war vor Hingabe des Zuschusses nicht in der Lage, Bankkredite aufnehmen zu können.

Der Parteienvertreter legt eine Grafik über die personellen Verflechtungen im VNKonzern, insbesondere zwischen der Bw. und der VNI vor und zeigt anhand dieser Grafik auf, dass

aufgrund der personellen Verflechtungen auf Vorstandsebene durchaus eine jederzeitige Aufkündigung des Genussrechtes möglich gewesen wäre.

Es ist zuzugeben, dass Kontrollrechte fehlen, der Genussrechtsinhaber hat weder Gesellschafts- noch Stimmrechte an der Bw. erhalten. Dabei handelt es sich aber nur um eines von mehreren Kriterien.

Die Amtspartei replizierte zu diesen Ausführungen, dass für den Fall der Qualifizierung des Genussskapitals als Eigenkapital, da es sich um Schwestergesellschaften gehandelt hat, eine verdeckte Ausschüttung über die damalige Mutter, die VNH zu unterstellen sei.

Nach Ansicht der Amtspartei sei die Besserungsverpflichtung aber als Verbindlichkeit zu passivieren und wurde diesbezüglich auf das Erkenntnis des VwGH vom 27.9.2000, 95/14/0079 verwiesen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Im Berufungsfall ist strittig, ob die Bw. Genussskapital, dass ihr im Jahr 1990 von ihrer Schwestergesellschaft VNI zugeflossen ist, im Jahr der Vereinnahmung als einmaligen Ertrag zu erfassen hatte oder ob das zugeflossene Genussskapital als Passivpost, welche über die voraussichtliche Laufzeit von 20 Jahren ertragswirksam aufzulösen ist, einzustellen war.

Es ist demnach die Frage zu klären, ob an den jeweiligen Bilanzstichtagen gemäß § 4 Abs. 1 EStG 1988 zu erfassende und gemäß § 6 Z 2 lit. a leg. cit. zu bewertende Verbindlichkeiten vorlagen.

Nach § 5 Abs. 1 EStG 1988 sind für die Gewinnermittlung jener Steuerpflichtigen, deren Firma –wie die der Bw.- im Firmenbuch eingetragen ist, und die Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 23) beziehen, die handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung maßgebend, außer zwingende Vorschriften des Einkommensteuergesetzes treffen abweichende Regelungen.

Nach § 6 Z 3 EStG 1988 sind Verbindlichkeiten gemäß Z 2 lit. a zu bewerten.

Nach § 198 Abs. 1 HGB sind Verbindlichkeiten in der Bilanz auszuweisen.

Der Begriff der Verbindlichkeiten ist gesetzlich nicht definiert, doch ist für deren Bilanzierung nicht von der zivilrechtlichen Durchsetzbarkeit, sondern von wirtschaftlichen Kriterien auszugehen (siehe auch VwGH 18.10.1989, 88/13/0198).

Wenn sich Geldgeber –wie im Berufungsfall- in Form einer Publikumsgesellschaft über Genussrechtskapital die Beteiligung an künftigen Gewinnen der Emittentin ausbedingen, ist jedenfalls eine Verbindlichkeit bei der Schuldnerin des Genussrechtskapitals entstanden. Denn es ist unter Kaufleuten davon auszugehen, dass für die Hingabe von Kapital zur finanziellen

Stärkung eines Unternehmens ein Rückforderungsanspruch besteht und liegt die Vermutung der Entgeltlichkeit vor. Dies um so mehr, wenn wie im Berufungsfall unternehmensfremde Anleger indirekt als Treugeber einen Anspruch auf Rückzahlung der Einlage zuzüglich einer Gewinnbeteiligung erwerben.

Der Rückforderungsanspruch eines Kapitalgebers entsteht in der Regel mit der Hingabe des Kapitals und nicht erst in dem Zeitpunkt, in dem künftige Gewinne erwirtschaftet werden.

Wenn jemand eine Gesellschaft mit Genusskapital und der Absicht an den Gewinnen zu partizipieren ausstattet, erwirbt er gegenüber dieser Gesellschaft einen Rückforderungsanspruch, der gleichzeitig eine Verbindlichkeit bei der Genusskapitalemission entstehen lässt.

Demnach war das empfangene Genusskapital bei der Bw. entsprechend zu passivieren.

Nach § 196. Abs. 1 HGB hat der Jahresabschluss sämtliche Vermögensgegenstände, Rückstellungen, Verbindlichkeiten, Rechnungsabgrenzungsposten, Aufwendungen und Erträge zu enthalten, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist.

Zu den Verbindlichkeiten zählen auch Genussrechte, auch wenn die Rückzahlungsverpflichtung vom Unternehmenserfolg abhängt.

Die Kapitalzufuhr an die Bw. im Konzern, finanziert durch eine Publikumsgesellschaft, war offensichtlich von den wirtschaftlichen Erwägungen der Stärkung der Bw. getragen.

Im vorliegenden Fall wurde der Bw. Kapital in Form von Genussrechten über eine Publikumsveranlagungsgesellschaft zur Verfügung gestellt und haben die Kapitalgeber im Zeitpunkt der Hingabe des Kapitals einen Rückforderungsanspruch erworben.

Die Bw. ist gleichzeitig mit der Vereinnahmung des Kapitals die Verpflichtung zur Rückzahlung eingegangen. Der Zeitpunkt der Entstehung der Verbindlichkeit liegt demnach bereits im Veranlagungsjahr 1990, in welchem der Bw. das Genusskapital zugezählt wurde.

Der Umstand, dass die Kapitalrückzahlung nach den im Genussschein festgelegten Kriterien erst nach Maßgabe künftig erwirtschafteter Gewinne zu erfolgen hatte, macht die Rückzahlungsverpflichtung zu einer **passivierungspflichtigen betagten** und **nicht** zu aufschiebend bedingten Verbindlichkeit, die nicht zu passivieren ist.

Laut dem vorliegenden Genussschein ist der Zeitpunkt, wann die Genussrechtsinhaberin ihren Rechtsanspruch geltend machen kann und die Höhe des Rückzahlungsbetrages bestimmbar. Zur Natur von Genussrechten ist außerdem auszuführen:

Die Gewährung von Genussrechten ist zwar nur in § 174 Abs. 3 und 4 AktG , BGBl.Nr. 98/1965, zuletzt geändert durch BGBl.Nr. 304/1996, geregelt, doch können diese

auch von einer GmbH oder einem anderen Kaufmann begeben werden (siehe beispielsweise VwGH 21.10.1999, 94/15/0088).

Hinsichtlich des Wesens und der Rechtsnatur von Genussrechten wird auf die umfangreiche Darstellung und Aufbereitung dieses Themas in dem Artikel "Über Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften und partiarische Darlehen", von Krejci und van Husen, in GesRZ (Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht, Verlag Linde) 2000, 54 verwiesen.

Danach entsprechen Genussrechte keinem eigenen gesetzlichen Vertragstypus und werden meist als Gegenleistung für eine zugesagte bzw. erbrachte Unternehmensfinanzierung gewährt. Sie bieten häufig einen Anspruch auf einen Gewinnanteil, oft auch eine Beteiligung am Liquidationserlös und/oder Überschuss, mitunter auch andere Rechte, räumen meist jedoch keine Herrschafts- und keine Mitverwaltungsrechte ein und werden daher in der Regel als **"Gläubigerrechte"** eingestuft.

Im Zentrum aller Genussrechte steht aber der Anspruch am Gewinn dessen beteiligt zu sei, dem man etwas zukommen ließ.

"Obligationsartig" sind Genussrechte, die nicht darauf abzielen, den Berechtigten eine gesellschaftsrechtliche Position zu verschaffen.

Genussrechtsverhältnisse sind Dauerschuldverhältnisse und können durch extrem lange Vertragsdauer mit dem Schicksal des Unternehmens verbunden sein.

Eben diese Kriterien liegen im Berufungsfall vor. Es liegt im Wesentlichen ein Dauerschuldverhältnis mit Gewinnbeteiligung ohne Beteiligung an der Substanz des Unternehmens und ohne Einräumung einer gesellschaftsrechtlichen Position vor. Es handelt sich dabei eindeutig um eine Schuldverschreibung.

Das gegenständliche Genussrecht stellt lediglich eine Gewinnbeteiligung und somit ein reines **Obligationsrecht** dar und grenzt sich gleichzeitig von der stillen Gesellschaft ab.

Das Vorliegen einer stillen Gesellschaft ist im Berufungsfall auszuschließen, da in der gegenständlichen Genussrechtsvereinbarung kein personalistischer Zusammenschluss mehrerer Personen zu einer Zweckgemeinschaft verbrieft ist und die Geldgeber auch nicht mit entsprechenden Kontroll- und Mitwirkungsrechten ausgestattet sind.

Typisch für Genussrechte ist das Zurverfügungstellen von Kapital auf Zeit.

Genussrechte können vereinfacht ausgedrückt als Gläubigerrechte schuldrechtlicher Art qualifiziert werden (siehe VwGH 21.5.1997, 95/14/0151 und die dort angeführte Vorjudikatur).

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist auch in jenen Fällen, in denen **Ungewissheit** über den Zeitpunkt der Rückführung des hingegebenen Kapitals in Form von vereinbarten Gewinnbeteiligung besteht –genau diese Form der Rückzahlungsverpflichtung

liegt im Berufungsfall vor-, die Aktivierung des Anspruches aus dem "Gewinnschein" auf Seiten der Kapitalgeber vorzunehmen und besteht auch ein Rückforderungsanspruch (siehe VwGH vom 21.10.1999, 94/15/0088 [bezieht sich auf die VNI], 31.1.2001, 95/13/0281, VwGH 17.12.2003, 2000/13/0117).

Im Beschwerdeverfahren der VNI ist der Gerichtshof eindeutig von einem Rückforderungsanspruch ausgegangen, weshalb bei der Bw. gleichzeitig eine Rückzahlungsverpflichtung vorliegt, die als Verbindlichkeit anzusetzen war.

Abgesehen vom Ausgangserkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21.10.1999, 94/15/0088, welches für den Berufungsfall unmittelbar beutend ist, hat der Gerichtshof die Wirtschaftsguteigenschaft von derartigen Genussrechten bzw. deren Eigenschaft als Verbindlichkeit auch in weiteren bisher bereits von den Verfahrensparteien vorgetragenen Erkenntnissen bejaht (siehe VwGH 27.09.2000, 95/14/0079, 31.01.2001, 95/13/0281).

Die Bw. beruft sich als Gewinnermittlerin nach § 5 EStG 1988 auf die Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz. Danach seien handelsrechtliche Grundsätze für die grundsätzliche Frage der Passivierungspflicht der Genussrechtsverbindlichkeit heranzuziehen.

Nach § 5 Abs. 1 EStG 1988 sind für die Gewinnermittlung jener Steuerpflichtigen, deren Firma im Firmenbuch eingetragen ist und die Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 23) beziehen, die handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung (=kurz GoB) maßgebend, außer zwingende Vorschriften dieses Bundesgesetzes treffen abweichende Regelungen. Die Bw. geht nun davon aus, dass nach den GoB die Verpflichtung aus dem Genussschein nicht zu passivieren war.

Die Bw. beruft sich in diesem Zusammenhang vor allem auf die *Stellungnahme des Fachsenats für Handelsrecht und Revision des Instituts für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder zur Bilanzierung von Genussrechten*, KFS RL13 (kurz Fachgutachten), verabschiedet am 23. Juli 1997.

Das Fachgutachten geht unter Punkt 2.1.4.b davon aus, dass Genussrechte ohne Eigenkapitalcharakter **grundsätzlich** zu passivieren sind (Punkt 2.1.4. b).

Unter Punkt 2.1.3 wird die "**erfolgswirksame Vereinnahmung**" von Genussrechtskapital nur dann als zulässig erachtet, wenn der Genussrechtsinhaber *ausdrücklich* einen **Ertragszuschuss** –sei es in Form einer Kapitalzufuhr oder eines Forderungsverzichts- leisten will, der der **Durchführung notwendiger Sanierungsmaßnahmen** dienen muss. Laut dem gegenständlichen Genussschein ist die Hingabe des Genusskapitals weder *ausdrücklich* als Ertragszuschuss deklariert, noch wurde dessen Bindung an **Sanierungsmaßnahmen** vereinbart.

Laut eigenen Angaben hat die Bw. mit dem Genusskapital aber keine Unternehmenssanierung vorgenommen, sondern ein Unternehmen in Ungarn gegründet bzw. erworben.

Zur Zitierung des Fachgutachtens durch die Bw. ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass das Fachgutachten nur eine Empfehlung ist und keine normative Kraft hat.

Von wesentlicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das bereits angeführte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 27.9.2000, 95/14/0079. Danach ist das Genusskapital beim Emittenten von Anfang an zu passivieren, da die Schuld dem Grunde nach bereits entstanden ist, auch wenn die Rückzahlung nach Maßgabe der in der Zukunft erwirtschafteten Gewinne erfolgen wird.

Es ist auch nicht erkennbar, aus welchen Gründen im Zeitpunkt der Vereinnahmung des Genusskapitals eine entsprechende Rückzahlungsverpflichtung nicht entstanden sei und wird dies von der Bw. auch nicht behauptet.

Wenn die Bw. die gegenständliche Obligation aus der Genussvereinbarung mit einer Besserungsverpflichtung vergleicht, so ist auszuführen, dass die Formen von Genussrechten vielfältig sind und die Abgrenzung zu Besserungskapital nicht immer eindeutig ist bzw.

Genussrechte ähnlich wie Besserungsvereinbarungen ausgestaltet sein können.

Dessen ungeachtet hat der VwGH im Erkenntnis vom 21.10.1999, 94/15/0088 die berufungsgegenständliche Vereinbarung als Genussvereinbarung qualifiziert. Dieser Genussvereinbarung sind weder spezielle Besserungskriterien zu entnehmen noch wurde auf erforderliche Sanierungsmaßnahmen Bezug genommen. Es liegt weder ein *bedingter Forderungsverzicht* eines Gläubigers (traditionelle Besserungsvereinbarung) noch eine Kapitalzufuhr mit Sanierungsauftrag vor.

Auch durch die Bezugnahme auf die Einkommensteuerrichtlinien kann die Bw. ihren Standpunkt nicht untermauern. Nach Punkt 6.9.4, Rz. 2452 der Einkommensteuerrichtlinien, welche wiederum auf die Judikatur des VwGH zurückgreifen, handelt es sich bei Besserungsverpflichtungen um gestundete Verbindlichkeiten, die im Falle des Vorliegens eines negativen Wirtschaftsgutes zu passivieren sind.

Demnach ordnen auch die Einkommensteuerrichtlinien, denen im Übrigen keine rechtsverbindliche Wirkung zukommt, bei Besserungsvereinbarungen die Passivierungspflicht beim Emittenten an, wenn ein Wirtschaftsgut vorliegt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat aber im Erkenntnis 94/15/0088 dem gegenständlichen Genusskapital Wirtschaftsguteigenschaft auf der Aktivseite attestiert. Es gibt keine ersichtlichen Gründe, warum die Wirtschaftsguteigenschaft auf der Passivseite nicht vorliegen soll.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Erkenntnis **wörtlich** ausgeführt:

"Unter Genussrechten im Sinne des Zivilrechtes sind solche Rechte zu verstehen, die ihrem Inhalt nach typische Vermögensrechte eines Gesellschafters sein können. Die gewährten Rechte entspringen jedoch nicht einem Gesellschaftsverhältnis, sondern sind Gläubigerrechte

schuldrechtlicher Art. Verbriefte Genussrechte werden als Genussscheine bezeichnet. Obwohl die Gewährung von Genussrechten nur im § 174 Abs 3 und 4 AktG geregelt ist, können Genussrechte auch von einer GmbH oder einem anderen Kaufmann begeben werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Mai 1997, 95/14/0151, mwA). Wirtschaftsgüter sind alle im wirtschaftlichen Verkehr nach der Verkehrsauffassung selbständig bewertbaren Güter jeder Art. Selbständige Bewertungsfähigkeit wird angenommen, wenn im Rahmen des Gesamtkaufpreises für ein Unternehmen ein besonderes Entgelt angesetzt zu werden pflegt (vergleiche die bei Doralt, EStG³ zu § 4, Tz 36, zitierte hg. Rechtsprechung). Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, weshalb ein fiktiver Erwerber ihres Unternehmens im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das Genussrecht kein besonderes Entgelt ansetzen würde. Dies umso mehr, als die Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, die wirtschaftliche Situation der VNL habe sich nach der Kapitalzufuhr im Jahr 1990 durch die VNI wesentlich verbessert. Die Beschwerdeführerin kann daher in keinem Recht verletzt worden sein, wenn die belangte Behörde zu dem Schluss gelangt ist, bei dem Genussrecht handle es sich um ein auf 20 Jahre zu aktivierendes Wirtschaftsgut. Bei dieser Sach- und Rechtslage erübrigte es sich auf die Frage einzugehen, ob der Genussschein als Inhaber- oder Orderpapier, oder als Rektapapier ausgestaltet ist. Sollte die VNL vor Ablauf von 20 Jahren tatsächlich aufgelöst und abgewickelt werden, wodurch der Gewinnbeteiligungsanspruch der VNI erlöschen würde, wäre eine Abschreibung des Genussrechtes auf den niedrigeren Teilwert vorzunehmen."

Auch der BFH hat beispielsweise in seinem Beschluss vom 18. Oktober 1989 IV B 149/88, BStBl. 1990 II, 71, in dem es um die Beurteilung eines Rangrücktrittes ging, klar zum Ausdruck gebracht, dass nur Besserungsvereinbarungen, nach denen eine **bestehende** Verbindlichkeit erlassen wird und die eine neue Verbindlichkeit unter der aufschiebenden Bedingung einer späterer Gewinnerzielung begründen, zu einer Gewinn erhöhenden Auflösung der Verbindlichkeiten führen.

Demnach ist auch nach der Judikatur des BFH **nur** für Besserungsvereinbarungen in Form eines *auflösend bedingten Schuldnachlasses* eine **sofortige ertragswirksame** Ausbuchung der nachgelassenen Verbindlichkeit zulässig.

In gleicher Weise äußern sich auch *Bertl/Hirschler* in RWZ 2000, 116.

Auch *Wiesner* in RWZ 2000, 106 folgert, nach dem Erkenntnis vom 27.9.2000, 95/14/0079, nach welchem "Besserungskapital" beim Zuschussempfänger zu passivieren war, dass dieses Erkenntnis auf als Finanzierungsinstrumente eingesetzte Besserungskapitalmodelle –die mit dem Berufungsfall, ungeachtet der Bezeichnung als Besserungs- oder Genusskapital vergleichbar sind- anzuwenden ist.

In einem älteren Judikat vom 21.4.1970, 1527/69 ist der VwGH noch weiter gegangen und hat die Ansicht vertreten, dass der Kaufmann den durch einen Ausgleich bewirkten Schuldnachlass durch eine Minderbewertung der Schulden erst dann buchmäßig berücksichtigen dürfe, wenn der Schuldennachlass endgültig sei, das heißt, wenn er mit Sicherheit damit rechnen könne, dass die Forderungen der Gläubiger nicht wiederaufleben. Dass bereits im Zeitpunkt des Kapitalempfanges auf dessen Rückzahlung verzichtet wurde kann aus dem Aktengeschehen nicht entnommen werden und würde auch den kaufmännischen Gepflogenheiten widersprechen.

Da aber mit dem Zufluss des Genusskapitals nicht gleichzeitig ein Schuldennachlass verbunden war, war auch unter diesem Gesichtspunkt jedenfalls eine Passivierung vorzunehmen.

Nach Quantschnigg/Schuch, Einkommensteuerhandbuch EStG 1988, Orac, Wien 1993, § 6 Tz. 162, wären "Besserungsverpflichtungen **zumindest als Rückstellungen** zu passivieren.

Nach § 196 Abs. 1 HGB hat der Jahresabschluss sämtliche Vermögensgegenstände, Rückstellungen, Verbindlichkeiten, Rechnungsabgrenzungsposten, Aufwendungen und Erträge zu enthalten, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist.

Der Begriff Verbindlichkeiten ist gesetzlich nicht definiert. Er umfasst nicht nur Verbindlichkeiten, die im rechtlichen Sinn einklagbar sind, sondern auch solche, bei denen aus faktischen Umständen, trotz fehlender Erzwingbarkeit die Erfüllung nicht abgelehnt werden kann (siehe auch Straube, HGB, 2. Band, Rechnungslegung, 2. Auflage, Manz, Wien 2000, § 196 Tz. 13). Im Allgemeinen sind Genussverpflichtungen zu passivieren (siehe auch Herrmann-Heuer-Raupach, Einkommensteuer, Kommentar, Verlag Otto Schmidt KG, Köln, Loseblattsammlung, § 5 Tz. 2200).

Wenn nun im Berufungsfall der Zeitpunkt der gänzlichen Rückzahlung infolge der Koppelung an die zukünftige Ertragslage des Genussemittenten nicht exakt determinierbar ist, so wäre **eventualiter** die daraus erwachsene Verbindlichkeit **zumindest** rückzustellen gewesen.

Nach 198 Abs. 8 Z 1 HGB sind nämlich Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten und für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften zu bilden, die am Abschlussstichtag wahrscheinlich oder sicher, aber hinsichtlich ihrer Höhe oder dem Zeitpunkt ihres Eintritts unbestimmt sind.

Rückstellungen unterscheiden sich gegenüber Verbindlichkeiten durch das Element der Ungewissheit, das entweder das Entstehen oder die Höhe betrifft.

Aber selbst bei einer aufschiebend bedingten Verbindlichkeit ist eine *Rückstellungsbildung geboten* (siehe Straube, a.a.O., § 198 Tz. 126). Hingegen ist bei einer *auflösenden*

Bedingung, welche nach Ansicht des erkennenden Senats im Berufungsfall vorliegt, eine Passivierung jedenfalls vorzunehmen.

Indiziell für das Vorliegen einer Verbindlichkeit steht auch der Umstand, dass anlässlich der Verschmelzung der VNI auf die Bw. im Jahr 1997 die Bw. zur Geschäftsherrin im Verhältnis zur AT in der atypisch stillen Gesellschaft wurde und somit für die Treugeber eine direkte Forderung gegenüber der Bw. entstanden ist.

Im Berufungsfall ist entsprechend den obigen Ausführungen, *unabhängig* von der Bezeichnung als "*Genuss- oder Besserungskapital*", jedenfalls vom Vorliegen eines Finanzierungsinstrumentes in Form einer Kapitalzufuhr durch Dritte auszugehen, wonach der Zuschuss auf der Empfängerseite zu passivieren und auf der Geberseite zu aktivieren war. Die Bw. beruft sich zu Recht auf die GoB. Zu den Bilanzierungsgrundsätzen gehört aber auch das Vorsichtsprinzip, wonach grundsätzlich nur *Wirtschaftsgüter* in der Bilanz anzusetzen sind. Ebenso sind drohende Verluste und erkennbare Risiken zu berücksichtigen (Imparitätsprinzip). Die gegenständliche Genussverpflichtung ist daher schon auf Grund des im Bilanzrecht verwurzelten Gläubigerschutzgedankens dem Prinzip der Vorsicht entsprechend auch nach handelsrechtlichen Grundsätzen zu passivieren. Es wäre nämlich paradox und würde dem Vorsichtsprinzip *widersprechen*, hätte man, wie im Gegenstandsfall laut dem Erkenntnis des VwGH 99/15/0088 das Besserungskapital bei der VNI als Genussrechtsgläubigerin, die ebenfalls den steuerlichen Gewinn nach § 5 EStG 1988 ermittelt, zu aktivieren, und bei der Genussrechtsschuldnerin als Ertrag zu verbuchen. Im Übrigen wird auf die obigen Ausführungen zu § 196 HGB verwiesen.

Der VwGH hat in seinem bereits oben zitierten Erkenntnis vom 31.1.2001, 95/13/0281 zum Ausdruck gebracht, dass § 6 EStG 1988 keine spezielle Regelung enthält, wie ein derartiger Geschäftsfall zu bilanzieren ist, dies schließe aber nicht aus, dass ein entstandener Anspruch steuerrechtlich zu bilanzieren und nach § 6 EStG 1988 zu bewerten sei, wenn diesbezüglich von einem Wirtschaftsgut ausgegangen werden könne. Die Beschwerdeführerin habe in diesem Fall eingeräumt, dass durch die abgeschlossene Vereinbarung ein Forderungsanspruch "auf den Zuschussbetrag" und für die Zuschussgewährung eine "Gegenleistung", nämlich eine "Gewinnbeteiligung" ohne Begründung von Gesellschaftsrechten vereinbart worden sei. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise sei dieser Anspruch nichts Anderes als ein Anspruch auf Rückzahlung des hingegebenen Kapitals nach Maßgabe der näheren Bestimmungen der Vereinbarung. Daran ändere weder der Umstand etwas, dass der Anspruch im abgeschlossenen Vertrag ausdrücklich als solcher auf Beteiligung am Gewinn der GmbH bezeichnet werde, noch sei für diese Beurteilung maßgebend, ob der Rückzahlungsanspruch auf einer zivilrechtlich als Darlehensvertrag einzuordnenden Vereinbarung beruhe. Es handle sich bei den gewährten Rechten jedenfalls um Gläubigerrechte schuldrechtlicher Art. (vgl. das

hg Erkenntnis vom 21. Oktober 1999, 94/15/0088). Zur Beantwortung der Frage, ob der bestehende Anspruch ein Wirtschaftsgut darstellte, sei zu berücksichtigen, dass unter Wirtschaftsgütern alle im wirtschaftlichen Verkehr nach der Verkehrsauffassung selbständig bewertbaren Güter jeder Art zu verstehen seien, wobei selbständige Bewertungsfähigkeit angenommen werde, wenn im Rahmen des Gesamtkaufpreises für ein Unternehmen ein besonderes Entgelt angesetzt zu werden pflegt. Umgekehrtes müsse für den Erwerber eines belasteten Unternehmens gelten.

Auch im Berufungsfall war die Bw. mit der Verpflichtung der Auszahlung von jährlich 60% des handelsrechtlichen Gewinnes bis zum Erreichen eines Betrages von 150 Mio. S an die VNI belastet.

Es ist daher nicht erkennbar, warum ein fiktiver Erwerber der Bw. im Rahmen des Gesamtkaufpreises die Genussverpflichtung nicht entgeltsmindernd berücksichtigen würde. Danach war auch unter diesem Gesichtspunkt in Anlehnung an das oa. Erkenntnis die Passivierung der Genussverpflichtung geboten.

Es kann daher dem Finanzamt nicht entgegengetreten werden, wenn es zu dem Schluss gelangt ist, bei der gegenständlichen Genussverpflichtung handle es sich um eine über die voraussichtliche Laufzeit von zwanzig Jahren aufzulösende Verbindlichkeit, welche nach den GoB im Wirtschaftsjahr 1990 in die Bilanz einzustellen war.

Wenn die Bw., wie in der mündlichen Berufungsverhandlung vorgetragen, das Genusskapital als Eigenkapital qualifiziert wissen will und in diesem Zusammenhang einen Artikel von Petra Schwarzingen in *Ecolex* 1997, S 529 ff anführt, so ist dem entgegenzuhalten, dass gerade für diesen Fall von der Autorin auf die nach § 229 Abs. 2 Z 5 HGB vorgesehene bilanzielle Einstellung des Kapitalzuschusses in die nicht gebundene Kapitalrücklage verwiesen wird und dass demnach eine Berührung der Gewinn- und Verlustrechnung zu unterbleiben hat.

Im Übrigen kann der erkennende Senat sich der Zuordnung des Genusskapitals als Eigenkapital nicht anschließen, da wesentliche Merkmale wie die Nachrangigkeit gegenüber allen anderen Gläubigern und die Teilnahme am Gewinn **und Verlust** im Berufungsfall jedenfalls nicht vorliegen. Diese Merkmale **müssen** aber neben der Längerfristigkeit für die Annahme von Eigenkapital **kumulativ** vorhanden sein.

Genussrechtskapital ohne Eigenkapitalqualität –wovon im Berufungsfall ausgegangen wird– ist, wie schon ausgeführt, grundsätzlich als Verbindlichkeit auszuweisen (siehe Straube, a.a.O., § 229 HGB, Tz. 10).

Abgesehen davon vertritt gerade Schwarzingen in diesem Artikel andere Autoren kritisierend, die Auffassung, dass Genussrechtskapital schon aus Gründen des Gläubigerschutzgedankens zu passivieren sei.

Da die Bw. im Jahr 1990 das gegenständliche Genusskapital nicht als Passivpost in der Bilanz ausgewiesen hat, war die Bilanz zu berichtigen.

Eine Bilanz ist immer dann zu berichtigen, wenn sie unrichtig ist, also **nicht** den GoB entspricht oder gegen zwingende Vorschriften des EStG verstößt.

Eine Bilanz ist immer dann zu berichtigen, wenn Bilanzposten fehlen

(z.B.: Nichtberücksichtigung von Verbindlichkeiten siehe auch Doralt, Das

Einkommensteuergesetz, Kommentar, Loseblattsammlung WUV-Universitätsverlag, Wien § 4 Tz. 154ff).

Die Berichtigungspflicht trifft grundsätzlich alle Bilanzen, die sich als unrichtig erweisen. Selbst wenn Feststellungs- oder Abgabenbescheide, die auf einer unrichtigen Bilanz beruhen bereits in Rechtskraft erwachsen sind und eine Wiederaufnahme gemäß § 303 BAO nicht (mehr) in Frage kommt, sind unrichtige Bilanzen zu berichtigen. Dies deshalb, weil das Gesetz keine zeitliche Begrenzung der Pflicht zur Bilanzberichtigung vorsieht und jene Beschränkungen, die sich aus der Rechtskraft eines Bescheides ergeben, deswegen nicht zum Tragen kommen, weil Bilanzen weder Gegenstand bescheidmäßiger Feststellungen sind, noch der Verjährung unterliegende Ansprüche darstellen. Eine Bilanzberichtigung ist also auch dann vorzunehmen, wenn sie sich auf die Abgabenfestsetzung selbst nicht mehr auszuwirken vermag (siehe bspw. VwGH 18.11.2003, 2001/14/0050, 29.10.2003, 2000/13/0090 und die dort zitierte Vorjudikatur). In diesen Fällen hatte laut VwGH beispielsweise eine Bilanzberichtigung zu Gunsten der Bf. zu erfolgen und konnten die Bescheide der Jahre, in denen die ertragswirksame Verbuchung von Zuschüssen vorgenommen werden hätte müssen, zu Lasten der Finanzverwaltung nicht mehr abgeändert werden.

Im Berufungsfall wurde es von der Bw. in rechtswidriger Weise unterlassen, den GoB entsprechend im Jahr 1990 das zugeflossene Genusskapital als Verbindlichkeit anzusetzen.

Der Körperschaftssteuerbescheid 1990 wurde am 24. März 1995 erlassen und war folglich bei Erlassung des angefochtenen Körperschaftsteuerbescheides einer Wiederaufnahme nicht mehr zugänglich.

Die Bilanzberichtigung war also unabhängig von der rechtskräftigen Veranlagung 1990 durchzuführen (siehe auch Doralt, a.a. O. § 4 Tz. 162).

Die Bilanzberichtigung kann sich zugunsten oder zuungunsten des Steuerpflichtigen auswirken. Der unrichtige Bilanzansatz kann nicht mit steuerlicher Wirkung in einem späteren Wirtschaftsjahr ausgeglichen werden. (Nachholverbot).

Der VwGH räumt der periodengerechten Gewinnermittlung Vorrang gegenüber dem Grundsatz der Gesamtgewinnbesteuerung ein (siehe Doralt, a.a. O. § 4 Tz. 173).

Für den Berufungsfall heißt das, dass die ertragwirksame Erfassung des Besserungskapitals im Jahr 1990 nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.

Im Übrigen ist in den Jahren 1990 bis 1995 wegen der Höhe der Verlustvorträge keine bzw. lediglich die gesetzlich vorgesehene Mindestkörperschaftssteuer vorgeschrieben worden. In den Jahren 1996 und 1997 erfolgte die Steuerfestsetzung nur wegen der Verlustvortragsperre auf Grund des Strukturanpassungsgesetzes 1996 nach § 117 Abs. 7 Z 1 EStG 1988 (Verfassungsbestimmung).

Zu der von der Bw. vorgebrachten Doppelerfassung ist weiters anzumerken, dass es in der Natur der Sache liegt, dass Bilanzberichtigungen, die eine Bescheidabänderung im Ursprungsjahr nicht mehr zulassen, sich auch zum Nachteil des Abgabepflichtigen im Wege einer zweifachen Erfassung, aber auch in gleicher Weise zum Nachteil des Fiskus auswirken können.

Zur Frage von Treu und Glauben und der behaupteten Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes wird trotz der Zurücknahme dieses Berufungspunktes in der mündlichen Verhandlung am 25. Jänner 2005, kurz ausgeführt:

Dass die ertragswirksame Verbuchung des Genussrechtskapitals im Jahre 1990 anlässlich einer vorausgegangenen Betriebsprüfung nicht beanstandet worden war, kann keinen Verstoß der Abgabenbehörden gegen den Grundsatz von Treu und Glauben begründen, da durch diesen Grundsatz nicht allgemein das Vertrauen des Abgabepflichtigen auf die Rechtsbeständigkeit einer unrichtigen abgabenrechtlichen Beurteilung für die Vergangenheit geschützt wird. Die Behörde ist nämlich verpflichtet, von einer als gesetzwidrig erkannten Verwaltungsübung abzugehen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist das Legalitätsprinzip grundsätzlich stärker als jeder andere Grundsatz, insbesondere jener von Treu und Glauben (vgl. das Erkenntnis vom 11. Mai 2000, 99/16/0034). Hat sich die Abgabenbehörde –wie im Berufungsfall- aber an der vom Verwaltungsgerichtshof klar dargestellten Rechtslage (VwGH vom 21.10.1999, 94/15/0088 und 27.9.2000, 95/14/0079) orientiert, kann ihr keine Verletzung dieses Grundsatzes vorgeworfen werden (siehe bspw. VwGH vom 21. Jänner 2004, 2003/16/0113).

Auch im Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 30. Jänner 1980, B 29/77, wird zum Ausdruck gebracht, dass eine *Doppelbesteuerung* **nur** dann unter Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben gegen den Gleichheitssatz verstößt, wenn die Behörde eine jahrelang in Übereinstimmung mit dem Steuerpflichtigen vertretbare Beurteilungsweise durch eine andere vertretbare Beurteilungsweise ersetzt.

Im vorliegenden Fall wurde jedoch im Jahr 1990 in rechtswidriger Weise die ertragwirksame Verbuchung des Genusskapitals im Zuge einer Betriebsprüfung nicht beanstandet. Es war daher mit dem angefochtenen Bescheid eine Richtigstellung der bisher falschen rechtlichen Würdigung vorzunehmen.

Graz, am 25. Jänner 2005