



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch den Senat XYZ im Beisein des Schriftführers VB Nikolaus Weihrauter über die Berufungen der Bw., vertreten durch die SOT Süd-Ost Treuhand GmbH, vom 19. Oktober 2001 und 8. Oktober 2002 gegen die Bescheide des Finanzamtes Innsbruck, vertreten durch HR Mag. Marlene Anderl, vom 20. September 2001 und 20. September 2002 betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1995 bis 2000 und Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 und Folgejahre nach der am 17. November 2009 in 6020 Innsbruck, Innrain 32, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufungen gegen die Bescheide betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1995, 1999 und 2000 sowie Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 und Folgejahre werden als unbegründet abgewiesen.

Der Berufung gegen die Bescheide betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1996 bis 1998 wird teilweise Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1995 bis 2000 sowie Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 und Folgejahre werden abgeändert.

Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Abgaben betragen:

Gesamtbetrag der Einkünfte 1995: 1.002.962,14 €; Einkommen 1995: 1.002.962,14 €; Körperschaftsteuer 1995: 317.405,29 €

Gesamtbetrag der Einkünfte 1996: 1.123.541,64 €; Einkommen 1996: 1.054.839,28 €;
Körperschaftsteuer 1996: 326.121,89 €

Gesamtbetrag der Einkünfte 1997: 1.784.171,78 €; Einkommen 1997: 1.784.171,78 €;
Körperschaftsteuer 1997: 573.572,38 €

Gesamtbetrag der Einkünfte 1998: 586.713,95 €; Einkommen 1998: 586.713,95 €;
Körperschaftsteuer 1998: 175.862,15 €

Gesamtbetrag der Einkünfte 1999: 223.154,87 €; Einkommen 1999: 223.154,87 €;
Körperschaftsteuer 1999: 57.338,72 €

Gesamtbetrag der Einkünfte 2000: 468.617,33 €; Einkommen 2000: 468.617,33 €;
Körperschaftsteuer 2000: 103.382,70 €

Die Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 und Folgejahre werden mit 112.687,14 € festgesetzt.

Die Fälligkeit des mit dieser Entscheidung festgesetzten Mehrbetrages an Körperschaftsteuer für die Jahre 1995 und 1997 ist aus der Buchungsmittelung zu ersehen.

Entscheidungsgründe

Die GM. (nunmehr seit dem Generalversammlungsbeschluss vom 28. Mai 2009: FM.) wurde mit Genossenschaftsvertrag vom 15. Oktober 1948 gegründet und am 27. Dezember 1948 im Genossenschaftsregister des Landesgerichtes I eingetragen. Sie hat ihren Sitz in N.

Gegenstand des Unternehmens ist die Erzeugung von Geräten, vorwiegend Koch- und Wärmegeräten, die Metallbe- und -verarbeitung, der Werkzeug- und Vorrichtungsbau sowie der Handel mit den vorgenannten Produkten. Die im Firmenbuch unter FN a (früher: GEN b) eingetragene FM. ermittelt ihren Gewinn gemäß § 5 EStG. Der Geschäftsanteil beträgt 100 €, jeder Genossenschafter haftet mit dem Geschäftsanteil und dem Einfachen seines Geschäftsanteiles. Dem Vorstand der FM. gehören derzeit OS (als Vorsitzender), HS (als Stellvertreter des Vorsitzenden) und LW (als Mitglied) an, sie sind für die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft vertretungsbefugt.

Anlässlich einer abgabenbehördlichen Prüfung der GM., umfassend die Jahre 1996 bis 1998, stellten die Prüfer Folgendes fest:

- 1) Rückstellung für Umweltkosten Nachbarn: Unter der Position „*Sonstige Rückstellungen*“ weise die Abgabepflichtige im Jahresabschluss 1998 eine Rückstellung für Umweltkosten Nachbarn in Höhe von 2,500.000 S aus. Die Rückstellungsbildung sei im Jahr 1992 im Zusammenhang mit einem Betriebsanlagegenehmigungsverfahren gemäß § 81 GewO erfolgt. In diesem Verwaltungsverfahren gehe es um die Genehmigung zweier Produktionsmaschinen. Aufgrund der seinerzeitigen Lärmbelästigungen sei es zu Auseinandersetzungen mit drei Nachbarn gekommen. Dieses Betriebsanlageverfahren sei mit Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 17. September 1992, Zl. 1, abgeschlossen worden. Gegen diese Entscheidung sei beim Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten (BMwA) Berufung eingebracht worden, die bis zum Ende des Prüfungszeitraumes (31. Dezember 1998) unerledigt gewesen sei. Das BMwA habe bis Ende 1994 Amtshandlungen (Sachverständigengutachten usw.) durchgeführt, eine Entscheidung sei im Prüfungszeitraum jedoch nicht erfolgt. Bei der im Prüfungszeitraum bilanzierten Rückstellung handle es sich um eine Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten iSd § 9 Abs. 1 Z 3 EStG. Wie der Gesetzgeber weiters in § 9 Abs. 3 EStG ausführe, sei die Bildung einer solchen Rückstellung nur zulässig, wenn konkrete Umstände nachgewiesen werden könnten, nach denen im jeweiligen Einzelfall mit dem Vorliegen oder dem Entstehen einer Verbindlichkeit ernsthaft zu rechnen sei. Im vorliegenden Fall sei zum 31. Dezember 1998 anhand objektiv erkennbarer Tatsachen zu beurteilen, ob zu diesem Zeitpunkt mit dem Entstehen einer Verbindlichkeit ernsthaft zu rechnen sei, wobei abzuwägen sei, ob die Gründe für eine künftige Inanspruchnahme gewichtiger seien als jene Gründe, die dagegen sprächen. Aufgrund der Tatsache, dass das Verfahren seit dem Jahr 1994 ruhe und die betroffenen Nachbarn sich nicht mehr beschwert bzw. auf die Entscheidungspflicht des BMwA gedrängt haben, sei ein behördliches Eingreifen in einem hohen Maß unwahrscheinlich. Die Rückstellung für Umweltkosten Nachbarn sei daher im Jahr 1998 mit 2,500.000 S gewinnerhöhend aufzulösen (vgl. Tz 31 des Bp-Berichtes vom 17. Juli 2001, ABNr. abc).
- 2) Wertpapierunterdeckung: In den Veranlagungsjahren 1996 bis 1998 seien Wertpapierunterdeckungen bei den Abfertigungsrückstellungen festgestellt worden. Im Konkreten sei bei Wertpapierverlosungen kein Rückkauf innerhalb von zwei Monaten erfolgt. Außerbilanzmäßig seien folgende Beträge hinzuzurechnen (vgl. Tz 37 des Bp-Berichtes vom 17. Juli 2001, ABNr. abc): 507.000 S (1996), 244.000 S (1997), 116.000 S (1998).
- 3) Schachtelbefreiung Genussrechte: Im Prüfungszeitraum 1996 bis 1998 habe die GM. im Umlaufvermögen Genussrechte „Bank-J“ in Höhe von 28,000.000 S (1996 und 1998) bzw. 14,000.000 S (1997) ausgewiesen. Es handle sich dabei um 280 Stück Genussrechte der Holding, Tranche IV. Am 30. September 1997 seien 140 Stück Genussrechte rückgelöst und am 17. Oktober 1997 weitere 140 Stück Genussrechte gekauft worden. Rechtsgrundlage

dieser Genussrechte „Das J Modell“ seien die Genussrechtsbedingungen der Bank, die im Zuge des Prüfungsverfahrens am 13. Februar 2001 vorgelegt worden seien. Im Rechnungswesen seien die Genussrechte wie folgt ausgewiesen worden:

	1996	1997	1998
	S	S	S
Anfangsbestand	28,000.000,--	28,000.000,--	14,000.000,--
Rücklösung		-13,197.865,--	
Kursverlust (17. Oktober 1997)		-782.307,--	
Rücklösung (17. Oktober 1997)		-19.828,--	
Kauf Genussrecht (17. Oktober 1997)		14,000.000,--	
Umbuchung		-14,000.000,--	14,000.000,--
Endbestand	28,000.000,--	14,000.000,--	28,000.000,--

Die erstmalige Veranlagung in Genussrechte sei im Jahr 1994 erfolgt. Am 1. Juli 1994 seien 140 Stück Holding Genussrecht-Scheine, Tranche IV, im Nominale von 100.000 S zum Kurs von 104.550 S (ds. 14,637.000 S) erworben worden. Der Kauf der Wertpapiere sei auf dem Konto Nr. X der Bank erfolgt (siehe Auszug vom 1. Juli 1994). Im Begleitschreiben der Bank vom 17. Juni 1994 sei ersichtlich, dass ein fixer Zinssatz von 4,4 % vereinbart worden sei, der über den Rückkaufkurs des J-Genussrechts erreicht werde. Der Verkauf bzw. Kauf der Genussrechte stellten sich detailliert wie folgt dar:

a) Verkauf von 140 Stück Genussrechten im Veranlagungsjahr 1997

Im Schreiben der GM. vom 30. März 1995 an die Bank sei vereinbart worden, dass Genussrechte im Nominale von 14,000.000 S mit einer Laufzeit bis 31. März 1996 und Zinsen von 4,35 % netto erworben würden. Laut Kontoauszug (Konto Nr. X) vom 31. März 1995 seien die 140 Stück Genussrechte zum Kurs von 103.033,33 S, das entspreche einem Kurswert von 14,424.666,67 S, erworben worden. Mit Schreiben der GM. vom 27. Dezember 1995 an die Bank seien die auslaufenden Genussrechte auf weitere zwei Jahre prolongiert worden, ein Nettozinssatz von 3,3 % sei vereinbart worden.

Laut Kontoauszug vom 29. September 1997 seien die 140 Stück Genussrechte zum Kurs von 94.412 S verkauft worden, der Rücklosungsbetrag sei von der Bank mit 13,197.864 S ermittelt worden. Zur Nachvollziehung der Berechnung sei der GM. eine „*Entwicklung Ihrer Genussrechtsbeteiligung 14 Mio. Schilling vom 31. März 1995 bis 1. Oktober 1997*“ übermittelt worden. Aus diesem Berechnungsschema sei ersichtlich, dass eine Kompensation der ausgeschütteten Beträge mit der fix zugesagten Verzinsung erfolgt sei. Im vorliegenden Fall

habe die GM. die Differenz von 782.308,33 S rückerstatten müssen. Dieser Rückerstattungsbetrag sei in den Verkaufskurs (94.412 S) eingerechnet worden.

b) Kauf von 140 Stück Genussrechten im Veranlagungsjahr 1997

Mit Schreiben der GM. vom 17. Oktober 1997 an die Bank seien Genussrechte im Wert von 14.000.000 S mit einer Laufzeit bis 30. Oktober 1998 und einer fixen Zinsvereinbarung von 3,8 % netto und einer möglichen Verlängerungsoption erworben worden. Der Wertpapierkauf sei am 17. Oktober 1997 zum Kurs von 100.266,66 S erfolgt, das entspreche einem Kurswert von 14.037.333,33 S. Aus steuerlicher Sicht seien die Ausschüttungen des Genussrechts im Jahresabschluss als „*Erträge aus Beteiligungen*“ erfasst und außerbilanziell abgezogen worden. Weiters sei die Anrechnung der von der Bank einbehaltenen Kapitalertragsteuer beantragt worden. Im Einzelnen seien im Prüfungszeitraum folgende Beträge angefallen:

	1996	1997	1998
	S	S	S
Beteiligungserträge	1.680.000,--	1.680.000,--	1.148.000,--
KEST	420.000,--	420.000,--	287.000,--

In rechtlicher Würdigung ergebe sich Folgendes: Rechtsgrundlage für eine Beurteilung des dargestellten Sachverhaltes seien die Genussrechtsbedingungen, die im Zuge der Prüfungsdurchführung von der Bank am 13. Februar 2001 vorgelegt worden seien. Die Genussrechtsbedingungen seien im Unternehmen selbst nicht aufgelegen. Aus zivilrechtlicher Sicht werde das Genussrecht im § 174 AktG genannt, jedoch nicht definiert bzw. geregelt. Die konkrete Ausgestaltung, so wie sie in den Genussrechtsbedingungen enthalten sei, sei somit Ausfluss der Privatautonomie und unterliege der freien Vertragsgestaltung der betroffenen Parteien. Allgemein gesprochen handle es sich bei Genussrechten um schuldrechtliche Ansprüche des Genussrechtsinhabers gegenüber der emittierenden Gesellschaft, die uU. Vermögensrechte darstellen können.

Inhaltlich seien die Genussrechte im vorliegenden Fall wie folgt ausgestattet: Punkt 2 enthalte Regelungen über die Gewinnbeteiligung und Punkt 7.3. regle die Form der Vermögensbeteiligung. Lt. Punkt 7.1. seien die Genussrechte durch den Inhaber des Genussrecht-Scheines nicht kündbar, kündigen könne nur die Gesellschaft selbst. In den Genussrechtsbedingungen sei auch ausgeführt worden, dass die Bank für die Genussrecht-Scheine einen Sekundärmarkt errichte, wodurch die Möglichkeit geschaffen worden sei, jederzeit Genussrecht-Scheine zu kaufen bzw. zu verkaufen. Die Bank habe sich weiters verpflichtet, nach einer Laufzeit von fünf Geschäftsjahren die Genussrecht-Scheine mindestens zum Zeichnungspreis zu erwerben. Bei Unterschreiten dieser Behaltefrist stehe ein

bestimmter Prozentsatz des Zeichnungspreises zur Verfügung, mindestens jedoch 98 % desselben.

Die tatsächliche Abwicklung der Kapitalinvestition bei der GM. stelle sich wie folgt dar: Es seien über die Anlagenabteilung der Bank Vereinbarungen getroffen worden, wonach Geldbeträge für eine bestimmte Laufzeit zu einem fest vereinbarten Zinssatz, durch den Kauf von Holding Genussrechten, angelegt worden seien. Während der vereinbarten Laufzeit seien Ausschüttungen der Holding erfolgt, die im Veranlagungszeitraum ca. 6 % betragen hätten. Der in den Genussrechtsbedingungen verpflichtend vorgesehene Rückkauf durch die Bank sei entgegen der ursprünglich getroffenen Vereinbarung nicht in dem festgelegten prozentuellen Ausmaß des Zeichnungspreises erfolgt. Es sei ein spezieller Kurs ermittelt worden, zu dem die Bank die Genussrechte gekauft habe. Der Kurs entspreche nicht den Genussrechtsvereinbarungen, sondern ergebe sich aus dem festen Zinssatz, der anlässlich des Kaufes vertraglich vereinbart worden sei.

Die steuerliche Beurteilung richte sich nicht nach der handelsrechtlichen Bilanzierung, dh. eine Maßgeblichkeit des Handelsrechtes für das Steuerrecht liege nicht vor. Durch diese fehlende Maßgeblichkeit könne somit der Fall eintreten, dass Eigenkapital in der Handelsbilanz Fremdkapital in der Steuerbilanz darstelle und umgekehrt. Egal sei auch, unter welchem Gesichtspunkt die Prüfung des Sachverhaltes erfolge. Konkret werde im vorliegenden Fall die Sicht desjenigen eingenommen, der die Kapitalinvestition durchföhre, dh. es sei zu prüfen, ob eine schuldrechtliche Verbindung vorliege, die unter das Besteuerungsregime des § 10 KStG falle und die Möglichkeit der Anrechnung von Kapitalertragsteuer ermögliche.

§ 10 Abs. 1 Z 3 KStG sehe vor, dass Beteiligungserträge nur dann frei seien, wenn es sich um Gewinnanteile jeder Art aufgrund einer Beteiligung an inländischen Körperschaften in Form von Genussrechten handle. Diese Gesetzesstelle verweise auf § 8 Abs. 3 Z 1 KStG, der bestimme, dass ein Genussrecht nur vorliege, wenn mit dem Recht eine Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn verbunden sei. Der Gesetzgeber drücke mit dieser Formulierung aus, dass ein Genussrecht steuerrechtlich dann als Eigenkapital zu behandeln sei, wenn der Normadressat unmittelbar vom Gesamterfolg des Unternehmens in positiver wie in negativer Hinsicht betroffen sei. Maßstab dafür sei das eingegangene Risiko.

Wende man diese gesetzlichen Aussagen auf den konkreten Sachverhalt an, ergebe dies folgenden Schluss: Die Genussrechtsbedingungen würden eine Gewinnbeteiligung (Punkt 2) und einen Liquidationsgewinn (Punkt 7) vorsehen. Weiters bestehe seitens der Bank die Verpflichtung, die Genussrechte zu einem festgelegten Kurs, gestaffelt nach der Behaltfrist, zu kaufen. Konkret sei das Geschäft jedoch in der Weise abgewickelt worden, dass ein fixer Zinssatz schriftlich vereinbart worden sei und die Differenz zwischen Genussrechtsschüttung

und fixer Zinsvereinbarung am Laufzeitende über den Kurs verrechnet worden sei. Faktisch habe die Abgabepflichtige somit ihr Geld zu einem Festbetrag veranlagt, was eine Risikominimierung darstelle und folglich eine Qualifizierung als Forderung und nicht – wie begeht – als Genussrecht iSd § 8 Abs. 3 KStG, verbunden mit einer Steuerbefreiung gemäß § 10 KStG, nach sich ziehe. Die rechtliche Würdigung führe zahlenmäßig zu folgenden Auswirkungen, wobei auch die Jahre 1995 (vorläufige Veranlagung) und 1999 (Erklärungseingang) zu erfassen seien (vgl. Tz 40 und 41 des Bp-Berichtes vom 17. Juli 2001, ABNr. abc):

Beteiligungserträge gemäß § 10 KStG	1995 S	1996 S	1997 S	1998 S	1999 S
Erträge aus J- Beteiligung lt. Vlg	1,145.200,--	1,680.000,--	1,642.667,--	1,217.177,--	868.000,--
Erträge aus J- Beteiligung lt. Bp	0,--	0,--	0,--	0,--	0,--
Differenz	1,145.200,--	1,680.000,--	1,642.667,--	1,217.177,--	868.000,--

Das Finanzamt folgte den Feststellungen der Prüfer und erließ – teilweise nach Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 303 Abs. 4 BAO von Amts wegen – am 20. September 2001 Bescheide betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1995 bis 1999. Am 19. Oktober 2001 erobt die Abgabepflichtige fristgerecht Berufung, die sich ua. gegen diese Sachbescheide richtete. Zur Begründung führte sie aus wie folgt:

1) Rückstellung für Umweltkosten Nachbarn: Die Betriebsprüfung habe eine in den Vorjahren gebildete Rückstellung für Kosten aus einem Betriebsanlagegenehmigungsverfahren, das bei einem drohenden negativen Ausgang zur Stilllegung zweier betriebsnotwendiger Maschinen mit enormen Folgekosten bis hin zu einer Betriebseinstellung führen könnte, im Jahr 1998 im Wesentlichen mit der Begründung aufgelöst, dass sich bereits über einen längeren Zeitraum in diesem Verfahren nichts getan hätte. Diese Auffassung sei unrichtig. Das Verfahren sei bis ins Jahr 2001 beim zuständigen BMwA anhängig gewesen und als Offizialverfahren der behördlichen Entscheidungspflicht unterlegen. Dabei sei es unerheblich gewesen, ob und inwieweit die Nachbarn, deren seinerzeitige Beschwerden die Probleme mit verursacht hätten, diesbezüglich weiter aktiv gewesen seien oder nicht. Das Ministerium habe auch im Jahr 2001 noch erklärt, dass die Abgabepflichtige mit einer negativen Entscheidung rechnen müsse, weshalb sie im Jahr 2001 ihren Antrag zurückgezogen und ein neues Verfahren eingeleitet habe.

Im Jahr 1998 habe die GM. sehr wohl ernsthaft mit dem Eintritt eines Schadens rechnen müssen. Die vorangegangene Betriebsprüfung habe die Rückstellung bereits anerkannt

gehört und auch die gegenständliche Betriebsprüfung habe sie dem Grunde und auch der Höhe nach nicht bestritten. Unbestritten sei auch geblieben, dass der Rückstellungsbetrag von 2,5 Mio. Schilling wesentlich geringer gewesen sei, als die bei einem negativen Verfahrensausgang möglicherweise entstehenden Kosten. Der relativen Ungewissheit des Schadenseintrittes sei daher durch die Höhe der Rückstellung durchaus Rechnung getragen worden. Jedenfalls sei bis Ende des Jahres 1998 kein Umstand eingetreten, der die Auflösung der Rückstellung als geboten hätte erscheinen lassen. Die lange Dauer eines Behördenverfahrens lasse keinen Rückschluss dahingehend zu, dass mit dem Entstehen eines Schadens nicht mehr ernsthaft zu rechnen sei. Wenn das Verfahren als Grundlage für die Bildung einer Rückstellung anerkannt worden sei, müsste auch der Ausgang des Verfahrens abgewartet werden, um dann die Rückstellung zu verwenden oder aufzulösen, zumal dann, wenn sich im Laufe des Verfahrens keine Änderungen ergeben hätten.

2) Wertpapierunterdeckung: Die von der Betriebsprüfung außerbilanzmäßig hinzugerechneten Beträge für die Wertpapierunterdeckung entsprächen den ermittelten Unterdeckungsbeträgen gemäß der Niederschrift über die Schlussbesprechung. Gemäß § 14 Abs. 5 Z 2 EStG betrage die Zurechnung aber nur 60 % der Unterdeckungsbeträge.

3) Schachtelbefreiung Genussrechte: Im Prüfungszeitraum habe die GM. Genussrechte an der Holding gehalten. Es handle sich um Genussrechte iSd § 174 AktG, die nicht nur schuldrechtliche Ansprüche, sondern auch Vermögensrechte verbrieften. Der Genussrechtsinhaber habe eine Beteiligung am Gewinn wie auch am Liquidationsgewinn der Gesellschaft. Dem Genussscheininhaber stehe kein Kündigungsrecht zu. Derartige Genussrechtseinlagen stellten nach Lehre und Rechtsprechung Eigenkapital und die Erträge aus solchen Genussrechten Beteiligungserträge iSd § 10 Abs. 1 Z 3 KStG dar. Demgemäß seien die Erträge in die Besteuerungsgrundlagen bei der Holding eingeflossen und dann versteuert nach Abzug der Kapitalertragsteuer an die GM. ausgeschüttet worden, welche die Kapitalertragsteuer im Zuge der Veranlagung habe anrechnen lassen. Die grundsätzliche Qualifikation des Genussrechtskapitals sei auch bereits in zahlreichen Betriebsprüfungen untersucht und anerkannt worden.
Die Betriebsprüfung möchte nunmehr eine Umdeutung des Genussrechtskapitals in Fremdkapital vornehmen und die Anwendung der Steuerbefreiung des § 10 KStG verweigern. Sie stütze sich dabei auf die Abwicklung des Vorgangs durch die Bank, die aber von der Betriebsprüfung nicht zutreffend dargestellt worden sei. Dabei sei zunächst auch zu beachten, dass das Gesellschaftsverhältnis nur zwischen der GM. und der Holding bestehen und daher auch nur zwischen diesen beurteilt werden könne. § 8 Abs. 3 Z 1 KStG sehe als Bedingung für die Qualifikation der Ausschüttungen als Einkommensverwendung ausdrücklich nur die Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn vor. Eine Mindestverzinsung oder eine

Begrenzung der Verzinsung wäre nicht schädlich (Hinweis auf Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler, KStG 1988, § 8 Anm. 31; Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz 1988, § 8 Rz 27).

Allfällige Zusagen eines Dritten könnten für die Qualifikation des Genussrechtskapitals bei der Holding nicht relevant sein, weil sie auf die Beteiligung am Gewinn und Liquidationsgewinn der Holding keinen Einfluss hätten, wobei aber die Auffassung der Betriebsprüfung, wonach eine fixe Verzinsung zugesagt worden wäre, ausdrücklich bestritten werde. Es habe im Rahmen des Anbots wohl eine Vergleichsrechnung mit angenommenen Werten gegeben, um dieses zu erläutern, aber keine Zusage. Die Bank habe eine befristete Option eingeräumt, die Genussrechte innerhalb bestimmter Zeiträume zu fixierten Kursen an sie zurückzuverkaufen. Diese Option sei nicht Bestandteil der Genussrechtsbedingungen gewesen. Von dieser Option sei nicht Gebrauch gemacht worden, Verkäufe an die Bank seien erst nach Ablauf der Option erfolgt. Der Rückkauf sei daher nicht entgegen der ursprünglich getroffenen Vereinbarung erfolgt, sondern sei der freien Vereinbarung durch die Parteien unterlegen. Der Rückkauf des fortbestehenden Genussrechts sei aber für die Frage der Beteiligung des Genussrechtsinhabers am Gewinn und Liquidationsgewinn auch ohne Bedeutung. Es seien daher die gesetzlichen Voraussetzungen für die Steuerfreiheit der Beteiligerträge erfüllt und es bestehe auch keine Divergenz zwischen dem wahren wirtschaftlichen Gehalt und der äußeren Erscheinungsform dieser Beteiligung an der Holding. Es werde nochmals darauf verwiesen, dass die ausgeschütteten Beträge in den Besteuerungsgrundlagen der Holding erfasst worden seien.

Am 30. Juli 2002 und 6. August 2002 erließ das Finanzamt Berufungsvorentscheidungen betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1995 bis 1999, mit denen dem Berufungspunkt „*Wertpapierunterdeckung*“ (betrifft die Jahre 1996 bis 1998) stattgegeben wurde. Zu den (abgewiesenen) Berufungspunkten wurde wie folgt ausgeführt:

Rückstellung für Umweltkosten Nachbarn: Zum Bilanzstichtag 31. Dezember 1998 sei ein tatsächlicher Schaden für die GM. nicht entstanden, die bloße Möglichkeit der Inanspruchnahme reiche für die Bildung einer Umweltrückstellung nicht aus. Dass es sich im vorliegenden Fall um eine „*bloße Möglichkeit der Inanspruchnahme*“ handle, könne ua. daraus geschlossen werden, dass die Anrainer keine weiteren rechtlichen Schritte – insbesondere verfahrensrechtliche Möglichkeiten zur Beschleunigung des Verfahrens beim BMwA – mehr veranlasst hätten.

Schachtelbefreiung Genussrechte: Die Bank sei mit der Holding gesellschaftsrechtlich verbunden. Weiters habe die GM. bei der Bank, ihrer Hausbank, beabsichtigt, überschüssige Liquidität ertragbringend und risikoneutral zu veranlagen. Zu diesem Zweck seien zwischen den Vertragsparteien Gespräche geführt worden, in denen Laufzeit und Verzinsung der zu

veranlagenden Gelder schriftlich festgelegt worden seien. Im Konkreten seien – basierend auf dieser Vereinbarung – Genussrechte bei der Holding, einer Konzerngesellschaft der Bank, gezeichnet worden. Aufgrund der Tatsache, dass die Veranlagung zwischen der GM. und der Bank im Vorhinein vereinbart worden sei und die Holding mit der Bank gesellschaftsrechtlich verbunden sei, könne die Genussrechtszeichnung nur als integrierender Bestandteil dieser Vereinbarung betrachtet werden.

Am 30. August 2002 stellte die Abgabepflichtige fristgerecht den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz, worin sie zum Berufungspunkt „*Schachtelbefreiung Genussrechte*“ ergänzend festhielt:

Der Wunsch nach gewinnbringender Veranlagung von Liquidität sei häufig Grundlage für das Eingehen von Beteiligungen, etwa den Erwerb von Aktien. Es treffe nicht zu, dass „*Laufzeit und Verzinsung*“ im gegenständlichen Fall von vornherein vereinbart worden wären, die Genussrechte seien über längere Zeiträume hin gehalten worden. Eine von der Bank eingeräumte Put-Option, mit der eine gewisse Absicherung erreicht werden sollte, ändere nichts am grundsätzlichen Risiko des Gesellschafters. Auch aus der Rechtsprechung des VwGH (vgl. VwGH 9.5.1989, 89/14/0033; VwGH 20.4.1993, 93/14/0007) könne abgeleitet werden, dass das Innehaben einer Option zu Absicherungszwecken den Charakter der Veranlagung nicht verändere.

Genussrechte, welche die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Z 1 KStG erfüllten, würden ertragsteuerlich dem Eigenkapital gleich gestellt. Ausschüttungen jeder Art stellen steuerneutrale Einkommensverwendung dar. Die Ausschüttungen fielen unter die Befreiung des § 10 Abs. 2 KStG, wenn eine Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn der emittierenden Körperschaft gegeben sei. Beide Voraussetzungen müssten vorliegen, die Höhe der Gewinnbeteiligung müsse aber nicht definiert sein. Bedingungen oder Begrenzungen in zeitlicher und/oder umfänglicher Hinsicht schadeten der Gewinnabhängigkeit nicht. Das Vorliegen eines Kapitalverlustrisikos sei nicht Voraussetzung für die Einstufung als Substanzgenussrecht. Sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen für die Steuerfreiheit lägen im gegenständlichen Fall vor.

Für die Beurteilung der Stellung des Genussrechtsinhabers sei ausschließlich das Vertragsverhältnis zwischen dem Emittenten und dem Genussrechtsinhaber entscheidend. Andere Vertragsbeziehungen, die der Genussrechtsinhaber mit Dritten begründet habe, könnten das Verhältnis zwischen dem Emittenten und dem Genussrechtsinhaber nicht beeinträchtigen. Soweit ersichtlich, führten Garantiezusagen (und damit auch Absicherungsgeschäfte) nach der Rechtsprechung allenfalls dazu, dass dem Steuerpflichtigen ein zusätzlicher Ertrag für die Hingabe des Kapitals zukomme (vgl. VwGH 17.9.1996,

95/14/0113). Der Charakter der Veranlagung werde durch eine solche Zusage aber nicht berührt.

Im Zuge der Erstveranlagung erließ das Finanzamt am 20. September 2002 einen Bescheid betreffend Körperschaftsteuer für das Jahr 2000, mit dem die „*Schachtelbefreiung Genussrechte*“ – den Vorjahren folgend – nicht anerkannt wurde. Gleichzeitig erließ das Finanzamt auch einen Bescheid betreffend Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 und Folgejahre. Gegen diese Bescheide er hob die Abgabepflichtige am 8. Oktober 2002 fristgerecht Berufung, die sich gegen die Nichtanerkennung der Steuerfreiheit gemäß § 10 Abs. 1 KStG für Gewinnausschüttungen auf von der Holding emittierte Genussrechte richtete. In der Begründung wiederholte sie ihr Vorbringen lt. Vorlageantrag vom 30. August 2002. Die Berufung vom 8. Oktober 2002 wurde der Abgabenbehörde zweiter Instanz unmittelbar zur Entscheidung vorgelegt.

Nach einer am 10. Dezember 2004 durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung erließ der Unabhängige Finanzsenat am 29. Dezember 2004 eine Berufungsentscheidung, mit der die Berufungen gegen die Bescheide betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1995, 1999 und 2000 sowie Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 als unbegründet abgewiesen wurden. Der Berufung gegen die Bescheide betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1996 bis 1998 wurde teilweise Folge gegeben. Der stattgebende Teil der Berufungsentscheidung betraf die Punkte „*Rückstellung für Umweltkosten Nachbarn*“ und „*Wertpapierunterdeckung*“, wogegen zum Punkt „*Schachtelbefreiung Genussrechte*“ die Auffassung vertreten wurde, dass anteilsähnliche Genussrechte iSd § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 nicht vorlägen, weil mit den Holding Genussrechten das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn der Körperschaft nicht verbunden gewesen sei. Die Beteiligungsertragsbefreiung des § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 stehe daher nicht zu.

Gegen diese Berufungsentscheidung wurde beim Verwaltungsgerichtshof am 18. Februar 2005 Beschwerde erhoben. Mit Erkenntnis vom 29. März 2006, ZI. 2005/14/0018, hat der Verwaltungsgerichtshof die angefochtene Entscheidung wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. Es fehle eine klare Feststellung darüber, ob (und wodurch) die GM. verpflichtet gewesen sei, die Genussscheine der Bank abzutreten, und zwar zu einem Preis, der – wegen der Einrechnung der Zahlungen durch die Holding – unter dem Nominale gelegen ist. Einer rechtlichen Verpflichtung wäre es gleichzuhalten, wenn aufgrund der wirtschaftlichen Gegebenheiten von vornherein klar gewesen sein sollte, dass wirtschaftlich verständliches Verhalten der GM. ausschließlich in einem Verkauf der Genussrechte an die Bank zu dem von dieser angebotenen (niedrigen) Preis bestanden haben sollte.

Nach Durchführung weiterer Ermittlungen (vgl. die Schreiben des Unabhängigen Finanzsenates vom 11. Februar 2008 und 18. Juni 2009) wurde am 17. November 2009 eine mündliche Berufungsverhandlung abgehalten. Dabei wurde von der steuerlichen Vertreterin ergänzend vorgebracht, dass die Genussrechte zwischen der GM. und der Holding vereinbart worden seien. Daher komme es bezüglich des Inhaltes der Genussrechtsbedingungen auch nur auf das Verhältnis zwischen diesen beiden Partnern an. Die Rolle der Bank habe darin bestanden, einen Sekundärmarkt zu schaffen und bezüglich des An- und Rückkaufs dieser Genussrechte Angebote zu erstellen. An den Genussrechtsbedingungen selbst habe sich dadurch aber nichts geändert.

Seitens der GM. habe es lediglich An- und Verkäufe von Genussrechten auf dem Sekundärmarkt gegeben. Soweit ersehen werden könne, hätten die Holding Genussrechte auch nach dem Verkauf weiter bestanden. Für die GM. habe es auch keine Verpflichtung zum Verkauf der Genussrechte gegeben, diesbezüglich habe es nur Angebote der Bank gegeben. Die Abgabepflichtige habe diese Angebote angenommen, weil sie Geld für verschiedene Projekte benötigt habe und daher die Genussrechte nicht weiterhin habe behalten wollen.

Wie die steuerliche Vertreterin weiter ausführte, habe es eine garantierte Mindestverzinsung zumindest nachhaltig nicht gegeben. Der vorgelegte Prospekt, in dem von einer 6%igen garantierten Verzinsung die Rede sei, habe die GM. gar nicht betroffen, weil sich dieser Prospekt auf Zeichnungen bis zum 1. Juli 1991 bezogen habe. Für die Abgabepflichtige, die die Holding Genussrechte später erworben habe, sei dieser Prospekt nicht mehr relevant gewesen. Die in diesem Prospekt genannten höheren Renditen seien tatsächlich auch nicht lukriert worden. Im Übrigen sei die Garantie auch zeitlich mit fünf Jahren begrenzt gewesen.

Über die Berufungen wurde erwogen:

1) Rückstellung für Umweltkosten Nachbarn:

Diese Prüfungsfeststellung, nämlich die gewinnerhöhende Auflösung der mit 2,5 Mio. Schilling gebildeten Rückstellung für „Umweltkosten Nachbarn“ im Jahr 1998, wurde vom Finanzamt bereits in der mündlichen Berufungsverhandlung vom 10. Dezember 2004 nicht mehr aufrechterhalten. Auf die Ausführungen in der insoweit stattgebenden Berufungsentscheidung vom 29. Dezember 2004, RV, wird verwiesen. Die Auswirkungen lt. Tz 31 des Bp-Berichtes vom 17. Juli 2001, ABNr. abc, sind rückgängig zu machen.

2) Wertpapierunterdeckung:

Gemäß § 14 Abs. 5 EStG 1988 muss die Abfertigungsrückstellung durch Wertpapiere gedeckt werden. Beträgt die Wertpapierdeckung im Wirtschaftsjahr auch nur vorübergehend weniger als 50 % der maßgebenden Rückstellung, ist der Gewinn gemäß § 14 Abs. 5 Z 2 leg.cit. um 60 % der Wertpapierunterdeckung zu erhöhen. In den Veranlagungsjahren 1996 bis 1998 wurden Wertpapierunterdeckungen bei den Abfertigungsrückstellungen in folgender Höhe festgestellt: 507.000 S (1996), 244.000 S (1997), 116.000 S (1998). Diese wurden außerbilanzmäßig in voller Höhe hinzugerechnet (vgl. Tz 37 des Bp-Berichtes vom 17. Juli 2001, ABNr. abc). Was die Hinzurechnung der Wertpapierunterdeckungen in den Jahren 1996 bis 1998 betrifft, wird auf die insoweit stattgebenden Berufungsvorentscheidungen vom 30. Juli 2002 verwiesen. Die Hinzurechnungen betragen daher: 304.200 S (1996), 146.400 S (1997), 69.600 S (1998). Tz 39 des Bp-Berichtes vom 17. Juli 2001, ABNr. abc, ändert sich wie folgt (außerbücherliche Berichtigungen):

	1996	1997	1998
	S	S	S
Außerbücherliche Berichtigungen lt. Bp	971.263,--	309.571,--	-1.505.697,--
Wertpapierunterdeckung lt. Bp	-507.000,--	-244.000,--	-116.000,--
Wertpapierunterdeckung lt. BE	<u>304.200,--</u>	<u>146.400,--</u>	<u>69.600,--</u>
Außerbücherliche Berichtigungen lt. BE	768.463,--	211.971,--	-1.552.097,--

3) Schachtelbefreiung Genussrechte:

A) Gemäß § 8 Abs. 2 KStG 1988 ist es für die Ermittlung des Einkommens ohne Bedeutung, ob das Einkommen im Wege offener oder verdeckter Ausschüttungen verteilt oder entnommen oder in anderer Weise verwendet wird. Gemäß § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 ist eine Einkommensverwendung auch anzunehmen bei Ausschüttungen jeder Art

- auf Partizipationskapital im Sinne des Bankwesengesetzes und des Versicherungsaufsichtsgesetzes sowie
- auf Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn des Steuerpflichtigen verbunden ist.

Von der Körperschaftsteuer sind Beteiligungserträge befreit. Gemäß § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 sind Beteiligungserträge Gewinnanteile jeder Art aufgrund einer Beteiligung an inländischen Körperschaften in Form von Genussrechten (§ 8 Abs. 3 Z 1 leg.cit.).

§ 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 unterscheidet zwischen anteilsähnlichen und obligationenähnlichen Genussrechten. Ausschüttungen auf anteilsähnliche Genussrechte sind gemäß § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 steuerlich unbeachtliche Einkommensverwendung, Ausschüttungen auf

obligationenähnliche Genussrechte steuerlich abzugsfähige Betriebsausgaben. Anteilsähnliche Genussrechte (nur solche führen zur Beteiligungsertragsbefreiung des § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988) sind solche, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn der Körperschaft verbunden ist. Gewinnbeteiligung liegt bei jeder Gewinnabhängigkeit der Vermögensrechte vor. Dies wäre ua. auch der Fall, wenn es sich um eine Mindestverzinsung mit zusätzlichem Gewinnanteil oder eine Gewinnbeteiligung mit Zusatzverzinsung oder um eine Gewinnbeteiligung mit Mindest- und Höchstgrenzen handelt (vgl. Quatschnigg/Ren-ner/Schellmann/Stöger, Die Körperschaftsteuer - KStG 1988, § 8 Tz 91, mit Hinweis auf Gassner in Schönherr GedS, SD 407; RFH RStBl. 1940, 35; BFH 28.6.1969, I 85/60). Beteiligung am Liquidationsgewinn ist gegeben, wenn das Genussrecht über die Rückgewähr des Nominales hinaus einen Anteil an den stillen Reserven der Körperschaft einräumt. Eine bloße Wertsicherung des Genussrechtskapitals reicht idR ebenso wenig aus wie die Beteiligung an den stillen Reserven bloß einzelner Wirtschaftsgüter. Auch Nachrangigkeit der Kapitalrückzahlung begründet für sich allein keine Beteiligung am Liquidationsgewinn. Von Beteiligung am Liquidationsgewinn kann überdies nur dann gesprochen werden, wenn die Beteiligung ein Anteilsrecht darstellt. Als Anteilsrecht ist in diesem Zusammenhang das Recht auf eine anteilige Quote am Liquidationsgewinn zu verstehen. Eine Forderung auf einen bestimmten Kapitalbetrag ist hingegen kein Anteilsrecht (Quatschnigg/Renner/Schellmann/Stöger, aaO, § 8 Tz 91).

Zur Frage der Abgrenzung zwischen anteilsähnlichen und obligationenähnlichen Genussrechten wird auch auf das Erkenntnis des VwGH vom 24.2.2004, 98/14/0131, verwiesen (ergangen zur Frage, ob das Genusskapital bei der Einheitsbewertung des Emittenten als Schuld gemäß § 64 BewG abgezogen werden kann). Darin führte der VwGH wie folgt aus: Genussrechte iSd § 174 AktG können handelsrechtlich weitgehend frei ausgestaltet werden. Das AktG setzt Genussrechte voraus, ohne sie zu definieren. Es handelt sich um vielfältig gestaltbare Rechte schuldrechtlichen Inhalts gegenüber Kapitalgesellschaften, die sowohl Gesellschaftern als auch Nichtgesellschaftern zustehen können. Gemeinsam ist ihnen, dass sie weniger Rechte als Gesellschaftsanteile, jedoch mehr Rechte als normales Fremdkapital vermitteln. Soweit die Ansprüche verbrieft werden, spricht man von Genussscheinen. In der Regel räumen Genussrechte nur einen Anteil am Gewinn ein, zum Teil aber auch eine Beteiligung am Liquidationserlös bzw. -gewinn (Hinweis auf Ruppe in Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe, Unternehmensfinanzierung und Kapitalanlage nach der Steuerreform, S. 115). Ob Genussrechtskapital als Verbindlichkeit oder als Eigenkapital angesehen wird, hängt davon ab, ob die Summe der Fremdkapitalkriterien oder jene der Eigenkapitalkriterien in Qualität und Quantität überwiegt. Für den Eigenmittelcharakter sprechen dabei etwa die unbegrenzte Laufzeit, die Gewinnabhängigkeit der vereinbarten Vergütung, die Beteiligung am

Unternehmenswert und am Liquidationsgewinn, die Nachrangigkeit gegenüber Gesellschaftsgläubigern oder das Fehlen einer Besicherung. Fremdkapitalkriterien sind etwa die - mit anderen Gesellschaftsgläubigern gleichrangige - Rückzahlungsregelung und das Fehlen von Mitwirkungs- und Kontrollrechten (Hinweis auf VwGH 21.5.1997, 95/14/0151). Weiters wäre als Fremdkapitalkriterium das Vorliegen einer (Mindest)Verzinsungsvereinbarung zu nennen.

Von einem Substanzgenussrecht spricht man, wenn der Genussrechtsinhaber auch an der Substanz des Unternehmens beteiligt ist. Eine derartige Beteiligung an der Substanz des Unternehmens erfordert, dass dem Genussrechtsinhaber ein Anteil am Gewinn und am Vermögen gewährt wird. Neben der Beteiligung am laufenden Gewinn wird für Substanzgenussrechte auch eine Beteiligung am Liquidationsgewinn vorausgesetzt. Dem Inhaber eines Substanzgenussrechtes muss daher zusätzlich zu der Rückgewähr des hingebenen Kapitals eine anteilige Beteiligung am Vermögen in Form der stillen Reserven zustehen (Hinweis auf Jann, Kapitalertragsteuer und Endbesteuerung bei Genussrechten, S. 40 ff).

Wie der VwGH in seinem Erkenntnis vom 24.2.2004, 98/14/0131, weiter ausführte, ist bei der vorzunehmenden Gewichtung der Kriterien für die Zuordnung von Genussrechtskapital zum Eigen- oder Fremdkapital auf das jeweilige Rechtsgebiet Bedacht zu nehmen. Für die Berücksichtigung von Genussrechten als abziehbare Schuld iSd § 64 BewG ist essenzielles Kriterium das Vorliegen einer Rückzahlungsverpflichtung. Von einer „*Verpflichtung*“ kann im gegebenen Zusammenhang jedoch nur dann gesprochen werden, wenn dem die Berechtigung des Genusscheininhabers gegenübersteht - sei es auch unter Einhaltung bestimmter Kautelen (wie insbesondere Kündigungsfristen und -termine) - die Rückzahlung des hingebenen Betrages zu verlangen. Dies traf für den Beschwerdefall nicht zu, weil das Genussrechtskapital gebunden und dem Abruf seitens der Genusscheinzeichner auf Dauer entzogen war, weshalb es dem Eigenkapital zuzuordnen war. Die Widmung der geleisteten Beträge auf die Dauer der operativen Tätigkeit der Gesellschaft ist ein Charakteristikum des Eigenkapitals.

In seinem die Berufungsentscheidung vom 29. Dezember 2004 aufhebenden Erkenntnis vom 29. März 2006, ZI. 2005/14/0018, stimmte der Verwaltungsgerichtshof der vorhin dargestellten und auch dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegten Rechtsansicht des Unabhängigen Finanzsenates betreffend die Abgrenzung zwischen Genussrechten, die eine gesellschafterähnliche Stellung vermitteln, und anderen Genussrechten, zu. Es sei kein anteilsähnliches Genussrecht anzunehmen, wenn die Berufungswerberin nach den zugrunde liegenden Vereinbarungen jeweils nur für wenige Jahre beteiligt sein soll, bei ihrem Ausscheiden nicht am Unternehmenswert (geschweige denn an einem Liquidationswert) beteiligt sei, und das Entgelt für die Überlassung des Kapitals in einer fixen Verzinsung

bestehe. Zutreffend sei auch die Rechtsmeinung des Unabhängigen Finanzsenates, dass es - eine entsprechende Vereinbarung der Beteiligten vorausgesetzt - nicht von Bedeutung sei, dass die Genussrechte von der einen Konzerngesellschaft begeben und nicht von dieser, sondern von einer anderen Konzerngesellschaft rückgelöst werden.

B) Im Streitfall sind die Genussrechte „Das J Modell“ einer steuerlichen Beurteilung zu unterziehen, denen folgende „Bedingungen“ zugrunde liegen:

„Bedingungen“

1.1. Die Genussrecht-Scheine der Holding verbriefen auf Inhaber lautende Genussrechte nach § 174 AktG und sind eingeteilt in 10.000 Stück über je 100.000 S Nominale.

1.2. Die Genussrecht-Scheine werden in einer Sammelurkunde verbrieft.

2. Die Gesellschaft verpflichtet sich, dem Genussrecht-Schein-Inhaber jährlich einen Anteil am handelsrechtlichen Jahresgewinn im Verhältnis zwischen dem Nennwert seiner Genussrechte zum gesamten bilanziellen Eigenkapital der Gesellschaft unter Berücksichtigung des Zeitpunktes der Einzahlung des Zeichnungspreises zu bezahlen.

3. Der laufende Gewinnanspruch des Genussrecht-Schein-Inhabers geht dem der Gesellschafter vor.

4. Die erste Ausschüttung erfolgt aus dem handelsrechtlichen Jahresgewinn des Geschäftsjahres 1991/92.

5. Der jährliche Gewinnanteil ist 14 Tage nach der ordentlichen Hauptversammlung, die über den Jahresabschluss beschließt, zur Auszahlung fällig.

6. Die Genussrechte werden auf Bestehensdauer der Gesellschaft ausgegeben. Die Gesellschaft ist berechtigt, Genussrechte mit einer Kündigungsfrist von einem halben Jahr zu jedem am 30.9. endenden Geschäftsjahr zu kündigen. Die Aufkündigung des Vertragsverhältnisses durch die Gesellschaft wird mit Verständigung gemäß Pkt. 13 dieser Bestimmungen erklärt.

7.1. Die Genussrechte sind durch den Genussrecht-Schein-Inhaber nicht kündbar.

7.2. Bei Kündigung der Genussrechte durch die Gesellschaft hat der Genussrecht-Schein-Inhaber einen Anspruch auf Rückzahlung des Zeichnungspreises.

7.3. Die Genussrecht-Scheine gewähren den Genussrecht-Schein-Inhabern darüber hinaus eine anteilmäßige Beteiligung am Unternehmenswert sowie am Liquidationsgewinn der Gesellschaft.

Der Unternehmenswert wird von einem beeideten Wirtschaftsprüfer und Steuerberater oder von einer Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft unter Beachtung des Fachgutachtens Nr. 74 oder einem diesem entsprechenden Gutachten der Kammer der Wirtschaftstreuhänder ermittelt.

Die Beteiligung des Genussrecht-Schein-Inhabers am Unternehmenswert entspricht dem Verhältnis zwischen dem Nennwert seiner Genussrechte zum gesamten bilanziellen Eigenkapital der Gesellschaft per 30.9.1991. Das bilanzielle Eigenkapital besteht aus dem bar einbezahnten Stammkapital und allen versteuerten und unversteuerten Rücklagen und dem Genussrechtskapital. Soweit weitere Genussrechte oder gleichartige Finanzierungsinstrumente begeben oder das Stammkapital erhöht wird, ist das Beteiligungsverhältnis am Unternehmenswert entsprechend anzupassen.

7.4. Im Falle der Liquidation der Gesellschaft tritt an die Stelle der Beteiligung am ermittelten Unternehmenswert die anteilmäßige Beteiligung des Genussrecht-Schein-Inhabers am tatsächlich erzielten Liquidationsgewinn.

8. Durch die Hingabe des Kapitals wird kein Gesellschaftsverhältnis, welcher Art auch immer, begründet, insbesondere kein Recht auf Teilnahme an den Hauptversammlungen der Gesellschaft.

Der Genussrecht-Schein-Inhaber gewährt der Gesellschaft kein Darlehen. Die Ansprüche des Genussrecht-Schein-Inhabers leiten sich ausschließlich aus diesem Genussrecht-Schein ab. Ansprüche aus einem anderen Titel bestehen nicht.

9. Werden zu einem späteren Zeitpunkt weitere Genussrecht-Scheine ausgegeben, so sind die Ansprüche des Genussrecht-Schein-Inhabers dieses Genussrecht-Scheines im Sinne des Verwässerungsschutzes durch Gewährung eines anteilmäßigen Bezugsrechtes auszugleichen.

10. Zur Unterrichtung über ihre wirtschaftlichen Verhältnisse stellt die Gesellschaft einen Jahresbericht und einen Halbjahresbericht zur Verfügung. Die Berichte werden den Depotführenden Banken zugeleitet. Außerdem kann sie jeder Genussrecht-Schein-Inhaber bei der Gesellschaft anfordern.

11. Falls im Zusammenhang mit der Emission dieses Genussrecht-Scheines eine Belastung mit einer welchen Namen immer habenden Gebühr im Sinne des Gebührengesetzes oder einer Verkehrsteuer eintreten sollte, geht diese zu Lasten der Gesellschaft.

12. Zahlstelle, bei der fällige Ausschüttungsanteile und Genussrecht-Scheine eingelöst werden können, ist die Bank.

13. Bekanntmachungen der Gesellschaft, die Genussrecht-Scheine betreffen, werden im Amtsblatt zur Wiener Zeitung veröffentlicht.

14. Sollte eine der Bestimmungen dieser Bedingungen ganz oder teilweise unwirksam oder undurchführbar sein oder werden, so bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen unberührt. Die unwirksame oder undurchführbare Bestimmung wird durch eine solche ersetzt, die dem in diesen Bedingungen zum Ausdruck kommenden Willen am nächsten kommt.

15. Sämtliche Rechtsverhältnisse, die mit der Zeichnung dieses Genussrecht-Scheines begründet wurden, unterliegen österreichischem Recht. Ausschließlicher Gerichtsstand für alle wie immer gearteten Streitigkeiten aus diesem Rechtsverhältnis ist das sachlich zuständige Gericht in W.“

Die „Bedingungen“ für „Das J Modell“ lassen es zunächst als nahe liegend erscheinen, das Genussrechtskapital dem Eigenkapital zuzuordnen. Dafür sprechen insbesondere die Pkt. 2. (Anteil am Jahresgewinn der Gesellschaft), 6. (unbegrenzte Laufzeit der Genussrechte), 7.1. (Unkündbarkeit durch den Genussrecht-Schein-Inhaber) und 7.3. (Beteiligung am Unternehmenswert sowie am Liquidationsgewinn der Gesellschaft).

Die „Bedingungen“ für „Das J Modell“ wurden seitens der Bank maßgeblich modifiziert. So wurde den Erstzeichnern der Holding Genussrechte mit Prospekt folgendes „Angebot“ gestellt:

„Ausschüttungspolitik:

Die Gesellschaft wird jährlich größtmögliche Ausschüttungen vornehmen; die jährlichen Ausschüttungen können durch Veränderungen der Zinslandschaft beeinflusst werden; für die ersten fünf Jahre wird eine Ausschüttung von jährlich mindestens 6 % garantiert.

...

Übertragbarkeit/Sekundärmarkt:

Die Bank wird für Genussrecht-Scheine einen Sekundärmarkt einrichten, sodass Genussrecht-Scheine jederzeit verkauft werden können bzw. über den Sekundärmarkt ein weiterer Zukauf von Genussrecht-Scheinen möglich ist.

Die Bank bietet verbindlich und unwiderruflich an, Genussrecht-Scheine mindestens zum Zeichnungspreis zu erwerben, soferne diese bis nach Ausschüttung auf das fünfte volle Geschäftsjahr vom Zeichner gehalten werden. Wird diese Behaltfrist unterschritten, vermindert sich das Preisangebot für den Erwerb bei einer Übernahme nach der Ausschüttung auf das Geschäftsjahr auf 99,5 %

- dritte Geschäftsjahr auf 99,0 %
 - zweite Geschäftsjahr auf 98,5 %
 - erste Geschäftsjahr auf 98,0 %
- des Zeichnungspreises.*

Die Annahme dieses Angebotes ist der Bank vom Zeichner unter Angabe des Abgabetermins mindestens 30 Tage vorher in rechtsverbindlicher Form bekannt zu geben.

Die Gewinnerwartung des Zeichners im Abgabetermin (6,0 % je Geschäftsjahr) wird im Übernahmepreis anteilig abgegolten.“

Wie die steuerliche Vertreterin anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung am 17. November 2009 mitteilte, seien die Modifizierungen lt. vorgelegtem Prospekt lediglich den Erstzeichnern der Genussrechte angeboten worden und habe sich dieser Prospekt zudem auf Zeichnungen bis zum Stichtag 1. Juli 1991 bezogen. Die GM. sei demgegenüber keine Erstzeichnerin gewesen, sie habe sich erst ab dem Jahr 1994 auf dem von der Bank eingerichteten Sekundärmarkt bedient. Für sie sei der vorgelegte Prospekt zum „J Modell“ nicht mehr relevant gewesen. Die in diesem Prospekt genannten höheren Renditen seien von ihr auch tatsächlich nicht lukriert worden.

C) Die „*Bedingungen*“ für „*Das J Modell*“ wurden letztlich nicht erfüllt, der Erwerb der Genussrechte durch die Berufungswerberin gestaltete sich – in wirtschaftlicher Hinsicht – ganz anders:

C1) Mit Schreiben vom 17. Juni 1994 teilte die Bank der Berufungswerberin – in Abweichung zu den „*Bedingungen*“ für „*Das J Modell*“ – Folgendes mit:

„Wie heute anlässlich eines Telefonates mit Herrn Sch vereinbart, erhalten Sie von uns ein modifiziertes Veranlagungsoffert, das Ihnen exakt einen Vergleich zwischen der herkömmlichen DEM-Festgeldveranlagung und dem steuerfreien Genussrecht ermöglicht.

Sie veranlagen 14 Mio. Schilling bzw. 2 Mio. DEM vom 30.6.1994 – 31.12.1994, wobei bei beiden Varianten die Zinsverrechnung kalendermäßig/360 erfolgt und beim J-Genussrecht mit Ende November 6 % ausgeschüttet werden, die über den Rückkaufkurs per 31.12. auf die vereinbarten 4,4 % reduziert werden.

Festgeld (DEM)

J (ATS)

Laufzeit	6 Monate	12 Monate	6 Monate	12 Monate
Zinsen vor Steuern	4,75	4 7/8	4,4	4,4
- BuSt	-	-	0,6	0,3
- KöSt 34 %	1,62	1,62	-	-
Ertrag nach Steuern	3,14	3,22	3,8	4,1

Ihr Zinsvorteil nach Steuern beträgt daher bei einer Veranlagung über das Genussrecht bei 6 Monaten 46.200 S, bei 12 Monaten 123.200 S.

...

Da, wie bei jedem Wertpapierkauf, Stückzinsen anfallen (6 % vom 1.10.1993 – 30.6.1994), wird ein Betrag von 14.637.000 S + BuSt, somit 14.658.956 S bei Veranlagung über das Genussrecht am 30.6. von Ihrem Girokonto abgebucht.

Diese Stückzinsen erhalten Sie selbstverständlich bei der Ausschüttung des Geschäftsjahres 1993/94 zur Gänze gutgeschrieben.“

Mit 1. Juli 1994 wurde von der Bank der Wertpapierkauf von 140 Holding Genussrecht-Scheinen zum Nominale von 100.000 S, Tranche IV, somit Nominale 14.000.000 S, abgerechnet. Bei einem Kurs von 104.550 S/Stück (dieser erfasste die angefallenen Stückzinsen) wurde der Kurswert mit 14.637.000 S errechnet, zuzüglich der BuSt von 21.956 S ergab sich ein Kaufpreis von 14.658.956 S.

C2) Aufgrund des Anbotes vom 17. März 1995 erwarb die GM. weitere 140 Holding Genussrecht-Scheine zum Nominale von 100.000 S, Tranche IV, somit Nominale 14.000.000 S, die mit 31. März 1995 durch die Bank abgerechnet wurden. Bei einem Kurs von 103.033,33 S/Stück (dieser erfasste angefallene Stückzinsen von 424.666,67 S) wurde der Kurswert mit 14.424.666,67 S errechnet, zuzüglich der BuSt von 21.637,33 S ergab sich ein Kaufpreis von 14.446.304 S. Die Laufzeit war bis zum 31. März 1996 vereinbart, die **fixen Zinsen mit 4,35 % netto**. Zum 31. Dezember 1995 wurde das Genussrecht „Bank-J“ auf dem Konto 289000 mit dem Wert von 28.000.000 S ausgewiesen.

Dem Erwerb dieser 140 Holding Genussrecht-Scheine lag das folgende, an die Bank gerichtete Annahmeschreiben der GM. vom 30. März 1995 zugrunde:

„Wir beziehen uns auf Ihren Besuch vom 28. März 1995 mit Herrn F in unserem Hause und dürfen um nachstehend angeführte Veranlagung ersuchen.

<i>Veranlagung J-Genussrecht gem. Ihrem Anbot vom 17. März 1995</i>	<i>ÖS 14.000.000,00</i>
<i>Stückzinsen</i>	<i>ÖS 424.666,67</i>
<i>BuSt</i>	<i>ÖS 21.637,33</i>
<i>ergibt zusammen</i>	<i>ÖS 14.446.304,00</i>
<i>Laufzeit: 31. März 1996</i>	
<i>Zinsen: 4,35 netto“</i>	

Die Holding Genussrechte wurden - nach dem vorstehenden Muster – mehrmals verlängert, wobei für die kurzen Laufzeiten jeweils fixe Zinssätze vereinbart wurden. So wird zB auf die

Prolongation des am 30. Juni 1994 erworbenen, bereits um ein Jahr zu einem Nettozinssatz von 4,6 % verlängerten und sodann am 29. Dezember 1995 auslaufenden Holding Genussrechtes in Höhe von 14,000.000 S verwiesen, das auf weitere zwei Jahre bis zum 31. Dezember 1997 zu einem Nettozinssatz von 3,3 % prolongiert wurde. Diesbezüglich richtete die GM. an die Bank am 27. Dezember 1995 folgendes Annahmeschreiben:

„Wir beziehen uns auf Ihr Anbot vom 21.12.1995 und erteilen Ihnen hiermit den Auftrag, das am 29.12.1995 auslaufende Genussrecht in Höhe von S 14,000.000,00 auf weitere zwei Jahre, zum 31.12.1997, zu prolongieren. Der Nettozinssatz beträgt 3,300 %.“

„Wir ersuchen, die Durchführung noch am 29. Dezember 1995 zu veranlassen und uns unser heutiges Schreiben sowie die KöSt-Steuerfreiheit des Zinsertrages schriftlich zu bestätigen.“

Das am 31. März 1995 mit einer Laufzeit bis zum 31. März 1996 erworbene Holding Genussrecht in Höhe von 14,000.000 S wurde ebenfalls prolongiert, wobei für die weiteren zwei Jahre ein Nettozinssatz von 3,05 % vereinbart wurde.

C3) Die Ausschüttungen aus den Holding Genussrechten betragen jährlich 6 % (vgl. nochmals das Schreiben der Bank vom 17. Juni 1994), ab dem Jahr 1998 nur mehr 4,1 % (vgl. das Schreiben der Bank vom 14. Oktober 1998). Die Differenz zwischen der vollen Ausschüttung und der zugesagten Verzinsung wurde vereinbarungsgemäß über den Kurs des Genussrechtes bei Rücklösung ausgeglichen, dh. der über der vereinbarten Rendite liegende Anteil der Ausschüttung wurde beim Rückkauf in den Kurs eingerechnet. Mit 1. Oktober 1997 wurde das am 31. März 1995 erworbene Holding Genussrecht in Höhe von 14,000.000 S rückgelöst. Dazu teilte die Bank mit Schreiben vom 10. Oktober 1997 der GM. Folgendes mit:

„Wie vereinbart überreichen wir Ihnen in der Anlage die Dividendenaufstellung zu dem oa. Genussrecht über 14 Mio. Schilling sowie die sich aus An- und Rückkaufskurs für Sie ergebende Rendite. Wir weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Ausschüttung für 1997 in Höhe von 840.000 S (Anm.: 6 % von 14 Mio. Schilling) noch nicht erfolgt ist und Ihnen daher noch zugehen wird.“

Die auch den Prüfern vorgelegte „Entwicklung Ihrer Genussrechtsbeteiligung ATS 14 Mio. vom 31.3.1995 bis 1.10.1997“ zeigt folgendes Bild:

<i>„Beteiligungsbetrag</i>	<i>ATS</i>	<i>14,000.000,00</i>
<i>Dividende 1995:</i>	<i>ATS</i>	<i>840.000,00</i>
<i>Dividende 1996:</i>	<i>ATS</i>	<i>840.000,00</i>
<i>Dividende 1997 (noch offen):</i>	<i>ATS</i>	<i><u>840.000,00</u></i>
<i>ergibt Dividenden gesamt:</i>		<i>2,520.000,00</i>
<i>abzüglich bereits bezahlte Zinsen (Anm.: gutzuschreibende Stückzinsen anlässlich des Erwerbs):</i>	<i>ATS</i>	<i><u>424.666,67</u></i>
<i>ergibt</i>	<i>ATS</i>	<i>2,095.333,33</i>
<i>Die Ihnen zugesagte Verzinsung ergibt folgende Beträge:</i>		
<i>4,65 % für ATS 14 Mio. 31.3.1995 - 31.3.1996 (366 Tage) =</i>	<i>ATS</i>	<i>661.850,00</i>
<i>3,05 % für ATS 14 Mio. 31.3.1996 - 31.3.1997 (365 Tage) =</i>	<i>ATS</i>	<i>432.930,56</i>

<i>3,05 % für ATS 14 Mio. 31.3.1997 - 1.10.1997 (184 Tage) =</i>	ATS	<u>218.244,44</u>
<i>ergibt zugesagte Verzinsung gesamt</i>	ATS	<u>1.313.025,00</u>
<i>abzüglich geleisteter Dividenden</i>	ATS	<u>2.095.333,33</u>
<i>ergibt zu verrechnende Differenz</i>	ATS	<u>782.308,33</u>
<i>Kapital</i>	ATS	<u>14.000.000,00</u>
<i>abzüglich zu verrechnender Differenz</i>	ATS	<u>782.308,33</u>
<i>ergibt Rücklösungsbetrag</i>	ATS	<u>13.217.691,67</u>
<i>abzüglich Börsenumsatzsteuer</i>	ATS	<u>19.827,67</u>
<i>ergibt Auszahlungsbetrag zum 1.10.</i>	ATS	<u>13.197.864,00</u>

C4) Mit 31. Dezember 1997 wurde auch das am 30. Juni 1994 erworbene und mehrmals verlängerte Holding Genussrecht in Höhe von 14.000.000 S rückgelöst. Auch dazu wurde den Prüfern eine „*Entwicklung Ihrer Genussrechtsbeteiligung ATS 14 Mio. vom 30.12.1994 bis 31.12.1997*“ vorgelegt, die folgendes Bild zeigt:

<i>„Beteiligungsbetrag</i>	ATS	<u>14.000.000,00</u>
<i>Dividende 1995:</i>	ATS	<u>840.000,00</u>
<i>Dividende 1996:</i>	ATS	<u>840.000,00</u>
<i>Dividende 1997:</i>	ATS	<u>840.000,00</u>
<i>ergibt Dividenden gesamt:</i>		<u>2.520.000,00</u>
<i>abzüglich bereits bezahlte Zinsen (Anm.: gutzuschreibende Stückzinsen anlässlich des Erwerbs):</i>	ATS	<u>637.000,00</u>
<i>ergibt</i>	ATS	<u>1.883.000,00</u>
<i>Die Ihnen zugesagte Verzinsung ergibt folgende Beträge:</i>		
<i>4,60 % für ATS 14 Mio. 30.12.1994 - 29.12.1995 (364 Tage) =</i>	ATS	<u>651.155,56</u>
<i>3,30 % für ATS 14 Mio. 29.12.1995 - 31.12.1997 (733 Tage) =</i>	ATS	<u>940.683,33</u>
<i>ergibt zugesagte Verzinsung gesamt</i>	ATS	<u>1.591.838,89</u>
<i>abzüglich geleisteter Dividenden</i>	ATS	<u>1.883.000,00</u>
<i>ergibt zu verrechnende Differenz</i>	ATS	<u>291.161,11</u>
<i>Kapital</i>	ATS	<u>14.000.000,00</u>
<i>abzüglich zu verrechnender Differenz</i>	ATS	<u>291.161,11</u>
<i>ergibt Rücklösungsbetrag</i>	ATS	<u>13.708.838,89</u>
<i>abzüglich Börsenumsatzsteuer</i>	ATS	<u>20.563,89</u>
<i>ergibt Auszahlungsbetrag zum 31.12.1997</i>	ATS	<u>13.688.275,00</u>

C5) Die Ausschüttungen aus den Holding Genussrechten wurden auf dem Konto 801000 („*Erträge aus Beteiligungen*“) verbucht. Solcherart wurden für die beiden Holding Genussrechte Beteiligungserträge von 1.680.000 S (6 % von 28 Mio. Schilling) erfasst, die im Hinblick auf § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 steuerfrei behandelt wurden. Die jährlichen Auszahlungsbeträge unterlagen der Kapitalertragsteuer von 25 %, die von der Holding einbehalten und an das Finanzamt abgeführt wurde. Die Kapitalertragsteuer wurde anlässlich der Veranlagung zur Körperschaftsteuer angerechnet. Die mit 1. Oktober 1997 und 31. Dezember 1997 anlässlich der Rücklösungen der Holding Genussrechte entstandenen „*Kursverluste*“ von 782.308,33 S und 291.161,11 S (als Differenz zwischen der vollen

Ausschüttung und der zugesagten Verzinsung) wurden auf dem Konto 844000 („**Kursdifferenzen**“) als Aufwandsbuchung erfasst.

C6) Bereits am 16. Oktober 1997 legte die Bank ein neues Anbot zum Erwerb von Genussrechten. Aufgrund dieses Anbotes erwarb die GM. wiederum 140 Holding Genussrechtscheine zum Nominale von 100.000 S, Tranche IV, somit Nominale 14.000.000 S, die mit 17. Oktober 1997 durch die Bank abgerechnet wurden. Bei einem Kurs von 100.266,66 S/Stück (dieser erfasste angefallene Stückzinsen von 37.333,33 S) wurde der Kurswert mit 14.037.333,33 S errechnet, zuzüglich der BuSt von 21.056,67 S ergab sich ein Kaufpreis von 14.058.390 S. Die Laufzeit war bis zum 30. Oktober 1999 geplant, die **fixen Zinsen** wurden **mit 3,8 % netto** vereinbart. Ferner wurde der Berufungswerberin die Möglichkeit eines vorzeitigen Rückkaufes des Genussrechtes zum 30. Oktober 1998 eingeräumt, wobei sich dann die zugesagte Verzinsung von 3,8 % auf 3,6 % netto reduzierte. Zum 31. Dezember 1997 wurde das Genussrecht „Bank-J“ auf dem Konto 289000 mit dem Wert von 14.000.000 S ausgewiesen. Dieser Genussrechtserwerb wurde von der Bank gegenüber der Berufungswerberin mit Schreiben vom 16. Oktober 1997 wie folgt bestätigt:

„Gerne bestätigen wir Ihnen die bereits telefonisch getroffene Vereinbarung über den Ankauf von ATS 14 Mio. Bank-Holding-Genussrechten. Ankaufstermin ist der 16.10.1997, geplanter Rückkaufstermin der 30.10.1999. Die mit Ihnen für diesen Zeitraum vereinbarte Mindestrendite vor BuSt beträgt 3,8 % p.a. jährlich dekursiv. Wir räumen Ihnen ferner die Möglichkeit eines vorzeitigen Rückkaufes des Genussrechtes zum 30.10.1998 ein, wobei sich dann die zugesagte Verzinsung von 3,8 % auf 3,6 % reduziert.“

Auch dem Erwerb dieser 140 Holding Genussrecht-Scheine lag ein an die Bank gerichtetes Annahmeschreiben der GM. vom 17. Oktober 1997 mit folgendem Inhalt zugrunde:

*„Wir beziehen uns auf das heute geführte Telefongespräch mit unserem Herrn T und dürfen um nachstehend angeführte Veranlagung ersuchen:
Banken-Holding Genussrecht
gem. Ihrem Anbot vom 16. Oktober 1997 ÖS 14.000.000,00
Stückzinsen ÖS 37.333,33
BuSt ÖS 21.056,67
ergibt zusammen ÖS 14.058.390,00
Laufzeit: 30. Oktober 1999
Zinsen: 3,8 % netto
Option: Vorzeitiger Rückkauf zum 30. Oktober 1998 möglich, wobei sich dann die Verzinsung auf 3,6 % netto reduziert.“*

Die Laufzeit dieses Genussrechtes wurde offensichtlich um ein weiteres Jahr verlängert. Mangels Unterlagen kann der Zinssatz für dieses Verlängerungsjahr allerdings nicht mehr ermittelt werden. Mit 12. Oktober 2000 wurde auch dieses Holding Genussrecht in Höhe von 14.000.000 S rückgelöst. Eine „*Entwicklung Ihrer Genussrechtsbeteiligung*“ konnte dazu -

trotz Aufforderung durch den Unabhängigen Finanzsenat - nicht vorgelegt werden (vgl. das Schreiben der steuerlichen Vertreterin vom 14. August 2009), weshalb die für die dreijährige Laufzeit tatsächlich zugeflossenen Zinsen nicht festgestellt werden können. Auch der Rücklösungsbetrag und damit die im Jahr 2000 offensichtlich entstandenen „*Kursverluste*“ (als Differenz zwischen der vollen Ausschüttung und der zugesagten Verzinsung) können mangels Bekanntgabe entsprechender Beträge bzw. Vorlage entsprechender Unterlagen nicht ermittelt werden.

C7) Nach dem Muster der bisherigen Erwerbe legte die Bank am 22. Jänner 1998 ein neues Anbot zum Erwerb von Genussrechten, mit dem wiederum eindeutig eine festverzinsliche Veranlagung erzielt werden sollte:

„*Gerne geben wir Ihnen im Folgenden einen Vergleich zwischen einer Veranlagung über ATS-Festgeld oder Holding Genussrechte gem. § 174 Aktiengesetz:*“

	ATS-Festgeld		Holding	
	bis 31.1.1999	bis 31.1.2000	bis 31.1.1999	bis 31.1.2000
Zinsen	3,75	3,86	3,25	3,40
KöSt	1,28	1,31	0	0
BuSt	0	0	0,15	0,08
	2,47	2,55	3,10	3,32
<i>Ihr Vorteil:</i>			0,63	0,77

Da die Ausschüttung aus dem Holding Genussrecht 6 % beträgt, wird die Differenz zwischen der vollen Ausschüttung und der Ihnen zugesagten Verzinsung über den Kurs Ihres Genussrechtes bei Rücklösung wie bisher ausgeglichen.“

Mit Telefax vom 2. Februar 1998 wurde der Berufungswerberin zu diesem Anbot Folgendes mitgeteilt:

„*In Abänderung unseres Schreibens vom 22.01.1998 können wir für Ihre Veranlagung über das Holding Modell keine Ausschüttung von 6 % garantieren. Der über der vereinbarten Rendite liegende Anteil der Ausschüttung wird beim Rückkauf wie bisher in den Kurs eingerechnet.*

Daher sind bei der jetzigen Veranlagung von ATS 14 Mio. keine Stückzinsen von Ihrer Seite zu bezahlen, sondern nur die Börsenumsatzsteuer von 0,15 %, das sind ATS 21.000,--. Wir benötigen daher ATS 14,021.000,-- am ATS-Ordinario.“

Aufgrund dieses Anbotes erwarb die GM. 140 Holding Genussrecht-Scheine zum Nominale von 100.000 S, Tranche IV, somit Nominale 14.000.000 S, die mit 3. Februar 1998 durch die Bank abgerechnet wurden. Bei einem Kurs von 100.000 S/Stück (Stückzinsen sind nicht angefallen) wurde der Kurswert mit 14.000.000 S errechnet, zuzüglich der BuSt von 21.000 S ergab sich ein Kaufpreis von 14.021.000 S. Die Laufzeit war bis zum 31. Jänner 2000 geplant, die **fixen Zinsen** wurden **mit 3,4 % netto** vereinbart. Zum 31. Dezember 1998 wurde das

Genussrecht „Bank-J“ auf dem Konto 289000 wiederum mit dem Wert von 28,000.000 S ausgewiesen.

Das an die Bank gerichtete Annahmeschreiben der GM. vom 2. Februar 1998 zum Erwerb dieser 140 Holding Genussrecht-Scheine hat folgenden Inhalt:

„Wir beziehen uns auf das heute geführte Telefongespräch mit unserem Herrn T und dürfen um nachstehend angeführte Veranlagung ersuchen:

Banken-Holding Genussrecht

gem. Ihrem Anbot vom 22. Jänner 1998

ÖS 14,000.000,00

BuSt

ÖS 21.000,00

ergibt zusammen

ÖS 14,021.000,00

Laufzeit: 31. Jänner 2000

Zinsen: 3,4 % netto“

Die Laufzeit dieses Genussrechtes wurde offensichtlich mehrmals verlängert. Mangels Unterlagen kann der Zinssatz für die Verlängerungsjahre allerdings nicht mehr ermittelt werden. Mit 30. Oktober 2002 wurde auch dieses Holding Genussrecht in Höhe von 14,000.000 S rückgelöst. Eine „*Entwicklung Ihrer Genussrechtsbeteiligung*“ konnte dazu - trotz Aufforderung durch den Unabhängigen Finanzsenat - nicht vorgelegt werden (vgl. das Schreiben der steuerlichen Vertreterin vom 14. August 2009), weshalb die für die Laufzeit tatsächlich zugeflossenen Zinsen nicht festgestellt werden können.

Der Rücklösungsbetrag belief sich auf 14,386.073,31 S, woraus sich (als Differenz zum Nominale) ein „*Kursgewinn*“ von 386.073,31 S ergab. Die zugesagte Verzinsung musste demnach - auf die gesamte Laufzeit des Genussrechtes bezogen – höher gewesen sein als die vorab erfolgten Ausschüttungen. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Ausschüttungen aus den Holding Genussrechten lediglich in den ersten Jahren jährlich 6 % betrugen und bereits im Jahr 1998 auf 4,1 % vermindert wurden (vgl. das Schreiben der Bank vom 14. Oktober 1998). Dem vorgelegten Konto 801000 („*Erträge aus Beteiligungen*“) kann zudem entnommen werden, dass die Ausschüttungen in den Folgejahren wie folgt ausbezahlt wurden: 3,1 % (im Jahr 1999), 3,4 % (im Jahr 2000), 4,025 % (im Jahr 2001), 3,25 % (im Jahr 2002) und 2,75 % (im Jahr 2003).

C8) Nach dem Muster der bisherigen Erwerbe wurden von der GM. noch weitere Holding Genussrecht-Scheine erworben. So erwarb sie am 2. November 1999 60 Genussrecht-Scheine zum Nominale von 100.000 S, somit Nominale 6,000.000 S, am 17. Dezember 1999 180 Genussrecht-Scheine zum Nominale von 100.000 S, somit Nominale 18,000.000 S, und letztmalig am 30. Oktober 2002 137 Genussrecht-Scheine zum Nominale von 100.000 S, somit Nominale 13,700.000 S (= 995.617,83 €). Zum 31. Dezember 1999 wurde das Genussrecht

„Bank-J“ auf dem Konto 289000 mit dem Wert von 52,000.000 S, zum 31. Dezember 2000 und 31. Dezember 2001 jeweils mit dem Wert von 38,000.000 S ausgewiesen.

Mit Schreiben des Unabhängigen Finanzsenates vom 18. Juni 2009 wurde die Berufungswerberin ersucht, diese Erwerbe von Holding Genussrechten entsprechend zu dokumentieren (durch Vorlage von Angeboten, Abrechnungen, Kontoauszügen, Schriftverkehr mit der Bank, gegebenenfalls Verlängerungsoptionen). Mangels Unterlagen können jedoch die ursprünglich geplanten Laufzeiten und die mit der Bank vereinbarten fixen Zinssätze dieser Veranlagungen nicht mehr ermittelt werden (vgl. das Schreiben des steuerlichen Vertreters vom 14. August 2009).

Mit 30. Oktober 2002 wurden die im Jahr 1999 erworbenen Holding Genussrechte in Höhe von 6,000.000 S und 18,000.000 S rückgelöst. Zum 31. Dezember 2002 wurde das Genussrecht „Bank-J“ auf dem Konto 289000 daher mit dem Wert von 13,700.000 S (995.617,83 €) ausgewiesen. Am 31. Oktober 2003, somit nach bloß einjähriger Laufzeit, erfolgte auch die Rücklösung des Holding Genussrechtes in Höhe von 13,700.000 S. Zum 31. Dezember 2003 befanden sich keine Holding Genussrechte mehr im Betriebsvermögen der GM. Die Rücklösungsbezüge hinsichtlich der drei genannten Genussrechte beliefen sich auf 6,110.944,96 S, 18,068.244,96 S und 13,721.600,39 S, woraus sich (als Differenz zum Nominale) „*Kursgewinne*“ von 110.944,96 S, 68.244,96 S und 21.600,39 S ergaben. Eine „*Entwicklung Ihrer Genussrechtsbeteiligung*“ konnte dazu - trotz Aufforderung durch den Unabhängigen Finanzsenat - nicht vorgelegt werden (vgl. das Schreiben der steuerlichen Vertreterin vom 14. August 2009), weshalb die für die Laufzeiten tatsächlich zugeflossenen Zinsen nicht festgestellt werden können. Die „*Kursgewinne*“ aus den am 30. Oktober 2002 und 31. Oktober 2003 erfolgten Rücklösungen wurden auf dem Konto 844150 („*Kursgewinne aus Beteiligungen § 10 KStG*“) erfolgswirksam erfasst.

D) Gemäß § 21 Abs. 1 BAO ist für die Beurteilung abgabenrechtlicher Fragen in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Gemäß § 22 Abs. 1 BAO kann die Abgabepflicht durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes nicht umgangen oder gemindert werden. Liegt ein Missbrauch (Abs. 1) vor, so sind die Abgaben gemäß Abs. 2 so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.

Gemäß § 23 Abs. 1 BAO sind Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen für die Erhebung von Abgaben ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft

verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Abgabenerhebung maßgebend. Ein Scheingeschäft (iSd § 916 ABGB) liegt vor, wenn sich die Parteien dahingehend geeinigt haben, dass das offen geschlossene Geschäft nicht oder nicht so gelten soll, wie die Erklärungen lauten, wenn also die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes mit bestimmtem Inhalt hervorriefen, dagegen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtsfolgen nicht oder nicht so wie vertraglich vereinbart eintreten lassen wollen. Zum Wesen eines Scheingeschäftes gehört auch, dass die Parteien übereinkommen, den äußeren Schein des Abschlusses von Rechtsgeschäften zu wahren (VwGH 19.1.2005, 2000/13/0162, 2000/13/0165).

Gemäß § 167 Abs. 2 BAO hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeutet, dass alle Beweismittel grundsätzlich gleichwertig sind und es keine Beweisregeln gibt. Nach ständiger Rechtsprechung genügt es, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt (zB VwGH 25.4.1996, 95/16/0244; VwGH 19.2.2002, 98/14/0213; VwGH 9.9.2004, 99/15/0250).

E) In freier Beweiswürdigung gelangt der Unabhängige Finanzsenat zur Überzeugung, dass das offen gelegte „J Modell“ (vgl. die „Bedingungen“ einschließlich deren Modifizierung durch die Bank lt. vorgelegtem Prospekt) letztlich nur zum Schein abgeschlossen und von der GM. somit **keine Genussrechte iSd § 174 AktG** erworben wurden. Dies aus folgenden Gründen:

E1) Der vorstehende Sachverhalt macht deutlich, dass mit den Holding Genussrechten – entgegen den „Bedingungen“ für „Das J Modell“ – ein Anteil am Jahresgewinn der Gesellschaft nicht verbunden war. Gemäß Pkt. 2. der „Bedingungen“ hätte dem Genussrecht-Schein-Inhaber jährlich ein Anteil am handelsrechtlichen Jahresgewinn der Gesellschaft im Verhältnis zwischen dem Nennwert seiner Genussrechte zum gesamten bilanziellen Eigenkapital der Gesellschaft bezahlt werden müssen. Aufgrund dieser Bestimmung hätten der Berufungswerberin folgende Gewinnanteile zufließen müssen:

	30.9.1996 S	30.9.1997 S	30.9.1998 S
Nennwert der Genussrechte	28,000.000,--	28,000.000,--	28,000.000,--
Bilanzielles Eigenkapital der Gesellschaft	2,042.415.132,--	1,977.663.102,--	2,005.074.063,--
Anteil	1,370925996 %	1,415812428 %	1,396457144 %

Handelsrechtlicher Jahresgewinn	116,036.122,--	50,807.970,--	78,868.461,--
Gewinnanteil der Berufungswerberin	1,590.769,--	719.346,--	1,101.364,--
Rendite	5,68 %	2,57 %	3,93 %

Anstelle der Gewinnanteile gemäß Pkt. 2. der „*Bedingungen*“ für „*Das J Modell*“ erhielt die GM. – **zunächst** – Ausschüttungen in einer von vornherein fixierten und zugesicherten Höhe. Die steuerfrei belassenen Ausschüttungen aus den Holding Genussrechten betragen jährlich 6 % bzw. (ab dem Jahr 1998) 4,1 %. Die Differenz zwischen der vollen Ausschüttung und der zugesagten festen Verzinsung lt. Anboten wurde **sodann** vereinbarungsgemäß über den Kurs des Genussrechtes bei Rücklösung ausgeglichen, dh. der über der vereinbarten Rendite liegende Anteil der Ausschüttung wurde beim - nach Ende der Laufzeit vorgesehenen - Rückkauf in den Kurs eingerechnet. Diese Vorgangsweise war der Berufungswerberin bereits beim Erwerb der Holding Genussrechte bekannt.

Wenn die Berufungswerberin in der Berufung vom 19. Oktober 2001 die Ansicht vertrat, dass eine Mindestverzinsung oder eine Begrenzung der Verzinsung im Hinblick auf § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 nicht schädlich wäre, dann geht dieser Einwand ins Leere. Die erforderliche Gewinnabhängigkeit der Vermögensrechte liegt – wie bereits dargestellt – zwar auch vor, wenn es sich um eine Mindestverzinsung mit zusätzlichem Gewinnanteil oder eine Gewinnbeteiligung mit Zusatzverzinsung oder um eine Gewinnbeteiligung mit Mindest- und Höchstgrenzen handelt. Es ist daher – von der Zinskomponente abgesehen – in diesen Fällen immer auch eine Gewinnkomponente erforderlich, die aber gerade im Streitfall nicht gegeben ist. Im Übrigen ist beachtenswert, dass ein klarer Zusammenhang zwischen den als Dividendenleistung „*getarnten*“ Auszahlungen und dem Gewinn der begebenden Gesellschaft offenbar fehlt.

E2) Mit dem Holding Genussrecht war auch keine Beteiligung am Liquidationsgewinn der Gesellschaft verbunden. Gemäß Pkt. 7.3. der „*Bedingungen*“ für „*Das J Modell*“ hätte den Genussrecht-Schein-Inhabern auch eine anteilmäßige Beteiligung am Unternehmenswert sowie am Liquidationsgewinn der Gesellschaft gewährt werden sollen. Eine anteilmäßige Beteiligung am Vermögen der Holding in Form der stillen Reserven wurde der Berufungswerberin jedoch anlässlich der Rücklösung der Genussrechte nicht eingeräumt (vgl. die mit 1. Oktober 1997 und 31. Dezember 1997 erfolgten Rücklösungen der Holding Genussrechte und die dazu ermittelten Auszahlungsbeträge lt. „*Entwicklung Ihrer Genussrechtsbeteiligung*“).

Anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung am 10. Dezember 2004 argumentierte die steuerliche Vertreterin damit, dass sich die Bank bei der Preisbildung offenbar an einer Marktverzinsung orientiert habe, nämlich an einer Verzinsung, die über der Verzinsung anderer Anlagen gelegen sei. Damit sei in der Preisbildung offenbar indirekt auch eine Liquidationsbeteiligung berücksichtigt worden. Diese Argumentation kann seitens des

Unabhängigen Finanzsenates nicht nachvollzogen werden und findet in den vorgelegten Unterlagen auch keine Deckung. Die der GM. zugesagte Verzinsung orientierte sich – wie bereits dargelegt - ausschließlich an einer herkömmlichen Festgeldveranlagung, wobei die zugesagte Verzinsung (vor Steuern) sogar unter der Verzinsung anderer Anlagen lag. (Die etwas höhere Rendite war erst im Hinblick auf die erwartete Steuerfreiheit der Kapitalerträge zu erzielen.) Die anlässlich der Rücklösungen der Genussrechte erstellte „*Entwicklung Ihrer Genussrechtsbeteiligung*“ enthält keinen Hinweis darauf, dass der GM. auch eine anteilmäßige Beteiligung am Vermögen der Holding eingeräumt worden wäre; stille Reserven wurden nicht ermittelt. Dass zu den Stichtagen 1. Oktober 1997 und 31. Dezember 1997 anlässlich der beiden Rücklösungen der Holding Genussrechte ein Anteil der Berufungswerberin am Unternehmenswert sowie am Liquidationsgewinn der Gesellschaft (vgl. Pkt. 7.3. der „*Bedingungen*“ für „*Das J Modell*“) konkret ermittelt worden wäre, hat auch die Berufungswerberin nicht behauptet.

F) In freier Beweiswürdigung geht der Unabhängige Finanzsenat weiters davon aus, dass die GM. - losgelöst von dem lediglich zum Schein vorgeschobenen „*J Modell*“ - eine Veranlagung ihrer liquiden Mittel zu fixen Zinsen bei einer bestimmten Laufzeit erreichen wollte, wie sie sich aus den ihr unterbreiteten (und von ihr auch angenommenen) Anboten der Bank ergeben hat. Solcherart erhielt die GM. für ihre kurzfristigen (ein- bis dreijährigen) Veranlagungen eine feste Verzinsung, die im Vorhinein mit einem bestimmten Zinssatz für die Laufzeit der Veranlagung fixiert wurde. Aus den auch den Prüfern vorgelegten verschiedenen Anboten der Bank ergibt sich, dass von vornherein nur eine festverzinsliche Veranlagung **vereinbart** war und in diesem Sinne auch durchgezogen wurde. Somit wurde eine Festgeldveranlagung **bei der Bank** angestrebt und auch durchgeführt.

Der Einwand der steuerlichen Vertreterin anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung am 17. November 2009, wonach die Rolle der Bank lediglich darin bestanden habe, einen Sekundärmarkt zu schaffen und bezüglich des An- und Rückkaufs der Genussrechte Angebote zu erstellen, wird widerlegt durch die vorliegenden Unterlagen, wie sie unter Punkt C) dieser Berufungsentscheidung ausführlich dargestellt wurden. Demnach unterbreitete die Bank der Berufungswerberin nicht nur Veranlagungsofferte, die auf eine kurzfristige festverzinsliche Veranlagung liquider Mittel gerichtet waren; diese wurden von der Berufungswerberin auch so angenommen. In diesem Zusammenhang wird insbesondere auf die Schreiben der Berufungswerberin vom 30. März 1995, 17. Oktober 1997 und 2. Februar 1998 („*dürfen um nachstehend angeführte Veranlagung ersuchen*“), weiters vom 27. Dezember 1995 („*erteilen Ihnen hiermit den Auftrag*“) sowie auf das Schreiben der Bank vom 16. Oktober 1997 („*bestätigen wir Ihnen die bereits telefonisch getroffene Vereinbarung über den Ankauf*“) verwiesen. Aus diesen Schreiben ergibt sich eindeutig, dass die Berufungswerberin von

vornherein nur an einer kurzfristigen Veranlagung ihrer liquiden Mittel zu einem fixen Zinssatz mit Rücklösung der Wertpapiere nach Ablauf der genannten Frist interessiert war.

Die Bedingungen für die kurzfristigen Veranlagungen standen bereits zu Beginn eindeutig fest. So war der GM. bereits zu Veranlagungsbeginn bekannt, welche Laufzeit und welcher Zinssatz den Veranlagungen zugrunde gelegt wurde, mit welchem Kapitalertrag sie daher rechnen konnte. Auch war der Berufungswerberin von vornherein bekannt, dass sich bei der Rücklösung nach Ende der Laufzeit ein – im Verhältnis zum Nominale des hingegebenen Kapitals – niedrigerer bzw. höherer Rücklösungsbetrag ergeben wird, weil der über bzw. unter der vereinbarten Rendite liegende Anteil der vorab erfolgten Ausschüttungen **vereinbarungsgemäß** in den Kurs eingerechnet wurde. Damit wurden aber von der Bank im Zeitpunkt der Rücklösung auch keine entsprechenden (weiteren) Angebote (die Rücklösung betreffend) erstellt.

Dass die GM. einzig daran interessiert war, ihre liquiden Mittel mit einem festen Zinssatz und einer möglichst hohen Rendite zu veranlagen, ergibt sich konkret aus den bereits angesprochenen Schreiben (Anboten) der Bank vom 17. Juni 1994 und 22. Jänner 1998, in denen dezidiert ein „*Vergleich zwischen der herkömmlichen DEM-Festgeldveranlagung und dem steuerfreien Genussrechtf*“ bzw. ein „*Vergleich zwischen einer Veranlagung über ATS-Festgeld oder Holding Genussrechte*“ gezogen wurde.

In diesem Zusammenhang wird auch auf das anlässlich der Betriebsprüfung vorgelegte Schreiben der Bank vom 9. September 1999 folgenden Inhalts verwiesen:

„Wie vereinbart, übermitteln wir Ihnen im Folgenden mehrere Alternativen für eine Veranlagung auf 1 bis 3 Jahre. Aufgrund der nach wie vor erfreulichen Ertragslage des Unternehmens erscheint die bereits jahrelang bewährte Veranlagung über Holding nach wie vor besonders geeignet für Ihren Veranlagungsbedarf. Wir erlauben uns daher, Ihnen nochmals die grundsätzlichen Eckdaten dieser Veranlagungsmöglichkeit vor Augen zu führen und stellen für Sie eine Vergleichsrechnung zwischen Festgeldveranlagung und Holding an.

• • •

Der folgende Vergleich zwischen einer Veranlagung über ATS-Festgeld oder Holding Genussrechte gem. § 174 Aktiengesetz zeigt, dass die Veranlagung über unser Holding Modell vorteilhafter ist. Die Mindesttranchen für dieses Modell betragen ATS 10 Mio. Die verwendeten Zinssätze gelten per 8.9.1999 und sind rein indikativ.

Laufzeit 1 Jahr	ATS-Festgela	Holding
Zinsen	3,10	2,94
KöSt	1,05	0
BuSt	0	0,30
Rendite nach Steuern	2,05	2,64
Ihr Vorteil nach Steuern		0,59

Laufzeit von 2 Jahren ATS-Festgelauf Holding

<i>Zinsen</i>	3,67	3,55
<i>KöSt</i>	1,25	0
<i>BuSt</i>	<u>0</u>	<u>0,15</u>
<i>Rendite nach Steuern</i>	2,42	3,40
<i>Ihr Vorteil nach Steuern</i>		0,98
<i>Laufzeit von 3 Jahren</i>	<i>ATS-Festgela</i>	<i>Holding</i>
<i>Zinsen</i>	4,11	3,82
<i>KöSt</i>	1,40	0
<i>BuSt</i>	<u>0</u>	<u>0,10</u>
<i>Rendite nach Steuern</i>	2,71	3,72
<i>Ihr Vorteil nach Steuern</i>		1,01"

Alternativ wurde im Schreiben vom 9. September 1999 die Möglichkeit einer Veranlagung über einen Investmentfonds (Rentenfonds) angeboten, der zum 1. August 1999 sein Vermögen zu 97,62 % in inländische Anleihen in EUR und ATS und zu 2,38 % in Barvermögen veranlagt hatte. Und weiter nach Darstellung der aktuellen Daten dieses Rentenfonds: „*Somit erscheint im Vergleich das Holding Genussrecht derzeit als etwas attraktivere Variante, zumal Ihnen hierbei die Verzinsung fix zugesagt wurde.*“

Mit Schreiben an den Unabhängigen Finanzsenat vom 14. August 2009 hat die Berufungswerberin selbst zu erkennen gegeben, dass sie an einer langfristigen Veranlagung ihrer liquiden Mittel keinerlei Interesse hatte. Die GM. habe sich gegen Ende der 1990er Jahre dazu entschlossen, die beiden Standorte M und V zusammenzulegen und ein völlig neues Werk in N zu errichten. Im Jahr 2000 sei die Liegenschaft für den Neubau erworben worden, dieser sei wenige Jahre später umgesetzt worden. Es sei stets klar gewesen, dass die vorhandene Liquidität und auch allfällige Veranlagungen für dieses Projekt eingesetzt werden sollten und darüber hinaus noch eine Fremdfinanzierung erforderlich sein würde. Es sei daher keine langfristige Veranlagung der liquiden Mittel geplant gewesen.

G) Bei der Rücklösung des veranlagten Kapitals wurden die jährlichen Ausschüttungen über den Rücklösungskurs auf den lt. Anboten der Bank tatsächlich vereinbarten Zinssatz berichtigt. In der Differenz zwischen der vollen Ausschüttung und der zugesagten niedrigeren Fixverzinsung erblickt der Unabhängige Finanzsenat eine **Vorauszahlung auf den Rücklösungsbetrag**. Im Zuge der Rücklösung wurden diese Vorauszahlungen auf den Rücklösungsbetrag (= „*Nominal*“) angerechnet, das zurückzuzahlende „*Nominal*“ wurde jeweils um diese Differenz verringert.

In seinem aufhebenden Erkenntnis vom 29. März 2006, Zi. 2005/14/0018, stellte auch der Verwaltungsgerichtshof die Vermutung an, dass es sich bei der angesprochenen Differenz um eine Zuzahlung zum Rückkaufspreis handeln könnte, da dieser ansonsten unter dem Nominale

der Genussrechte liegen würde. Diese Ansicht stützt die Auffassung, dass die Rücklösung der Holding Genussrechte nach einer bestimmten Zeit von den Beteiligten vorausgesetzt bzw. vereinbart wurde und die Differenzbeträge also bereits Vorauszahlungen auf den Rücklösungsbetrag darstellten. Anders wären die zusätzlichen Zahlungen der Holding an die Berufungswerberin nicht erklärbar (vgl. auch Haslehner, „*VwGH zur Abgrenzung soziätärer gegenüber obligationsartigen Genussrechten*“, in taxlex 2006, 592 ff.).

H) „*Das J Modell*“ (vgl. die „*Bedingungen*“ lt. vorgelegtem Prospekt) wurde lediglich zum Schein vorgeschoben, um den Erwerbern der Holding Genussrechte steuerliche Vorteile zu verschaffen. Durch die Gestaltung des Holding Genussrechtes als aktienähnliches Genussrecht sollten den Zeichnern Kapitalerträge („*Dividenden*“) zufließen, die im Hinblick auf § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 steuerfrei behandelt wurden. Die – vorab gewährten - Ausschüttungen aus den Holding Genussrechten betrugen jährlich 6 % bzw. (ab dem Jahr 1998) 4,1 % und überstiegen damit den Zinssatz, der den Zeichnern im Rahmen der festverzinslichen Veranlagung lt. Anboten der Bank letztlich zugesagt wurde. Die von den jährlichen Auszahlungsbeträgen einbehaltene und abgeführt Kapitalertragsteuer von 25 % wurde anlässlich der Veranlagung zur Körperschaftsteuer angerechnet. Damit wurden im Rahmen der Körperschaftsteuerveranlagungen weit höhere Kapitalerträge steuerfrei belassen als die Berufungswerberin bei ihrer Kapitalveranlagung an fixer Verzinsung überhaupt lukrieren konnte.

Über die auf § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 gestützte, jedoch zu Unrecht in Anspruch genommene Steuerfreiheit der Kapitalerträge hinaus wurden die anlässlich der Rücklösungen der Holding Genussrechte entstandenen „*Kursverluste*“, die sich als Differenz zwischen der steuerfrei belassenen vollen Ausschüttung und der tatsächlich zugesagten niedrigeren Fixverzinsung ergaben, im Zeitpunkt der Rücklösung **zudem** als Betriebsausgaben („*Kursdifferenzen*“) geltend gemacht.

Der steuerliche Vorteil der Berufungswerberin in Bezug auf „*Das J Modell*“ war somit weitaus größer als der wirtschaftliche, zumal sich die zugesagte Verzinsung lt. Anboten der Bank ausschließlich an einer herkömmlichen Festgeldveranlagung orientierte, bei der die Verzinsung (vor Steuern) – wie bereits dargelegt - sogar unter der Verzinsung anderer Anlagen lag und die etwas höhere Rendite erst im Hinblick auf die erwartete Steuerfreiheit der Kapitalerträge zu erzielen war. Der festgestellte Sachverhalt deutet nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates auf eine steuerliche Gestaltung hin, die es dem Genussrecht-Schein-Inhaber ermöglichen sollte, die Ausschüttungen aus dem Genussrecht steuerfrei zu lukrieren und zugleich „*Kursverluste*“ aus den Genussscheinen steuerlich zu verwerten.

Der anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung am 10. Dezember 2004 von der steuerlichen Vertreterin erhobene Einwand, dass auch die Holding bei den Ausschüttungen

von gemäß § 8 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 steuerlich unbeachtlichen Einkommensverwendungen ausgegangen sei und der Körperschaftsteuerbefreiung der Beteiligungserträge beim Genussrecht-Schein-Inhaber demnach die volle Besteuerung beim Emittenten gegenüber stehe, geht ins Leere. Die Frage der steuerlichen Behandlung der Ausschüttungen bei der Holding betrifft ein anderes Verfahren und kann für den Streitfall auf sich beruhen.

Nun mag es (jedenfalls bei Außerachtlassung der „*Kursverluste*“ der Berufungswerberin aus der Rücklösung der Genussrechte) bei einem einheitlichen Körperschaftsteuersatz nicht von vornherein einsichtig erscheinen, dass eine Einkommensverwendung, die bei der Holding nicht gewinnmindernd und bei der Berufungswerberin nicht steuerpflichtig ist, zu einer anderen Gesamtsteuerbelastung führt als eine abzugsfähige und steuerpflichtige Zinszahlung. „*Das J Modell*“ war aber dazu angelegt, auch der Holding als Emittentin der Genussrechte weitergehende steuerliche Vorteile zu verschaffen. Eine Betrachtung der steuerlichen Vorteilhaftigkeit des „*J Modells*“ insgesamt zeigt dabei folgendes Ergebnis:

Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei der GM. um eine sowohl der Holding als auch der Bank fremd gegenüberstehende Gesellschaft handelt. Bei der Holding handelt es sich um eine 100%ige Enkelgesellschaft der Bank. Insoweit ist es auch nachvollziehbar und verständlich, dass beim „*J Modell*“ innerhalb des Bankenkonzerns mehrere Gesellschaften beteiligt waren und die Genussrechte (zum Schein) von der einen Konzerngesellschaft begeben und nicht von dieser, sondern von einer anderen Konzerngesellschaft rückgelöst wurden.

Die Bank vermittelte ihren Kunden, die wie die GM. Körperschaften sind, Genussrecht-Scheine der zum Bankkonzern gehörenden Holding. Diese Genussrechte wurden nach außen im Hinblick auf § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 als aktienähnliche Genussrechte gestaltet. Die Holding veranlagte die Gelder der Genussscheinzeichner über eine J-Gesellschaft (Steueroase) in dritten Staaten, konkret hielt sie 100 % der Anteile der F-Ltd. mit dem Sitz in J. Von dieser J-Gesellschaft bezog sie Dividenden steuerfrei nach § 10 Abs. 2 KStG 1988 (internationales Schachtelpatent).

Bei der F-Ltd., J, handelt es sich um eine Sitzgesellschaft, die über keinerlei Geschäfts- oder Büroräume verfügt und auch kein Personal beschäftigt. Diese Gesellschaft fungiert ausnahmslos als Kreditgeber an verbundene Unternehmen und Personen. So ist der Bilanz der F-Ltd., J, für das Jahr 1996 zu entnehmen, dass an die U-BV, Niederlande, Kredite im Gesamtausmaß von 1,815.500.000 S gewährt wurden, wobei überwiegend mündelsichere Wertpapiere und Investmentzertifikate refinanziert wurden. Bei der U-BV, Niederlande, handelt es sich um eine 100%ige Tochtergesellschaft der U-GmbH., Österreich. Diese wiederum ist die 100%ige Muttergesellschaft der Holding und selbst 100%ige Tochtergesellschaft der Bank.

Mit der bei der Kreditvergabe erfolgten Zwischenschaltung der F-Ltd., J, wurden die steuerpflichtigen Zinserträge aus der Kreditgewährung in eine ausländische Tochtergesellschaft der Holding, somit in eine Steueroase, verlagert. Die Zinserträge aus der Kreditvergabe sind bei der F-Ltd., J, steuerlich unbelastet geblieben, ihre Ausschüttungen an die Holding sind als unter die internationale Beteiligungsertragsbefreiung des § 10 KStG 1988 fallend ebenfalls steuerfrei belassen worden. Die Zinserträge der F-Ltd., J, aus dem Darlehen sind somit steuerfrei an die Holding ausgeschüttet worden. Damit profitierte in steuerlicher Hinsicht – neben den Genussrecht-Schein-Inhabern – vor allem auch die Holding vom vorliegenden „J-Modell“. Mit dem „J-Modell“ sollte der gesamte Zinsertrag über Ausschüttungen ohne Steuerbelastung nach Österreich rück- und dort an die Genussrecht-Schein-Inhaber weitergeschüttet werden.

Nur am Rande sei erwähnt, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 1.

Oktober 2008, ZI. 2006/13/0036, die Ansicht vertrat, dass ein Zwischenschalten einer Tochtergesellschaft, etwa auf den Kanalinseln, zur Gewährung von Darlehen innerhalb eines Konzerns, ohne dass von dieser Gesellschaft insoweit eine wirtschaftliche Funktion erfüllt wird, unangemessen ist (vgl. auch VwGH 18.10.2006, 2003/13/0031). Dabei erfüllt nicht schon die Gesellschaftsgründung an sich den Tatbestand des Missbrauchs gemäß § 22 Abs. 1 BAO, sondern erst die hinzutretende wirtschaftlich unangemessene Umleitung von Geldern (VwGH 29.11.2006, 2003/13/0026). Die Qualifizierung der Ausschüttungen der F-Ltd., J, an die Holding, die aus dem Zinsgewinn für den von der F-Ltd., J, der U-BV, Niederlande, gewährten Kredit getragen wurden, als steuerpflichtig erweist sich daher nicht als rechtswidrig, weil der angemessene Weg im Sinn des § 22 Abs. 2 BAO gewesen wäre, dass die Holding selbst aus den von ihr unter dem Titel des Genusskapitals aufgenommenen Mitteln der U-BV, Niederlande, ein Darlehen oder einen Kredit gewährt und daraus (steuerpflichtig) Zinsen erzielt hätte.

I) Steuerliche Auswirkungen:

Die von der GM. in den Streitjahren geltend gemachte Beteiligungsertragsbefreiung des § 10 Abs. 1 Z 3 KStG 1988 steht nicht zu. Die anlässlich der abgabenbehördlichen Prüfung (vgl. Tz 41 des Bp-Berichtes vom 17. Juli 2001, ABNr. abc) solcherart steuerpflichtig gestellten Kapitalerträge („Dividenden“) sind jedoch aus den Gewinn- und Verlustrechnungen auszuscheiden und – dem Grundsatz der Gewinnrealisierung entsprechend – erfolgswirksam durch jene Kapitalerträge zu ersetzen, die der GM. tatsächlich im Rahmen der festverzinslichen Veranlagung lt. Anboten der Bank letztlich zugesagt wurden. Für die beiden im Jahr 1997 erfolgten Rücklösungen der Holding Genussrechte kann die zugesagte Verzinsung gemäß der vorgelegten „Entwicklung Ihrer Genussrechtsbeteiligung“ wie folgt ermittelt werden:

Entwicklung der Genussrechtsbeteiligung von 14 Millionen Schilling vom 30. Dezember 1994 bis 31. Dezember 1997:

4,60 % für ATS 14 Mio. 30.12.1994 - 29.12.1995 (364 Tage) =	ATS	651.155,56
3,30 % für ATS 14 Mio. 29.12.1995 - 31.12.1997 (733 Tage) =	ATS	<u>940.683,33</u>
ergibt zugesagte Verzinsung gesamt	ATS	1.591.838,89
ATS 651.155,56 (364 Tage)	davon 1 Tag im Jahr 1994 =	ATS 1.788,89
	davon 363 Tage im Jahr 1995 =	ATS 649.366,67
ATS 940.683,33 (733 Tage)	davon 2 Tage im Jahr 1995 =	ATS 2.566,67
	davon 366 Tage im Jahr 1996 =	ATS 469.700,00
	davon 365 Tage im Jahr 1997 =	ATS 468.416,66

Entwicklung der Genussrechtsbeteiligung von 14 Millionen Schilling vom 31. März 1995 bis 1. Oktober 1997:

4,65 % für ATS 14 Mio. 31.3.1995 - 31.3.1996 (366 Tage) =	ATS	661.850,00
3,05 % für ATS 14 Mio. 31.3.1996 - 31.3.1997 (365 Tage) =	ATS	432.930,56
3,05 % für ATS 14 Mio. 31.3.1997 - 1.10.1997 (184 Tage) =	ATS	<u>218.244,44</u>
ergibt zugesagte Verzinsung gesamt	ATS	1.313.025,00
ATS 661.850,00 (366 Tage)	davon 275 Tage im Jahr 1995 =	ATS 497.291,67
	davon 91 Tage im Jahr 1996 =	ATS 164.558,33
ATS 432.930,56 (365 Tage)	davon 275 Tage im Jahr 1996 =	ATS 326.180,56
	davon 90 Tage im Jahr 1997 =	ATS 106.750,00
ATS 218.244,44 (184 Tage)	davon 184 Tage im Jahr 1997 =	ATS 218.244,44

Die mit 1. Oktober 1997 und 31. Dezember 1997 anlässlich der Rücklösungen der Holding Genussrechte entstandenen „*Kursverluste*“ von 782.308,33 S und 291.161,11 S (als Differenz zwischen der vollen Ausschüttung und der tatsächlich zugesagten niedrigeren Fixverzinsung) wurden auf dem Konto 844000 („*Kursdifferenzen*“) als Aufwandsbuchung erfasst. Diese Ansätze sind rückgängig zu machen.

Im Hinblick auf die ab dem Jahr 1998 gehaltenen Holding Genussrechte geht der Unabhängige Finanzsenat von folgenden Überlegungen aus: Im Zuge der Rücklösungen dieser Genussrechte in den Jahren 2000, 2002 und 2003 wurden offensichtlich keine Unterlagen erstellt, aus denen die Entwicklung der Genussrechtsbeteiligungen ersichtlich wäre. Solche Unterlagen wurden jedenfalls - trotz Aufforderung durch den Unabhängigen Finanzsenat - nicht vorgelegt (vgl. das Schreiben der steuerlichen Vertreterin vom 14. August 2009), weshalb die für die Laufzeiten dieser Veranlagungen tatsächlich zugeflossenen Zinsen nicht festgestellt werden können. Für die im Streitjahr 2000 erfolgte Rücklösung können zudem auch der Rücklösungsbetrag und damit die in diesem Jahr offensichtlich entstandenen „*Kursverluste*“ nicht mehr ermittelt werden. Eine periodengerechte Abgrenzung der erzielten Kapitalerträge ist daher nicht möglich.

Der Unabhängige Finanzsenat hält es daher für sachgerecht, die angefochtenen Körperschaftsteuerbescheide der Jahre 1998 bis 2000 in diesem Punkt nicht zu ändern (somit Steuerpflicht der vorab ausbezahnten „*Dividenden*“ lt. Tz 41 des Bp-Berichtes vom 17. Juli

2001, ABNr. abc, und Erfolgswirksamkeit der im Zuge der Rücklösungen entstandenen „*Kursverluste*“ bzw. „*Kursgewinne*“ lt. eingereichten Gewinn- und Verlustrechnungen). Dies umso mehr, als die Kapitalerträge – bezogen auf die gesamte Laufzeit der Veranlagungen – **im Ergebnis** (somit ohne Periodenabgrenzung) ohnehin in der richtigen Höhe ertragswirksam erfasst wurden. Festzuhalten ist auch, dass die der Berufungswerberin vorab gewährten Ausschüttungen aus den Holding Genussrechten lediglich in den ersten Jahren jährlich 6 % des Nominales betragen und bereits im Jahr 1998 auf 4,1 % vermindert wurden. In den Folgejahren verminderten sich die jährlichen Ausschüttungen weiter auf 3,1 % (im Jahr 1999), 3,4 % (im Jahr 2000), 4,025 % (im Jahr 2001), 3,25 % (im Jahr 2002) und 2,75 % (im Jahr 2003) und näherten sich demnach den tatsächlich zugeflossenen Zinsen an.

4) Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen:

Für die Berufungsjahre 1995 bis 1998 ergeben sich folgende berichtigte Ergebnisse:

	1995 S	1996 S	1997 S	1998 S
Einkünfte aus Gewerbebetrieb				
It. Bp	13,797.035,--	16,382.631,--	24,424.125,--	10,619.760,--
„ <i>Dividenden</i> “ Holding				
Genussrechte It. BE	-1,145.200,--	-1,680.000,--	-1,642.667,--	
Verzinsung Holding				
Genussrechte It. BE	<u>1,149.225,01</u>	960.438,89	793.411,10	
„ <i>Kursverluste</i> “ Holding				
Genussrechte It. BE			1,073.469,44	
Außenbücherliche				
Berichtigungen (Tz 39) It. Bp		-971.263,--	-309.571,--	1,505.697,--
Außenbücherliche				
Berichtigungen (Tz 39) It. BE		<u>768.463,--</u>	<u>211.971,--</u>	-1,552.097,--
Rückstellung Umweltkosten				
Nachbarn (Tz 31) It. Bp				-2,500.000,--
Rückstellung Umweltkosten				
Nachbarn (Tz 31) It. BE				<u>0,--</u>
Einkünfte aus Gewerbebetrieb				
It. BE	13,801.060,01	15,460.269,89	24,550.738,54	8,073.360,--

Für die Jahre 1999 und 2000 wurden während des Berufungsverfahrens berichtigte Körperschaftsteuererklärungen eingereicht, die mit dieser Berufungsentscheidung berücksichtigt werden.

	1999 S	2000 €
Einkünfte aus Gewerbebetrieb lt. berichtigter KSt-Erklärung	2,202.678,--	315.423,03
Beteiligungserträge gem. § 10 Abs. 1 und 2 KStG lt. berichtigter KSt-Erklärung	1,020.160,--	153.194,33

Beteiligungserträge gem. § 10 Abs. 1 und 2 KStG lt. BE	<u>-152.160,--</u>	0,--
Einkünfte aus Gewerbebetrieb lt. BE	3.070.678,--	468.617,36

Die Berechnung der Körperschaftsteuer für die Jahre 1995 bis 2000 (in Schilling) ist den beiliegenden Berechnungsblättern zu entnehmen, die insoweit Bestandteil dieser Berufungsentscheidung sind. Die Umrechnung in Euro erfolgte mit dem in der EG-Verordnung 2866/98, ABI. L 359, festgelegten Kurs von 1 € = 13,7603 S.

5) Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 und Folgejahre:

Die Vorauszahlungsverpflichtung bei der Körperschaftsteuer ergibt sich aus § 45 EStG 1988. Diese Bestimmung gilt nach § 24 Abs. 3 KStG 1988 als Regelung zur „*Entrichtung der Steuer*“ auch für den Bereich der Körperschaftsteuer.

Gemäß § 45 Abs. 1 EStG 1988 hat der Steuerpflichtige auf die Einkommensteuer Vorauszahlungen zu entrichten. Für Lohnsteuerpflichtige sind Vorauszahlungen nur in den Fällen des § 41 Abs. 1 Z 1 und 2 leg.cit. festzusetzen. Die Vorauszahlung für ein Kalenderjahr wird wie folgt berechnet:

- Einkommensteuerschuld für das letztveranlagte Kalenderjahr abzüglich der einbehaltenden Beträge im Sinne des § 46 Abs. 1 Z 2 EStG 1988.
- Der so ermittelte Betrag wird, wenn die Vorauszahlung erstmals für das dem Veranlagungszeitraum folgende Kalenderjahr wirkt, um 4 %, wenn sie erstmals für ein späteres Kalenderjahr wirkt, um weitere 5 % für jedes weitere Jahr erhöht.

Auf der Grundlage der angeführten gesetzlichen Bestimmungen erließ das Finanzamt am 20. September 2002 den angefochtenen Bescheid betreffend Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 und Folgejahre, mit dem die Vorauszahlungen mit 117.306,08 € festgesetzt wurden. Die für die Festsetzung der Vorauszahlungen maßgebliche Veranlagung betraf das Jahr 2000, konkret den angefochtenen Bescheid vom 20. September 2002 betreffend Körperschaftsteuer für das Jahr 2000. Gegen die festgesetzte Höhe der Vorauszahlungsbeträge wurden von der Berufungswerberin keine gesonderten Einwände erhoben. Da der angefochtene Bescheid betreffend Körperschaftsteuer für das Jahr 2000 durch die vorliegende Berufungsentscheidung (infolge Einreichung einer berichtigten Körperschaftsteuererklärung) abgeändert wird, ergibt sich auch eine Änderung des angefochtenen Vorauszahlungsbescheides. Die Körperschaftsteuervorauszahlungen für das Jahr 2002 und Folgejahre werden mit 112.687,14 € festgesetzt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Beilage: 6 Berechnungsblätter

Innsbruck, am 14. Dezember 2009