

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Ri in der Beschwerdesache BF als RNF der GESELLSCHAFT, ADR, vertreten durch KPMG Alpen-Treuhand AG Wirtschaftsprüfungs- u Steuerberatungsgesellschaft, Porzellangasse 51, 1090 Wien, über die Beschwerde vom 26.08.2010 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern Wien vom 06.10.2010, betreffend Gesellschaftsteuer zu ErfNr.\*\*\*/2007, StNr\*\*\* zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### I. Verfahrensablauf

#### Ermittlungen vor Bescheiderlassung

Am 18. Oktober 2017 führte der Notar NOTAR (kurz Notar) zu ErfNr.\*\*\*/2007 eine Selbstberechnung von Grunderwerbsteuer für einen anlässlich der verschmelzenden Umwandlung der GESELLSCHAFT (kurz GESELLSCHAFT) durch Übertragung des Vermögens auf die BF (die nunmehrige Beschwerdeführerin, kurz Bf.) durch.

Anlässlich der Überprüfung der Selbstberechnung der Grunderwerbsteuer übermittelte der Notar am 28. Jänner 2008 dem Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern Wien (nunmehr Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel, kurz FA) das Protokoll der Generalversammlung der GESELLSCHAFT vom 25. September 2007, dem die Bilanz der GESELLSCHAFT zum 31.12.2006 samt Anhang angeschlossen war.

In diesem Jahresabschluss ist eine Genussrechtskapital iHv € 440.000,00 und eine nicht gebundene Kapitalrücklage iHv € 4.420.000,00 ausgewiesen. Im Anhang wird dazu erläutert, dass die nicht gebundene Kapitalrücklage von der GENOSSENSCHAFT (kurz GENOSSENSCHAFT) gewährte indirekte Gesellschafterzuschüsse beinhaltet.

Weiters heißt es im Anhang zum Jahresabschuss

*"Mit 9. Mai 2003 wurden Genussrechte im Nominale von € 440.000,00 begeben.*

*Für den Genussrechtsinhaber besteht eine Beteiligung am laufenden Gewinn nach*

*dem Verhältnis des Gesamtbetrages der Genussrechte zum gesamt eingebrachten Stammkapital unter Berücksichtigung der indirekten Gesellschafterzuschüsse und ab dem Geschäftsjahr 2006 eine Mindestverzinsung von 5 % des Genussrechtsnominales. Eine Verlustbeteiligung bzw jegliche Nachschusspflicht der Genussrechtsinhaber ist ausgeschlossen. Die Genussrechte sind auf Unternehmensdauer der Gesellschaft begeben und können unter Einhaltung einer 9-monatigen Kündigungsfrist mit Wirkung zum 31.12. eines jeden Jahres von beiden Seiten gekündigt werden."*

Weiters ist aus dem Anhang zum Jahresabschluss zu ersehen, dass eine Verbindlichkeit der GESELLSCHAFT gegenüber der GENOSSENSCHAFT besteht, die die Zinsen für die Genussrechte in Höhe von € 2.000,00 (VJ:€ 0,00) beinhaltet und dass die GESELLSCHAFT als Gruppenmitglied an einer Unternehmensgruppe im Sinne der § 9 KStG mit Wirkung ab dem Geschäftsjahr 2005 teilnimmt und die GENOSSENSCHAFT als Gruppenträge fungiert.

In der Folge führte das FA Ermittlungen betreffend die gesellschaftsteuerliche Behandlung des Genussrechtskapitals und der sog. "indirekten Gesellschafterzuschüsse" durch, die ergaben, dass die Begebung des Genussrechtskapitals unter ErfNr.\*\*\*/2003 versteuert worden war und richtete hinsichtlich der sog. "indirekten Gesellschafterzuschüsse" am 25. Juli 2008 einen Vorhalt an die Bf. als Rechtsnachfolgerin nach der GESELLSCHAFT.

In Beantwortung dieses Vorhaltes teilte die steuerliche Vertreterin der Bf. dem FA mit Schreiben vom 30.10.2008 mit, dass sämtliche Gesellschafterzuschüsse von der GENOSSENSCHAFT an die GESELLSCHAFT geleistet worden seien und verwies zur Frage der Gesellschafterstellung im Zusammenhang mit der Bestimmung des § 3 KVG auf das beim FA zu ErfNr.\*\*\*/2003 anhängige Verfahren. Beigefügt wurden Kopien der Zuschussschreiben vom 18.12.2001, 14.05.2003, 30.08.2004 und vom 20.12.2005 sowie eine Aufstellung über die nicht gebundene Kapitalrücklage ab Gründung der Gesellschaft im Jahr 2001.

Das an die GESELLSCHAFT gerichtete Schreiben vom 20.12.2005 der GENOSSENSCHAFT lautet auszugsweise wie folgt:

*"Wir gewähren Ihnen hiermit eine unwiderruflichen indirekten Gesellschafterzuschuss in Höhe von EUR 1.000.000,00 (...). Wir überweisen den oben genannten Zuschussbetrag auf Ihr bei der ... geführtes Konto Nr. ...*

*Eventuell damit zusammenhängende Gebühren und Steuern sind von Ihnen zu tragen"*

Da hinsichtlich der gesellschaftsteuerlichen Würdigung der vor 2005 geleisteten "indirekten Gesellschafterzuschüsse" (besteuert zu ErfNr.\*\*\*/2003) bereits ein Verfahren vor dem Unabhängigen Finanzsenat anhängig war, wartete das FA zunächst noch zu.

### **Gesellschaftsteuerbescheid**

Mit Bescheid vom 6. August 2010 setzte das Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern Wien sodann für den auf Grund des Schreibens vom 20.12.2005 geleisteten Gesellschafterzuschuss in Höhe von € 1.000.000,00 Gesellschaftsteuer mit € 10.000,00

fest. Zur Begründung führte das FA aus, dass es sich bei dem unter ErfNr.\*\*\*/2003 anhängigen Verfahren um den seinerzeitigen Ersterwerb eines Gesellschaftsrechtes handle. Bei dem hier in Rede stehenden Zuschuss vom 20.12.2005 handle es sich um einen Zuschuss eines bereits bestehenden Gesellschafters der in § 2 Z. 4 KVG zu subsumieren sei. Aus folgenden Gründen liege kein mittelbarer Zuschuss vor:

Gemäß § 5 (1) 2 KVG zählen Genussrechte zu den Gesellschaftsrechten.

Gemäß § 5 (2) KVG gelten als Gesellschafter jene Personen, denen die im § 5 Abs. 1 KVG bezeichneten Gesellschaftsrechte zustehen.

Da die zuschussleistende GENOSSENSCHAFT Genussrechtsinhaberin der Bf. sei, gelte sie aufgrund der Bestimmung des § 5 Abs. 2 KVG als Gesellschafter der Bf. sodass die Leistung des Zuschusses vom 20.12.2005 in der Höhe von € 1.000.000,00 gemäß § 2 Z 4 KVG der Gesellschaftsteuer unterliege (Leistungen bestehender Gesellschafter). Da es sich somit nicht um einen mittelbaren – sondern um einen direkten – Gesellschafterzuschuss handle, sei dafür die Gesellschaftsteuer zu erheben.

## **Beschwerde**

Die dagegen eingebrachte Berufung (nunmehr Beschwerde) richtet sich gegen die Einstufung der emittierten Genussrechte als Gesellschaftsrechte iSd § 5 Abs. 1 KVG. Genussrechte, die keine Gewinnbeteiligung vermitteln, seien nicht als Gesellschaftsrechte anzusehen. Selbst wenn das vom FA vertretenen Auslegungsergebnis aus der Systematik des § 5 Abs. 1 KVG ableiten könne, widerspreche es der Regelung des Art 4 Abs 1 lit d der Richtlinie 69/335 und habe daher unangewendet zu bleiben.

Ab dem Geschäftsjahr 2006 gebühre dem Genussrechtsinhaber eine gewinnunabhängige Mindestverzinsung von 5%. Es bestehe dem Grunde nach eine Beteiligung am laufenden Gewinn. Hinsichtlich der ersten 2-3 Jahre habe diese Regelung zu einer aufwandsmäßigen Entlastung der Emittentin geführt. Die zu erwartende Ertragslage lasse von vorneherein die Erzielung eines über die Mindestverzinsung hinausgehenden Gewinnanteils unwahrscheinlich erscheinen. Nach der Rechtsprechung sei daher für die steuerliche Beurteilung maßgebend, ob die Vereinbarung einer festen Verzinsung oder die Gewinnbeteiligung als Hauptsache anzusehen ist. Ungeachtet des für den wahren Inhalt der in Rede stehenden Vereinbarung nicht entscheidenden Gebrauchs von Bezeichnungen wie "Genussrechte" sei aber damit klargestellt, dass dadurch bei einem gewöhnlichen Verlauf des wirtschaftlichen Erfolges in der Hauptsache eine Beteiligung des Darlehensgebers am Gewinn des Unternehmens nicht gegeben sei. Damit sei wegen mangelnder Gesellschafterstellung der GENOSSENSCHAFT auch hinsichtlich der Zuschussleistungen keine Gesellschaftsteuerpflicht gegeben. Der EuGH sei in seinen Urteilen vom Grundsatz, dass Gesellschafter iSd RL 69/335/EWG nur die unmittelbar an der Gesellschaft Beteiligten sind, nicht abgegangen. Mittelbar Beteiligte seien nach wie vor nicht Gesellschafter iSd RL 69/335/EWG und auch nicht iSd § 5 Abs. 2 KVG.

Selbst wenn man die Genussrechte im konkreten Fall als Gesellschaftsrechte iSd § 5 Abs. 1 Z. 2 KVG bzw Art 4 Abs. 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335 einstufen würde, würde nur das Genussrechtsnominale der Gesellschafteuer unterliegen. Die Zuschüsse könnten

nicht in die Bemessungsgrundlage einbezogen werden, weil die Leistung von Zuschüssen keine zwingende Voraussetzung für den Erwerb der Genussrechte gewesen sei.

Für die Erfüllung des Steuertatbestandes des § 2 Z 4 KVG sei erforderlich, dass die Zuschüsse geeignet sein müssten, den Wert der Gesellschaftsrechte zu erhöhen. Nach dem gem § 3 Abs. 3 bzw § 5 der Genussrechtsbedingungen der vermögensmäßige Anspruch beschränkt sei auf die Höhe des Genussrechtsnominales, seien die Zuschüsse nicht geeignet den Wert der Genussrechte zu erhöhen. Der Wertanspruch eines Genussrechtsinhabers werde durch die Leistung/Nichtleistung von Zuschüssen in keiner Weise beeinflusst.

Allfällige Zuschüsse seien nicht in der Eigenschaft als Genussrechtsinhaber geleistet worden, sondern hätten diese ihre Ursache in der mittelbaren Gesellschafterstellung. Denke man sich die mittelbare Gesellschafterstellung des Genussrechtsinhabers weg, dann würde – kaufmännisch vernünftigen Handeln unterstellt – der Genussrechtsinhaber im Hinblick auf den fehlenden Rückerstattungsanspruch und die mangelnde Beteiligung an Vermögenswertsteigerungen keine Zuschüsse leisten, da von vorneherein klar wäre, dass dieses verloren sind.

## **BVE**

In der abweisenden Berufungsvorentscheidung vom 25. Jänner 2012 verwies das FA auf die Ausführungen im Verfahren zu ErfNr.\*\*\*/2003 und darauf, dass im Anhang der vorgelegten Bilanz vom 31.12.2006 dezidiert von Genussrechtskapital gesprochen werde und dass für den Genussrechtsinhaber eine Beteiligung am laufenden Gewinn bestehe, die nach dem Verhältnis des Gesamtnennbetrages der Genussrechte zum gesamten eingebrachten Stammkapital unter Berücksichtigung der indirekten Gesellschafterzuschüsse zu berechnen sei und ab dem GJ 2006 eine Mindestverzinsung von 5% bestehe. Da das verfahrensgegenständliche Genussrecht eine Gewinnbeteiligung gewähre sei für den Zuschuss gemäß § 5 Abs. 2 iVm § 2 Z 4 KVG die Gesellschaftsteuer vorzuschreiben.

## **Vorlageantrag**

Im Vorlageantrag führte die Bf. ergänzend aus, dass im konkreten Fall keine Beteiligung am Liquidationserlös und keine Mitverwaltungsrechte vorlägen. Um unter § 5 Abs. 1 Z 2 KVG zu fallen, müsste daher mit den Genussrechten eine Gewinnbeteiligung verbunden sein. Rechte, die keine Gewinnbeteiligung gewähren, unterliegen nach der Richtlinie 69/335 nicht der Gesellschaftsteuer

## **Vorlage an den UFS**

Mit Vorlagebericht vom 14. März 2012 legte das FA das gegenständliche Rechtsmittel dem UFS zur Entscheidung vor und wies dabei auf das zu Gz. RV/1903-W/06 anhängige Verfahren hin.

## **Übergang der Zuständigkeit auf das BFG und die Gerichtsabteilung 1062**

Am 31. Dezember 2013 war die gegenständliche Berufung beim unabhängigen Finanzsenat anhängig und ist daher die Zuständigkeit zur Entscheidung gemäß § 323 Abs. 38 BAO auf das Bundesfinanzgericht übergegangen und ist die Rechtssache als Beschwerde im Sinne des Art 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen.

Mit Beschluss des Geschäftsverteilungsausschusses vom 30. Oktober 2018 nahm der Geschäftsverteilungsausschuss (ua) die gegenständliche Rechtssache gemäß § 9 Abs. 9 BFGG der Gerichtsabteilung 1080 ab und wurde diese der Gerichtsabteilung 1062 zur Erledigung zugewiesen.

### **Beweisaufnahme durch das BFG**

Die nunmehr zuständige Richterin nahm Einsicht in den vom Finanzamt vorgelegten Bemessungsakt ErfNr.\*\*\*/2007 und ergibt sich dadurch der oben dargestellte Verfahrensablauf.

Weiters wurde noch Beweis erhoben durch Einsicht in den Akt des UFS RV/662-W/2012, durch Firmenbuchabfragen und durch Anforderung der im Bemessungsakt ErfNr.\*\*\*/2003 befindlichen Genussrechtsbedingungen vom FA.

### **II. Sachverhalt**

Alleingesellschafterin der GESELLSCHAFT (kurz GESELLSCHAFT) war ab deren Gründung im Jahr 2001 bis ins Jahr 2007 die GESELLSCHAFTERIN (FN\*\*\*\*\*).

Alleingesellschafterin der GESELLSCHAFTERIN (FN\*\*\*\*\*) war bis 2006 die GENOSSENSCHAFT (FN\*\*\*\*, kurz GENOSSENSCHAFT).

Am 20. Mai 2003 hat die GENOSSENSCHAFT Genussrechte an der GESELLSCHAFT im Nominalbetrag von € 440.000,- gezeichnet.

Die Genussrechtsbedingungen lauten auszugsweise:

#### **"2. Rechtsgrundlagen**

*2.1. Die Gesellschaft ist berechtigt, Genussrechte mit der Wertpapierkennnummer \*\*\*\*\* im Gesamtnennbetrag von EUR 440.000,-- zu begeben. Die Geschäftsführer wurden von den Gesellschaftern mittels Umlaufbeschluss zur Begebung dieser Genussrechte berechtigt.*

*2.2. Die Genussscheine verbrieften einen Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung gemäß § 3 Abs. 1 dieser Bedingungen und eine Beteiligung am Vermögen der GESELLSCHAFT gemäß § 3 Abs. 3 der Genussrechtsbedingungen, bzw. im Fall der Auseinandersetzung gemäß § 5 dieser Bedingungen. Weitere Rechte sind mit den Genussscheinen nicht verbunden.*

*2.3. Die auf Inhaber lautenden Genussscheine sind eingeteilt in 440 Stück a EUR 1.000,- und fortlaufend mit den Nummern 1 - 440 gekennzeichnet. Die Genussscheine tragen die Unterschrift der Geschäftsführung der Gesellschaft.*

*2.4. Die Genussrechte werden durch Sammelurkunden ( § 24 lit. b Depotgesetz in der jeweils geltenden Fassung) verbrieft. Die Sammelurkunden werden bei der BANK (Depotbank) in Sammelverwahrung hinterlegt.*

### **3. Beteiligung am Gewinn und Vermögen**

*3.1. Für den Genussrechtsinhaber besteht eine Beteiligung am laufenden Gewinn nach dem Verhältnis des Gesamtnennbetrags der Genussrechte zuzüglich allfällig darauf von wem immer geleisteter Zuschüsse zum gesamten eingebrachten Stammkapital der Gesellschaft sowie zuzüglich allfällig darauf von wem immer geleisteter Zuschüsse, bezogen auf den dem Emissionszeitpunkt der Genussrechte folgenden Bilanzstichtag. Ab dem Geschäftsjahr 2006 erhält der Genussrechtsinhaber eine gewinnunabhängige Mindestverzinsung von 5 % des Genussrechtsnominales, sofern ausreichende Liquidität zur planmäßigen Bedienung des Fremdkapitals zur Verfügung steht. Der Gewinnanspruch der Genussscheininhaber ist jeweils ein Monat nach Ablauf des Wirtschaftsjahres der GESELLSCHAFT zur Zahlung fällig.*

*3.2. Eine Verlustbeteiligung, bzw. jegliche Nachschusspflicht der Genussrechtsinhaber ist ausgeschlossen.*

*3.3. Der Vermögensanspruch des Genussrechtsinhabers besteht ausschließlich in Höhe des von ihm eingezahlten Genussrechtsnominalkapitals. Die Genussrechte gewähren dem Inhaber der Genussscheine einen Rückzahlungsanspruch nur insoweit, als eine planmäßige Bedienung der in der Gesellschaft aus haftenden Fremdmittel möglich ist, jedoch vorrangig gegenüber Gesellschaftern und den Inhabern eigenkapitalähnlicher Genussrechte.*

### **4. Laufzeit**

*Die Genussscheine sind auf Unternehmensdauer der Gesellschaft begeben. Das Genussrechtsverhältnis kann unter Einhaltung einer 9-monatigen Frist, mit Wirkung zum 31.12. eines jeden Jahres, von beiden Seiten gekündigt werden.*

...

### **5. Rückzahlung**

*Der Rückzahlungsbetrag gemäß Punkt 3 Abs. 3 ist binnen 1 Monat nach rechtswirksamer Auflösung fällig. Die Zahlung erfolgt durch Gutschrift auf die jeweilige depotführende Stelle.*

### **6. Keine Begründung von Gesellschaftsrechten**

*6.1. Das Genussrechtsverhältnis begründet kein Gesellschaftsverhältnis, welcher Art auch immer. Den Inhabern der Genussrechte stehen daher keine Gesellschaftsrechte, wie zum Beispiel Stimmrecht, das Recht an der Generalversammlung der Gesellschaft teilzunehmen, dort Anträge zu stellen, bzw. Generalversammlungsbeschlüsse zu bekämpfen, zu.*

*6.2 Den Inhabern der Genussrechte steht das Recht zu, in die Jahresabschlüsse der Gesellschaft Einsicht zu nehmen. Tag und Ort der Einsichtnahme werden von der Gesellschaft festgelegt.*

..."

Nach Leistung von Zuschüssen iHv € 2.100.000,00 im Jahr 2003 und iHv € 1.200.000,00 im Jahr 2004 (die im Verfahren zu ErfNr.\*\*\*/2003 der Gesellschaftsteuer unterzogen wurden), leistete die GENOSSENSCHAFT auf Grund des Schreibens vom 20. Dezember 2005 den gegenständlichen, als "indirekten Gesellschafterzuschuss" bezeichneten Zuschuss in Höhe von € 1.000.000,00 an die GESELLSCHAFT.

Mit Anteilskaufvertrag vom 25. September 2007 wurde die Geschäftsanteile an der GESELLSCHAFT von der GESELLSCHAFTERIN an die BF (FN\*\*\*\*, die nunmehrige Beschwerdeführerin, kurz Bf.) verkauft. Mit Umwandlungsplan ebenfalls vom 25. September 2007 wurde auf Grund der Umwandlungsbilanz zum 31. Dezember 2006 das Unternehmen der GESELLSCHAFT gemäß §§ 2 ff UmwG auf die Bf. übertragen. Die verschmelzende Umwandlung wurde am 22. November 2007 im Firmenbuch eingetragen und die GESELLSCHAFT gelöscht.

### **III. Beweiswürdigung**

Diese Sachverhaltsfeststellungen gründen sich im Wesentlichen auf die eingesehenen Unterlagen und das damit im Einklang stehenden Vorbringen der Bf. in ihren schriftlichen Eingaben. Aus dem Inhalt der vom FA über Anforderung des BFG vorgelegten Genussrechtsbedingungen ergibt sich deutlich, dass die Genussscheine einen Anspruch auf Gewinnbeteiligung gemäß § 3 Abs 1 dieser Bedingungen verbrieften und dass für die Höhe der Gewinnbeteiligung nicht nur der Nominalbetrag des Genussrechtes sondern auch später geleistete Zuschüsse maßgeblich sind.

Die Feststellungen über die Beteiligungsverhältnisse konnte auf Grund der durchgeführten Abfragen im Firmenbuch getroffenen werden.

### **IV. Rechtslage und Erwägungen**

#### **innerstaatliche Rechtslage**

Gemäß § 2 Z. 1 KVG unterliegt der Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer inländischen Kapitalgesellschaft durch den ersten Erwerber der Gesellschaftsteuer.

Weiters unterliegen nach § 2 Z. 4 lit. a KVG freiwillige Leistungen wie Zuschüsse eines Gesellschafters an eine inländische Kapitalgesellschaft der Gesellschaftsteuer, wenn die Leistung geeignet ist, den Wert der Gesellschaftsrechte zu erhöhen.

Nach der Legaldefinition des § 5 Abs. 1 KVG gelten als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften:

1. Aktien und sonstige Anteile, ausgenommen die Anteile der persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommandit-Erwerbsgesellschaft,
2. Genussrechte und

3. Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren.

Gemäß § 5 Abs. 2 KVG gelten als Gesellschafter die Personen, denen die im Absatz 1 bezeichneten Gesellschaftsrechte zustehen.

### **Unionsrecht**

Neben den Bestimmungen des Kapitalverkehrsteuergesetzes sind seit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union am 1. Jänner 1995 auch die Bestimmungen der Richtlinie des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital 69/335/EWG (in Folgenden kurz Richtlinie 69/335) unmittelbar anzuwenden.

Nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335 unterliegen der Gesellschaftsteuer die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art, für die nicht Gesellschaftsrechte gewährt werden, die einen Anteil am Kapital oder am Gesellschaftsvermögen verkörpern, sondern Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wie zB Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse.

Nunmehr regelt die Richtlinie 2008/7/EG des Rates vom 12. Februar 2008 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital, ABI. EU Nr. L 46, vom 21. Februar 2008 (RL 2008/7/EG), die Erhebung indirekter Steuern u.a. auf Kapitalzuführungen an Kapitalgesellschaften (Art. 1 lit. a).

Gemäß Art. 3 lit. d der RL 2008/7/EG gilt als eine solche Kapitalzuführung die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art, für die nicht Gesellschaftsrechte gewährt werden, die einen Anteil am Kapital oder am Gesellschaftsvermögen verkörpern, sondern Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wie z.B. Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse.

### **Erwägungen**

Der Unabhängige Finanzsenat hat in seiner Entscheidung UFS 22.10.2013, RV/1903-W/06 zu den unter ErfNr.\*\*\*/2003 der Gesellschaftsteuer unterzogenen Leistungen der Jahre 2003 und 2004 ua Folgendes ausgeführt:

*"Als Gesellschafter einer inländischen Kapitalgesellschaft sind daher nicht nur Personen anzusehen, die nach handelsrechtlichen Vorschriften (etwa als Aktionäre oder Gesellschafter) Anspruch auf Gewinnbeteiligung erheben können, sondern auch Personen, denen bloße Gläubigerrechte einen solchen Anspruch vermitteln. Mit der Bestimmung des § 5 Abs. 1 Z. 2 und Z. 3 KVG verfolgte der Gesetzgeber den Zweck, Gläubiger mit einem Anspruch auf Gewinnbeteiligung den eigentlichen Gesellschaftern im Hinblick auf das gemeinsame Interesse an den Betriebsergebnissen gleichzustellen. Wohl verlangt das Gesetz nicht, dass der Gläubiger auch am Verlust der Gesellschaft teilnimmt, jedoch wird gefordert, dass er am Risiko des Unternehmens beteiligt ist, was die Seite der Gewinnerzielung anlangt."*

*So hat der Verwaltungsgerichtshof z.B. in seinem Erkenntnis vom 24. März 1994, 92/16/0189 ausgesprochen, wenn neben einer festen Verzinsung der Einlage eine variable, an den Gewinn des Unternehmens geknüpfte Leistung für die Hingabe des Darlehensbetrages vereinbart ist, dann ist für die steuerliche Beurteilung maßgebend, ob die Vereinbarung einer festen Verzinsung oder die Gewinnbeteiligung als die Hauptsache anzusehen ist.*

*Die Verzinsung eines Darlehens kann jedoch auch variabel gestaltet und an die Gewinnhöhe angeknüpft werden, ohne dass die Natur des Zinses aufgehoben wird. Ist der Darlehensgeber auch in Wirtschaftsjahren mit gutem Geschäftsgang von jeglicher Teilnahme am steigenden Ertrag der Gesellschaft ausgeschlossen, weil sein Vergütungsanspruch auf 6 % der dargeliehenen Summe beschränkt bleibt und ist ihm außer in zwei Verlustjahren nie eine andere Vergütung als 6 % des Kapitals gewährt worden, so ist der Vertragswille darauf gerichtet, dem Darlehensgeber eine feste Verzinsung zu sichern und es liegt keine Forderung, die eine Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft gewährt, vor (vgl. VwGH 14.11.1974, 1257/73).*

*Im Berufungsfall nimmt die Genussrechtsberechtigte aber sehr wohl am wirtschaftlichen Erfolg der Bw teil. Grundsätzlich ist sie am laufenden Gewinn nach dem Verhältnis des Gesamtnennbetrags der Genussrechte zuzüglich allfällig darauf von wem immer geleisteter Zuschüsse zum gesamten eingebrachten Stammkapital der Gesellschaft sowie zuzüglich allfällig darauf von wem immer geleisteter Zuschüsse beteiligt. Darüber hinaus ist selbst die gewinnunabhängige Mindestverzinsung von 5% davon abhängig, dass ausreichend Liquidität zur planmäßigen Bedienung zur Verfügung steht. Das Risiko gar keine Vergütung für das hingegebene Genussrechtskapital zu bekommen besteht auf jeden Fall, genauso wie die Möglichkeit in guten Wirtschaftsjahren mehr zu erhalten als die 5%ige Mindestverzinsung.*

*Auf Grund der Bestimmung des § 5 Abs. 1 Z. 2 KVG gelten Genussrechte als Gesellschaftsrechte iSd KVG. Durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 17. Oktober 2002 zur Zahl C-138/00 ist klargestellt ist, dass auch der Erwerb von Genussrechten durch Nichtgesellschafter besteuert werden kann.*

*Unter Genussrechten versteht man zivilrechtlich solche Rechte, die ihrem Inhalt nach typische Vermögensrechte eines Gesellschafters sein können (vgl. VwGH 16.12.1993, 92/16/0025). Der Gerichtshof hielt im genannten Erkenntnis fest, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Genussrechtes die Begrenzung des Gewinnbeteiligungsanspruches auf eine bestimmte kontokorrentmäßige Verzinsung von 5 % p.a. nichts an der Qualifikation als Genussrecht ändert.*

*Für die Qualifikation der getroffenen Vereinbarung ist auf das Gesamtbild abzustellen (vgl. UFS vom 24.8.2004, GZ RV/0290-W/02)*

*Genussrechte werden zwar nicht immer, wohl aber sehr oft als Gegenleistung für eine zugesagte bzw. erbrachte Unternehmensfinanzierung gewährt. Sie bieten häufig einen Anspruch auf einen Gewinnanteil, oft auch eine Beteiligung am Liquidationserlös und/oder*

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

Im Berufungsfall finden auch die zusätzlich zum Genussrechtskapital geleisteten Zuschüsse der Genussrechtsberechtigten ihre bilanzielle Erfassung im Eigenkapital. Daraus erhellt sich auch der Zweck der Kapitalzufuhr, nämlich die Verbesserung der Eigenkapitalbasis. Dies alles spricht dafür, dass die Genussrechtsberechtigte eine Stellung ähnlich einem Gesellschafter erhalten sollte.

...

Die in Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335 genannten Rechte decken sich weitgehend mit jenen Rechten, die innerstaatlich typischerweise für das Vorliegen eines Genussrechtes angesehen werden. Da es für den Begriff des Genussrechtes keine gesetzliche Definition gibt ist nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates infolge der unmittelbaren Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechtes für die Auslegung des Begriffes "Genussrecht" und damit für die Beurteilung der Frage, ob ein Gesellschaftsrecht iSd § 5 Abs. 1 Z. 2 KVG erworben wurde, entscheidend, ob ein Vorgang unter Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 69/335 zu subsumieren ist.

In seinem Urteil vom 17. Oktober 2002 zur Zahl C-71/00 hat der Europäische Gerichtshof ausgesprochen, dass die Feststellung, ob ein Vorgang in den Anwendungsbereich von Artikel 4 der Richtlinie 69/335 fällt, anhand einer wirtschaftlichen und nicht einer formalen, allein auf die Herkunft der Einlagen abstellenden Betrachtungsweise zu treffen ist, indem untersucht wird, wem die Zahlung der Einlagen tatsächlich zuzurechnen ist. Nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335 unterliegt der Gesellschaftsteuer die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art, für die nicht Gesellschaftsrechte gewährt werden, die einen Anteil am Kapital oder am Gesellschaftsvermögen verkörpern, sondern Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wie z. B. Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse. Die Hingabe von Kapital an eine Kapitalgesellschaft löst somit dann Gesellschaftsteuerpflicht aus, wenn die Hingabe einerseits zu einer Erhöhung des Gesellschaftsvermögens führt und wenn anderseits für die Hingabe des Kapitals Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, eingeräumt werden.

Im Berufungsfall kam es einerseits durch die Zurverfügungstellung des Genussrechtskapitals in Höhe von € 440.000,- und die Zuschussleistungen von insgesamt

€ 3,300.000,- zu einer Stärkung des Wirtschaftspotentials der Bw und somit zu einer Erhöhung des Gesellschaftsvermögens. Andererseits wurde der GENOSSENSCHAFT wie bereits oben dargelegt nicht einfach eine 5%ige Verzinsung des Kapitals, sondern eindeutig eine Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg der Bw. eingeräumt.

Die GENOSSENSCHAFT hat somit Gesellschaftsrechte iSd § 5 Abs. 1 Z. 2 KVG als erster Erwerber erworben und es wurde ein gesellschaftsteuerpflichtiger Vorgang iSd § 2 Z. 1 KVG verwirklicht.

Da nicht nur bei der Begebung von Genussrechten, sondern auch im Falle von späteren Zuzahlungen auf das Genussrecht, die wie hier für das Ausmaß der Beteiligung am Gewinn bestimmend sind, ein Vorgang im Sinne des Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Kapitalverkehrsteuerrichtlinie vorliegt, steht im gegenständlichen Fall die erfolgte Festsetzung der Gesellschaftsteuer im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht.

Im Übrigen gelten gemäß § 5 Abs. 1 Z. 3 KVG nicht nur Genussrechte sondern auch Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren, als Gesellschaftsrechte. Da in den Genussrechtsbedingungen eine Gewinnbeteiligung für die "Zuschüsse" vereinbart wurde, würden die "Zuschüsse" selbst bei Fehlen eines Kausalzusammenhangs mit dem Erwerb des Genussrechtes ein eigenständiges Gesellschaftsrecht iSd § 5 Abs. 1 Z. 3 KVG darstellen, dessen erster Erwerb nach § 2 Z. 1 KVG der Gesellschaftsteuer unterliegt."

Das gegen die Entscheidung UFS 22.10.2013, RV/1903-W/06 eingebrachte Beschwerdeverfahren wurde vom VwGH mit Beschluss vom 30.1.2014, 2013/16/0223 eingestellt, weil die Bf. einer Aufforderung zur Mängelbehebung nicht fristgerecht nachgekommen ist. Dem in der Folge von der Bf. eingebrachten Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde vom VwGH mit Beschluss 27.05.2014, 2014/16/0003 nicht stattgegeben. Es liegt daher keine inhaltliche höchstgerichtliche Entscheidung zu den gegenständlichen Genussrechten bzw zu auf Grundlage der gegenständlichen Genussrechtsbedingungen von der GENOSSENSCHAFT geleisteten "indirekten" Gesellschafterzuschüssen vor.

Allerdings war der VwGH mittlerweile in weiteren Rechtssachen damit befasst, ob die Besteuerung von Kapitalzuführungen gegen Gewährung einer Gewinnbeteiligung bzw. gegen Teilnahme am Liquidationserlös mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

Dem Erkenntnis VwGH 19.05.2015, 2012/16/0046 lagen "Partizipationsscheinbedingungen" mit folgendem Inhalt zu Grunde:

"§ 5 Gewinnabhängige Dividendenzahlungen

(1) Dividendenausschüttung. Die bei Vorliegen der gesetzlichen Bedingungen zu leistende Dividende auf die Partizipationsscheine beträgt bezogen auf ihren Nennbetrag 8 % p.a. nach Steuern, deren Schuldner die Emittentin ist, und bezieht sich auf Geschäftsjahre ab dem 1.1.2009. Im sechsten und siebenten vollen Geschäftsjahr der Emittentin nach Begebung des Partizipationskapitals erhöht sich diese Vergütung jeweils um 50

*Basispunkte, im achten vollen Geschäftsjahr um 75 Basispunkte und ab dem neunten vollen Geschäftsjahr in jedem Geschäftsjahr jeweils um 100 Basispunkte. Insgesamt ist diese Dividende jedoch mit dem Maximalwert iHd 12-Monats-EURIBOR zuzüglich 1000 Basispunkte p.a. begrenzt. Für den 12-Monats-EURIBOR ist das arithmetische Mittel der auf der Reuters Seite 'Euribor=' täglich um 11.00 Uhr Brüsseler Zeit zwischen 1.1. und 31.12. jenes Jahres verlautbarten 12-Monats-EURIBOR-Werte heranzuziehen, für das die Dividende bezahlt wird.*

...

*(4) Gewinnabhängigkeit der Dividendenzahlungen. Die Partizipationsscheine gewähren einen Anspruch auf gewinnabhängige Erträge als Partizipationskapital gemäß § 23 Abs. 4 BWG ohne Dividendennachzahlungsverpflichtung. Wenn die Dividende im Jahresgewinn des unmittelbar vorhergehenden Geschäftsjahres nach Rücklagenbewegung (der 'Jahresgewinn') Deckung findet (§ 23 Abs. 4 Z 3 BWG) und ein entsprechender Hauptversammlungsbeschluss der Emittentin vorliegt, hat eine Ausschüttung der Dividende am Stichtag stattzufinden. Ausschüttungen von Dividenden an den Partizipanten erfolgen vorrangig zu Ausschüttungen von Dividenden an Aktionäre der Emittentin.*

...

*(6) Dividendenzahlungen im Ermessen der Emittentin.*

*Selbst wenn ein verteilungsfähiger Gewinn im Sinne des § 5 Abs. 4 vorhanden ist, liegt die Auszahlung der Dividende im alleinigen Ermessen der Emittentin.*

...

#### *§ 8 Teilnahme am Liquidationserlös*

*Im Falle der Liquidation der Emittentin sind die Partizipationsscheine mit dem Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös verbunden und dürfen erst nach Befriedigung oder Sicherstellung aller anderen Gläubiger zurückgezahlt werden (§ 23 Abs. 4 Z 5 BWG).*

*Im Falle der Liquidation der Emittentin sind die Partizipanten am Liquidationserlös gleichrangig wie die Inhaber gleichrangigen Kapitals beteiligt. Sofern der Liquidationserlös zur Befriedigung der Liquidationsansprüche der Inhaber von Partizipationskapital und gleichrangigem Kapital nicht ausreicht, nimmt das Partizipationskapital im gleichen anteiligen Ausmaß zum Nennbetrag am Differenzbetrag teil, wie das gleichrangige Kapital. Zahlungen im Falle der Liquidation erfolgen nur nach vollständiger Befriedigung oder Sicherstellung aller Gläubiger, einschließlich Gläubigern aus nachrangigen Verbindlichkeiten, die den Partizipationsscheinen im Rang vorgehen (aber ausgenommen gleichrangige Verbindlichkeiten)."*

Zu den unionsrechtlichen Bedenken der beschwerdeführenden Partei hat der VwGH ausgesprochen:

*"Aus dem Beschwerdevorbringen ergibt sich, dass die oben wiedergegebenen Partizipationsbedingungen gleichermaßen für den Bund und die anderen Anleger Anwendung finden. Nach § 8 der in Anlage 1 des Partizipationsvertrags angeführten Partizipationsbedingungen ist mit den Partizipationsscheinen das Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös für den Fall der Liquidation der beschwerdeführenden Partei gemäß § 23 Abs. 4 Z 5 BWG verbunden. Bereits daraus ergibt sich aber, dass im Beschwerdefall jedenfalls von einer Kapitalzuführung iSd Art. 1 lit. a iVm Art. 3 lit. d RL 2008/7/EG auszugehen ist, sodass dessen Besteuerung nach nationalem Recht keine unionsrechtlichen Bedenken entgegenstehen."*

In einer weiteren Rechtssache war der VwGH mit der gesellschaftsteuerlichen Behandlung von Genussrechten beschäftigt. Die gegen das abweisende Erkenntnis des BFG 6.3.2017, RV/7100473/2012 (das gemäß § 23 Abs. 3 BF GG nicht in der FINDOK veröffentlicht wurde) erhobene außerordentliche Revision hat der Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 29.6.2017, Ra 2017/16/0088, zurückgewiesen und in der Begründung ua. ausgeführt:

*"Im Rahmen seiner Sachverhaltsfeststellungen (Seite 12 ff des angefochtenen Erkenntnisses) legte das Gericht die den verfahrensgegenständlichen Genussschein-Begebungen zugrundeliegenden Bedingungen wie folgt dar:*

*"In den Definitionen auf Seite 2 ist ‚Cap‘: der ‚Genussscheinnennbetrag zuzüglich Höchstgenussscheinrendite abzüglich (sämtlicher bereits auf den Genussschein geleisteter Zahlungen durch die ‚Bf.‘ (insbesondere Gewinnanteile) aufgezinst mit 8% ... samt Zinseszinsen.)‘*

*In den Definitionen auf Seite 3 beträgt die ‚Höchstgenussscheinrendite‘ 8% Verzinsung pro Jahr bezogen auf den Nennwert des Genussscheines berechnet ab Ergebnisbeteiligungsbeginn bis zum Rückzahlungsstichtag samt Zinseszinsen.*

*In den Definitionen auf Seite 4 beträgt die ‚Vorrangige Genussscheinrendite‘ 6% Verzinsung pro Jahr bezogen auf den Nennwert des Genussscheines bezogen auf die jeweilige Berechnungsperiode.*

...  
*Nach § 3 der Genussscheinbedingungen ist **Gegenstand des Genussrechtes** primär eine Ergebnisbeteiligung nach Maßgabe der Bestimmungen dieser Genussrechtsbedingungen. Subsidiär gewähren die Genussscheine auch eine Beteiligung an der Substanzwertsteigerung bzw. am Liquidationserlös. Eine Beteiligung am Firmenwert besteht nicht.*

...  
*§ 6 der Genussscheinbedingungen **Sonderkündigungsrecht der Bf.** sieht vor, dass die Bf. sämtliche oder einzelne Genussscheine frühestens nach drei Jahren ab erstmaliger Ausgabe unter Einhaltung einer Frist von einem Monat kündigen kann. Der Kündigungsbeitrag besteht aus dem Genussscheinnennbetrag zuzüglich*

Höchstgenussscheinrendite abzüglich sämtlicher bereits geleisteter Zahlungen durch die Bf. ab Ende der jeweiligen Berechnungsperiode auf den Rückzahlungstichtag.

§ 7 der Genussscheinbedingungen **Außerordentliches Kündigungsrecht der Genussscheininhaber** sieht vor, dass jeder Genussscheininhaber berechtigt ist, seine Genussscheine vorzeitig zu kündigen. Werden laut § 7 Abs. 1 lit. a) fällige Zahlungen nicht innerhalb einer bestimmten Frist gezahlt, dann entspricht der Rückzahlungsbetrag dem Kündigungsbetrag, eine darüber hinausgehende Ergebnisbeteiligung, Auszahlung von vorgetragenen Gewinnanteilen, Substanzbeteiligung besteht nicht. Wenn laut § 7 Abs. 1 lit. b) die Bf. die Zahlungen einstellt oder gemäß § 7 Abs. 1 lit. c) ein Insolvenzverfahren über die Bf. eröffnet wird, orientiert sich der Anspruch des Genussscheininhabers wie für den Fall der Liquidation.

...

§ 9 der Genussscheinbedingungen **Rang der Genussscheine** lautet auszugsweise: Die Forderungen aus den Genussscheinen sind im Fall der Liquidation, der Auflösung, der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Bf. nachrangig. Zahlungen auf die Genussscheine erfolgen erst, wenn die Ansprüche aller nicht nachrangigen Gläubiger gegen die Bf. vollständig erfüllt sind. In Abs. 3 erklären die Genussscheininhaber iSd ,§ 67 Abs. 3 Insolvenzordnung dass sie Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehen und dass wegen dieser Verbindlichkeiten kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht.' Gegenüber den Ansprüchen von Aktionären aus dem Grundkapital der Bf. und noch nicht ausgezahlten Dividendenansprüchen sind die Ansprüche auf Rückzahlung des Genussscheinkapitals und auf Auszahlung des Gewinnanteils vorrangig. (§ 9 Abs. 2 lit.b).

...

§ 13 der Genussscheinbedingungen **Ergebnisbeteiligung** lautet auszugsweise:

,(1) Die Genussscheine sind sowohl am Gewinn als auch am Verlust der 'Bf.' beteiligt (Ergebnisbeteiligung).

....(3) Der Gewinnanteil....eines Genussscheines für eine Berechnungsperiode entspricht der Vorrangigen Genussscheinrendite.... Die Gewinnanteilsvoraussetzungen ....werden definiert wie folgt:

a) Der Gewinnanteil der Genussscheininhaber findet im Jahresüberschuss der 'Bf' Deckung.

b) Die Auszahlung auf die Genussscheine führt zu keinem Bilanzverlust und sie findet im ausschüttbaren Bilanzgewinn des Geschäftsjahres Deckung.

c) Vorhandensein einer Mindestliquiditätsreserve der 'Bf' .... die Mindestliquiditätsreserve ist ....unter Berücksichtigung der Liquiditätsplanung innerhalb der nächsten 6....Monate zu errechnen.

*Die Bf. kann auf die Voraussetzung des Vorliegens einer Mindestliquiditätsreserve verzichten wenn sie will, sie muss aber nicht.*

*(4) Der Gewinnanteil der Genussscheininhaber ist vorrangig gegenüber Dividendenansprüchen der Aktionäre .... Wird die Vorrangige Genussscheinrendite für eine Berechnungsperiode nicht erreicht, wird der Differenzbetrag auf die nächste Berechnungsperiode vorgetragen .... Vorgetragene Gewinnanteile sind mit dem Zinssatz der Vorrangigen Genussscheinrendite zu verzinsen. Der Vorgetragene Gewinnanteil ist mit dem Gewinnanteil der nächstfolgenden Berechnungsperiode (allerdings vor dem Gewinnanteil der nächstfolgenden Berechnungsperiode) unter Zugrundelegung der Bestimmungen über den Gewinnanteil zu begleichen, sofern er nicht wiederum vorzutragen ist. Dieser Vorgang ist solange zu wiederholen, bis kein Vorgetragener Gewinnanteil mehr vorhanden ist.*

*(5) Jahresfehlbeträge reduzieren vorrangig das Eigenkapital der 'Bf.'; .... danach... gehen diese zu Lasten des Genussscheinkapitals und wird das Genussscheinkapital jedes Genussscheines um den entsprechenden Verlustanteil gekürzt. Jahresüberschüsse von Folgeperioden sind vorrangig dazu zu verwenden, das Genussscheinkapital bis zur Höhe des Genussscheinnennbetrages und in weiterer Folge das Eigenkapital bis zur Höhe des Geleisteten Aktionärskapitals wieder aufzufüllen; erst danach können Gewinnanteile von Folgeperioden ausbezahlt werden.*

*(6) .... Wird ein Gewinnanteil nicht fristgerecht bedient, steht dem Genussscheininhaber zusätzlich eine Verzinsung in Höhe der Verzugszinsen zu.'*

...

**§ 15 der Genussscheinbedingungen Rückzahlung, Liquidation** lautet auszugsweise:

*Die Genussscheininhaber haben bei Auslaufen des Genussscheines und bei Liquidation der Bf. einen Anspruch auf Zahlung des Rückzahlungsanspruches.*

*(3) Der Rückzahlungsanspruch a) entspricht dem (unverzinsten) Genussscheinkapital (gegebenenfalls um Verluste reduziert oder um wieder aufgefüllte Verluste nach § 13 Abs.5 erhöht); b) zuzüglich eines allfälligen noch nicht beglichenen Gewinnanteiles (bzw. Vorgetragenen Gewinnanteils) der letzten Berechnungsperiode .... c) zuzüglich allfälliger Auffüllungen von Verlusten....; d) zuzüglich allfälliger Auszahlungen weiterer Vorgetragener Gewinnanteile.... und e) erhöht sich um den Substanzwertsteigerungsanteil, f) insgesamt begrenzt mit dem Cap.....*

*(5) Die Stillen Reserven .... werden auf Basis des Konzernabschlusses.... berechnet*

*(7) Ist das Genussscheinkapital durch Verluste gegenüber dem Genussscheinnennbetrag reduziert, wird das Genussscheinkapital vorrangig auf den Genussscheinnennbetrag aufgefüllt, soweit dies in den Stillen Reserven Deckung findet. Die Auffüllung ist gegebenenfalls beim Rückzahlungsanspruch zu berücksichtigen.*

*(8) Der verbleibende Teil der Stillen Reserven ist zur Auffüllung allfälliger den Aktionären zugewiesener Verluste .... zu verwenden.*

(9) Bestehen Vorgetragene Gewinnanteile der Genussscheininhaber, erhöht sich der Rückzahlungsanspruch um diese, soweit dies im nach vorstehenden Abzügen verbleibenden Teil der Stillen Reserven Deckung findet ....

(11) Ein allfälliger nach vorstehenden Abzügen verbleibender Restbetrag der Stillen Reserven bildet den Restbetrag...

(12) Der Anteil der Genussscheininhaber am Restbetrag .... entspricht der Mittleren Genussscheinkapitalbindung dividiert durch die Summe aus der Mittleren Genussscheinkapitalbindung und der Mittleren Aktionärskapitalbindung.

(13) Der Substanzwertsteigerungsanteil ....errechnet sich aus dem Restbetrag multipliziert mit dem.... Anteil der Genussscheininhaber am Restbetrag.....

..."

Nach Zitierung aus der Richtlinie 2008/7/EG des Rates aus dem Kapitalverkehrsteuergesetz und nach eingehender Erörterung der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 5 Abs. 1 Z 2 und 3 KVG sowie von Rechtsprechung des Bundesfinanzgerichtes fasste das Gericht seine Erwägungen wie folgt zusammen (Seite 36 ff des angefochtenen Erkenntnisses):

"Von Seiten des Bundesfinanzgerichtes wird vorausgeschickt - da die Bf. in ihren Berufungs/Beschwerdeschreiben immer wieder betont hat, dass es im Rahmen ihrer gewöhnlichen Geschäftstätigkeit sicherlich zu keinen Verlusten, sondern im Gegenteil zu Gewinnen komme - dass hier lediglich für Gesellschaftsteuerzwecke die Vereinbarung sowohl gewinnseitig als auch verlustseitig untersucht wird, ob der Bf. Geld geborgt wurde (dann Darlehen) oder ob die Bf. über die Hingabe des Kapitals hinaus eine Teilnahme von Seiten der Genussrechtsberechtigten an den Chancen und Risiken ihrer Unternehmung wünschte.

Zentraler Berufungs/Beschwerdegrund ist, dass es sich um 'Nominalgenussrechte' (Anleihen) mit einer überwiegend fixen Verzinsung handelt, die deshalb nicht der Gesellschaftsteuer unterliegen.

Nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes weist nicht nur die beispielhafte Aufzählung in Art. 3 lit. RL 2008/7/EG (Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG), dass Rechte, wie sie den Gesellschaftern gewährt werden zum Beispiel das Stimmrecht, das Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlös sind, sondern insbesondere das Urteil des EuGH 17.10.2002, C-138/00, Solida/Tech Gate darauf hin, dass jedenfalls die Ausgabe von Genussrechten, die ihrem Inhaber einen Anspruch auf Teilnahme am laufenden Gewinn sowie am Liquidationsgewinn der begebenden Gesellschaft gewährten, in den Anwendungsbereich der Kapitalansammlungsrichtlinie fallen. Ein fehlendes Stimmrecht des Genussrechtsberechtigten steht der Anwendung des Art. 3 lit. RL 2008/7/EG (Art. 4 Abs. 1 lit. d RL 69/335/EWG) nicht entgegen. (Thunshirn/Himmelsberger/Hohenecker, KVG-Kapitalverkehrsteuergesetz, Kommentar, 2008, Rz 475). Es handelt sich bei den KVG-Genussrechten um Einlagen jeder Art, für

die gesellschafterähnliche Rechte gewährt werden, die ihrem Inhalt nach typische Vermögensrechte des Gesellschafters sein können. Der Erwerb von Genussrechten, mangels gesetzlicher Differenzierung sowohl von aktiengleichen wie obligationsähnlichen, unterliegt der Kapitalverkehrsteuerpflicht aufgrund von § 2 Z1 iVm § 5 Abs. 1 Z 2 KVG. (van Husen, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital. Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, 1998, 466). Eine Gewinnbeteiligung ist zwar ein typisches Vermögensrecht eines Gesellschafters, doch kommt infolge ihrer mannigfaltigen Ausprägung bei Genussrechten auch eine andere Teilhabe am Wohl und Wehe der Kapitalgesellschaft in Betracht. Für das Vorliegen einer gesellschaftsteuerlichen Genussrechtes muss eine Risikobeteiligung am Unternehmen vorhanden sein, doch diese muss sich nicht in der ‚variablenzinsimprägnierten‘ Gewinnbeteiligung des § 5 Abs. 1 Z 3 KVG niederschlagen ... Es genügt, wenn der prozentuelle Anteil des Genussrechtsberechtigten in Abhängigkeit vom zukünftigen wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft steht. Die Vergütung des Genussrechtsberechtigten kann auch mit dem Genussrechtskapital oder Prozenten davon gedeckelt sein. Die Nachrangigkeit bildet einen weiteren Mosaikstein zu dessen ‚unternehmerischer‘ Beteiligung, die sich gesellschaftsteuerlich im ‚Erwerb von Gesellschaftsrechten‘ niederschlägt. ...

Die vorliegenden Genussrechte sind als ‚unternehmerische Beteiligung‘ und nicht als Darlehen zu qualifizieren, da in den Genussrechtsbedingungen folgende Abreden vereinbart wurden:

**Erfolgsabhängigkeit der Vergütung auf das Genusskapital** : Die Vergütung von 6% vom Genussscheinnominalen erfolgt aus zukünftigen Gewinnen und die Zinsen werden erst ausbezahlt, wenn sie im Jahresüberschuss bzw. dem Bilanzgewinn der Bf. Deckung finden. Die Vergütungen der Genussscheininhaber dürfen zu keinem Bilanzverlust führen und nach Abzug der Vergütungen muss der Bf. eine Mindestliquiditätsreserve verbleiben (§ 13 Abs. 3 lit. b und lit. c der Genussscheinbedingungen). Das bedeutet, dass vorrangig die anderen Gläubiger der Bf. bedient werden. Die durch Verluste in den ‚schlechten‘ Jahren ausgefallenen Vergütungen werden zwar in ‚guten‘ Jahren nachgeholt, allerdings nur bis zum Ende der Laufzeit. Bestehen dann noch ausgefallene Vergütungen, werden sie samt Zinseszinsen in den Rückzahlungsbetrag eingerechnet. Hat die Bf. Verluste erwirtschaftet, dann nimmt dieser Rückzahlungsbetrag nach dem Grundkapital an den Verlusten teil und es kommt zu keiner Nachholung der ausgefallenen Vergütung sowohl von 6% als auch von 2%. Da mit dem Auslaufen der Genussscheine die Nachholbarkeit ihr Ende findet, liegt keine Zinsenstundung, die für den Darlehenscharakter der Genussscheine spräche, vor...

**Teilnahme am Verlust der Bf. bis zur Höhe des Genussscheinkapitals** : Eine Verlustbeteiligung schließt das Vorliegen eines echten Darlehens aus ... Der Genussscheininhaber nimmt laut § 13 der Genussscheinbedingungen am Verlust der Bf. teil. Der Genussscheininhaber ist nicht nur über den Rückzahlungsbzw. Kündigungsbetrag am Verlust beteiligt (§ 15 Abs. 3 der Genussscheinbedingungen), sondern auch über § 13 Abs. 5 der Genussscheinbedingungen, wonach Jahresfehlbeträge nach Verbrauch des

*Eigenkapitals zu Lasten des Genussscheinkapitals gehen und das Genussscheinkapital jedes Genussscheines um den entsprechenden Verlustanteil gekürzt wird. Ist das Genussscheinkapital nach 10 Jahren durch Verluste der Bf. aufgezehrt, kann es sein, dass der Genussscheininhaber ‚gar nichts‘ zurückbekommt, im Fall von laufenden Verlusten der Bf. erhält der Genussscheininhaber weder die 6%, noch die 2% Zinsen und im Fall der Insolvenz auch nicht das eingesetzte Genussscheinkapital zurück. Bei besten Ergebnissen - so wie der Businessplan der Bf. aussieht - erhält der Genussscheininhaber nach 10 Jahren Laufzeit 80.000 Vergütung plus 100.000 zurück. Als ‚worst case‘ Szenario hätte er ‚Null‘ Vergütung plus Verlust von 100.000 Genussscheinkapital. Der Genussscheininhaber hat sich für den Fall des Verlustes damit einverstanden erklärt, er hat sogar auf eine Besicherung seiner Genussscheinforderungen verzichtet und für dieses Risiko bekommt er eine höhere Vergütung.*

*Die Bf. hat anlässlich der mündlichen Verhandlung am 6. März 2017 glaubhaft vorgebracht, dass bis dato und auch bis auf weiteres die 6% bzw. 8% für die Genussscheine gesichert sind, und die Bf. bis zum Auslaufen der Genussscheine keine Verluste haben werde. Daraus leitete sie ab, dass die vorliegenden Genussrechte ‚darlehensähnlich‘ seien.*

*Dazu ist allerdings zu bemerken, dass die Gesellschaftsteuer auf den Zeitpunkt des Entstehens der Steuerschuld gemäß § 4 Abs. 1 BAO abstellt, weswegen es hier auf die zu diesem Zeitpunkt vereinbarten ‚Genussrechte‘ und nicht auf den tatsächlichen Verlauf der unternehmerischen Beteiligung ankommt.*

**Nachrangigkeit** : Die Genussscheininhaber sind ebenso am Endverlust beteiligt, da sie in § 9 Abs. 3 der Genussscheinbedingungen die Erklärung gemäß § 67 Abs. 3 Insolvenzordnung abgaben. Ihre Forderungen werden daher nachrangig nach den Forderungen der anderen Gläubiger befriedigt und wegen ihrer Forderungen aus den Genussscheinen braucht kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden. Das Genussscheinkapital haftet für Schulden der Bf. gegenüber Dritten. ...

**Laufzeit, Kündigung und mitgliedschaftsähnliche Rechte** : Die Genussscheinbedingungen betreffend Laufzeit, Kündigung und mitgliedschaftsähnliche Rechte runden das Bild einer ‚unternehmerischen‘ Beteiligung der vorliegenden Genussrechte ab. Die Genussscheine werden ca. auf 10 Jahre gegeben, allerdings unter Einschränkung der Kündigungsmöglichkeiten, da die Bf. frühestens nach Ablauf von drei Jahren ab erstmaliger Ausgabe des jeweiligen Genussscheines und der Genussscheininhaber ein außerordentliches Kündigungsrecht nur im Fall des Zahlungsverzuges oder des Insolvenzverfahrens der Bf. hat. Den Genussscheininhabern wurden ‚Basel II‘ Kontrollrechte zugestanden, sowie eine einmal im Jahr stattfindende Versammlung der Genussscheininhaber, mit Diskussion über Anlagemöglichkeiten ohne Bindung der Bf. Die Versammlungs- und Diskussionsmöglichkeit geht jedenfalls über eine Information des Darlehensgläubigers über die Liquidität des Darlehensnehmers hinaus und kommt nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes den Mitwirkungsrechten der Gesellschafter nahe.“

Hieraus zog das Gericht abschließend folgende "Schlussfolgerungen":

*"Im gegenständlichen Fall handelt es sich bei den von der Bf. begebenen Genussrechten nicht um ein Darlehen, sondern um eine ‚unternehmerische‘ Beteiligung. Die Rechte aus den Genussscheinen der Bf. sind als Genussrechte gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 KVG zu qualifizieren, da die 6% (+2%) festen Zinsen vom hingegebenen Kapitalbetrag nur bei Ausweis eines entsprechenden Gewinnes ausgezahlt werden und nicht zu Verlusten führen dürfen, die durch Verluste ausgefallenen Vergütungen nur bei entsprechendem Gewinn bis spätestens zum Ende der Laufzeit nachgeholt werden können, Verlustbeteiligung bis zur vollen Höhe des Genussscheinnominales nach Verbrauch des Grundkapitals der Bf. und eine Beteiligung am Endverlust infolge Nachrangabrede gemäß § 67 Abs. 3 Insolvenzordnung vereinbart wurden. (Qualifizierter Rangrücktritt). Die Genussscheinbedingungen betreffend Laufzeit, Kündigung und Versammlungs- und Diskussionsmöglichkeit der Genußscheinhaber runden das Bild der vom Kapitalverkehrsteuergesetz geforderten Teilhabe des Genussscheinhabers an den Risiken und Chancen der Bf. ab. ... Es liegt keine Stundung vor, da die ‚Zahlung der Zinsen‘ von vorneherein an das Vorhandensein eines Gewinnes geknüpft war.*

*Da die Gesellschaftsteuer auf den Zeitpunkt des Entstehens der Steuerschuld gemäß § 4 Abs. 1 BAO abstellt, kommt es hier auf die zu diesem Zeitpunkt vereinbarten ‚Genussrechte‘ und nicht auf den tatsächlichen Verlauf der unternehmerischen Beteiligung an. Eine unternehmerische Beteiligung wird nicht deshalb nachträglich rückwirkend zum Darlehen, nur weil bei der Unternehmung tatsächlich kein Verlust eingetreten ist.*

*Es verstößt nicht gegen die Bestimmungen der Richtlinie 2008/7/EG vom 12. Februar 2008, wenn die Emission von Genussrechtskapital der Gesellschaftsteuer unterworfen wird. Da die Rechte aus dem Genussscheinkapital als Genussrechte iSd KVG einzustufen sind, unterliegen sie nach Art. 3 lit. d 2008/7/EG der Gesellschaftsteuer. (VwGH 22.5.1997, 95/16/0313; VwGH 17.10.2012, 2011/16/0237; Beschluss VwGH 11.9.2014, 2012/16/0099; VwGH 19.5.2015, 2012/16/0046). Ob Genussrechte die Kriterien als nicht gesellschaftsteuerpflichtige Darlehen oder als gesellschaftsteuerpflichtige ‚unternehmerische‘ Beteiligung erfüllen, ist keine Frage des Unionsrechtes sondern der Sachverhaltaufklärung. Bei den von der Bf. begebenen Genussrechten handelt es sich um eine unternehmerische Beteiligung, da gewinnabhängige fixe bis Auflösung nachholbare Zinsen, volle Verlustbeteiligung, Beteiligung am Liquidationserlös, qualifizierter Rangrücktritt, lange Laufzeit und kein Stimmrecht vereinbart wurden. Da auch gewinnabhängige fixverzinsliche Genussrechte, bei denen eine Nachholung bis Ende der Laufzeit möglich ist als Genussrechte iSd Art. 3 lit. d 2008/7/EG einzustufen sind, unterliegen sie der Gesellschaftsteuer.*

*Aus all diesen Gründen unterliegt die gegenständliche Begebung von Genussscheinkapital als Ersterwerb von Gesellschaftsrechten gemäß § 2 Z 1 KVG iVm § 5 Abs. 1 Z 2 KVG der Gesellschaftsteuer und war die Berufung/Beschwerde daher abzuweisen."*

*Seinen Ausspruch über die Unzulässigkeit der Revision begründete das Gericht damit, dass es bereits eine ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage gebe, ob ein "unternehmerisches" Genussrecht oder ein nicht gesellschaftsteuerpflichtiges Darlehen eines Nichtgesellschafters vorliege, wenn gewinnabhängige fixe Zinsen, volle Verlustbeteiligung, Beteiligung am Liquidationserlös, Nachrangigkeit, lange Laufzeit und kein Stimmrecht vereinbart worden seien.*

*In der gegen dieses Erkenntnis erhobenen Revision erachtet sich die Revisionswerberin in ihrem Recht auf Gesellschaftsteuerfreiheit der verfahrensgegenständlichen Genussscheinbegebungen verletzt; sie beantragt primär, in der Sache selbst zu erkennen und das angefochtene Erkenntnis dahingehend abzuändern, dass die Gesellschaftsteuerbescheide ersatzlos behoben werden, in eventu die Gesellschaftsteuer mit null Euro festgesetzt werde, in eventu das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, hilfsweise wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.*

Die Revision legt ihre Zulässigkeit zusammengefasst darin dar, es fehle Judikatur zur Frage, ob auch bei Genussrechten zwischen einer primär festen Verzinsung und einer primären Gewinnbeteiligung zu differenzieren sei. Nach Ansicht des angefochtenen Erkenntnisses würde eine Verlustbeteiligung das Vorliegen eines echten Darlehens ausschließen. Dieser Ansicht sei nicht zu folgen. Im Übrigen fehle Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu der hier maßgeblichen Frage, ob (von alleine) eine (nach dem gewöhnlichen Geschäftsverlauf nur theoretische) Verlustbeteiligung, die überhaupt erst nach Aufbrauchen des gesamten unternehmensrechtlichen Eigenkapitals vorliege, geeignet sei, ein Inhaberpapier als Genussrecht im Sinn des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG zu qualifizieren. Da im vorliegenden Fall eine Verlustbeteiligung (und Reduktion des Nominalbetrages) überhaupt erst dann in Betracht komme (und dies sei auch ausdrücklich so vereinbart), wenn das gesamte Eigenkapital aufgebraucht sei, sei dieser Fall nicht anders zu behandeln als eine sonstige (nachrangige) Anleihe. Auch ein Anleihegläubiger (dessen Forderungen unzweifelhaft nicht unter § 5 KVG subsumiert werden könnten) nehme diesfalls schon unter Berücksichtigung von Gläubigerschutzbestimmungen an Verlusten (anteilig) teil. Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob Nachrangigkeit tatsächlich geeignet sei, Gesellschaftsteuerpflicht nach § 5 KVG zu begründen oder mit zu begründen, fehle. Auch fehle Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, inwieweit Laufzeit und Kündigungsmöglichkeiten eine Rolle bei der Beurteilung der Subsumtion unter § 5 Abs. 1 Z 2 KVG hätten. Der dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C 138/00 - Solida zugrundeliegende Fall liege hier nicht vor.

...

*Im vorliegenden Fall hat das Gericht die eingangs wiedergegebenen Genussschein-Bedingungen vor dem Hintergrund des Unionsrechts und unter ausführlicher Würdigung von Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Kapitalverkehrsteuergesetz*

dahingehend ausgelegt, dass die auf Grund dieser Bedingungen begebenen Genussrechte solche im Sinn des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG sind.

Nun mag es zwar zutreffen, dass gerade zu solchen Genussrechten wie den im Revisionsfall unter den festgestellten Bedingungen begebenen noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorliegt; vor dem Hintergrund des zur unionsrechtsgemäßen Auslegung des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG maßgebenden Art. 3 lit. d der Richtlinie 2008/7/EG des Rates vom 12. Februar 2008 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital, wonach als "Kapitalzuführungen" die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art, für die nicht Gesellschaftsrechte gewährt werden, die einen Anteil am Kapital oder am Gesellschaftsvermögen verkörpern, sondern Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wie z.B. Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse, begegnet die vom Gericht gewonnene Auslegung der maßgeblichen Genussscheinbedingungen und die Subsumtion unter § 5 Abs. 1 Z 2 KVG keinen Bedenken von der Gewichtigkeit einer erheblichen Rechtsfrage im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG. Denn schon nach der einleitenden Umschreibung des Gegenstands des Genussrechtes laut § 3 der in Rede stehenden Bedingungen ist dies primär eine Ergebnisbeteiligung nach Maßgabe der Bestimmungen dieser Genussrechtsbedingungen. Subsidiär gewähren die Genussscheine auch eine Beteiligung an der Substanzwertsteigerung bzw. am Liquidationserlös. Diese für den Revisionsfall entscheidende Umschreibung findet in den vom Gericht festgestellten Bedingungen sodann nähere Ausgestaltung. Zieht man allein die in § 13 der Bedingungen näher geregelte Ergebnisbeteiligung, insbesondere über den "Gewinnanteil", in Betracht, aber auch den darin vorgesehenen Vortrag des Gewinnanteils in die nächste Berechnungsperiode, so ist darin ein "Recht auf Gewinnbeteiligung" im Sinn des Art. 3 lit. d der Richtlinie 2008/7/EG verbrieft, welches als eines von mehreren alternativen Tatbestandsmerkmalen ausreicht, um die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens als Kapitalzuführung im Sinn dieser Richtlinie zu qualifizieren (zum Begriff des Genussrechts vgl. auch Thunshirn/Himmelsberger/Hohenegger, Kommentar zum Kapitalverkehrsteuergesetz, Rz 470 ff zu § 5 KVG, Brönner/Kamprad, Kommentar zum Kapitalverkehrsteuergesetz4, Rz 8 zu § 6 (dt.) KVG, sowie Takacs, Kommentar zum Kapitalverkehrsteuergesetz (1990), § 6/10).

Insbesondere vor dem Hintergrund der klaren Bestimmung des Art. 3 lit. d der Richtlinie 2008/7/EG wirft damit die Auslegung des Begriffs Genussrecht im Sinn des § 5 Abs. 1 Z 2 KVG und die Subsumtion der verfahrensgegenständlich begebenen Genussscheine keine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG mehr auf."

Durch diese Rechtsprechung ist also klargestellt, dass es der Besteuerung nicht entgegen steht, wenn der Genussrechtsinhaber im Falle der Liquidation der GESELLSCHAFT nur den Genussrechtsnominalbetrag (siehe Punkte 3.3. der Genussrechtsbedingungen) erhält und die Leistung keine Beteiligung an der Substanzwertsteigerung vermittelt und den Liquidationserlös nicht erhöht. Nach

der eindeutigen innerstaatlichen Rechtslage gelten sowohl Genussrechte als auch Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn **oder** Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren, als Gesellschaftsrechte iSd KVG. Aber auch nach Art. 3 lit. d der Richtlinie 2008/7/EG bzw. Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335 (die hier noch maßgeblich ist) reicht es für die Qualifizierung als "Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden" aus, dass ein Recht auf Gewinnbeteiligung **oder** auf Liquidationserlöse besteht.

Im gegenständlichen Fall sehen die Genussrechtsbedingungen vor, dass der Genussrechtsinhaber **am laufenden Gewinn nach dem Verhältnis** des Gesamtnennbetrags der Genussrechte **zuzüglich allfällig darauf von wem immer geleisteter Zuschüsse** zum gesamten eingebrochenen Stammkapital der Gesellschaft sowie zuzüglich allfällig darauf von wem immer geleisteter Zuschüsse **beteilt ist** (siehe Punkt 3.1 der Genussrechtsbedingungen). Selbst die gewinnunabhängige Mindestverzinsung von 5% ist davon abhängig, dass ausreichend Liquidität zur planmäßigen Bedienung des Fremdkapitals zur Verfügung steht. Das bedeutet, dass der Genussrechtsinhaber das Risiko hat, gar keine Vergütung für den Zuschussbetrag zu bekommen. Dem steht aber auf Grund der Einbeziehung des Zuschusses bei Berechnung der Gewinnbeteiligung die Möglichkeit gegenüber, in guten Wirtschaftsjahren auch für den Zuschussbetrag mehr zu erhalten als die 5%ige Mindestverzinsung. Durch diese Erfolgsabhängigkeit der Vergütung ist hier (anders als im Fall zu VwGH 24.3.1994, 92/16/0189) nicht die "Fixverzinsung" die Hauptsache, sondern die Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft.

Die weitere Tatbestandsvoraussetzung der Erhöhung des Gesellschaftsvermögens ist bei einem nicht rückzahlbaren Zuschuss jedenfalls gegeben. Der auf Grund des Schreibens vom 20. Dezember 2005 geleistete "indirekte Gesellschafterzuschuss" in Höhe von € 1.000.000,00 wurde daher vom FA zu Recht der Gesellschaftsteuer unterzogen.

Die Beschwerde ist daher als unbegründet abzuweisen.

### **Zur Zulässigkeit der Revision**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig, da das Erkenntnis nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Das Revisionsmodell soll sich an der Revision nach den §§ 500 ff ZPO orientieren (vgl die ErläutRV zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, 1618 BlgNR XXIV. GP 16). Ausgehend davon kann einer Rechtsfrage nur dann grundsätzliche Bedeutung zukommen, wenn sie über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung entfaltet (vgl VwGH 24.3.2014, Ro 2014/01/0011).

Das Bundesfinanzgericht folgte bei der gesellschaftsteuerrechtlichen Beurteilung und der Würdigung der konkreten Genussrechtsbedingungen den Grundsätzen der in der Entscheidung zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wie insbesondere VwGH 29.06.2017, Ra 2017/16/0088.

Wien, am 25. Jänner 2019