

renden Mietenmarkt gibt (in Anlassfall wurden vom Steuerpflichtigen Gutachten vorgelegt, die das BFG nicht [ausreichend] gewürdigt hat). Daher erfolgt grundsätzlich nur bei Luxusimmobilien eine abstrakte Berechnung; bei jederzeit im betrieblichen Geschehen einsetzbaren

Gebäuden (etwa Reihenhäuser oder Eigentumswohnungen) wird regelmäßig auf die am Markt erzielbare Miete abzustellen sein (vgl. *Marschner/Renner*, Die Verwirrnisse um Mietverhältnisse zwischen Körperschaften und ihren Nahestehenden, GES 2013, 458).

## VwGH: Durch Privatstiftung „durchgeleitete“ verdeckte Ausschüttung in Zusammenhang mit fremdunüblicher Genussrechtsemission

Wendet eine GmbH, die im Eigentum einer Privatstiftung steht, dem Begünstigten der Stiftung einen Vermögensvorteil zu, und liegt die wirtschaftliche Veranlassung hierfür nicht in gegenüber der GmbH erbrachten Leistungen, sondern in der Stellung des Zuwendungsempfängers als Begünstigtem der Stiftung, wird also das Vermögen der GmbH und damit der ihre Anteile haltenden Stiftung vermindert, während das Vermögen des Begünstigten eine Vermehrung erfährt, so liegt einerseits eine (verdeckte) Ausschüttung der GmbH an die Stiftung und andererseits eine (verdeckte) Zuwendung der Stiftung an den Begünstigten vor. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Vorgang auf einer auf Vorteilsgewährung gerichteten Willensentscheidung der Stiftung beruht. Die auf Vorteilsgewährung gerichtete Willensentscheidung kann sich schlüssig aus den Umständen des betreffenden Falles ergeben und liegt zB auch dann vor, wenn der Stiftungsvorstand – ausdrücklich oder schlüssig – mit einem Vorteil, den sich der Begünstigte ursprünglich ohne dessen Kenntnis zuwendet, in der Folge einverstanden ist.

**Deskriptoren:** Verdeckte Ausschüttung, Genussrechte, Genussscheine, Gewinnscheine.

**Normen:** § 8 KStG.

VwGH 11. 2. 2016, 2012/13/0061  
(vorgehend UFS 19. 4. 2012, RV/1041-W/10)

### Ausgangssachverhalt

M ist Geschäftsführer der beschwerdeführenden GmbH, die im Alleineigentum der österreichischen Privatstiftung Z-PS steht. Begünstigte der Z-PS sind M und die liechtensteinische Familienstiftung Z-FL. Begünstigter der Z-FL ist wiederum M. Vorstände der Z-PS und Z-FL sind jeweils Personen, mit denen M aufgrund selbst wahrgenommener Vorstandsmandate in anderen (zeitgleich errichteten) Stiftungen in einem wechselseitigen Kontroll-, Absicherungs- und Abhängigkeitsverhältnis steht. Im Gesellschaftsvertrag der beschwerdeführenden GmbH ist festgehalten, dass die Geschäftsführung zur Ausgabe von (als sogenannte „Gewinnscheine“ bezeichneten) Genussrechten ermächtigt sei, wobei die Genussrechte ausschließlich am laufenden Gewinn, nicht jedoch am Liquidationsgewinn zu beteiligen

sein. Auf dieser Grundlage wurden an M und die Z-FL Genussrechte mit einem Nominale von EUR 185.000,- ausgegeben. Zu einem (öffentlichen) Angebot der Genussrechte an andere Personen kam es nicht. Die Gewinnaufteilung erfolge im Verhältnis des Nominales der Genussrechte zum Nominale des Stammkapitals in Höhe von EUR 35.000,-. Nach den Genussrechtsbedingungen ist die Beschwerdeführerin zwar berechtigt, ihr Stammkapital beliebig zu erhöhen. Da der Vorstand der Z-PS eine Zuführung finanzieller Mittel an die beschwerdeführende GmbH aber ablehnte, fand eine solche Kapitalerhöhung zu keinem Zeitpunkt statt, obwohl die Alleingesellschafterin Z-PS über ein Stiftungsvermögen in Höhe von EUR 4 bis 5 Mio verfügte. Der sich aus denselben natürlichen Personen zusammensetzende Vorstand der Z-FL fand sich demgegenüber dazu bereit, der Beschwerdeführerin Kapital im Wege der verfahrensgegenständlichen Genussrechtsfinanzierung zur Verfügung zu stellen. Im Jahresabschluss der beschwerdeführenden GmbH wurde ein „Zinsenaufwand Gewinnscheine“ in Millionenhöhe ausgewiesen. Im gegenständlichen Verfahren war strittig, ob der von der Beschwerdeführerin in den Jahren 2004 bis 2007 geltend gemachte „Zinsenaufwand Gewinnscheine“ als Betriebsausgabe im Rahmen der Ermittlung des Gewinnes der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen ist. Von der Finanz-

verwaltung und vom UFS wurde dies verneint. Dagegen erhob die als Genussrechtsemittent fungierende GmbH Beschwerde beim VwGH.

### Aus den Entscheidungsgründen

„Der steuerliche Gewinn einer Körperschaft darf durch Vorgänge, die nicht durch die betriebliche Tätigkeit der Körperschaft, sondern durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind, keine Minderung erfahren. Für die Frage, ob eine Maßnahme gesellschaftlich veranlasst ist, kommt es maßgeblich darauf an, ob sie auch einander fremd gegenüberstehende Personen gesetzt hätten (vgl. das Erkenntnis vom 26. Mai 1998, 94/14/0042, VwSlg 7284/F). Tritt die Körperschaft in Rechtsbeziehungen zu ihren Gesellschaftern, so kann es zu einer Vermischung zwischen der Sphäre der Erzielung von Einkünften und jener der Einkommensverwendung kommen. Das ist der Fall, wenn eine Vermögensverschiebung zwischen Körperschaft und Anteilinhaber nicht (nur) in der Einkünfterzielung begründet ist, sondern (auch) in der Anteilinhaberschaft selbst wurzelt. Soweit die Verschiebung *causa societatis* erfolgt, findet sie auf der Ebene der für die Einkommensermittlung unbeachtlichen Einkommensverwendung statt. Insoweit liegt eine verdeckte Ausschüttung vor. Diese darf die Einkommensermittlung nicht beeinflussen. Es bedarf also der Entflechtung der betrieblich veranlassten und der in der Anteilinhaberschaft begründeten Vorgänge sowie der Neutralisierung der verdeckten Ausschüttungen (vgl. das Erkenntnis vom 28. April 2004, 2001/14/0166, VwSlg 7927/F). Vorteile, die eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern zuwendet, die sie aber anderen Personen, die nicht ihre Gesellschafter sind, nicht oder nicht unter den gleichen günstigen Bedingungen zugestehen würde, sind durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst (vgl. das Erkenntnis vom 20. April 1995, 94/13/0228, mwN).

Wendet eine GmbH, die im Eigentum einer Privatstiftung steht, dem Begünstigten der Stiftung einen Vermögensvorteil zu, und liegt die wirtschaftliche Veranlassung hierfür nicht in gegenüber der GmbH erbrachten Leistungen, sondern in der Stellung des Zuwendungsempfängers als Begünstigtem der Stiftung, wird also das Vermögen der GmbH und damit der ihre Anteile haltenden Stiftung vermindert, während das Vermögen des Begünstigten eine Vermehrung erfährt, so liegt einerseits eine (verdeckte) Ausschüttung der GmbH an die Stiftung und andererseits eine (verdeckte) Zuwendung der Stiftung an den Begünstigten vor („durchgeleitete“ verdeckte Ausschüttung, vgl. das Erkenntnis vom 21. Februar 2013, 2009/13/0257, mwN).

Das zwischen dem Gesellschafter einer GmbH und der GmbH bestehende Naheverhältnis gebietet es, behauptete Vereinbarungen an jenen Kriterien zu messen, wel-

che für die Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen entwickelt wurden. Die Vereinbarung muss demnach nach außen ausreichend zum Ausdruck kommen, einen eindeutigen, klaren und jeden Zweifel ausschließenden Inhalt haben und zwischen Fremden unter den gleichen Bedingungen abgeschlossen werden. Diese Kriterien haben ihre Bedeutung im Rahmen der Beweiswürdigung (vgl. das Erkenntnis vom 26. April 2012, 2008/15/0315, VwSlg 8715/F).

Die belangte Behörde sieht die Zahlungen der Beschwerdeführerin an die Z-FL aus dem Titel der Gewinnscheinvereinbarungen als das letzte Glied in einer Kette von fremdunüblichen, ungewöhnlichen und betriebswirtschaftlich sinnlosen Maßnahmen an. Die als Aufwand verbuchte Zuweisung von Gewinnanteilen an die Vertragspartnerin sei nicht betrieblich verursacht, sondern gesellschaftsrechtlich veranlasst.

Diesen Darlegungen der belangten Behörde ist vom Verwaltungsgerichtshof nicht entgegenzutreten:

Unbestritten ist alleinige Gesellschafterin (nach Ausscheiden einer Gründungsgesellschafterin) der Beschwerdeführerin die Z-PS; deren Stifterin und Begünstigte ist – neben dem Geschäftsführer der Beschwerdeführerin M – wiederum die Z-FL.

Damit liegen Nahebeziehungen zwischen der Beschwerdeführerin und der Z-PS sowie der Z-FL (als Vertragspartnerin betreffend die Gewinnscheinvereinbarung) vor. Eine verdeckte Ausschüttung ist – ungeachtet eines verkürzten Geldflusses an einen Dritten (hier der Z-FL oder M) – stets dem Gesellschafter der vorteilsgewährenden Kapitalgesellschaft (hier die Z-PS) zuzurechnen (vgl. das Erkenntnis vom 14. Dezember 2005, 2002/13/0022, VwSlg 8088/F). Abgabepflichten des M sind nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

Unstrittig sind die Zahlungen aus der Gewinnscheinvereinbarung von der Beschwerdeführerin an die Z-FL erfolgt, woraus sich die objektive Bereicherung der Z-FL ergibt.

Was die auf Vorteilsgewährung gerichtete Willensentscheidung betrifft, so kann sich diese auch schlüssig aus den Umständen des betreffenden Falles ergeben (vgl. auch dazu etwa das Erkenntnis vom 21. Februar 2013, 2009/13/0257). Bei Zuwendungen zwischen nahen Angehörigen wird das subjektive Element des ‚Bereicherwollens‘ überdies vermutet (vgl. das Erkenntnis vom 23. April 2014, 2010/13/0139, mwN).

Die Beschwerdeführerin hatte [...] bereits im Zeitraum ab ihrer Gründung bis zur Begebung der Gewinnscheine Provisionserlöse von ca 500.000 EUR erzielt. Damit standen aber der Beschwerdeführerin jedenfalls Mittel in einer Höhe zur Verfügung, die jene Mittel, die durch Begebung dieser Gewinnscheine erzielt werden sollten (185.000 EUR), erheblich überstiegen. Die Begebung der Gewinnscheine führte – nach den Gewinnscheinbe-

dingungen – dazu, dass ein erheblicher Anteil (etwa 85%) des Gewinnes an einen (nahestehenden) Dritten abzuführen sein werde. Nennenswerte Aufwendungen (abgesehen vom ‚Zinsenaufwand Gewinnscheine‘) fielen bei der Beschwerdeführerin – wie aus den vorgelegten Jahresabschlüssen hervorgeht – nicht an, sodass davon auszugehen war, dass ein erheblicher Anteil auch der bis zur Begebung der Gewinnscheine erzielten Provisionen an den nahestehenden Dritten abzuführen sein werde. Die Gewinnscheinvereinbarung wurde ausschließlich mit einem nahestehenden Dritten abgeschlossen; Fremden wurde der Abschluss einer derartigen Vereinbarung (in der damals gegebenen konkreten Situation) nicht angeboten.

Vor diesem Hintergrund ist die Beurteilung der belangten Behörde, die Vereinbarung betreffend Gewinnscheine sei – dem Grunde nach – fremdunüblich, nicht zu beanstanden. Es handelt sich sohin um Zahlungen der Beschwerdeführerin, die nicht betrieblich veranlasst sind, sondern *causa societatis* erfolgten. Diese Zahlungen sind bei der Beschwerdeführerin damit nicht als Betriebsausgaben zu berücksichtigen. [...]

Entgegen der Beschwerde liegt keine unzulässige *ex-post*-Betrachtung vor. Auch wenn der Erfolg der Vermittlung von Wertpapieren nicht ‚vorhergesehen‘ werden kann, so konnte aber zum einen die F AG (die Geschäftsführer der Beschwerdeführerin waren auch vertretungsbefugte Organe dieser Gesellschaft) bereits im Jahr 2003 hohe Provisionserträge durch die Vermittlung dieser Wertpapiere erzielen und auch die Beschwerdeführerin selbst erzielte in den wenigen Monaten ab ihrer Errichtung bis zur Begebung der Gewinnscheine Provisionserträge von ca. 500.000 EUR. Damit war auch zum Zeitpunkt der Begebung der Gewinnscheine eine Notwendigkeit, die Kapitalausstattung der Beschwerdeführerin im Umfang von 185.000 EUR zur Finanzierung von ‚Anlaufkosten‘ zu ‚verbessern‘, keinesfalls (somit auch unabhängig davon, wofür der Betrag von 185.000 EUR von der Beschwerdeführerin vorgesehen war; ob

also die Beschwerdeführerin – im eigenen Namen – Projekte in Osteuropa plante, ist sohin gleichfalls ohne Relevanz) gegeben. [...]

Entgegen dem Beschwerdevorbringen sind Feststellungen zur Höhe der verdeckten Ausschüttung nicht erforderlich. Die belangte Behörde ging nämlich – wie bereits die Außenprüfung – davon aus, dass die Vergabe der Gewinnscheine schon dem Grunde nach fremdunüblich war. Eine angemessene Verzinsung war sohin nicht zu berücksichtigen. [...]

Wenn die Beschwerdeführerin zum Nachweis der Fremdüblichkeit der Gewinnscheinbedingungen auf von ihr vorgelegte Urkunden (Genussrechtsbedingungen ua von Banken) verweist, so wird die Fremdüblichkeit im vorliegenden Fall aber nicht auf diese Bedingungen gestützt, sondern darauf, dass ausgehend von der konkreten Situation der Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Ausgabe dieser Gewinnscheine eine Ausgabe nur an ‚Nahestehende‘ erfolgte.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, es bestünden zwischen den verschiedenen Stiftungen und Gesellschaften keine Verflechtungen. Es mag nun sein, dass aus dem Umstand alleine, dass die drei (österreichischen) Privatstiftungen alle ihren Sitz an derselben Geschäftsanschrift (eines österreichischen Notars) haben, nicht auf ein Abhängigkeitsverhältnis geschlossen werden kann. Dies hat die belangte Behörde auch nicht getan. Sie hat vielmehr eine Vielzahl an Indizien zusammengetragen, die für eine wirtschaftlich ungewöhnliche Gestaltung sprechen (vgl. in diesem Sinne auch das Erkenntnis vom 30. April 2015, 2012/15/0162). [...]

Soweit die Beschwerde auf Diskriminierungsverbote verweist, so liegt in der Vornahme eines Fremdvergleiches in keiner Weise eine Ungleichbehandlung grenzüberschreitender gegenüber nationalen Kapitalbewegungen.

Darauf, ob die Nichtberücksichtigung der geltend gemachten Zinszahlungen als Betriebsausgaben auch aus § 22 Abs 1 BAO folgen würde, war sohin nicht mehr einzugehen“.

## Anmerkung

Von Sebastian Bergmann

Ungeachtet ihrer Bezeichnung sind die in der Praxis mitunter vorzufindenden „Gewinnscheine“ inhaltlich in aller Regel als (wert-

papiermäßig verbrieft) Genussrechte zu qualifizieren.<sup>1</sup> Gemäß § 8 Abs 3 Z 1 Teilstich 2 KStG ist bei „Ausschüttungen jeder

1 Vgl. OGH 24. 1. 2006, 10 Ob 34/05f; 29. 1. 2003, 7 Ob 267/02v; 21. 5. 1997, 7 Ob 2387/96x; VwGH 24. 2. 2004, 98/14/0131; Littich, Arten und Erscheinungsformen der Mezzaninfinanzie-

rung, in *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe*, Unternehmensfinanzierung und Kapitalanlagen nach der Steuerreform (1990) 87 (93 und 95); *Bergmann*, Genussrechte (2016) 183.

Art [...] auf Genussrechte [...], mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn des Steuerpflichtigen verbunden ist“, eine körperschaftsteuerlich unbeachtliche Einkommensverwendung anzunehmen. Daraus ergibt sich, dass von Körperschaften emittierte Genussrechte, die ihren Inhabern kumulativ<sup>2</sup> sowohl eine Beteiligung am laufenden Gewinn als auch eine solche am Liquidationsgewinn einräumen, bei der Emittentenkörperschaft als steuerliches Eigenkapital zu qualifizieren sind,<sup>3</sup> während Genussrechte, die die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 Abs 3 Z 1 Teilstrich 2 KStG mangels Vorliegen entweder einer laufenden Gewinnbeteiligung oder einer Liquidationsgewinnbeteiligung nicht erfüllen, als steuerliches Fremdkapital gelten.<sup>4</sup> Sofern überlassenes Genussrechtskapital als steuerliches Fremdkapital gilt, ist hinsichtlich der auf die Genussrechtsinhaber entfallenden Vergütungen auf Emittentenebene grundsätzlich ein Betriebsausgabenabzug zulässig.<sup>5</sup> Wohl im Hinblick auf diesen Umstand war bei den verfahrensgegenständlichen Genussrechten nur eine laufende Gewinnbeteiligung, nicht aber auch Beteiligung am Liquidationsgewinn vereinbart. Der VwGH verneinte die Zulässigkeit eines Betriebsausgabenabzugs auf Ebene der beschwerdeführenden Genussrechtsemittentin ungeachtet dessen mit der Begründung, dass bereits die Einräumung der Genussrechte dem Grunde nach nicht fremdüblich war und deshalb – vor dem Hintergrund des bestehenden Naheverhältnisses zwischen der beschwerdefüh-

renden Genussrechtsemittentin und den Genussrechtsinhabern – als verdeckte Ausschüttung zu qualifizieren war. Der Anlassfall stellt dabei insofern einen besonderen Fall der verdeckten Ausschüttung dar, als an der verdeckt ausschüttenden GmbH eine Privatstiftung als Gesellschafterin beteiligt ist, deren Begünstigter Empfänger des Vermögensvorteils ist. Der VwGH geht in diesem Zusammenhang von einem zweistufigen Vorgang aus: Einerseits liegt eine verdeckte Ausschüttung der GmbH an die Privatstiftung vor (die als Beteiligungsertrag gemäß § 10 KStG körperschaftsteuerfrei ist). Andererseits liegt eine verdeckte Zuwendung der Privatstiftung an den Begünstigten vor.<sup>6</sup>

Im Schrifttum wird dazu kritisch angemerkt, dass die gänzliche Nichtanerkennung des Genussrechtsverhältnisses nicht unproblematisch sei, zumal im gegenständlichen Fall eindeutige und klar dokumentierte Rechtsverhältnisse vorlagen. Zwar möge die Gewinnbeteiligung nicht fremdüblich gewesen sein, doch würde dies nicht die gänzliche Nichtanerkennung rechtfertigen. Der Grundsatz der Finanzierungsfreiheit solle vielmehr in jedem Fall gewahrt bleiben und stünde die Entscheidung insofern in einem Spannungsverhältnis zur neueren VwGH-Judikatur zu Darlehen aus Verrechnungskonten sowie zu verdecktem Eigenkapital. Sachgerecht wäre gewesen, das Genussrechtsverhältnis dem Grunde nach anzuerkennen und nur die Genussrechtskonditionen an den Maßstäben der verdeckten Ausschüttungen (Fremdvergleich) zu messen.<sup>7</sup>

2 Vgl BFH 11. 2. 1987, I R 43/83, BStBl 1987 II 643; *Jann*, Kapitalertragsteuer und Endbesteuerung bei Genussrechten (1998) 40; *Lang*, Hybride Finanzierungen im Internationalen Steuerrecht (1991) 141; *Six*, Hybride Finanzierung im Internationalen Steuerrecht 31; *Eberhartinger*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen 154; *Marschner*, Einlagen in Kapitalgesellschaften (2015) 206; *Bergmann*, Genussrechte 455.

3 Vgl VwGH 18. 11. 2008, 2006/15/0050; *Eberhartinger*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen (1996) 154; *Six*, Hybride Finanzierung im Internationalen Steuerrecht (2007) 30; *Raab/Renner* in *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger/Vock*, KStG<sup>25</sup> (2015) § 8 Tz 90/6; KStR 2013 Rz 557; *Bergmann*, Genussrechte 452.

4 Vgl *Ressler/Stürzlinger* in *Lang/Rust/Schuch/Staringer*, KStG<sup>2</sup> (2015) § 8 Rz 184 und 204; *Raab/Renner* in *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger/Vock*, KStG<sup>25</sup> § 8 Tz 90/6; KStR 2013 Rz 557 und 1193; *Bergmann*, Genussrechte 453.

5 Vgl BFH 26. 8. 2010, I R 53/09, BFH/NV 2011, 135; 14. 6. 2005, VIII R 73/03, BStBl 2005 II 861; 19. 1. 1994, I R 67/92, BStBl 1996 II 77; 11. 2. 1987, I R 43/83, BStBl 1987 II 643; *Six*, Hybride Finanzierung im Internationalen Steuerrecht 34; *Raab/Renner* in *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger/Vock*, KStG<sup>25</sup> § 8 Tz 90/6; *Ressler/Stürzlinger* in *Lang/Rust/Schuch/Staringer*, KStG<sup>2</sup> § 8 Rz 204; KStR 2013 Rz 557; *Bergmann*, Genussrechte 501.

6 Vgl in diesem Sinne bereits VwGH 21. 2. 2013, 2009/13/0257; *Marschner*, VwGH: Zuwendungsbesteuerung auch bei verdeckter Ausschüttung der Tochtergesellschaft der Stiftung, ZFS 2013, 75 (75 ff); *derselbe*, VwGH: Durchgeleitete verdeckte Ausschüttung, GES 2013, 263 (263 ff); *Petriz*, VwGH zur verdeckten Zuwendung von Privatstiftungen, RdW 2013, 373 (273 ff); *Raab/Renner* in *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger/Vock*, KStG<sup>25</sup> (2015) § 8 Tz 162/2.

7 Vgl *Kirchmayr/Achatz*, Aktuelle Judikatur des VwGH zu Genussrechten, taxlex 2016, 213 (213).