



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Feldkirch
Senat 2

GZ. RV/0165-F/09

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Dr. Romuald Kopf und die weiteren Mitglieder Dr. Gerald Daniaux, Mag. Tino Ricker und Mag. Michael Kühne über die Berufungen des a, vertreten durch Fa. Schrottenbaum & Partner, Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung GmbH & Co KG, 6900 Bregenz, Brosswaldengasse 12, gegen die Bescheide des Finanzamtes Bregenz, vertreten durch Dr. Ignaz Arnoldi, betreffend Einkommensteuer 2006, 2007, 2008 und 2009 nach der am 16. Mai 2012 in 6800 Feldkirch, Schillerstraße 2, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Der Berufung wird in Bezug auf das Jahr 2006 stattgegeben. Der angefochtene Bescheid wird abgeändert. Die Bemessungsgrundlage und die Höhe der Abgabe sind dem Ende der folgenden Entscheidungsgründe zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Spruchs

Die erstinstanzlichen Bescheide ab 2007 werden bestätigt und bleiben unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) hat in seiner Einkommensteuererklärung für das Jahr 2006 negative Kapitaleinkünfte aus Darlehenszinsen in Höhe € 960,87 erklärt, welche vom Finanzamt Bregenz unter Hinweis auf den Abweisungsbescheid betreffend den Antrag auf Aufhebung des Einkommensteuerbescheides 2005 steuerlich nicht anerkannt wurden.

In diesem vorausgegangenem Antrag vom 15. Oktober 2007 auf Aufhebung des Einkommensteuerbescheides 2005 gemäß § 299 BAO hat die steuerliche Vertretung des Bw. dargelegt, dass die Gesellschafter der w GmbH als Eigentümerin der s GmbH (Unternehmensschwerpunkt Herstellung von zn) am 6. Mai 2005 einen Vertrag zur Gewährung eines nachrangigen Darlehens an die s GmbH abgeschlossen hätten. Dabei hätten sich die Gesellschafter der w GmbH verpflichtet, ein Gesellschafterdarlehen in Höhe von insgesamt € 300.000,00 an die s GmbH zu leisten. Dieses Darlehen werde variabel verzinst und sei abhängig vom Ergebnis der e-Gruppe. Eine Auszahlung dieser Zinsen an die Gesellschaft könne jedoch erst dann erfolgen, wenn die AWS [Austria Wirtschaftsservice GmbH, Anmerkung UFS: Die AWS ist die Förderbank für den österreichischen Mittelstand. Als Förderbank des Bundes für Wirtschaftsförderungen unterstützt sie mit zinsengünstigen erp-Krediten, Zuschüssen, Haftungen und Garantien Unternehmen bei der Finanzierung & Förderung ihrer Projekte. Die aws stellt zudem Informationen und Know-how, Beratungs- & Serviceleistungen bereit. Das Angebot erstreckt sich von der Phase der (Vor-)Gründung eines Unternehmens bis hin zu Internationalisierungsvorhaben] als sicherstellendes Institut die Zustimmung zur Auszahlung von Zinsen erteilt habe. Im Jahr 2005 sei eine derartige Zustimmung nicht erfolgt. Zur Finanzierung des Gesellschafterdarlehens für den Bw. sei ein Darlehen bei der y am Bodensee aufgenommen worden. Für dieses Darlehen seien im Jahr 2005 € 350,75 an Spesen angefallen, welche als negative Einkünfte aus Kapitalvermögen steuerlich Berücksichtigung finden sollten. Beigefügt dem Antrag wurde in Kopie ein Vertrag „Gewährung eines nachrangigen Darlehens an die s GmbH“, welcher wie folgt lautet:

„1. Präambel“

Die e Firmengruppe beabsichtigt, in f, einen dritten Produktionsstandort aufzubauen. Das dafür vorgesehene Investitionsvolumen beläuft sich auf 6,5 Mio. €. Dafür muss Fremdkapital in Höhe von insgesamt 5,2 Mio. € aufgenommen werden. Das finanzierende Institut ist die g. Darüber hinaus wird eine lokale Betriebsmittellinie in Höhe von 1,0 Mio. € durch die h bereitgestellt.

Als Sicherstellung für die finanzierende Bank soll eine Finanzierungsgarantie der Austria Wirtschaftsservice (AWS) dienen. Die AWS hat mit Schreiben vom 14. März 2005 die Gewährung von derartigen Finanzierungsgarantien für einen Kreditbetrag von insgesamt € 4.600.000,00 mit einer Quote von 90 % zugesagt. Voraussetzung für eine Gewährung der Garantien ist ein Eigenfinanzierungsanteil von insgesamt 1,3 Mio. €.

Neben dem Verkauf von Wertpapieren (€ 500.000,00) und Mitteln aus dem Cash Flow (€ 300.000,00) sehen die Bedingungen der AWS auch die Bereitstellung zusätzlicher Finanzmittel aus dem Gesellschafterkreis in Höhe von € 500.000,00 vor.

Gesellschafter und weitere Kreditgeber erklären hiermit verbindlich die Bereitstellung von insgesamt

€ 300.000,00 in Form eines nachrangigen Darlehens und

€ 200.000,00 in Form einer Nachschussverpflichtung

an die s GmbH. Die Aufteilung dieser Summen auf die einzelnen Kreditgeber sowie die Bedingungen sind in der Folge festgehalten.

2. Kreditbeträge

Folgende Tabelle listet die Kreditgeberin mit den auf sie entfallenden Darlehens-Tranchen:

Kreditgeber	Darlehensbetrag	Nachschussverpflichtung	Summe
i	9.000,00	6.000,00	15.000,00
j	30.000,00	20.000,00	50.000,00
k	36.000,00	24.000,00	60.000,00
l	30.000,00	20.000,00	50.000,00
m	45.000,00	30.000,00	75.000,00
o	75.000,00	50.000,00	125.000,00
t	75.000,00	50.000,00	125.000,00
<i>Total</i>	300.000,00	200.000,00	500.000,00

3. Verzinsung

Die Verzinsung des Darlehens ist variabel und erfolgt jährlich auf Grundlage des konsolidierten Abschlusses der e-Gruppe (w GmbH, s GmbH und v.) Folgender Schlüssel kommt dabei zur Anwendung:

Konsolidiertes EGT der e Gruppe	Zinsfuß p.a. für Darlehen
---------------------------------	---------------------------

<i>Bis EUR 500.000,00</i>	<i>3 %</i>
<i>EUR 500.001,00 bis 1.000.000,00</i>	<i>5 %</i>
<i>EUR 1.000.001,00 bis 1.500.000,00</i>	<i>7 %</i>
<i>EUR 1.500.001,00 bis 2.000.000,00</i>	<i>9 %</i>
<i>EUR 2.000.001,00 bis 2.500.000,00</i>	<i>11 %</i>
<i>EUR 2.500.001,00 bis 3.000.000,00</i>	<i>13 %</i>
<i>Über EUR 3.000.000,00</i>	<i>15 %</i>

Der ermittelte Zinssatz wird auf das gesamte ausstehende Kapital angewendet. Soweit die Zinsen nicht ausgezahlt werden, sind sie jeweils zum 31. Dezember zu kapitalisieren. Solange die AWS aus der o.a. Finanzierungsgarantie haftet, kann eine Auszahlung von Zinsen nur nach vorheriger Zustimmung der AWS erfolgen.

4. Tilgung

Das gewährte Darlehen ist insolvenzrechtlich nachrangig. Einen fixen Tilgungsplan gibt es nicht. Solange die AWS aus der o.a. Finanzierungsgarantie haftet, kann eine Tilgung nur mit Zustimmung der AWS erfolgen.

Aus den Tilgungsplänen für die AWS-besicherten Kredite der r ergibt sich, dass bei planmäßigem Geschäftsverlauf mit der Tilgung des gesamten Darlehens bis Ende 2012 zu rechnen ist. Bei guter Geschäftsentwicklung sind vorzeitige Tilgungen möglich, sofern die vorherige Zustimmung der AWS dazu vorliegt.

5. Nachschussverpflichtung

Sollte die e-Gruppe ihren Verpflichtungen nicht mehr in ausreichendem Maße nachkommen können, so verpflichten sich die Kreditgeber hiermit, Nachschüsse jeweils bis zu einem Höchstbetrag gemäß Punkt 2 zu leisten.

bb, am 6. Mai 2005

Gezeichnet durch die Gesellschafter der w GmbH (Gesellschafter der s GmbH) sowie weitere Darlehensgeber (o, t) und die Kreditnehmer, s GmbH, m und t."

Das Finanzamt hat wie bereits oben ausgeführt mit Bescheid vom 18. Dezember 2007 den Antrag auf Aufhebung des Einkommensteuerbescheides 2005 als unbegründet abgewiesen.

Die festgestellte Fremdunüblichkeit sei anhand der Vorhaltbeantwortung durch den Bw. nicht beseitigt worden.

In der nunmehr gegen den Einkommensteuerbescheid 2006 erhobenen Berufung führt der steuerliche Vertreter des Bw. im Wesentlichen aus, dass im Darlehensvertrag und im Antrag nach § 299 BAO ausgeführt worden sei, dass das Darlehen insolvenzrechtlich nachrangig sei. Eine derartige Nachrangigkeit bringe es mit sich, dass im Falle einer Insolvenz zuerst alle anderen Gläubiger befriedigt würden bevor die Nachrangdarlehensgeber befriedigt würden. Dies impliziere, dass die e GmbH keine Sicherheiten für das Darlehen geleistet habe. Aus Punkt 4 des Darlehensvertrages sei abzuleiten, dass bei planmäßiger Unternehmensentwicklung mit einer Tilgung des Gesellschafterdarlehens inklusive der bis dahin aufgelaufenen Zinsen bis spätestens Ende 2013 zu rechnen sei. Das Darlehen habe daher eine Laufzeit von maximal 8,5 Jahren. Für den Fremdvergleich könne auf nachrangige Anleihen, die am Kapitalmarkt platziert würden, verwiesen werden, die mit ähnlicher Laufzeit und ähnlicher Verzinsung aufgelegt würden. Dem Darlehensvertrag sei ebenfalls zu entnehmen, dass in Abhängigkeit der Ergebnisse der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit der e-Gruppe Zinsen in Höhe von 3 % bis 15 % den Darlehensgebern gutgeschrieben und nach Zustimmung der AWS auch ausbezahlt würden. Im Jahr 2005 sei es für den Bw. zu einer Zinsgutschrift von 9 % (€ 1.072,60) sowie für das Jahr 2006 von 11 % (€ 3.298,92) gekommen. Die erstmalige Zustimmung zur Auszahlung von Zinsen habe die AWS im Jahr 2007 erteilt, weshalb es 2007 zum Zufluss von Zinsen im Betrag von € 4.371,53 an den Bw. gekommen sei. Es könne im vorliegenden Fall von Risikokapital ausgegangen werden. Für derartiges Kapital würden in der Regel keine oder nur sehr geringe Sicherheiten geleistet. Aufgrund der erhöhten Risikos und der fehlenden Sicherheiten würden zum Ausgleich eine hohe Risikoprämie bei Verzinsung gewährt. In der Vereinbarung seien sowohl Verzinsung als auch Tilgung eindeutig geregelt. Weiters sei bei der Beurteilung des Darlehens auf die Eigenkapitalquote der s GmbH zu verweisen, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages bei ca. 25 % gelegen sei. In Anlehnung an die Bestimmung des Eigenkapitalersatzrechtes wäre bei einer Eigenkapitalquote unter 8 % von einer Eigenkapital ersetzenden Maßnahme auszugehen. Bei Begründung einer vertraglichen Beziehung zwischen Körperschaft und Anteilsinhaber sei in erster Linie zu beachten, dass der Vertrag nach außen ausreichend zum Ausdruck komme, einen klaren und eindeutigen Inhalt habe und hinsichtlich der Konditionen dem Fremdvergleich standhalten würde. Die Vereinbarung zur Gewährung eines nachrangigen Darlehens sei beim Finanzamt angezeigt und vergebührt worden. Darlehenshöhe, Verzinsung und Tilgung würden die Voraussetzungen der Angehörigenjudikatur erfüllen. Da das Darlehen zu 25 % von einem Nichtgesellschafter

gewährt worden sei und derartiges Risikokapital am Kapitalmarkt angeboten worden sei, könne der Fremdvergleich als erfüllt angesehen werden. Zusammenfassend sei daher festzuhalten, dass die s GmbH im Zeitpunkt der Darlehensgewährung und auch heute jedenfalls kreditwürdig gewesen sei und auch von Dritten Darlehen eingeräumt worden seien, da die Gesellschaft über eine angemessene Eigenkapitalausstattung verfügt habe. Dem Gesellschafterdarlehen liege eine klare, schriftliche und fremdübliche Vereinbarung zu Grunde. Verdecktes Stammkapital liege daher nicht vor.

In der abweisenden Berufungsvorentscheidung des Finanzamtes Bregenz vom 28. November 2008 wird auf die Angehörigenjudikatur (Fremdvergleich) verwiesen, welche auch Anwendung für Vertragsbeziehungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft finde. Fremdunüblich sei diesfalls beispielsweise das Nichtfestlegen der konkreten Fälligkeitszeitpunkte hinsichtlich der Zinsengutschriften zu werten. Ebenso die Höhe des Zinssatzes, welcher sich zwischen 3 bis 15 Prozent bewege. Tatsächlich seien laut Berufung 2005 9 % und 2006 11 % Zinsgutschriften für die Darlehensgeber erfolgt und der s GmbH angelastet worden. Der 3-Monats-Euribor, die am meisten verwendete Kennzahl der Banken für Zinsaufschläge, habe im Jahr 2005 einen Periodendurchschnitt von 2,18 % und für 2006 einen solchen von 3,08 % aufgewiesen. Üblicherweise bewege sich der Aufschlag der Geschäftsbanken zwischen 0,75 % und 1,25 % für Firmenkunden. Die e GmbH, welche im Streitjahr über ca. 25 % Eigenkapital verfügt habe, wäre – nach Fremdverhaltensgrundsätzen – niemals bereit gewesen, für das für die Expansion nach Osteuropa erforderliche Kapital höhere Zinsen zu vereinbaren als jene, welche sie auf dem regulären Kapitalmarkt leisten hätte müssen. Geschäftsbanken hätten der s GmbH maximal 3,25 % bzw. 4,25 % an Kreditzinsen für die Jahre 2005 bzw. 2006 angelastet. Die GmbH habe an maßgeblich beherrschende Personen ein Mehrfaches der marktüblichen Finanzierungszinsen geleistet. Sie habe nicht über die zeitliche Hingabe der Darlehenszinsen an die Geber disponieren können, da der Abflusszeitpunkt von der AWS als Hauptfinanzierer bestimmt worden sei. Es handle sich um die klassische Gestaltung eines (Darlehens-) Vertrages mit dem Ziel, die Modalitäten exemplarisch, also vor allem einseitig, auf die Interessen und Ziele der Gesellschafter und des Geschäftsführers abzustellen, ohne nur annähernd auf insgesamt ausgewogene Konditionen im zweiseitigen Darlehensverhältnis zu achten. Der Einwand, es sei Risikokapital zur Verfügung gestellt worden, überzeuge nicht, da die GmbH doch mit einer Eigenkapitalquote von 25 % über eine übliche Ausstattung mit Eigenmitteln verfüge. In der gegebenen Situation hätten die Gesellschafter Eigenkapital zugeführt, mit der Konsequenz, dass bei den Banken hierfür allenfalls aufgenommene Verbindlichkeiten steuerlich nicht zu verwerten gewesen wären.

Im Vorlageantrag an die Abgabenbehörde zweiter Instanz wird ergänzend zum bisherigen Berufungsvorbringen ausgeführt, dass der Vergleichsmaßstab zur Beurteilung der Einhaltung des Fremdvergleichsgrundsatzes nicht der 3-Monats-Euribor, sondern langfristige nachrangige Unternehmensanleihen mit vergleichbarer Risikolage sei. Derartige Anleihen würden mit ähnlicher Laufzeit und Verzinsung am Kapitalmarkt platziert. Das Risiko der Finanzierung sei im gegenständlichen Fall trotz des Eigenkapitals von € 3,9 Mio. (rd. 25 %) als hoch einzuschätzen, da das nachrangige Darlehen für eine Investition von insgesamt € 6,5 Mio. gewährt worden sei. Ein Vergleich mit Zinsaufschlägen von Geschäftsbanken (zwischen 0,75 % und 1,25 % auf den 3-Monats-Euribor) sei nicht zulässig, da Aufschläge in dieser Größenordnung nur gewährt würden, wenn durch den Darlehensnehmer erstklassige Sicherheiten beigebracht werden könnten. Im gegenständlichen Fall sei es der s GmbH nicht möglich, Sicherheiten zu leisten. Das Darlehen sei insolvenzrechtlich nachrangig, was im Insolvenzfall zu einem Totalausfall führen würde. Im Vergleich dazu könnten Geschäftsbanken in so einem Fall in der Regel Aus- oder Absonderungsrechte geltend machen, die bei tauglicher Besicherung zur vollen Befriedigung führen würden. Es sei davon auszugehen, dass die in der Berufungsentscheidung angeführten Zinsaufschläge keine bzw. nur marginale Risikoaufschläge enthalten würden. Alleine die Nachrangigkeit des Darlehens rechtfertige im Fremdvergleich im nachrangigen Unternehmensanleihen einen Risikozuschlag von zumindest 3 %. Die Ansicht des Finanzamtes, dass Herr t als Geschäftsführer der s GmbH nur deshalb in den Kreis der Kreditgeber aufgenommen worden sei, um die Anwendung der vom VwGH entwickelten Grundsätze hinsichtlich der „Vereinbarungen zwischen nahen Angehörigen“ auszuschließen, sei entschieden zurückzuweisen. Wie aus dem Darlehensvertrag hervorgehe, habe Herr u im Betrag von € 125.000,00 Risiko auf sich genommen, ohne dass sich für einen der Beteiligten ein steuerlicher Vorteil ergeben würde. Im Übrigen sei festzustellen, dass bei Abschluss der Finanzierung des Investitionsvorhabens im Allgemeinen und des gegenständlichen Darlehens im Besonderen steuerliche Motive keine Rolle gespielt hätten. Das einzige Ziel sei es gewesen, die Finanzierung für die neuen Investitionen zu sichern, welche ohne die Mittel der Gesellschafter nicht zu Stande gekommen wäre.

In den Einkommensteuererklärungen für die Jahre 2007, 2008 und 2009 wurden € 3.877,00, € 4.292,90 und € 4.524,39 als positive Kapitaleinkünfte erklärt und vom Finanzamt als nicht endbesteuerungsfähige Einkünfte aus Kapitalvermögen in den entsprechenden Einkommensteuerbescheiden veranlagt.

In der gegen diese Einkommensteuerbescheide 2007, 2008 und 2009 erhobenen Berufungen bzw. gleichzeitig gestellten Vorlagenanträgen wird jeweils beantragt, diese

Einkommensteuerbescheide insoweit abzuändern, als die erklärten Einkünfte aus Kapitalvermögen keine Berücksichtigung finden sollten, solange über das Rechtsmittel gegen den Einkommensteuerbescheid 2006 nicht entschieden worden sei.

Das Finanzamt hat betreffend der zuletzt genannten Berufungen keine Berufungsvorentscheidungen erlassen, sondern diese unmittelbar der Abgabenbehörde II. Instanz vorgelegt.

Über Vorhalt des Unabhängigen Finanzsenates wurde der Berufungsbehörde das Schreiben „Ihr Garantievertrag vom 20. Oktober 2004“ der AWS an die s GmbH vom 14. März 2005 vorgelegt, in welchem u.a. verfahrenswesentlich mitgeteilt wird, dass das Beschlussgremium eine Finanzierungsgarantie ohne Risk-Sharing für einen Kreditbetrag von € 600.000,00 (Quote 90 %) und einer weiteren Finanzierungsgarantie ohne Risk-Sharing für einen Kreditbetrag von € 4.000.000,00 (ebenfalls Quote 90 %) am 10. März 2005 beschlossen habe. Die Finanzierungsstruktur des Projektes stelle sich gemäß dem Beschluss wie folgt dar:

RZB-Kredit 1 (aws-garantiert)	TEUR 600
RZB-Kredit 2 (im eigenen Risiko d. Bank)	TEUR 600
Eigenmittel e Ges.m.b.H.	TEUR 1.300
Davon. Gesellschafterdarlehen an e Ges.m.b.H.	TEUR 500
Veräußerung nicht gebundener Wertpapiere	TEUR 500
Cash-Flow	TEUR 300
Gesamt	TEUR 2.500

Ein weiterer Finanzierungsanteil mit aws-Garantie sei der von der RZB direkt der v. zu gewährende und mit einer Garantie- und Stundungsvereinbarung zwischen der s Ges.m.b.H. und der RZB zu unterlegende Kredit in Höhe von TEUR 4.000.

In der am 30. April 2012 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde wiederholend bzw. ergänzend vom Vertreter des Finanzamtes im Wesentlichen ausgeführt, dass die Fremdüblichkeit des Darlehens nicht gegeben sei, was beim Vergleich des Zinssatzes, den einerseits die Gesellschaft den Gesellschaftern zu zahlen hätte, und andererseits die Gesellschafter den Banken zu zahlen hätten, offensichtlich werde. Bezüglich der Fremdüblichkeit sei auch zu beachten, dass im Jahr 2009 u Gesellschafter geworden sei. Die

von ihm eingegangene Nachschussverpflichtung vom Jahr 2005 würde dafür sprechen, dass eine Beteiligung bereits im Jahr 2005 geplant gewesen sei, weshalb die Namhaftmachung von x als Beweis für die Fremdüblichkeit ungeeignet sei. Der AWS habe die Forderung gestellt, dass aus dem Gesellschafterkreis bzw. von der s GmbH Eigenmittel in Höhe von € 1,3 Mio. zur Verfügung gestellt würden, auf welche Art und Weise immer. Die GmbH sei von der Großbetriebsprüfung Feldkirch in den genannten Jahren geprüft worden, es sei aber sicher so, dass die Zinszahlungen für die Gesellschafter nicht ein Prüfungsfeld dargestellt hätten. Es möge schon zutreffen, dass die Banken meistens eine Sicherheitsleistung in Höhe von 130 % des gewährten Kredites verlangen würden. Dass dies aber nicht immer so sei, werde durch die Wirtschafts- bzw. Finanzkrise und die Bankenzusammenbrüche belegt. Angesichts der Eigenkapitalquote und des guten Geschäftsganges in den Jahren 2004 und 2005 hätte sich die Gesellschaft nie bei einer Bank zu diesen Konditionen einen Kredit geholt. Sie hätte vielmehr nur bankübliche Zinsen bezahlt, die erheblich geringer gewesen wären.

Vom Bw. bzw. seinem steuerlichen Vertreter wurde in der mündlichen Verhandlung ebenfalls wiederholend bzw. ergänzend vorgebracht, dass die s GmbH von der Großbetriebsprüfung Feldkirch geprüft worden sei, wobei hinsichtlich der als Betriebsausgaben geltend gemachten Zinsaufwendungen betreffend „Gesellschafterdarlehen“ keine Feststellungen getroffen bzw. diese anerkannt worden seien. Es werde darauf verwiesen, dass im Falle einer Nichtanerkennung als Gesellschafterdarlehen die steuerlichen Vorteile sogar überwiegen würden. Aus steuerlichen Gründen sei die vom Finanzamt beanstandete Gestaltung jedenfalls nicht gemacht worden. Wenn die gezahlten Zinsen bei den Gesellschaftern nicht steuerlich zu erfassen wären, dann bedeute dies einen Wegfall einer Besteuerung von 50 %, welcher eine Besteuerung von verdeckten Gewinnausschüttungen in Höhe von 43 % gegenüber stehen würde. An der Darlehensgewährung hätten sich die Gesellschafter in einem anderen Verhältnis als am Unternehmen beteiligt. Deshalb sei auch diese Konstruktion gewählt worden, denn die angemessene Gegenleistung für das hingegebene Darlehen wäre quotenmäßig anders zu erfassen als die Gewinnausschüttungen. Auch entspreche das Verhältnis der Nachschussverpflichtung demjenigen der Darlehensquote, nicht jedoch dem Beteiligungsverhältnis an der Gesellschaft. Die wirtschaftlichen Schwierigkeiten habe es insbesondere in den Jahren 1996 bis 1998 gegeben. Die Auslagerung des Stahlbaus sei ein Projekt gewesen, das einen entsprechenden Vorlauf benötigt hätte. Es möge sein, dass der Bw. in einem völlig anderen Zusammenhang ein höheres Risiko eingegangen sei, und dass dieses Risiko schlagend geworden sei. Dies habe aber mit der gegenständlichen Darlehenshingabe durch den Bw. und eine Reihe anderer Personen nichts zu tun. Die Mittelhingabe durch die Gesellschafter bzw. das finanzielle Engagement der Gesellschafter sei

von Seiten der AWS gefordert worden. Dies habe Sinn gemacht. Es sei wirtschaftlich angemessen und fremdüblich gewesen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Strittig im gegenständlichen Berufungsverfahren ist, ob die in Form eines Darlehens erfolgte Hingabe eines Geldbetrages des Gesellschafters (Bw.) an die Gesellschaft steuerlich als Darlehensgewährung oder Leistung einer verdeckten Einlage zu beurteilen ist.

Auf Grund der Aktenlage bzw. der aus dem dargestellten Verfahrensverlauf resultierenden Ermittlungsergebnisse ist zusammenfassend von folgendem – unbestrittenem – entscheidungsrelevanten Sachverhalt auszugehen:

Der am 6. Mai 2005 (Datum des Vertragsabschlusses) an der s GmbH zu 0,02 % und an der w GmbH zu 0,54 % am Stammkapital beteiligte Bw. hat der s GmbH ein Darlehen in Höhe von € 9.000,00 – gewährt. Gleichzeitig ging er eine (nicht schlagend gewordene) Nachschussverpflichtung in Höhe von € 6.000,00 für den Fall ein, dass die e-Gruppe ihren Verpflichtungen nicht mehr im ausreichenden Maße nachkommen könne. Die Verzinsung des Darlehens war flexibel und jährlich an den konsolidierten Abschluss der e-Gruppe sowie an die vorherige Zustimmung zur Auszahlung des AWS gebunden, solange diese aus der Finanzierungsgarantie haftet. Das Darlehen war zudem insolvenzrechtlich nachrangig und die Tilgung ebenfalls für die Dauer der Finanzierungsgarantie nur mit Zustimmung der AWS möglich.

Im Übrigen wird auf die detaillierte Sachverhaltsdarstellung eingangs dieser Entscheidung verwiesen.

Strittig ist – wie oben ausgeführt – die Qualifikation eines vom Bw. an die s GmbH aus dem Titel eines Darlehens hingegebenen Geldbetrages in Höhe von € 9.000,00.

Hierzu ergeben sich folgende rechtliche Erwägungen:

Gemäß § 4 Abs. 12 Z 1 EStG 1988 zählen zu den *Einlagen u.a. auch Verbindlichkeiten, denen abgabenrechtlich die Eigenschaft eines verdeckten Grund-, Stamm- oder Genossenschaftskapitals zukommt.*

Der Verwaltungsgerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung (vgl. VwGH 20.4.1982, 81/14/0195, 82/14/0004; VwGH 18.10.1989, 88/13/0180; 18.12.1990, 89/14/0133) die Auffassung, dass der Steuerpflichtige in der Wahl der Mittel, mit denen er seinen Betrieb

führen will, grundsätzlich nicht beschränkt ist und er bei der Auswahl seiner Finanzierungsmöglichkeiten nicht bevormundet werden darf, es ihm also grundsätzlich freisteht, seinen Betrieb mit Eigenmitteln oder mit Fremdkapital auszustatten. Nur unter besonderen Umständen, die dafür sprechen, dass die Ausstattung mit Fremdkapital objektiv den wirtschaftlichen Erfolg hat, Eigenkapital zu ersetzen und daher eine Kapitalzuführung das wirtschaftlich Gebotene gewesen wäre, kann eine Fremdmittelzuführung als verdecktes Eigenkapital angesehen werden. An die den Abgabenbehörden obliegende Beweisführung, dass im konkreten Fall besondere Umstände der angegebenen Art vorliegen, sind besondere strenge Anforderungen zu stellen. Die Beurteilung, ob derartige besondere Umstände vorliegen oder nicht, ist auf den Zeitpunkt der Mittelzuführung abzustellen.

Entscheidend für das Vorliegen solcher besonderen Umstände ist das Gesamtbild der Verhältnisse. Die Tatsache, dass ein Darlehen zu gleich günstigen Bedingungen am Kapitalmarkt nicht erhältlich war, genügt für sich alleine nicht (VwGH 20.4.1982, 81/14/0195).

Die Wertung von Leistungsbeziehungen zwischen Körperschaften und ihren Mitgliedern als betriebliche Vorgänge setzt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes voraus, dass diese auch unter gesellschaftsfremden Personen üblichen Bedingungen erfolgen. Andernfalls liegen Ausschüttungs- bzw. Einlage-Vorgänge vor, auch wenn die Vorgänge in zivilrechtliche Geschäfte gekleidet werden.

Die gesellschaftsrechtliche Veranlassung wird nach der st Rspr des VwGH (zB VwGH 31.3.2000, 95/15/0056; 3.8.2000, 96/15/0159; 26.2.2004, 99/15/0053; 2.6.2004, 2001/13/0229; 31.5.2005, 2000/15/0059; 16.12.2009, 2005/15/0058) sowie nach der Verwaltungspraxis (KStR 2001, Rz 754) anhand eines Fremdvergleichs ermittelt. Dabei werden die Verträge zwischen der Kapitalgesellschaft und ihren Gesellschaftern an jenen Kriterien gemessen, die für die Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen entwickelt wurden. Nach diesen Maßstäben muss eine Vereinbarung (KStR 2001, Rz 754)

- nach außen ausreichend zum Ausdruck kommen,
- einen eindeutigen, klaren und jeden Zweifel ausschließenden Inhalt haben und
- zwischen Fremden unter den gleichen Bedingungen abgeschlossen werden (zusammenfassend zB Kirchmayr in Leitner, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung, 94; Achatz/Kirchmayr, Körperschaftssteuergesetz Kommentar, § 8 Tz 277).

An die formalen Kriterien der Klarheit und Eindeutigkeit einer Vereinbarung sowie deren Dokumentation werden daher idR umso höhere Anforderungen gestellt werden müssen, je

höher die Beteiligung ist. Denn mit der Beteiligungshöhe steigt auch idR die Gefahr der Manipulierbarkeit der schuldrechtlichen Beziehungen im Hinblick auf die Gesellschafterstellung (ähnlich Renner, KStG 1988¹⁸, § 8 Tz 173; vgl auch BFH 31.5.1995, I R 64/94, BStBl II 1996, 246; Achatz/Kirchmayr, Körperschaftssteuergesetz Kommentar, § 8 Tz 283).

Die Frage des Fremdvergleiches ist eine Sachverhalts- und damit keine Rechtsfrage und daher von den Finanzbehörden auf Basis eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens in freier Beweiswürdigung zu lösen (zB VwGH 31.3.2000, 95/15/0056; 24.4.1996, 94/13/0124; KStR Rz 755). Die Finanzbehörden tragen dabei grundsätzlich die Nachweisverpflichtung, dass eine Gestaltung objektiv unangemessen ist (VwGH 10.5.1994, 90/14/0050; KStR 2001 Rz 755). Ist eine Gestaltung unangemessen, kann der Steuerpflichtige durch den Nachweis subjektiver Komponenten die objektive Unangemessenheit widerlegen (vgl dazu Tz 308 ff und Toifl, Subjektiver Tatbestand, 140). Da der Fremdvergleich primär auf Sachverhaltsebene zu lösen ist, ist auf eine einzelfallbezogene Betrachtungsweise abzustellen (zusammenfassend Kirchmayr in Leitner, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung, 94; Achatz/Kirchmayr, Körperschaftssteuergesetz Kommentar, § 8 Tz 279).

Die Umdeutung eines Darlehens ist die behördlicherseits beweispflichtige Ausnahme (Lang/Schuch/Staringer, KStG, § 8 Rz 47). Das verdeckte Eigenkapital (in der Rspr auch als „verdecktes Grund- oder Stammkapital“ bezeichnet) bildet einen wichtigen Unterfall zur verdeckten Einlage. Um verdecktes Eigenkapital zu begründen, fordert die Rspr des VwGH das Vorliegen „besonderer Umstände“, der Beweis obliegt der Behörde (ständige Rspr, erstmals VwGH 30.3.1953, 565/51, Slg-F 738). Die Tatsache alleine, dass ein Darlehen zu derart günstigen Bedingungen nicht am Kapitalmarkt erhältlich wäre, vermag jedoch kein verdecktes Eigenkapital zu rechtfertigen (VwGH 20.4.1982, 81/14/0195 ua, ÖStZ 1983, 43). Entscheidend ist das Gesamtbild der Verhältnisse (VwGH 20.4.1982, 81/14/0195, ÖStZ 1983, 43). Im Wesentlichen stellt die Rspr des VwGH auf folgende Kriterien ab: Wirtschaftlich angemessene Eigenmittelausstattung; Klarheit, Publizität und Transparenz der Darlehensvereinbarung; Marktkonformität der Vertragsbestandteile. Betreffend Marktkonformität stellt sich die Frage, ob das Darlehen zu diesen Konditionen auch von einer unabhängigen dritten Person gewährt worden wäre. Die mangelnde Marktkonformität allein reicht jedoch noch nicht aus, um eine Umqualifikation in verdecktes Eigenkapital vorzunehmen (VwGH 20.4.1982, 81/14/0195 ua; 18.10.1989, 88/13/0180, ÖStZB 1990, 100; Lang/Schuch/Staringer, KStG, § 8 Rz 52).

Verdecktes Eigenkapital liegt vor, wenn das Interesse des Anteilseigners an einer Kapitalausstattung der Körperschaft eindeutig ersichtlich ist und Klarheit darüber besteht, dass ein fremder Dritter eine solche Zuwendung nicht erhalten hätte (VwGH 15.12.1994,

93/15/0008). Von verdeckten Einlagen wird gesprochen, wenn ein Gesellschafter seiner Gesellschaft Vermögensvorteile – zB in Form eines Darlehens – zuwendet, die äußerlich zwar nicht als Einlage in Erscheinung treten, ihre Ursache aber im Gesellschaftsverhältnis haben. Bei der Qualifikation eines Gesellschafterdarlehens als "verdecktes Eigenkapital" ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt der "Darlehenszuzählung" abzustellen (vgl. zB VwGH 20.4.1982, 81/14/0195), auf nachträglich eingetretene wirtschaftliche oder steuerliche Entwicklungen kann die Annahme das gegebene Darlehen eines Gesellschafters sei in wirtschaftlicher Betrachtungsweise "verdecktes Eigenkapital", nicht gestützt werden.

Abgestellt wird auf die Kriterien der wirtschaftlich angemessene Eigenkapitalausstattung, Klarheit, Publizität und Transparenz der Darlehensvereinbarung und Marktkonformität der Vertragsbestandteile.

Von der Rechtsprechung wird ein Missverhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital als Indiz dafür gewertet, dass das Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich Eigenkapital ersetzt, wobei es auf eine "wirtschaftlich gebotene Eigenkapitalausstattung" ankommt (Lang/Schuch/Staringer, KStG, § 8 Rz 49).

Weiters spricht die Nichterfüllung der Komponenten Klarheit, Publizität und Transparenz dafür, dass verdecktes Eigenkapital vorliegt. Besteht zwar Publizität, sind jedoch die Vertragsbestandteile unklar und intransparent, wird eine Umqualifikation in verdecktes Eigenkapital vorzunehmen sein, insbesondere bei Tilgungen in fragwürdiger und unregelmäßiger Form.

Fehlt es an einer Rückzahlungsverpflichtung, muss hinterfragt werden, ob überhaupt ein Darlehensvertrag zustande gekommen ist (Lang/Schuch/Staringer, a.a.O., § 8 Rz 51). Auch fehlende Marktkonformität (d.h. keine Gewährung an Dritte zu diesen Konditionen) wäre ein Hinweis auf verdecktes Eigenkapital (UFS 13.5.2009, RV/0079-L/09). Schließlich ist das Fehlen jeglicher (eindeutiger und klarer) Vereinbarungen über Sicherheiten jedenfalls als fremdunüblich zu betrachten (VwGH 21.10.2004, 2000/13/0179, 0180; UFS 7.2.2006, RV/1003-W/04).

Zusammenfassend hat der Verwaltungsgerichtshof seine Ansicht zur gegenständlichen Problematik in seiner aktuellen Rechtsprechung wiederholt zum Ausdruck gebracht:

"Die Wertung von Leistungsbeziehungen zwischen Körperschaften und ihren (unmittelbaren oder mittelbaren) Anteilsinhabern als betriebliche Vorgänge setzt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa Erkenntnisse vom 21. Oktober 2004, 2000/13/0179, vom 14. Dezember 2006, 2006/14/0025, und vom 17. April 2008, 2005/15/0073) voraus, dass

die Leistungsbeziehungen unter auch gegenüber gesellschaftsfremden Personen üblichen Bedingungen erfolgen. Andernfalls liegen Ausschüttungs- bzw. Einlage-Vorgänge vor, auch wenn die Vorgänge in zivilrechtliche Geschäfte gekleidet werden. Verträge zwischen Kapitalgesellschaften und ihren Gesellschaftern finden nur dann steuerliche Anerkennung, wenn sie nach außen ausreichend zum Ausdruck kommen, einen klaren und eindeutigen Inhalt haben und auch zwischen Fremden unter den gleichen Bedingungen abgeschlossen worden wären. Es ist zu prüfen, ob die Zuwendung nach ihrem "inneren Gehalt" ihre Ursache in einer schuldrechtlichen Beziehung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter oder im Gesellschaftsverhältnis hat. Im letzteren Fall ist die Leistung - ungeachtet einer allfälligen Bezeichnung z.B. als Darlehen oder stille Beteiligung - als verdeckte Einlage anzusehen. Unklare Vertragsgestaltungen, etwa das Unterbleiben einer Vereinbarung über Rückzahlung und Verzinsung sind Anhaltspunkte dafür, dass kein echtes Gesellschafterdarlehen, sondern eine Eigenkapital ersetzende Zuwendung vorliegt" (VwGH 18.12.2008, 2006/15/0208; in diesem Sinne auch VwGH 24.6.2010, 2006/15/0172).

Im verfahrensgegenständlichen Fall wurde seitens des Finanzamtes vor allem betont, dass die Fremdüblichkeit des Darlehens nicht gegeben sei, was durch den Zinssatz, den einerseits die Gesellschaft den Gesellschaftern zu zahlen hätte, und andererseits die Gesellschafter den Banken zu zahlen hätten, offensichtlich wäre.

Vor dem Hintergrund der obigen allgemeinen Ausführungen zur Problematik der Anerkennung von Leistungsbeziehungen zwischen einer Körperschaft und deren Anteilsinhabern kommt der Berufungssenat zu folgenden Feststellungen:

Die y GmbH als Darlehensnehmerin verfügte zum Zeitpunkt der Mittelaufnahme über eine solide Eigenkapitalquote von rund 25 %.

Wie sich aus der Vereinbarung „Gewährung eines nachrangigen Darlehens an die s GmbH“ ergibt, sind in dieser klare Absprachen über wesentliche Darlehenskonditionen wie Verzinsung und Tilgung vorhanden. Die Verzinsung sollte jährlich auf Grundlage des konsolidierten Abschlusses der e-Gruppe ausbezahlt werden, die Tilgung des Darlehens bei planmäßigem Geschäftsverlauf bis Ende 2013 erfolgen. Beides solange der AWS aus der Finanzierungsgarantie haftet nach dessen Zustimmung. Die Darlehensvereinbarung erfolgte schriftlich und wurde dem Finanzamt angezeigt.

Hierzu bemerkt der Senat, dass partiarische Darlehen – mit gewinnabhängiger Verzinsung wie im gegenständlichen Fall – nicht ungewöhnlich sind. Hier erfolgte die Verzinsung wie o.a. eben auf Grundlage des konsolidierten Abschlusses der e-Gruppe.

Die Darlehensquoten stimmen mit den Beteiligungsquoten der Mittelgeber nicht überein, was eine unterschiedliche Interessenlage indiziert. Der Bw. ist an der e GmbH zu 0,02 % und an der w GmbH zu 0,54 % beteiligt, seine Darlehensquote liegt jedoch bei 3 %. Es haben auch nicht alle GmbH Gesellschafter Mittel zur Verfügung gestellt, was ebenfalls gegen eine verdeckte Einlage spricht bzw. die Einlagen der Gesellschafter jedenfalls zu einer Änderung des Gesellschaftsvertrages führen hätten müssen. Umgekehrt hat sich u mit 75.000 €, also zu 25 %, an der Darlehenshingabe beteiligt, obwohl er bei Vertragsabschluss weder an der s GmbH noch an der w GmbH beteiligt war.

Das Engagement des Bw. bzw. auch der anderen Darlehensgeber war eindeutig auf ein einzelnes genau definiertes Projekt, nämlich die Mittelhingabe für den Aufbau eines neuen Produktionsstandortes in der cc Republik, bezogen und – anders als bei beteiligungsbedingten Mittelhingaben üblich - nicht längerfristig vorgesehen (siehe Vereinbarung, Pkt. 4. Tilgung). Es handelt sich daher augenscheinlich nicht etwa um eine undefinierte Mittelhingabe, welche in Wirklichkeit keinen anderen Zweck erfüllte als das Stammkapital zu erhöhen.

Das zweifellos bestehende erhöhte Risiko für die Mittelgeber bei der Mittelhingabe, bedingt durch die Nichtbesicherung, die insolvenzrechtliche Nachrangigkeit, die zumindest temporäre Zustimmungsabhängigkeit von der AWS hinsichtlich Zinsenauszahlung und Tilgung des Darlehens sowie die Nachschussverpflichtung werden nach Ansicht des Senates durch die eben entsprechend höhere Zinsvereinbarung aufgewogen. Der Bw. und auch die anderen Mittelgeber konnten nämlich auf Grund der guten Geschäftslage sowie der soliden Eigenkapitalquote der GmbH ihr tatsächliches Risiko durch diese Zinsvereinbarung als abgegolten betrachten. Es erscheint dem Senat daher auch absolut glaubhaft, dass bei Abschluss der Finanzierung des Investitionsvorhabens im Allgemeinen und des gegenständlichen Darlehens im besonderen steuerliche Motive keine Rolle spielten, und hier auch nichts verschleiert wurde, weil es das einzige Ziel gewesen ist, die Finanzierung für den neuen Betriebsstandort der GmbH zu sichern. Die von der GmbH der AWS vorgeschlagene Mittelbeschaffung durch die GmbH, nämlich dass u.a. auch Gesellschafter der GmbH und der Geschäftsführer mit privaten Mitteln „ins Boot“ zur Absicherung der Finanzierung geholt wurden, ist nach Ansicht des Senates hinsichtlich der von der GmbH beantragten Finanzierungsgarantie durch den AWS als sehr wichtige vertrauensbildende Maßnahme gegenüber diesem zu verstehen, welcher der AWS ja auch zustimmte (im Detail siehe angeführtes Schreiben vom 14. März 2005).

Zusammengefasst spricht nach Überzeugung des Senates Folgendes für die wirtschaftliche Angemessenheit und Fremdüblichkeit der in Rede stehenden Mittelhingabe durch den Bw und eine Reihe anderer Personen im Sinne des Berufungsvorbringens:

- a) Der Grundsatz der Finanzierungsfreiheit ist zu beachten.
- b) Die Vereinbarung über die Mittelhingabe ist klar, eindeutig und wurde nach außen hin hinreichend publiziert.
- c) Partiarische Darlehen sind nicht ungewöhnlich.
- e) Die Umdeutung eines Darlehens ist die behördlicherseits beweispflichtige Ausnahme (Lang/Schuch/Staringer, KStG, § 8 Rz 47).
- f) Die steuerlichen Auswirkungen sind im Vergleich zum betriebswirtschaftlichen Gewicht des Auslandsprojektes völlig nachrangig. Der Bw hat im Rahmen der mündlichen Berufungsverhandlung sogar dargetan, dass die Wertung als Verdeckte Einlage und nachfolgende verdeckte Gewinnausschüttung für ihn sogar steuerlich günstiger wäre.
- g) Das Engagement der Darlehensgeber war (im Gegensatz zu einer Beteiligung) projektbezogen, nicht langfristig und zur Gewährung der Finanzierungsgarantie des AWS wichtig.
- h.) Die an Bedingungen geknüpfte Förderung des Auslandsengagements durch das (auch) im öffentlichen Interesse agierende AWS hatte gleichsam standardisierende, kontrollierende und gestaltungseinschränkende Wirkung.
- i) Die Darlehensnehmerin wies und weist eine solide Eigenkapitalquote aus.
- j) Die Darlehensquoten stimmen mit den Beteiligungsquoten nicht überein, was eine unterschiedliche Interessenlage indiziert. Die größte Quotendivergenz zeigt sich in der Person von u.
- k) Nach Meinung des Finanzamtes hat die Gesellschaft den Gesellschaftern einen Vorteil gewährt. Für die Annahme von verdecktem Eigenkapital erforderlich wäre aber per Definitionem eine Vorteilsgewährung an die Gesellschaft (Quantschnigg, § 8 Rz 26/2 und 27; Lang/Schuch/Staringer, KStG, § 8 Rz 44 und 46).
- l) eine Prüfung bei der Gesellschaft durch die Großbetriebsprüfung brachte keine Beanstandung der als Betriebsausgaben abgezogenen Zinsen.

m.) Die zu beurteilende Gestaltung erweist sich bei der (infolge ihres überzeugend dargelegten inneren Gehaltes) erforderlichen gesamthaften Betrachtung (BFH 7.5.1996, IX R 69/94; VwGH 19.10.2011, 2008/13/0046, und 31.3.1998, 96/13/0121; Jakom/*Lenneis* EStG, 2012, § 4 Rz. 335), also insbesondere bei Bedachtnahme darauf, dass die - isoliert betrachtet - unüblich hohen Zinsen wegen des damit korrespondierenden unüblich hohen Risikos (mangelnde Besicherung, Nachrangigkeit, nicht schlagend gewordene Nachschussverpflichtung) vereinbart worden sind, als wirtschaftlich angemessen.

Insgesamt ist der Senat daher im Rahmen der notwendigen Gesamtbetrachtung bei der Beurteilung der Frage, ob die strittige Mittelhingabe dem Darlehensgeber die Position eines Fremdkapitalgebers vermittelt hat, zum Ergebnis gekommen, dass dies entsprechend dem Berufungsvorbringen der Fall ist.

Der Berufung betreffend Einkommensteuer 2006 war demzufolge stattzugeben.

Im Übrigen waren die Einkommensteuerbescheide 2007 bis 2009 folgerichtig zu bestätigen.

Beilage: 1 Berechnungsblatt

Feldkirch, am 13. Juni 2012