

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Mag. Sheg in der Beschwerdesache der BF BF2 GesmbH, vertreten durch die LBG Wirtschaftstreuhand- und Beratungsgesellschaft m.b.H., 8021 Graz, Niesenbergergasse 37 , gegen die Kapitalertragsteuerhaftungsbescheide 2006-2009 des Finanzamtes FA vom 1.6.2011

### **zu Recht erkannt:**

Der Beschwerde wird Folge gegeben. Die bekämpften Bescheide werden aufgehoben.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) unzulässig.

## Entscheidungsgründe

### **Ablauf des Verfahrens:**

Es ist strittig, ob durch die Bf geleistete Zahlungen an eine Gesellschaft, mit der ein gesellschaftsrechtliches Nahverhältnis bestand, als vGA anzusehen sind.

### **BP-Bericht vom 30.5.2011 und Niederschrift Schlussbesprechung, jeweils TZ 1:**

Die Beschwerdeführerin (Bf ), die BF BF2 GmbH (FM GmbH) , habe 2006 -2009 Darlehensbeträge an die BF BF3 GmbH (BT GmbH= Zahlungsempfängerin) gewährt und diese in den Bilanzen als sonstige Forderungen (2006, 2007) und als sonstige Ausleihungen (2008, 2009) ausgewiesen.

59.672 € Forderungen der Bf 31.12.2006

305.635 € Forderungen der Bf 31.12.2007

320.000 € Forderungen der Bf 31.12.2008

320.000 € Forderungen der Bf 31.12.2009

Zusätzlich habe die Bf der Zahlungsempfängerin weitere Zahlungen im Jahr 2009 (8.815 €) geleistet, die als „Darlehen BF BF3 “ in der Bilanz ausgewiesen worden seien. Die Zahlungsempfängerin sei wegen Gesellschafteridentität ein nahestehendes Unternehmen.

Dr. Klaus Gester<sup>1</sup> sei an der Bf mit 46% des Stammkapitals beteiligt, an der Zahlungsempfängerin mit 50%. Jörg Gester<sup>2</sup> sei an der Bf mit 31% des Stammkapitals beteiligt, an der Zahlungsempfängerin mit 50%.

Die Zahlungsempfängerin sei am 23.7.2009 auf „BF5 GmbH“ umbenannt worden.

Es gebe eine Darlehensvereinbarung, datiert vom 2.1.2007 und eine Ergänzung zur Vereinbarung, datiert vom 28.2.2008.

**Diese hätten nach der Ansicht des Finanzamtes einem Fremdvergleich nicht standgehalten.**

**In der Vereinbarung vom 2.1.2007** werde zur Abwendung einer drohenden Insolvenz und eventuellen Zahlungsunfähigkeit der Zahlungsempfängerin ein Kapital von 300.000 € zur Verfügung gestellt. Das Kapital werde in Abhängigkeit vom Erfolg des angestrebten Zivilprozesses der Zahlungsempfängerin wegen Fehlleistungen des Architekten verzinst rückgeführt werden. Weitere Vereinbarungen über Rückzahlungszeitpunkt, Verzinsung, Besicherungen, seien in der Vereinbarung vom 2.1.2007 nicht getroffen worden. Somit gebe es in Bezug auf die Geldhingabe in Höhe von 305.635 € laut Bilanz 31.12.2007 keine konkrete Vereinbarung über das Darlehen an die Zahlungsempfängerin.

**In der ergänzenden Vereinbarung vom 28.2.2008 heißt es:**

Der Zahlungsempfängerin werde die Möglichkeit eingeräumt (Punkt 4 der Vereinbarung), eine Tilgung des Kapitalbetrages dann vorzunehmen, wenn das Unternehmen einen positiven Cash Flow aufweise. Diese Rückzahlungsmodalität wäre einem fremden Dritten gegenüber insbesondere in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit und Ertragslage der Zahlungsempfängerin nicht eingeräumt worden (VwGH 27.6.2000, 99/14/0263).

Die Zahlungsempfängerin trete die ihr zustehende Forderung gegen den Generalplaner aus dem Titel der Gewährleistung und des Schadenersatzes in vollem Umfang an das geprüfte Unternehmen (Bf) ab. Es handle sich jedoch um keine ausreichende Besicherung, da man vom Erfolg einer Klage bei Gericht gegen den Generalplaner nicht mit Sicherheit ausgehen können und letztendlich das Klagebegehren von 700.000 € in Höhe von 200.000 € verglichen worden sei. Dass die vereinbarte Abtretung der Vergleichssumme von 200.000 € an die Bf nicht erfolgt sei, sei ein weiterer Hinweis auf die von Beginn an nicht vorhandene Rückzahlungsabsicht. Weder der ausstehende Darlehensbetrag noch die Vergleichssumme sei durch die Bf eingefordert oder eingeklagt worden.

Die Hingabe des Darlehens sei auf Grund der nicht ausreichend klar vereinbarten Rückzahlungszusagen eine vGA zu Gunsten der Anteilsinhaber der Bf Dr. Gester<sup>1</sup> und Jörg Gester<sup>2</sup>.

Mit Hingabe der Darlehenszahlungen durch die Bf an die Zahlungsempfängerin seien durch das Finanzamt verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA) an die Anteilsinhaber der Bf Dr. Gester<sup>1</sup> und Jörg Gester<sup>2</sup> unterstellt worden. Beide Gesellschafter beherrschten

nach dem Vorbringen des Finanzamts (Niederschrift über die Schlussbesprechung, TZ 1) beide Gesellschaften, sowohl die Bf als auch die Zahlungsempfängerin.

Das Finanzamt nahm wegen der strittigen Zahlungen der Bf an die BT folgende vGA an (BP-Bericht, TZ 1):

59.672 € vGA 2006

14.918 € 25% KEST 2006

245.963 € vGA 2007

61.491 € KEST 2007

14.365 € vGA 2008

3.591 € KEST 2008

8.815 € vGA 2009

2.204 € KEST 2009

### **Soweit der BP-Bericht.**

Das Finanzamt erließ sodann die bekämpften KEST-Haftungsbescheide vom 1.6.2011 an die Bf.

### **Beschwerde der Bf vom 28.7.2011:**

Die Zahlungsempfängerin entwickle Wohnbauprojekte, stelle die Finanzierung und Versicherung sicher und wickle den Verkauf der fertig gestellten Wohnungen an die Endverbraucher ab.

Es bestehe ein gesellschaftsrechtliches Nahverhältnis zwischen der Bf und der Zahlungsempfängerin.

Der im Zuge des Bauprojektes der Zahlungsempfängerin „RioGrande“ beauftragte Architekt habe eine Baukostenüberschreitung von 34 % verursacht. Der gesamte Schaden habe sich auf 950.000 € belaufen; eine Weiterverrechnung dieser Kosten an die Kunden sei nicht möglich gewesen. Daher sei die Zahlungsempfängerin im November 2006 zahlungsunfähig und konkursreif gewesen (Berufung, S. 2).

Eine Insolvenz der Zahlungsempfängerin hätte gravierende wirtschaftliche Nachteile für die Bf bedeutet, da die Bf und die Zahlungsempfängerin beide die Firmenbezeichnung BF getragen hätten, da die für die Bf und für die Zahlungsempfängerin handelnden Personen sowie deren Gesellschafter zum Teil ident gewesen seien, und da die Bf und die Zahlungsempfängerin miteinander wirtschaftlich verzahnt gewesen seien. Daher habe die Bf der Zahlungsempfängerin zur Überbrückung eines kurzfristigen Liquiditätsbedarfes den strittigen Kontokorrentkredit gewährt.

Dadurch sei der Konkurs der Zahlungsempfängerin abgewendet worden. Die Lieferanten hätten auf Forderungen in Höhe von 353.100 € verzichtet. Die Quote habe 40% betragen.

Am 2.1.2007 sei eine schriftliche Vereinbarung zu diesen kontokorrentmäßigen Zahlungen errichtet worden. In dieser sei eine verzinsten Rückführung des Kapitals festgelegt

worden. Diese Rückführung sei vom Ausgang eines Schadenersatzprozesses gegen den Architekten abhängig gewesen.

Am 28.2.2008 sei eine Ergänzungsvereinbarung abgeschlossen worden. Der maximal ausnützbare Kapitalbetrag sei um 30.000 € auf insgesamt 330.000 € erhöht worden. Die Höhe der Verzinsung sei erstmalig schriftlich fixiert worden und eine Zinsstundung sei bis 31.12.2010 vereinbart worden. Die Forderungen der Zahlungsempfängerin aus dem Prozess gegen den Architekten seien Zug um Zug gegen die Gewährung des Darlehens an die Bf abgetreten worden, Der danach noch aushaftende Betrag werde beginnend mit 1.1.2011 bei einer Laufzeit von 15 Jahren verzinst rückgeführt werden. Die Zahlungsempfängerin sei nur dann zur Tilgung des Kapitals verpflichtet, wenn der Cash-Flow positiv sei. Sollte der Cash-Flow nicht reichen, werde der Differenzbetrag auf das nächste Jahr vorgetragen und aus dem Cash-Flow des Folgejahres getilgt werden.

Die Zahlungsempfängerin habe mit der Haftpflichtversicherung des Architekten einen Vergleich, in dem eine Zahlung an die Zahlungsempfängerin von 200.000 € vereinbart worden sei, abgeschlossen. Die Vergleichssumme habe nicht ausgereicht, alle Gläubiger zu befriedigen. Die Bf und die Kreditbank -Bank hätten sich darauf verständigt, dass diese Bank den gesamten Vergleichsbetrag erhalte. Im Gegenzug habe die Bank auf einen Betrag in Höhe von 108.700 € verzichtet (Berufung, S. 4)

Die 2006 bereits geleisteten Beträge von rund 60.000 € beruhten auf einer mündlichen Vereinbarung, die Anfang 2007 schriftlich festgehalten worden sei. Die Laufzeit des Darlehens sei mit der Überbrückung der finanziellen Schwierigkeiten der Zahlungsempfängerin oder dem positiven Prozessausgang bestimmbar gewesen. Zum Rückgriff auf dispositives Recht mangels vertraglicher Vereinbarung vgl. VwGH 31.5.2006, 2002/13/0168.

Bei Abschluss der Vereinbarung wurde eine vom positiven Cash-Flow abhängige Tilgung vereinbart. Damit sei die Rückzahlungsabsicht evident (S. 5).

Die Bf wies auf die Erkenntnisse des VwGH vom 21.11.2007, 2004/13/0001 und 31.5.2006, 2002/13/0168 hin. Es komme darauf an, ob eine wirtschaftliche Veranlassung der Geldhingabe gegeben sei (S. 5).

Es sei die Vereinbarung vom 2.1.2007 und die Vereinbarung vom 28.2.2008 geschlossen worden. Die Rückzahlungsabsicht sei evident (Berufung, S. 8).

Die Zahlungsempfängerin sei gegründet worden, um der Bf Neukunden zuzuführen. Es sei das Ziel gewesen, den Erwerb einer Immobilie (Geschäftsbereich der Zahlungsempfängerin), deren Versicherung (Geschäftsbereich der Bf) und Finanzierung (Geschäftsbereich der Bf) aus einer Hand, der BF- Gruppe, die aus der Bf und der Zahlungsempfängerin bestanden habe, am Markt anzubieten.

Auf Grund der gemeinsamen Werbestrategien unter einer Marke ( BF ), dh einer gemeinsamen Kundenzeitschrift, einem gemeinsamen Imagefolder, einer gemeinsamen Homepage, dem gemeinsamen Videoauftritt bei den Eishockeyspielen des Dorf-

Sportvereins, einem gemeinsamen Geschäftssitz, sowie der personellen Identität aller Mitarbeiter und Entscheidungsträger, hätten die Kunden nicht zwischen der Bf und der Zahlungsempfängerin unterschieden. Beide Gesellschaften seien als „eine Firma“ wahrgenommen worden (Berufung, S. 6).

Daher wäre nach der Ansicht der Bf ein Konkurs der Zahlungsempfängerin auf Grund der Namensgleichheit „BF“ mit einem Imageverlust für die Bf und deren Geschäftsführer und Konzessionsträger (für Wertpapierhandel und Versicherungsvermittlung) Dr. Gesterl verbunden gewesen.

Auf Grund der Konkursgerüchte um die Zahlungsempfängerin seien zahlreiche Akquisitionsversuche durch Konkurrenten auf bestehende Kunden der Bf erfolgt.

Hiezu seien wegen Schwarzgeldzahlungen an die Zahlungsempfängerin im Zuge ihrer Wohnungsverkäufe auch noch Selbstanzeigen der Wohnungseigentümer des Projektes „RioGrande“ getreten. Allerdings seien die Gesellschafter der Zahlungsempfängerin in diesem Zusammenhang nicht finanzstrafrechtlich bestraft worden.

Dennoch habe die Bf mit ihren sehr auf persönlichem Vertrauen gegenüber den handelnden Personen aufbauenden Geschäftsbereichen (Kredit-, Versicherungs- und Wertpapiervermittlung) stark unter dem zunehmenden Imageverlust in der Öffentlichkeit gelitten.

Als Folge der Gerüchte sei bei der FMA eine anonyme Anzeige eingebracht worden.

Um die drohenden wirtschaftlichen Schäden einzudämmen und weil man die Geschäftsstrategie „Immobilien plus Finanzierung und Versicherung“ aus einer Hand nicht auf Grund des wirtschaftlich gescheiterten Erstprojektes der Zahlungsempfängerin („RioGrande“) aufgeben habe wollen, sei es im betrieblichen Interesse der Bf gewesen, die Konkursgerüchte aus der Welt zu schaffen und die wirtschaftliche Gesundung der Zahlungsempfängerin sicher zu stellen.

Das wirtschaftliche Scheitern des Erstprojektes sei nicht durch ein schlechtes Management seitens der Zahlungsempfängerin bedingt gewesen, sondern durch gravierende Fehlleistungen des beauftragten Generalunternehmers und Architekten DI GP (Generalplaner). Es habe daher kein Anlass bestanden, nicht auf die wirtschaftliche Gesundung der Zahlungsempfängerin zu vertrauen.

Die Provisionseinnahmen aus der Kreditvermittlung gegenüber den Wohnungseigentümern des bisher einzigen abgeschlossenen Immobilienprojektes der Zahlungsempfängerin („RioGrande“) repräsentierten 10 bis 15 % des Gesamtumsatzes der Bf. Die Erlöse aus Wertpapiervermittlung beliefen sich im Prüfungszeitraum auf rund 5-10%. Den Großteil (über 80%) erwirtschaftete die Bf aus der Vermittlung von Versicherungsgeschäften.

Die Bf sei der größte Versicherungsmakler in Österreich.

Soweit der Text der Berufung.

**Beilagen der Berufung vom 28.7.2011:**

**Anlage 1: Vereinbarung vom 2.1.2007:** „Zur Abwendung einer drohenden Insolvenz habe die Bf der Zahlungsempfängerin ein Kapital von bis zu 300.000 € eingeräumt. Durch die

Zahlungsempfängerin sei eine Schadenersatzklage in Auftrag gegeben worden. Der voraussichtliche Streitwert werde in Höhe von ca 650.000 € geschätzt. In Abhängigkeit vom Erfolg des angestrebten Prozesses werde das ...zur Verfügung gestellte Kapital verzinst rückgeführt“.

**Anlage 2: Vereinbarung vom 28.2.2008 :** „...zur Abwendung der Insolvenz wegen Zahlungsunfähigkeit der Zahlungsempfängerin und der damit verbundenen nachteiligen Auswirkungen auf die Bf habe die Bf der Zahlungsempfängerin in den Jahren 2006 und 2007 ein Kapital von bis zu 300.000 € eingeräumt. Der Kapitalbetrag werde um allfällige Zahlungen im Zuge des Schadenersatzprozesses seitens der Bf für die Zahlungsempfängerin um einen Betrag in Höhe von 30.000 € erhöht. Daher betrage der maximal auszunützende Kapitalbetrag 330.000 €.

Der Kapitalbetrag sei bis zur Beendigung des Schadenersatzprozesses unverzinslich und werde danach mit einem Zinssatz von 4,995% p.a. verzinst. Der Zinssatz betrage 1,25% über dem 3 – Monats – Euribor. Die Zinsanpassung werde jeweils am 31.3., 30.6., 30.9. und 31.12. jeden Jahres mit Wirksamkeit für das darauf folgende Quartal vorgenommen. Die Zinsen seien jedenfalls bis 31.12.2010 gestundet.

In Abhängigkeit vom Erfolg des angestrebten Prozesses werde das ...zur Verfügung gestellte Kapital verzinst rückgeführt. Sollte der Betrag nicht ausreichen, um die Forderung zu tilgen, werde vereinbart, dass der dann noch aushaftende Kapitalbetrag beginnend mit 1.1.2011 verzinst ab diesem Zeitpunkt rückgeführt werde. Der Kapitalbetrag sei je zur Hälfte am 30. Juni und am 31. Dezember eines Jahres an die Bf fällig. Die Laufzeit betrage 15 Jahre. Die Zahlungsempfängerin sei allerdings nur dann zur Tilgung des Kapitalbetrages bis zur vereinbarten Höhe verpflichtet, wenn der Cash-Flow in den einzelnen Vertragsjahren positiv gewesen sei. Sollte der Cash-Flow nicht ausreichen, werde der Differenzbetrag auf das nächste Geschäftsjahr vorgetragen und aus dem Cash-Flow des Folgejahres getilgt.

Zug um Zug gegen die Gewährung des Darlehens habe die Zahlungsempfängerin die ihr zustehende Forderung gegen den Generalplaner aus dem Titel der Gewährleistung und des Schadenersatzes, sowie hinsichtlich jeglicher weiterer Ansprüche, die auf Grund des Fehlverhaltens des Generalplaners zu Gunsten der Zahlungsempfängerin bestehen, in vollem Umfang abgetreten.“

Soweit die Anlage 2-Vereinbarung vom 28.2.2008.

### **Anlage 3 – Umlaufbeschluss der Gesellschafter der Bf vom 27.8.2009**

#### **...Punkt 4. Darlehensgewährung an die Zahlungsempfängerin**

„...zur Abwendung der Insolvenz wegen Zahlungsunfähigkeit der Zahlungsempfängerin und der damit verbundenen nachteiligen Auswirkungen auf die Bf habe die Bf der Zahlungsempfängerin ein Kapital von 320.000 € eingeräumt.

Die Laufzeit des Darlehens betrage 15 Jahre. Es sei je zur Hälfte am 30. Juni und am 31. Dezember eines Jahres an die Bf fällig.

Der Zinssatz betrage 1,25% über dem 3 – Monats – Euribor . Die Zinsanpassung werde jeweils am 31.3., 30.6., 30.9. und 31.12. jeden Jahres mit Wirksamkeit für das darauf folgende Quartal vorgenommen. Die Zinsen seien jedenfalls bis 31.12.2010 gestundet.

Die Zahlungsempfängerin sei allerdings nur dann zur Tilgung des Kapitalbetrages bis zur vereinbarten Höhe verpflichtet, wenn der Cash-Flow in den einzelnen Vertragsjahren positiv gewesen sei. Sollte der Cash-Flow nicht ausreichen, werde der Differenzbetrag auf das nächste Geschäftsjahr vorgetragen und aus dem Cash-Flow des Folgejahres getilgt.

...“

Soweit der Umlaufbeschluss vom 27.8.2009

#### **Anlage 4:Auszug aus dem Jahresabschluss (JA) vom 31.12.2007 und 2008 betreffend**

##### **Ad JA 2007: Offenlegung und Anhangsangaben**

...Punkt II Erläuterungen zur Bilanz:

In den sonstigen Forderungen (332.679,91 €) sei eine Forderung gegenüber der Zahlungsempfängerin in Höhe von 305.634,85 € enthalten. Die Bf hat gegenüber der Zahlungsempfängerin umfangreiche Haftungserklärungen abgegeben, um eine mögliche Insolvenz der Zahlungsempfängerin abzuwenden. Dies deshalb weil eine Insolvenz auf Grund des Naheverhältnisses, auch hinsichtlich der handelnden Personen, gravierende wirtschaftliche Nachteile für die Bf mit sich bringen würde.

Zur Abwendung eines drohenden Insolvenzverfahrens auf Grund der Zahlungsunfähigkeit der Zahlungsempfängerin habe die Bf der Zahlungsempfängerin ein Kapital bis zu 300.000 € im Geschäftsjahr 2007 zur Verfügung gestellt. Im Jahr 2008 sei auf Grund der Fehlleistungen des beauftragten Architekten eine Schadenersatzklage gegen den Architekten eingebracht. Der Streitwert sei mit 700.000 € beziffert worden. In Abhängigkeit vom Erfolg des angestrebten Prozesses werde das .....zur Verfügung gestellte Kapital verzinst rückgeführt.

##### **Auszug aus JA 2008:**

....II. Erläuterungen zur Bilanz:

...Die unter Punkt III.2.ausgewiesene Ausleihung in Höhe von 320.000 € betreffe die Forderung an die Zahlungsempfängerin. Im Geschäftsjahr 2008 sei eine entsprechende Vereinbarung mit der Zahlungsempfängerin geschlossen und der im Geschäftsjahr 2007 unter den sonstigen Forderungen ausgewiesene Betrag von ursprünglich 300.000

€ umgegliedert. Der aushaftende Betrag werde ab 1.1.2011 verzinst und ab diesem Zeitpunkt rückgeführt. Die Laufzeit betrage insgesamt 15 Jahre.

...Ad Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände:

...In den sonstigen Forderungen sei im Geschäftsjahr 07 eine Forderung gegenüber der Zahlungsempfängerin in Höhe von 305.634,85 enthalten. Die Bf habe gegenüber der Zahlungsempfängerin umfangreiche Haftungserklärungen abgegeben, um eine mögliche Insolvenz der Zahlungsempfängerin abzuwenden. Dies deshalb weil eine Insolvenz aufgrund des Nahverhältnisses, auch hinsichtlich der handelnden Personen, gravierende wirtschaftliche Nachteile für die Bf mit sich bringen würde.

Zur Abwendung eines drohenden Insolvenzverfahrens auf Grund der Zahlungsunfähigkeit der Zahlungsempfängerin habe die Bf der Zahlungsempfängerin ein Kapital bis zu 300.000 € im Geschäftsjahr 2007 zur Verfügung gestellt.

Soweit die Anlage 4- Auszüge aus den JA 2007-2008

**Anlage 5:** Beispiel eines gemeinsamen Imagefolders der BF

Auf diesem Prospekt tritt die „BF“ als BF2 GmbH, BF2 GmbH & Co KG und als BF3 GmbH in Erscheinung

**Anlage 6 :** Auszug aus der Homepage der Bf, auf welcher das Immobilienprojekt „RioGrande“ beworben worden ist.

Soweit die Beilagen der Berufung vom 28.7.2011

**Stellungnahme des Prüfers vom 8.8.2011:**

Zur Namensgleichheit betreffend die Bf und die Zahlungsempfängerin: Man hätte jederzeit eine Namensänderung durchführen können. Die Zahlungsempfängerin heiße jetzt „BF5 GmbH“.

Die Wertpapiergeschäfte seien über die BF BF2 GmbH & Co KG ( St.Nr067 ) erfolgt und hätten einen geringen Umfang:

30.600 € 2007

6.300 € 2008

5.500 € 2009.

In ihrer Eingabe vom 13. 11.2015 zog die Vertreterin der Bf die Anträge auf mündliche Verhandlung und auf Entscheidung durch den gesamten Berufungssenat zurück.

Soweit der wesentliche Ablauf des Verfahrens bisher.

**Über die Beschwerde wird erwogen:**

**I.)Feststellungen:**

**Betriebsgegenstand der Bf**



Die im Jahr 2001 gegründete Bf, die BF BF2 GmbH (FM GmbH) (FN 0007 s), erzielt ihre Umsätze zum weit überwiegenden Großteil aus der Vermittlung von Versicherungsverträgen. In diesem Zusammenhang erzielte sie in den Jahren 2007-2009 jährliche Umsätze in der Größenordnung von einer Million € (Berechnung Verhältnis Erlöse 2007-2009 = elektronischer Arbeitsbogen eAB 20-22).

Die Bf war in den Jahren 2006-2009 auch an der BF BF2 GmbH & Co KG beteiligt, die sich mit der Vermittlung des Abschlusses von Wertpapiergeschäften befasse. Diese GmbH und Co KG erzielte aus der Vermittlung dieser Geschäfte folgende Umsätze:

30.600 € 2007

6.300 € 2008

5.500 € 2009 (Schreiben des Prüfers vom 8.8.2011).

### **Gründung der Zahlungsempfängerin – Zweck**

Im Jahr 2004 gründeten die beiden beherrschenden Gesellschafter der Bf Dr. Gester<sup>1</sup> und Jörg Gester<sup>2</sup> die BF BF3 GmbH (Zahlungsempfängerin) (FN 007 z). Deren Betriebsgegenstand war, Immobilien zu erwerben, darauf Gebäude zu errichten und diese sodann zu verkaufen. Die Zahlungsempfängerin wurde deshalb gegründet, um ins BF3geschäft einzusteigen, aber auch, um der Bf zusätzliche Umsätze zu verschaffen. Es war die Absicht des Geschäftsführers der Bf, der auch Geschäftsführer der Zahlungsempfängerin war, die Versicherungsverträge, die im Zusammenhang mit den Immobilien, die die Zahlungsempfängerin verkaufen würde, abgeschlossen werden würden, durch die Bf zu vermitteln. Zudem beabsichtigte der Geschäftsführer der Bf, den Käufern der Immobilien der Zahlungsempfängerin, die eine Fremdfinanzierung wünschten, Kreditverträge durch die Bf zu vermitteln. Es war somit das Ziel der Bf und der Zahlungsempfängerin, vertreten durch ihre Geschäftsführer, den Erwerb von Immobilien (Geschäftsbereich der Zahlungsempfängerin), deren Versicherung (Geschäftsbereich der Bf) und Finanzierung (Geschäftsbereich der Bf) aus einer Hand, der BF-Gruppe, bestehend aus der Bf und der Zahlungsempfängerin, anzubieten (Berufung, S. 6 mit allen Beilagen, insbesondere Anlage 5 Imagefolder der Gruppe BF; Anlage 6: Auszug aus der Homepage der Bf mit der Bewerbung eines Immobilienprojektes).

### **Wirtschaftliche Probleme der Zahlungsempfängerin**

Im Jahr 2006 beschäftigte sich die Zahlungsempfängerin mit dem Immobilienprojekt „RioGrande“, einer Wohnanlage, die sie in einem Erholungsgebiet errichten ließ (Anlage 6, Berufung insbesondere S. 2). In diesem Zusammenhang verkaufte die Zahlungsempfängerin Eigentumswohnungen (Berufung, insbesondere S. 2). Ein Teil der Käufer dieser Wohnungen wünschte eine Kreditfinanzierung, die von der Bf vermittelt wurde (Berufung, insbesondere S. 8). In diesem Zusammenhang erzielte die Bf 2007 jedenfalls einen Umsatz von ca. 55.000 € (Berechnung Verhältnis Erlöse 2007 = eAB 20 R). Dieses Projekt der Zahlungsempfängerin war geprägt durch hohe, nicht vorhergesehene Kosten, die an die Käufer der Immobilien nicht weiterverrechnet werden konnten, sodass die Zahlungsempfängerin im Jahr 2006 einen Verlust von -332.860 € und im Jahr 2007

einen Verlust von -80.448,16 € (Körperschaftsteuerbescheide 2006 und 2006 betreffend die Zahlungsempfängerin; Berufung, S. 2,8) erlitt.

Im ursächlichen Zusammenhang mit diesen Verlusten war die Zahlungsempfängerin im November 2006 zahlungsunfähig (Berufung, insbesondere S. 2,8).

### **Folgewirkungen auf die Bf**

Die Bf ( BF BF2 GmbH) und die Zahlungsempfängerin ( BF BF3 GmbH) hatten damals (1.1.2006-Juli 2009) Firmenbezeichnungen, die einander sehr ähnlich waren . Die Zahlungsempfängerin wurde erst im Juli 2009 in BF5 GmbH umbenannt, vgl. Firmenbuchauszug AB 007 z). Beide Gesellschaften hatten damals (1.1.2006-Juli 2009) denselben Sitz. Für beide Gesellschaften handelten dieselben Personen. Die wichtigsten Gesellschafter der Bf (Dr. Gester1 , Jörg Gester2 , die zusammen 77% der Anteile an der Bf hielten, (vgl. Firmenbuchauszug AB 0007 s) waren auch die einzigen Gesellschafter der Zahlungsempfängerin. Die Kunden der Bf und der Zahlungsempfängerin haben nicht zwischen der Bf und der Zahlungsempfängerin unterschieden , da beide Gesellschaften bei Werbemaßnahmen (Homepage, Videowall bei Spielen eines populären Eishockeyclubs, Kundenzeitung) gemeinsam unter der Marke „ BF “ auftraten, (Berufungsvorbringen, S. 6; Anlage 5 der Berufung; ).

Wegen der Zahlungsunfähigkeit der Zahlungsempfängerin kam das Gerücht auf, dass die „ BF “ konkursreif sei. Dieses Gerücht gefährdete den geschäftlichen Erfolg der Bf, da damit eine Verminderung des guten Rufs der Bf verbunden war. Im Zusammenhang mit der Konkursreife der Zahlungsempfängerin gab es zahlreiche Versuche von Konkurrenten der Bf, Kunden der Bf abzuwerben (Berufung, S. 7, 4. Absatz „Angriffe durch Konkurrenten auf bestehende Kunden der Bf“).

Zudem ereigneten sich Selbstanzeigen der Wohnungseigentümer des Projektes „ RioGrande “, die Schwarzgeldzahlungen an die Zahlungsempfängerin geleistet hatten, die eine Verkürzung von Grunderwerbsteuern und Eintragungsgebühren bewirkt hatten (Berufung S. 7).

Auch dieser Umstand brachte die Bf in Misskredit und führte zu einem zunehmenden Imageverlust der Bf in der Öffentlichkeit. Die Bf ( BF BF2 GmbH) hatte auf Grund der Konkursgerüchte und der Schwarzgelddelikte, die die Zahlungsempfängerin ( BF BF3 GmbH) betrafen, erhöhten Erklärungsbedarf gegenüber bestehenden Kunden und bei der Akquisition von neuen Kunden (Berufung, S. 7).

Die Feststellungen über den Imageverlust, den die Bf in der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Zahlungsunfähigkeit der Zahlungsempfängerin) und den Schwarzgeldgeschäften der Zahlungsempfängerin erlitten hat, und über die Gefährdung des wirtschaftlichen Erfolgs der Bf erscheinen aus folgenden Gründen nachvollziehbar:

Ein schlechter Ruf kann einem Versicherungsmakler sehr schaden. Die Kunden eines Versicherungsmaklers streben bestmöglichen Versicherungsschutz bei geringstmöglichen Prämien an. Sie haben selbst idR keine Kenntnisse des Versicherungsrechts und des

Versicherungswesens und sind daher auf fundierte Beratung durch einen ihnen als vertrauenswürdig erscheinenden Versicherungsberater angewiesen. Ohne Vertrauen des Kunden wird der Versicherungsberater nicht einmal die Gelegenheit zu einem Beratungsgespräch bekommen. Ohne Beratungsgespräch wird er keine Geschäfte machen können. Je seriöser ein Versicherungsmakler in der Öffentlichkeit in Erscheinung tritt, desto eher wird er Kunden finden, die ihm vertrauen, sich von ihm beraten lassen und zum Abschluss von Verträgen überzeugen lassen. Ein Makler, der ein bekanntes Nahverhältnis zu einem konkursreifen Betrieb hat, wird daher wesentlich weniger Kunden finden, die ihm vertrauen, als ein Makler, dessen wirtschaftliche Aktivitäten auf dem Markt nicht unangenehm auffallen.

Aus diesen Gründen erscheint es glaubhaft, dass die Konkursreife und die Schwarzgeschäfte der Zahlungsempfängerin den wirtschaftlichen Erfolg der Bf wegen ihres Nahverhältnisses (gemeinsamer Geschäftssitz, gemeinsame Mitarbeiter, gemeinsame Werbemaßnahmen, sehr ähnliche Firmenbezeichnungen der Bf und der Zahlungsempfängerin, aufeinander abgestimmte Geschäftsziele „Verkauf von Immobilien, deren Finanzierung und Versicherung aus einer Hand“ ;siehe Berufung insbesondere S. 6) zur Zahlungsempfängerin ernsthaft gefährdet haben.

Die Bf ist im Streitzeitraum schon auf Grund ihres Geschäftsumfanges auf dem Markt auffällig gewesen, weil sie zu den umsatzstärksten österreichischen Versicherungsmaklern zählte . Jeder Versicherungsberater handelt in seinem wirtschaftlichen Interesse, wenn er Maßnahmen trifft, die seinem Ruf dienlich sind. Je auffälliger ein Makler ist, desto mehr handelt er in seinem wirtschaftlichen Interesse, wenn er Maßnahmen verwirklicht, die seinem Ruf förderlich sind. Die Bf war schon auf Grund ihres ungewöhnlich großen Geschäftsumfanges auf dem Versicherungsmarkt sehr auffällig. Die Verhinderung des Konkurses der Zahlungsempfängerin, zu der die Bf ein den Kunden erkennbares Nahverhältnis hatte , war jedenfalls geeignet, den Ruf der Bf zu verbessern und lag daher im wirtschaftlichen Interesse der Bf.

### **Reaktion der Bf**

Um den Konkurs der Zahlungsempfängerin zu verhindern, leistete die Bf folgende Zahlungen an die Zahlungsempfängerin:

59.672 € 2006

245.963 € 2007

14.365 € 2008

8.815 € 2009

**328.815 € Summe (BP-Bericht, TZ 1).**

Diese Zahlungen versetzten die Zahlungsempfängerin in die Lage, ihren Gläubigern (mit Ausnahme der Bf) einen außergerichtlichen Ausgleich mit einer Quote von 40% anzubieten. Die Gläubiger nahmen diesen Ausgleich an. Dadurch wurde der Konkurs der Zahlungsempfängerin abgewendet. Der einzige Gläubiger der Zahlungsempfängerin, der leer ausging, war die Bf , die ihre Zahlungen von 328.815 € nicht zurückerhielt.

## **Vereinbarungen über die Rückzahlung?**

Im Zusammenhang mit den Zahlungen der Bf an die Zahlungsempfängerin von 328.815 € wurden folgende Vereinbarungen abgeschlossen:

### **Vereinbarung 2.1.2007 (eAB 25):**

#### ***Die Bf und die Zahlungsempfängerin hielten fest:***

*Die Zahlungsempfängerin habe das Projekt „ Skyline RioGrande “ betrieben . Dabei habe der beauftragte Architekt Fehler gemacht, durch die die Zahlungsempfängerin einen Schaden erlitten habe. In diesem Zusammenhang werde es eine gerichtliche Auseinandersetzung geben. Die Bf habe gegenüber der Zahlungsempfängerin umfangreiche Haftungserklärungen abgegeben. Eine mögliche Insolvenz der Zahlungsempfängerin hätte gravierende Nachteile für die Bf im Zusammenhang mit dem Naheverhältnis der Zahlungsempfängerin und der Bf gehabt. Die Zahlungsempfängerin habe einen außergerichtlichen Ausgleich mit ihren Gläubigern erzielt (Quote 40%).*

*Zur Abwendung einer drohenden Insolvenz der Zahlungsempfängerin habe die Bf der Zahlungsempfängerin ein Kapital von 300.000 € eingeräumt.*

*In Abhängigkeit vom Erfolg des beabsichtigten Prozesses werde das zur Verfügung gestellte Kapital verzinst zurückgeführt.*

Soweit die Vereinbarung vom 2.1.2007

### **Vereinbarung vom 28.2.2008 der Bf und der Zahlungsempfängerin (eAB 26):**

*Die Fehlleistungen des Generalplaners ( Anm: damit ist der o.e. Architekt gemeint) seien Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung.*

*Zur Abwendung der Insolvenz der Zahlungsempfängerin und zur Abwendung der damit verbundenen nachteiligen Auswirkungen auf die Bf habe die Bf der Zahlungsempfängerin 2006 und 2007 ein Kapital von bis zu 300.000 € eingeräumt. Der Kapitalbetrag werde um allfällige Zahlungen im Zuge des Schadenersatzprozesses um 30.000 € erhöht. Der maximal auszunützende Kapitalbetrag betrage daher 330.000 €.*

*Der Kapitalbetrag sei bis zur Beendigung des Schadenersatzprozesses unverzinslich und werde dann mit einem Zinssatz von 4,995 % p.a. verzinst. Die Zinsen seien bis 31.12.2010 gestundet.*

*In Abhängigkeit vom Erfolg des angestrebten Zivilprozesses werde das vorstehende zur Verfügung gestellte Kapital verzinst rückgeführt. Sollte der Betrag nicht ausreichen, um die Forderung zu tilgen, werde der dann noch aushaftende Kapitalbetrag beginnend mit 1.1.2011 verzinst ab diesem Zeitpunkt rückgeführt. Der Kapitalbetrag sei je zur Hälfte am 30. 6. und am 31.12. eines Jahres an die Bf fällig. Die Laufzeit betrage 15 Jahre. Die Zahlungsempfängerin sei nur dann zur Tilgung verpflichtet, wenn der Cash-Flow in den einzelnen Vertragsjahren positiv gewesen sei. Sollte der Cash Flow nicht ausreichen, werde der Differenzbetrag auf das nächste Geschäftsjahr vorgetragen und aus dem*

*Cash-Flow des Folgejahres getilgt. Die Zahlungsempfängerin habe die ihr zustehende Forderung gegen den Generalplaner an die Bf abgetreten (eAB 26, 26 R).*

Soweit die Vereinbarung vom 28.2.2008.

Die Vereinbarung vom 28.2.2008 wurde im Jahresabschluss (JA) 2008 der Bf erwähnt. Damals betrug die Forderung noch 320.000 €. In denselben Erläuterungen wurde erwähnt, dass diese Forderung per 2007 noch 305.634,85 € betragen habe (Punkt II. Erläuterungen zur Bilanz = eAB 27 und 27 R).

Die wesentlichen Punkte der Vereinbarung vom 28.2.2008 wurden auch in einem Umlaufbeschluss aller Gesellschafter vom 27.8.2009 erwähnt (AB 30-31).

Obwohl in der Vereinbarung vom 28.2.2008 von einer Abtretung der Forderung der Zahlungsempfängerin gegen den Generalplaner an die Bf die Rede war, erhielt die Bf in jener Zeit, in der diese Forderung zum Teil einbringlich gemacht werden konnte, nichts.

Im Februar 2008 klagte die Zahlungsempfängerin den Generalplaner des Projektes „RioGrande“ auf eine Schadensersatzzahlung von 700.000 € (eAB 28). Im Juli 2008 einigten sich die Zahlungsempfängerin, der Generalplaner und dessen Haftpflichtversicherer auf eine Zahlung von 200.000 € an die Zahlungsempfängerin bei gegenseitiger Kostenaufhebung (eAB 28, 29).

Nach Abzug der Anwaltskosten der Zahlungsempfängerin blieben von diesem Betrag 196.752,82 € übrig (eAB 29). Mit diesem Betrag wurden im Einvernehmen mit der Bf die Schulden der Zahlungsempfängerin bei deren Hausbank (Kreditbank Bank) zum Teil beglichen. Die Hausbank verzichtete im Gegenzug auf ihre weiteren Forderungen gegen die Zahlungsempfängerin in Höhe von 108.700 € (Beschwerde, S. 4; eAB 32).

Der Prüfer wies in seinem Schreiben vom 8.8.2011 darauf hin, dass eine Vereinbarung zwischen der Bf und der Bank im Zuge der Prüfung nicht behauptet worden sei. Dennoch besteht nach Ansicht des Gerichtes kein Zweifel daran, dass es diese Vereinbarung gegeben hat, da der Prüfer in einem Aktenvermerk vom 28.2.2011 (eAB 32) einen „Schuldnachlass Kreditbank“, von dem er in einem Gespräch mit den Herren Mag. Berater1 und Mag. BeraterA (Vertreter der Bf) erfahren habe, dokumentiert hat.

Im Ergebnis hat die Bf mit der Zahlungsempfängerin Rückzahlungsvereinbarungen geschlossen, die jeweils unter der Bedingung standen, dass sich die BT eine Rückzahlung überhaupt leisten konnte.

### **Waren die Zahlungen der Bf an die Zahlungsempfängerin betrieblich veranlasst?**

Die Konkursreife der Zahlungsempfängerin hatte den wirtschaftlichen Erfolg der Bf gefährdet (siehe oben).

*Die Bf (BF BF2 GmbH) hat die Zahlungen geleistet, um eine Insolvenz der Zahlungsempfängerin [BF BF3 GmbH] zu verhindern und um damit die den wirtschaftlichen Erfolg der Bf gefährdenden Gerüchte aus der Welt zu schaffen, die „BF“ sei konkursreif. Daher lagen die Zahlungen der Bf an die Zahlungsempfängerin*

*im wirtschaftlichen Interesse der Bf (vgl. VwGH vom 31.5.2006, 2002/13/0168). Diese Zahlungen waren daher betrieblich veranlasst und daher auch keine verdeckten Ausschüttungen.*

Zum Hinweis des Finanzamtes, dass jederzeit eine Namensänderung der Zahlungsempfängerin durchführbar gewesen wäre: Negative Gerüchte verbreiten sich erfahrungsgemäß sehr leicht und sie sind erfahrungsgemäß hartnäckig. Das negative Gerücht bestand in der Information, dass die „BF“ konkursreif sei. Die „BF“, das war jedoch nicht nur die tatsächlich zahlungsunfähige, erfolglose BF BF3 GmbH (Zahlungsempfängerin), sondern auch die BF BF2 GmbH (Bf), eine der erfolgreichsten österreichischen Versicherungsmaklerinnen, die in diesem Gerücht eine Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Interessen erkennen musste. Es erscheint als unrealistisch, dass durch eine bloße Änderung der Firmenbezeichnung der erfolglosen „BF“-Gesellschaft das negative Gerücht beseitigt worden wäre, da die wichtigsten Gesellschafter der BF BF2 GmbH auch die einzigen Gesellschafter der BF BF3 GmbH waren, da beide Gesellschaften denselben Firmensitz und dieselben Mitarbeiter, sowie auch dieselben Werbestrategien hatten (Berufung, S. 6). Niemand hätte in so einer Situation angenommen, dass die konkursreife „BF“-Gesellschaft nur wegen der Änderung ihrer Firmenbezeichnung nun nichts mehr mit der BF BF2 GmbH zu tun habe. Die Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit der BF BF3 GmbH durch das finanzielle Opfer der BF BF2 GmbH musste ex ante betrachtet als wesentlich wirksamere und nachhaltigere Maßnahme zur Verbesserung des Rufes der BF BF2 GmbH erscheinen.

Die Zahlungen der Bf an die Zahlungsempfängerin waren daher keine verdeckten Ausschüttungen.

Die KEST-Haftungsbescheide ergingen daher nicht zu Recht.

#### **Begründung gemäß § 25 a Abs 1 VwGG:**

Durch dieses Erkenntnis werden keinerlei Rechtsfragen iS von Art 133 Abs 4 B-VG berührt, denen grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Im gegenständlichen Fall hat die Bf Zahlungen an eine andere Kapitalgesellschaft geleistet, zu der die Bf ein gesellschaftsrechtliches Nahverhältnis hatte. Diese Zahlungen lagen nach den Feststellungen, die in diesem Erkenntnis getroffen worden sind, im wirtschaftlichen Interesse der Bf. Daher können diese Zahlungen keine verdeckten Ausschüttungen gewesen sein

(VwGH vom 31.5.2006, 2002/13/0168). Rechtsfragen, denen i.S. von Art 133 Abs 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, sind insoweit nicht erkennbar (siehe oben).