

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter MMag. Gerald Erwin Ehgartner in der Beschwerdesache BF, vertreten durch PwC PricewaterhouseCoopers WP und StB GmbH, Donau-City-Straße 7, 1220 Wien, über die Beschwerde vom 29.9.2015, gegen nachfolgend angeführte Bescheide der belangten Behörde Finanzamt Baden Mödling betreffend

- Wiederaufnahme betreffend Körperschaftsteuer 2008 vom 16.7.2015 und
- Feststellungsbescheid Gruppenmitglied 2008 vom 16.7.2015

nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde gegen die angeführten Bescheide wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

III. Gemäß § 267 BAO sind die Beschwerden der BF, RV/7105145/2015, sowie der Gruppenträger-GmbH, RV/7105171/2015, zu einem gemeinsamen Verfahren zu verbinden, da die Bescheide (Wiederaufnahme betreffend KSt 2008 vom 16.7.2015 und Feststellungsbescheid Gruppenmitglied 2008 vom 16.7.2015, beide gerichtet an die BF) von mehreren Beschwerdeführern angefochten wurden.

## **Entscheidungsgründe**

### **I. Verfahrensgang**

#### **1. Verfahrensgegenständliche Fragen und gesellschaftsrechtliche Struktur**

Verfahrensgegenständlich gewährte die Beschwerdeführerin ihrer US-amerikanischen Großmuttergesellschaft („US-Gesellschaft“), am 14.4.2008 ein Darlehen iHv EUR 12,5 Millionen, welches infolge der Insolvenz der US-Gesellschaft (Antrag auf Gläubigerschutz nach Chapter 11 in den USA am 5.3.2009) zur Gänze ausfiel und auf Ebene der Beschwerdeführerin im Jahr 2008 im vollen Ausmaß (gewinnmindernd) wertberichtigt wurde.

Neben der Frage der Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens hatte das Bundesfinanzgericht zu beurteilen, ob, wie von der belangten Behörde angenommen, von einer verdeckten Ausschüttung auszugehen war.

Die inländische beschwerdeführende BF; in der Folge „Beschwerdeführerin“) war im beschwerdegegenständlichen Jahr 2008 Tochtergesellschaft der inländischen Gruppenträger-GmbH, mit der sie eine Unternehmensgruppe nach § 9 KStG bildete (daher erfolgt für die Gruppenträger-GmbH in der Folge die Bezeichnung „Gruppenträger-GmbH“). Die Anteile der Gruppenträger-GmbH wurden im Jahr 2008 zu 99,9% von der US-amerikanischen Magna Entertainment Corporation (im Folgenden US-Gesellschaft) gehalten. Wesentlicher Gesellschafter der US-Gesellschaft mit beherrschendem Einfluss war die kanadische CAN (in der Folge „CAN-Gesellschaft“).

## **2. Umstände zur Darlehensvereinbarung**

Aus einer Grundstücksveräußerung realisierte die Beschwerdeführerin am 14.4.2008 einen Erlös von EUR 20 Millionen, wovon sie am selben Tag ihrer US-amerikanischen Großmuttergesellschaft „US-Gesellschaft“ ein Darlehen in Höhe von EUR 12,5 Millionen gewährte.

Vorgelegt wurde eine undatierte und nicht unterzeichnete Vereinbarung („Term-Sheet“), als Vertragsparteien sind die Beschwerdeführerin und die US-Gesellschaft angeführt. Es finden sich im Term-Sheet im Wesentlichen folgende Konditionen angeführt:

- Laufzeit ein Jahr, endfällige Tilgung
- Zinsen auf Basis 3-Monats EURIBOR mit Aufschlag von 1,25%, endfällig
- Verzugszinsen bei verspäteter Rückführung
- Möglichkeit einer vorzeitigen Tilgung des Darlehensbetrages

Es wurden keine gesonderten Sicherheiten bestellt, keine speziellen Kündigungsklauseln oder Verlängerungsoptionen vereinbart (nach Vorbringen der Beschwerdeführerin aufgrund der kurzen Darlehenslaufzeit von nur einem Jahr) und es erfolgte keine Bindung der Darlehensgewährung an einen speziellen Mittelverwendungszweck.

Von der Beschwerdeführerin erfolgte eine bilanzielle Verbuchung als Darlehensforderung. Laufende Zinsen wurden im Jahr 2008 als Betriebseinnahmen (Zinserträge) erfasst und entsprechend abgegrenzt. Aufgrund der Endfälligkeit kam es im Jahr 2008 zu keinen Teiltilgungen oder Zinszahlungen.

## **3. Insolvenz der US-Gesellschaft und Wertberichtigung der Darlehensforderung**

Am 5.3.2009 brachte die börsennotierte US-Gesellschaft einen Antrag auf Gläubigerschutz nach „Chapter 11“ ein. Das US-Insolvenzverfahren führte zur Vollbeendigung der US-Gesellschaft. Eine Rückführung des Darlehensbetrages oder eine Begleichung der aufgelaufenen Zinsverbindlichkeiten erfolgte nicht mehr.

Im Jahresabschluss der Beschwerdeführerin zum 31.12.2008 wurde die Darlehensforderung zur Gänze wertberichtigt (der Jahresabschluss der Beschwerdeführerin wurde erst im August 2009 fertiggestellt), somit auch der steuerliche Gewinn um EUR 12,5 Millionen vermindert.

Zum 31.12.2008 wurden von der Beschwerdeführerin Kapitalrücklagen in Höhe von EUR 35.745.585,59 aufgelöst (ohne Auswirkungen auf den steuerpflichtigen Gewinn).

Für das Jahr 2008 wurde von der Beschwerdeführerin ein steuerlicher Verlust von EUR -19,3 Millionen erzielt.

Der Stand Einlagen-Evidenzkonto der Beschwerdeführerin betrug zum 31.12.2007 EUR 27,1 Millionen. Zum 31.12.2008 erfolgten keinerlei Buchungen (Veränderungen) im Einlagen-Evidenzkonto.

Das steuerliche Ergebnis der Unternehmensgruppe war insgesamt durchgehend negativ; nach Vorbringen der Beschwerdeführerin aufgrund hoher Investitionen mit Anlaufverlusten und unvorteilhafter Geschäftsentwicklungen.

Der Stand des Einlagen-Evidenzkontos der Gruppenmitglied-GmbH betrug zum 31.12.2007 EUR 37,1 Millionen.

#### **4. Verfahren vor der belangten Behörde**

Nach Durchführung einer Außenprüfung betreffend die Jahre 2006 bis 2008 (Schlussbesprechung am 27.2.2015) bei der Beschwerdeführerin erfolgte mit Bescheid vom 16.7.2015 die Wiederaufnahme des Verfahrens. Mit dem neu erlassenen Feststellungsbescheid Gruppenmitglied 2008 vom 16.7.2015 wurde der Betrag von EUR 12,5 Millionen zur Bemessungsgrundlage für die Körperschaftsteuer hinzugerechnet.

Das Vorbringen der belangten Behörde entspricht im Wesentlichen den Ausführungen im Bericht über das Ergebnis der Außenprüfung sowie der Stellungnahme der Großbetriebsprüfung vom 21.7.2016: Es erfolgte zunächst die Ausführung, dass keine Bonitätsprüfung der Darlehensnehmerin (US-Gesellschaft) stattgefunden habe. Festgestellt werden habe können, dass eine Gesellschafterrefinanzierung durch die CAN-Gesellschaft angedacht gewesen sei.

Es gehe jedoch aus dem SEC-Filing hervor, dass bei der US-Gesellschaft mit Bilanzstichtag 31.12.2007 bekannt gewesen sei, dass im Jahr 2008 fällig werdende Finanzverbindlichkeiten ohne Refinanzierung aus-Gesellschaftermitteln nicht mehr bedient werden hätten können. Mit Bilanzstichtag 2007 hätten demnach bei der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft der US-Gesellschaft Zweifel bestanden, ob das Unternehmen fortgeführt werden könne. Schon in den Jahren vor 2008 habe die US-

Gesellschaft auf konsolidierter Ebene hohe laufende Verluste aus dem Geschäftsbetrieb erlitten.

Ein Artikel aus der Tageszeitung *Der Standard* indiziere, dass die US-Gesellschaft bereits im Jahr 2007 einen Schuldenberg von über USD 700 Millionen und finanzielle Schwierigkeiten gehabt habe und bereits 2007 Sport- und Freizeitanlagen in den USA und Grundstücke verkauft worden seien. Die Immobilien-Krise habe in den USA bereits 2007 begonnen. Die Darlehensgeberin (die Beschwerdeführerin, Gruppenmitglied GmbH) sowie die Darlehensnehmerin (US-Gesellschaft) hätten im wirtschaftlichen Einflussbereich von X gestanden.

Im Protokoll über die Besprechung vom 11.11.2014 mit den Liquidatoren der Beschwerdeführerin, habe die steuerliche Vertreterin zu Protokoll gegeben: Die Sport- und Freizeitanlagen in Nordamerika seien hauptsächlich fremdfinanziert. Im Jahr 2008 wäre die Fremdfinanzierung ausgelaufen und die Refinanzierung habe von der Zustimmung der Aktionäre abgehängt. Die Aktionäre hätten schlussendlich einem fertig ausgearbeiteten Finanzierungskonzept nicht zugestimmt und die US-Gesellschaft habe Insolvenz anmelden müssen. Natürlich habe es, so die steuerliche Vertreterin, schon früher Warnhinweise in den Jahresabschlüssen gegeben, aber es habe eine ad-hoc Meldung an die Aktionäre gegeben, dass ein Refinanzierungskonzept fertig vorliege. Ein weiteres Problem sei gewesen, dass die Fremdfinanzierung mit den Sport- und Freizeitanlagen besichert gewesen sei und diese aufgrund der Wirtschaftskrise an Wert verloren hatten.

Diese Aussagen würden indizieren, dass die Rennbahnen der US-Gesellschaft fremdfinanziert worden seien und die Fremdfinanzierung mit den Rennbahnen besichert worden sei. Es ergebe sich, dass die Rennbahnen aufgrund der ab 2007 beginnenden Wirtschafts- und Immobilienkrise in den USA an Wert verloren hätten und, dass es schon früher Warnhinweise für eine drohende Insolvenz in den Jahresabschlüssen gegeben habe für den Fall des Ausbleibens einer Refinanzierung.

Zusammengefasst ergebe sich, dass trotz Beginn der Immobilien- und Wirtschaftskrise im Jahr 2007 in den USA und der finanziellen Schwierigkeiten der US-Gesellschaft dieser im April 2008 fremdunüblich ein Darlehen iHv EUR 12,5 Millionen ohne Sicherheiten gewährt worden sei. Nach Ansicht der Großbetriebsprüfung hätte sich ein ordentlicher Geschäftsführer Informationen über den finanziellen Zustand der US-Gesellschaft verschaffen müssen – Bonitätsprüfung (recherchierbar aus dem Internet, \*\*\*-Filings, Press Releases bzw. Börsenberichte der US-Gesellschaft, Quartalsberichte, Medienberichte). Der Großbetriebsprüfung erscheine es unrealistisch, dass die Geschäftsführer einer ausländischen, nichtnahestehenden Gesellschaft ein Darlehen in vergleichbarer Höhe bei oben angegebenen Verhältnissen (hohe Verluste, Immobilienkrise, Refinanzierungsprobleme, Insolvenzgefahr) zu gleichen Bedingungen (kein schriftlicher Darlehensvertrag, fehlende Sicherheiten) gewährt hätten.

Das oben angeführte Verhalten der Geschäftsführer der geprüften Kapitalgesellschaft lasse daher den Schluss zu, dass die „Darlehenshingabe“ iHv EUR 12.500.000 im April 2008 eine auf Vorteilsgewährung gerichtete Willensentscheidung zugunsten der US-Gesellschaft gewesen sei.

In rechtlicher Hinsicht wurde von Seiten der Großbetriebsprüfung bzw. belangten Behörde folgendes Vorbringen erstattet:

Der Darlehensvertrag könne mangels Fremdüblichkeit in steuerlicher Hinsicht nicht anerkannt werden, weshalb in der Folge auch keine aufwandswirksame Teilwertberichtigung des Darlehens vorgenommen werden könne.

Das von der steuerlichen Vertreterin im Zuge der Außenprüfung erstellte Rating könne nicht eine ausreichende Bonität der US-Gesellschaft begründen. Zudem berücksichtige das Rating nur finanzielle Indikatoren der US-Gesellschaft auf Basis der Bilanz zum 31.12.2007, insbesondere deren Eigenkapitalisierung und bewerte keine nicht-finanziellen Indikatoren wie die das allgemeine Geschäftsumfeld und die Liquidität der US-Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung. Die Immobilien seien aufgrund der weltweiten Immobilien- bzw. Finanzkrise nur unter erheblichsten Schwierigkeiten veräußerbar gewesen.

Keine zulässigen Schlüsse hätten aus dem Unternehmenswert und dem Best Analyst Rating abgeleitet werden können. Einerseits seien der genaue Zeitpunkt und die Bewertungsprämissen von der Steuerpflichtigen nicht offengelegt worden, andererseits hänge die Rückzahlungsfähigkeit der US-Gesellschaft ausschließlich von der Fähigkeit ab, laufende Verbindlichkeiten fristgerecht bedienen zu können. Diese Fähigkeit sei laut SEC-filing vom 31.12.2007 für Finanzverbindlichkeiten nicht gegeben gewesen. Auch für den Zeitpunkt der Darlehensgewährung im April 2008 lägen keine geänderten Verhältnisse vor, insbesondere gebe es keine verbindlichen Refinanzierungszusagen für die US-Gesellschaft durch die CAN-Gesellschaft.

Aus dem Gesellschafterrückhalt durch die CAN-Gesellschaft lasse sich genauso wenig die Zahlungsfähigkeit der US-Gesellschaft im Darlehenszeitpunkt ableiten. Im Zeitpunkt der Darlehensgewährung sei nicht festgestanden, ob überhaupt eine Refinanzierung der US-Gesellschaft zu Stande gekommen wäre und in welchem Umfang bzw. mit welcher Zweckbindung (zB Refinanzierung bestehender Darlehen von Banken) die Gesellschafterzuschüsse versehen wären. Die verbindlichen Refinanzierungszusagen der CAN-Gesellschaft seien laut Pressemitteilung vom 26.11.2008 außerdem erst im November 2008 getätigt worden.

Mangels Fremdüblichkeit lägen Ausschüttungs- und Einlagevorgänge vor, auch wenn die Vorgänge in zivilrechtliche Geschäfte gekleidet worden seien. Die vorliegende Vertragsgestaltung habe sohin ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis, die Überlassung der angeführten Geldbeträge iHv EUR 12,5 Millionen stelle daher eine verdeckte Ausschüttung iSd § 8 Abs 2 KStG an die Großmuttergesellschaft US-Gesellschaft dar. Das

subjektive Tatbild könne aus den objektiven Tatbestandselementen abgeleitet werden. Das objektive und subjektive Tatbild würde von der Großbetriebsprüfung als erfüllt angesehen.

Aufgrund der Feststellung, dass es sich um eine verdeckte Ausschüttung handle, ergebe sich für das Jahr 2008 nachstehende Erfolgserhöhung:

Verlust laut Veranlagung		-19.256.026,86
+ Erhöhung laut Außenprüfung	1	2.500.000 , 00
= Verlust laut Außenprüfung		-6.756.026,86

Mit Beschwerde vom 29.9.2015 beantragte die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Wiederaufnahmebescheides zur KSt 2008 und des Feststellungsbescheides Gruppenmitglied 2008, beide vom 16.7.2015. Das Einkommen der Beschwerdeführerin sollte für das Jahr 2008 wie bisher mit EUR -19.256.026,86 festgestellt werden. Es wurde im Wesentlichen folgendes Vorbringen dazu erstattet:

Eine Bestellung gesonderter Sicherheiten, spezielle Kündigungsklauseln oder Verlängerungsoptionen seien aufgrund der Laufzeit des Darlehens von nur einem Jahr nicht vereinbart worden. Eine Option für eine vorzeitige Tilgung des Darlehensbetrages sei der US-Gesellschaft als Darlehensnehmerin eingeräumt worden. Die Darlehensgewährung sei nicht an einen speziellen Mittelverwendungszweck seitens der US-Gesellschaft gebunden gewesen.

Die im Term-Sheet dokumentierten Darlehensbedingungen seien von der Beschwerdeführerin vollständig und tatsächlich entsprechend der Vereinbarung umgesetzt worden. Insbesondere sei die Gewährung des Darlehens als Darlehensforderung verbucht und laufende Zinsen als Betriebseinnahmen (Zinserträge) erfasst und zum Jahresende entsprechend abgegrenzt worden. Im Wirtschaftsjahr 2008 sei es zu keinen Teiltilgungen oder Zinszahlungen gekommen, da eine Tilgung und die Zinszahlungen erst zum Ende der Laufzeit am 14.4.2009 fällig geworden seien.

Betreffend den am 5.3.2009 von der börsennotierten US-Gesellschaft eingebrachten Antrag auf Gläubigerschutz nach „Chapter 11“ hätten sich die ursprünglich mit diesem Verfahren verbundenen Aussichten auf Reorganisation und Weiterführung des Betriebes nicht erfüllt. Da die Informationspolitik im Konzern nicht darauf ausgerichtet gewesen sei, den lokalen Gesellschaften und Geschäftsführern in Österreich einen umfassenden Einblick in die Geschäftsgebarung der Konzernmuttergesellschaft zu verschaffen, sei es den österreichischen Geschäftsführern nur beschränkt möglich gewesen, Auskünfte über die detaillierten Ursachen zu erhalten. Die Insolvenz lasse sich rückblickend im Wesentlichen auf die Tötigung hoher Investitionen, die starke

Fremdfinanzierung der Expansion in Nordamerika und die im Herbst 2008 einsetzende allgemeine Wirtschaftskrise zurückführen. Neben einer allgemein nachteilig verlaufenden Geschäftsentwicklung sei die am Höhepunkt der damaligen Wirtschafts- und Bankenkrise nicht mehr zeitgerecht mögliche Refinanzierung der aufgenommenen Fremdmittel ein zentrales Problem gewesen, welches entscheidend zur Insolvenz beigetragen habe.

Nachteilig ausgewirkt hätten sich die allgemeine Kreditklemme, die Immobilienkrise, die aufgrund des Marktumfeldes nicht vorhandene Alternative, vorhandene Sport- und Freizeitanlagen zu veräußern und die Änderung des Konsumverhaltens durch die Wirtschaftskrise, was in dieser kurzfristigen Form ebenfalls nicht zu erwarten gewesen sei. Trotzdem sei, als die Refinanzierungsschwierigkeiten der US-Gesellschaft im Herbst 2008 zugenommen hätten, ein ausreichender Gesellschafterrückhalt durch die CAN-Gesellschaft gegeben gewesen. So habe die US-Gesellschaft etwa noch am 26.11.2008 (also nach Beginn der Wirtschaftskrise) über eine Presseaussendung den mit der CAN-Gesellschaft (Konzernmuttergesellschaft) vereinbarten Plan einer weitreichenden und nachhaltigen Sanierung der US-Gesellschaft durch die CAN-Gesellschaft bekannt gegeben und diesen als „Transaction Agreement“ bezeichnet. Im Hinblick auf die finanzielle Stärke der CAN-Gesellschaft und dem ihr als Gesellschafterin drohenden Imageverlust im Fall einer Nicht-Sanierung hätten selbst Ende November 2008 noch gute Gründe gegen die Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz der US-Gesellschaft gesprochen. Erst die nicht vorhersehbare Bekanntgabe am 18.2.2009, dass die CAN-Gesellschaft (in Folge eigener Strategie zur Bewältigung der Wirtschaftskrise) mit dem weitreichenden Sanierungsplan nicht fortfahren werde, habe zum Antrag der US-Gesellschaft auf Gläubigerschutz nach „Chapter 11“ am 5.3.2009 geführt. Damit sei auch dem gesamten Geschäftsmodell die Grundlage entzogen worden, eine Fortführung des Geschäftsmodells in Österreich sei dadurch nicht mehr möglich gewesen.

Da durch die Insolvenz der US-Gesellschaft die Darlehensforderung der Beschwerdeführerin nicht mehr einbringlich gewesen war, sei in den Büchern der Beschwerdeführerin nach den geltenden Bilanzierungsgrundsätzen unter dem Gesichtspunkt der Werterhellung zum 31.12.2008 eine volle Wertberichtigung der Darlehensforderung erfolgt, der Jahresabschluss sei erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die US-Gesellschaft im August 2009 fertiggestellt worden.

Aufgrund der engen Verflechtungen des Geschäftsmodells in Österreich mit den Aktivitäten der Konzerngruppe in Nordamerika sei es erforderlich gewesen, für eine geordnete Abwicklung und Beendigung des Geschäftsmodells in Österreich zu sorgen. Wichtig sei es gewesen, den Abfluss der vorhandenen Mittel aus den österreichischen Gesellschaften nach Maßgabe der rechtlichen Möglichkeiten zu vermeiden und die Rückzahlung der Bankverbindlichkeiten sicherzustellen. Drohende Insolvenzen hätten in Österreich letztendlich erfolgreich verhindert werden können.

Die Darlehensforderung der Beschwerdeführerin sei aus Sicht des US-Insolvenzverfahrens letztlich ex lege erloschen. Zu keinem Zeitpunkt habe die

Beschwerdeführerin der US-Gesellschaft gegenüber einen „Forderungsverzicht“ ausgesprochen.

Zu den Umständen der Darlehensbegebung brachte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen wie folgt vor:

Die Darlehensbegebung sei nach sorgfältiger Abwägung erfolgt, wonach eine Darlehensgewährung an die US-Gesellschaft zu den oben genannten Konditionen für die Beschwerdeführerin eine sinnvolle Entscheidung dargestellt habe. Die Entscheidung sei von der Geschäftsführung der Beschwerdeführerin autonom in Österreich erfolgt und diese sei davon ausgegangen, dass die US-Gesellschaft ihrer Rückzahlungsverpflichtung nach einem Jahr nachkommen werde. Aus Sicht des Zahlungszeitpunktes der Darlehensbegebung habe die Geschäftsführung keine Zweifel an der künftigen Rückzahlungsfähigkeit und am Rückzahlungswillen der US-Gesellschaft gehabt.

Die Gründe für diese Bonitätsbeurteilung seien der Betriebsprüfung dargelegt worden und ergäben sich aus folgenden Aspekten:

- Das Aktivvermögen der US-Gesellschaft zum 31.12.2007 (also nur etwa drei Monate vor Darlehensgewährung) habe laut konsolidierter Bilanz mehr als USD 1,2 Milliarden betragen und das Eigenkapital etwa USD 363 Millionen.
- Der Börsenwert bzw die Marktkapitalisierung der US-Gesellschaft habe Ende 2007 etwa USD 1,19 Milliarden betragen. Daraus ergebe sich, dass die Kapitalmarktteilnehmer dem Unternehmen einen erheblichen positiven Verkehrswert zugemessen hätten und offenkundig nicht von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit ausgegangen seien.
- Die US-Gesellschaft sei im laufenden Geschäftsbetrieb ihren finanziellen Verpflichtungen gegenüber den österreichischen Gesellschaften vor und nach dem Zeitpunkt der Darlehensgewährung (bis Anfang 2009) immer uneingeschränkt nachgekommen. Davon seien auch die laufend stattfindenden „Intercompany Settlements“ mit der US-Gesellschaft umfasst gewesen.
- Im laufenden Geschäftsbetrieb habe es eine Vielzahl sonstiger Konzernleistungen und -verrechnungen gegeben und bei keiner Abwicklung dieser Leistungsbeziehungen sei es zu Zahlungseinpässen seitens der US-Gesellschaft gekommen.
- Von der US-Gesellschaft seien Investitionen in Österreich in substantieller Höhe finanziert worden und dabei sei sie ihren diesbezüglichen Verpflichtungen zur Liquiditätszufuhr gemäß den erstellten Investitionsplänen und Business-Plänen bis zur Darlehensbegebung (und auch in den nachfolgenden Monaten) stets nachgekommen.
- Die US-Gesellschaft sei der größte Eigentümer und Betreiber von Sport- und Freizeitanlagen in Nordamerika mit stark ausgeprägter Marktpräsenz und habe über ein sehr hohes Sachanlagevermögen verfügt, welches im Hinblick auf eine kurzfristige Finanzierung von einem Jahr als ausreichendes Haftungssubstrat erschienen sei. Das Anlagevermögen habe laut konsolidierter Bilanz Ende 2007 USD 1,016 Milliarden betragen, wovon USD 751 Millionen auf Liegenschaften entfallen sei.



- Die lokale Geschäftsführung der Beschwerdeführerin habe weder im Zeitpunkt der Darlehensvergabe noch in den folgenden Monaten Kenntnis von Zahlungsschwierigkeiten oder -verzögerungen der US-Gesellschaft gegenüber ihren Kunden und Lieferanten gehabt. Es sei davon auszugehen gewesen, dass die US-Gesellschaft als börsennotiertes Unternehmen einer strengen Börsenaufsicht und dementsprechender Publizität unterlegen sei und daher solche Schwierigkeiten gegenüber der österreichischen Geschäftsführung nicht habe verheimlichen können.
- Kernaktionärin der US-Gesellschaft sei die ebenfalls börsennotierte Gesellschaft CAN-Gesellschaft gewesen, die über eine anerkannte Bonität verfüge habe. Diese habe ein erhebliches betriebliches Interesse am Fortbestand der US-Gesellschaft gehabt und in der Vergangenheit auch wiederholt hohe Finanzierungen der US-Gesellschaft bereitgestellt. Es habe daher ein „Gesellschafterrückhalt“ durch die CAN-Gesellschaft in ausgeprägter Form bestanden, wobei nochmals auf die am 26.11.2008 und damit mehr als sieben Monate nach Darlehensbegebung veröffentlichte Presseaussendung zum vereinbarten Plan einer weitreichenden Sanierung der US-Gesellschaft verwiesen werde. Im Hinblick auf die finanzielle Stärke und dem drohenden Imageverlust der Gesellschafterin im Falle einer Nicht-Sanierung hätten wohl selbst Ende November 2008 noch gute Gründe für das Vorliegen einer ausreichenden Bonität der US-Gesellschaft gesprochen. Umso mehr habe die Geschäftsführung der Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Darlehensbegebung im April 2008 von einer adäquaten Bonität ausgehen können.

Es ergebe sich somit, dass die Insolvenz der US-Gesellschaft, die sich erst ein Jahr später manifestieren sollte, vor dem Hintergrund der genannten Aspekte für die Geschäftsführer der österreichischen Konzerngesellschaften nicht vorhersehbar gewesen sei. Daher sei die Geschäftsführung der Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Darlehensbegebung davon ausgegangen, dass im Sinne einer ausreichenden Bonitätsbeurteilung keine Zweifel an der künftigen Rückzahlungsfähigkeit und am Rückzahlungswillen der US-Gesellschaft vorgelegen seien. Dieser Befund werde auch durch eine Darstellung historischer Kapitalmarktdaten („Report“) gestützt, die der Betriebsprüfung vor der Schlussbesprechung übermittelt worden sei. Zusätzlich zu den bereits dargestellten Sachverhaltselementen ergäben sich aus diesem Report im Wesentlichen folgende weiterführende wesentliche Punkte:

- Aus dem „BEST Analyst Rating“ von Bloomberg ergebe sich für die US-Gesellschaft über die Jahre 2001 bis Ende 2007 ein grundsätzlich stabiler Verlauf mit tendenziell stabilem Trend.
- Das „Bloomberg 1-Year Default Risk“ zeige in den Jahren 2001 bis Ende 2007 einen nur leicht ansteigenden Trend.
- Berücksichtige man, dass die US-Gesellschaft im Jahr 2003 Anleihen mit größerem Volumen am Kapitalmarkt (definitionsgemäß „fremdüblich“) emittierte, lasse sich aus den Bloomberg-Darstellungen ableiten, dass bis Ende 2007 von keiner massiven Verschlechterung der Bonität auszugehen gewesen und insofern auch

eine Darlehensgewährung im April 2008 von (lediglich) EUR 12,5 Millionen nicht als „fremdunüblich“ einzustufen gewesen sei. Die geschätzten unterjährigen Ausfallwahrscheinlichkeiten der US-Gesellschaft seien im Jahr 2007 teilweise sogar noch unter jenen des Jahres 2003 gelegen.

- Die im Report dargestellte Entwicklung Relation langfristiges Fremdkapital durch Eigenkapital zeige im Jahr 2007 einen leicht abfallenden Verlauf und somit eine Verbesserung zu 2006, was zumindest keine Verschlechterung der Bonität der US-Gesellschaft Ende 2007 im Vergleich zum Vorjahr indiziere.
- Der Report zeige weiters, dass die selbst börsennotierte CAN-Gesellschaft Ende 2006 ein „Investment-Grade“-Rating von Baa3 gehabt habe, das am 3.4.2008 (also etwa bei Begebung des Darlehens) nochmals bestätigt worden sei, was im Hinblick auf den „Gesellschafterrückhalt“ für die US-Gesellschaft von besonderer Bedeutung sei.
- Es sei schließlich allgemein anerkannt, dass ein Konzernrückhalt vor allem dann zum Tragen komme, wenn eine Tochtergesellschaft eine besondere Bedeutung für die Muttergesellschaft habe, wobei die US-Gesellschaft zum 31.12.2007 etwa 43% der konsolidierten Assets und etwa 79% des konsolidierten Umsatzes der CAN-Gesellschaft repräsentiert habe. Dem Gesellschafterrückhalt komme im gegenständlichen Fall daher in der Tat eine besondere Bedeutung zu. Auch aus der Presseaussendung vom 26.11.2008 gehe deutlich hervor, dass sich die CAN-Gesellschaft um eine langfristige Finanzierung der US-Gesellschaft bemüht habe. Aus diesen Gründen habe die Geschäftsführung der Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Darlehensbegebung im April 2008 (auch) von einer adäquaten Bonität der US-Gesellschaft ausgehen können.

Da das Darlehen am 14.4.2008 somit unter fremdüblichen Bedingungen vergeben worden sei und die Geschäftsführer keinen Zweifel gehabt hätten, dass im Sinne einer ausreichenden Bonitätsbeurteilung die künftige Rückzahlungsfähigkeit und der Rückzahlungswille gegeben sei, handle es sich nicht um eine verdeckte Ausschüttung iSd § 8 Abs 2 KStG.

Die belangte Behörde habe Beweise unrichtig gewürdigt:

Die Aussagen im SEC-Filing für 2007 seien naturgemäß vorsichtig gewählt und führten möglichst ausführlich und umfassend potentielle, künftig denkmögliche Risiken an. Der Konzernabschluss und das SEC-Filing 2007 seien ungeachtet vorhandener Risikohinweise faktisch unter einer „Going Concern“-Prämisse erstellt worden, weil Ende 2007 und Anfang 2008 eben mit guten Gründen davon auszugehen gewesen sei, dass eine Refinanzierung erreicht werden könne. Entgegen der Feststellung der Betriebsprüfung gehe aus dem SEC-Filing nicht hervor, dass zum Bilanzstichtag 31.12.2007 bekannt gewesen sei, dass „im Jahr 2008 fällig werdende Finanzverbindlichkeiten ohne Refinanzierung aUS-Gesellschaftermitteln nicht mehr würden bedient werden können“. Im Gegenteil sei im SEC-Filing sogar explizit erwähnt worden, dass mit vielen Kapitalgebern parallel Verhandlungen über Refinanzierungen geführt worden seien.

Die Feststellung der Betriebsprüfung im Rahmen ihrer Beweiswürdigung, dass es „schon früher Warnhinweise für eine drohende Insolvenz in den Jahresabschlüssen“ gegeben habe, „falls eine Refinanzierung ausbleiben sollte“, beschreibe nichts anderes, als eben diese betriebswirtschaftliche Selbstverständlichkeit, dass ein fremdfinanziertes Unternehmen wie eben die US-Gesellschaft ohne Refinanzierungen in seiner Existenz gefährdet sei. Aus dem Umstand, dass fremdfinanzierte Unternehmen auf künftige Refinanzierungen angewiesen seien, lasse sich noch keinerlei Rückschlüsse auf ihre Bonität ziehen. Von der Betriebsprüfung wäre auch eine Auseinandersetzung mit den folgenden Argumenten geboten gewesen:

- Die Höhe des Aktivvermögens und des Eigenkapitals der US-Gesellschaft: Sofern das SEC-Filing auf erhebliche Wertminderungen verwiesen habe, sei darauf hinzuweisen, dass die vorgenommenen Abwertungen in den Zahlen in der Bilanz und im Filing berücksichtigt seien.
- Die Betriebsprüfung sei nicht auf den Umstand eingegangen, dass der Börsenwert bzw die Marktkapitalisierung der US-Gesellschaft Ende 2007 etwa USD 1,19 Milliarden betragen habe, was ein ganz entscheidendes Kriterium für die Frage der Einschätzung der Bonität bzw einer allfällig drohenden Zahlungsunfähigkeit sei.
- Es habe – nicht nur „Intercompany Settlements“ – sondern eine Vielzahl von Konzernleistungen und -verrechnungen gegeben, bei denen es über die Jahre zu keinerlei Zahlungsengpässen seitens der US-Gesellschaft gekommen sei.
- Auch auf andere vorgebrachte Argumente sei die Betriebsprüfung nicht eingegangen (zB auf die laufende Liquiditätszufuhr, auf das sehr hohe Sachanlagevermögen der US-Gesellschaft, auf die nicht vorhandene Kenntnis der Geschäftsführung der Beschwerdeführerin über Zahlungsschwierigkeiten oder -verzögerungen) und unverständlich seien die Äußerungen der Betriebsprüfung zum vorgebrachten Gesellschafterrückhalt.
- Hinsichtlich der im Report wiedergegebenen Darstellung der historischen Kapitalmarktdaten werde von der Betriebsprüfung grundsätzlich nicht die inhaltliche Richtigkeit der Darstellung der Daten angezweifelt. Zu widersprechen sei, dass es sich dabei um ein durch die steuerliche Vertretung im Zuge der Außenprüfung erstelltes Rating handle, es werde unmissverständlich im Report darauf hingewiesen, dass ausschließlich auf Kapitalmarktdaten von Bloomberg zurückgegriffen werde und diese im Report lediglich wiedergegeben würden. Im Report sei darauf hingewiesen worden, dass ein extern erstelltes „Emittentenrating“ (welches auch die umfassende Berücksichtigung nicht-finanzieller Indikatoren beinhalten würde) weder von Bloomberg noch von einem anderen unabhängigen Anbieter vorliege, nie sei das Vorliegen eines umfassenden Ratings behauptet worden. Die wiedergegebenen Finanzkennzahlen würden das Vorbringen der Beschwerdeführerin untermauern, es wäre an der Betriebsprüfung gelegen, Inhalt und Aussagekraft des Reports zu würdigen und gegebenenfalls darzulegen, warum diesem Beweismittel keine Beweiskraft beigemessen werde. Das Parteivorbringen sei diesbezüglich ignoriert worden.

- Im Report sei offengelegt worden, dass die Entwicklung dieses Ratings der US-Gesellschaft über die Jahre 2001 bis 2007 grundsätzlich einem stabilen Verlauf mit tendenziell stabilem Trend folge und die Bloomberg Datenbank für die Jahre 2008 und 2009 keine diesbezüglichen Informationen enthalte.

Grob missverständlich und unrichtig sei folgende Ausführung der Betriebsprüfung:

*„(Andererseits) hängt die Rückzahlungsfähigkeit der [US-Gesellschaft] ausschließlich von der Fähigkeit ab, laufende Verbindlichkeiten fristgerecht zu bedienen. Diese ist laut SEC-Filing vom 31.12.2007 für Finanzverbindlichkeiten nicht gegeben.“*

- Die US-Gesellschaft habe ihre laufenden Verbindlichkeiten fristgerecht bedienen können, ansonsten hätte sie den Gläubigerschutz schon zu diesem Zeitpunkt beantragen müssen. Gegenständlich sei es vielmehr darum gegangen, ob aus Sicht des Zeitpunktes der Darlehensbegebung eine künftige Rückzahlungsfähigkeit der US-Gesellschaft gegeben gewesen sei. Diese wiederum hänge aber nur davon ab, ob eine zeitgerechte künftige Refinanzierung zustande komme. Die Formulierung der Betriebsprüfung sei in diesem Sinne unrichtig.
- Ebenfalls sei unrichtig, dass die Rückzahlungsfähigkeit der US-Gesellschaft laut SEC-Filing vom 31.12.2007 für Finanzverbindlichkeiten nicht gegeben sei. Es sei im Filing lediglich darauf hingewiesen worden, dass die künftige Rückzahlungsfähigkeit der US-Gesellschaft dann nicht gegeben sein werde, wenn künftige Refinanzierungen nicht erfolgen sollten. Die diesbezügliche Formulierung der Betriebsprüfung sei unrichtig und tendenziös, die Betriebsprüfung suggeriere nämlich entgegen der Faktenlage eine Zahlungsunfähigkeit bzw eine mangelnde Rückzahlungsfähigkeit der US-Gesellschaft zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung, die tatsächlich nicht vorgelegen habe.

Es ließen sich vor diesem Hintergrund aus den nachfolgend angeführten Beweismitteln keine weitergehenden Schlussfolgerungen über eine angeblich nicht gegebene Bonität bzw Rückzahlungsfähigkeit der US-Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung ableiten:

- Press Release des Jahres 2007: Es könne – entgegen der Ansicht der Betriebsprüfung – auf keinen Fall abgeleitet werden, dass Ende 2007 bereits Insolvenzgefahr bestanden habe, sondern es sei im Gegenteil ausdrücklich zu lesen gestanden, dass die bis zu diesem Zeitpunkt notwendigen Refinanzierungen durch ein näher beschriebenes Maßnahmenpaket in der Tat „geschafft“ worden seien.
- Standard vom 25.9.2007: Die Schlussfolgerungen im Betriebsprüfungsbericht seien eine bloße Wiederholung der ohnehin hinreichend bekannten Sachverhaltselemente, nämlich Vorliegen einer hohen Fremdfinanzierung der US-Gesellschaft, versuchte Reduktion der Fremdfinanzierung durch Maßnahmenpakete (einschließlich der Veräußerung von Sport- und Freizeitanlagen) sowie Bemühen um den Erhalt von notwendigen Refinanzierungen. Mangels Beweiswerts gehe der Beweis für die Behauptungen der Betriebsprüfung völlig ins Leere.
- Warnhinweise: Bezüglich der Aussage der steuerlichen Vertreterin, wonach es für den Fall des Ausbleibens von Refinanzierungen in den Jahresabschlüssen der

US-Gesellschaft entsprechende „Warnhinweise“ gegeben habe, sei bloß im Sinne einer betriebswirtschaftlichen Selbstverständlichkeit beschrieben worden, dass ein fremdfinanziertes Unternehmen wie die die US-Gesellschaft eben im Fall ausbleibender Refinanzierungen in der Existenz gefährdet sei.

- Die von der Betriebsprüfung behauptete Vorhersehbarkeit einer Insolvenz der US-Gesellschaft sei daher nicht nachvollziehbar zu begründen gewesen. Die Geschäftsführung der Beschwerdeführerin habe im April 2008 nach einer sinnvollen Veranlagung für einen kurzfristigen Liquiditätsüberschuss gesucht und sei nach sorgfältiger Abwägung zum Schluss gekommen, dass ein kurzfristiges Darlehen an die US-Gesellschaft zu den genannten Konditionen eine sinnvolle Entscheidung darstelle. Es hätten zum Zeitpunkt der Darlehensbegebung aus den erwähnten Gründen keine Zweifel an der künftigen Rückzahlungsfähigkeit und am Rückzahlungswillen der US-Gesellschaft bestanden. Erst aufgrund der späteren unvorhersehbaren und überraschenden Insolvenz der US-Gesellschaft im März 2009 habe die ausstehende Darlehensforderung vollständig wertberichtigt werden müssen, da mit einer (auch nur teilweisen) Rückführung des Darlehensbetrages nicht zu rechnen gewesen sei.

Die Betriebsprüfung hätte nach Vorbringen der Beschwerdeführerin auch nachfolgende Überlegungen zum materiellen Recht anstellen müssen, es hätten diesfalls nicht das Vorliegen der Voraussetzungen einer verdeckten Ausschüttung festgestellt werden können. Die Betriebsprüfung habe insoweit die Rechtslage verkannt, weshalb die angefochtenen Bescheide mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet seien:

Das Fehlen eines unterfertigten Darlehensvertrages führe nicht zur Annahme einer verdeckten Ausschüttung, sofern die wesentlichen Vertragsbestandteile erkennbar und mit genügender Deutlichkeit fixiert seien (KStR Rz 573, EStR Rz 1132, 1214; VwGH 8.9.1992, 87/14/0186; 5.9.2012, 2010/15/0018). Gegenständlich sei dies durch das schriftlich dokumentierte und klar formulierte Term-Sheet und die erfolgte buchhalterische Abbildung sichergestellt gewesen. Da das Fehlen der Bestellung von förmlichen Sicherheiten zwischen Konzernunternehmen nicht unüblich sei, sei eine Darlehensgewährung im Konzern auch nicht allein deshalb als verdeckte Ausschüttung einzustufen, weil keine Sicherheiten vereinbart worden seien, sofern die Konzernbeziehungen für sich gesehen schon eine Sicherheit bedeuteten. Bei einer kurzfristigen Finanzierung mit einer Laufzeit von einem Jahr sei allgemein nicht unüblich und der bestehende Gesellschafterrückhalt durch die CAN-Gesellschaft als wesentlicher Gesellschafterin mit kontrollierendem Einfluss keinen Zweifel an der Rückzahlungsfähigkeit und am Rückzahlungswillen der US-Gesellschaft aufkommen lassen habe. Der Börsenwert der US-Gesellschaft habe zu Ende des Jahres 2007 etwa USD 1,19 Milliarden betragen, die Hingabe einer kurzfristigen Finanzierung mit einer Laufzeit von einem Jahr in Höhe von (lediglich) 12,5 Millionen ohne gesonderte Sicherheitenbestellung sei dementsprechend unbedenklich. Diese Beurteilung decke sich mit der jüngeren Rechtsprechung des VwGH zur Kreditgewährung an den Gesellschafter beim Vorliegen von Verrechnungskonten (Verweis auf die Darstellung bei

Zorn, SWK 2015, 577 ff). Werde bei einer Kreditgewährung an den Gesellschafter eine werthaltige Forderung auf Ebene der kreditgewährenden Gesellschaft eingestellt, so sei demnach der Vorgang nicht als Ausschüttung zu werten, sofern beim Gesellschafter eine entsprechende Bonität vorliege. Dabei habe der VwGH anderen, bloß formalen Kriterien, wie etwa dem Fehlen von schriftlichen Vereinbarungen bzw von Kreditsicherheiten, nur wenig Beachtung beigemessen (Verweis auf VwGH 26.2.2015, 2012/15/0177).

Hinsichtlich des subjektiven Tatbildes sei im gegenständlichen Fall keine auf Vorteilsgewährung gerichtete Willensentscheidung der Geschäftsführung der Beschwerdeführerin vorgelegen. Hätte die Geschäftsführung Zweifel an der Rückzahlungsfähigkeit der US-Gesellschaft gehabt, hätte sie das Darlehen nicht gewährt, da sich die Konsequenzen eines Forderungsausfalles gerade für die Geschäftsführung der Beschwerdeführerin als besonders nachteilig herausgestellt hätten. Es seien im Anschluss an die Insolvenz der US-Gesellschaft über Monate hinweg intensive Anstrengungen durch die Geschäftsführung erforderlich gewesen, um Insolvenzen in Österreich zu verhindern, die weitreichende persönliche Haftungen der Geschäftsführung zur Folge hätten haben können. Zudem wären zwingende Kapitalerhaltungsvorschriften verletzt worden.

Einerseits potentielle insolvenzrechtliche Haftungen mit aller Macht vermeiden zu wollen, gleichzeitig aber anfechtungs-, gesellschafts- und steuerrechtliche Ansprüche und Haftungen wissentlich und willentlich in Kauf zu nehmen, stelle ein völlig irrationales Verhalten dar, von dem nicht ausgegangen werden könne.

Da eine verdeckte Ausschüttung auch im Lichte der Zielsetzung zu sehen sei, das „willkürliche Herbeiführen steuerlicher Folgen zu vermeiden“, sei in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob und inwieweit „unkontrollierbar ungerechtfertigte steuerliche Vorteile“ erwirkt werden könnten. Gegenständlich sei die Darlehensgewährung aus folgenden Gründen nicht auf die Erzielung steuerlicher Vorteile gerichtet gewesen:

- Eine Hinzurechnung der Wertberichtigung auf Ebene der Beschwerdeführerin hätte keine unmittelbaren körperschaftsteuerlichen Auswirkungen, da der steuerliche Verlust im Jahr 2008 die Wertberichtigung bei weitem überstiegen habe.
- Allenfalls wäre der Verlustvortrag reduziert worden, jedoch sei es zu keiner Verwertung dieses Verlustvortrages in den auf das Jahr 2008 folgenden Jahren nicht gekommen und werde es auch in Zukunft nicht kommen aufgrund der Beendigung der operativen Tätigkeiten der Konzerngruppe in Österreich.
- Schließlich seien auch keine Auswirkungen im Bereich der KEST gegeben, da aufgrund der hohen steuerlichen Evidenzkonten allenfalls bloß steuerneutrale Einlagenrückzahlungen vorliegen könnten.

Durch die CAN-Konzernmuttergesellschaft hätte ein Gesellschafterrückhalt in ausgeprägter Form bestanden. Die gebotene Berücksichtigung werde im vorliegenden Fall insbesondere auch durch das bisherige Verhalten der Konzernspitze unterstützt, da

die CAN-Gesellschaft bereits in der Vergangenheit wiederholt Finanzierungen an die US-Gesellschaft bereitgestellt habe.

Die Betriebsprüfung habe sich mit dem Gesellschafterrückhalt im Betriebsprüfungsbericht inhaltlich nicht in ausreichender und teilweise unverständlicher Weise auseinandergesetzt. Es werde nicht begründet, warum der Gesellschafterrückhalt im gegenständlichen Fall nicht relevant sein solle. Insbesondere wirke ein Gesellschafterrückhalt in Situationen, in denen eine (formal) bestehende Unsicherheit eben gerade durch die Zugehörigkeit zu einem starken Konzernverbund (quasi-kompensatorisch) ausgeglichen werde.

Selbst wenn im vorliegenden Fall davon auszugehen wäre, dass die Darlehensgewährung nicht fremdüblich gewesen sei und eine willentliche Zuwendung an die US-Gesellschaft vorliege (was in Abrede gestellt werde), liege vor dem Hintergrund dieser Ausführungen angesichts der starken wirtschaftlichen Verflechtungen zwischen den österreichischen Konzerngesellschaften und der US-Gesellschaft eine solche „wirtschaftliche Veranlassung der Darlehenshingabe“ ungeachtet der Fremdüblichkeit der Ausgestaltung des Darlehens vor. Die starke betriebliche Verflechtung begründe ein eigenbetriebliches Interesse der Beschwerdeführerin an der Darlehensgewährung.

Die Beschwerde wurde direkt dem Bundesfinanzgericht vorgelegt. Im Beschwerdeschreiben fand sich der Antrag, eine Beschwerdeentscheidung zu unterlassen und die Beschwerde wurde innerhalb von drei Monaten dem Bundesfinanzgericht vorgelegt.

## **5. Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht**

Im Rahmen des am 8.3.2018 am Bundesfinanzgericht stattgefundenen Erörterungstermins wurde von Seiten der Beschwerdeführerin bestätigt, dass die Vereinbarung („Term Sheet“) undatiert und nicht unterzeichnet ist. Es gebe dafür keine explizite Begründung.

Mit Schreiben vom 29.11.2018 zog die Beschwerdeführerin den gestellten Antrag auf Entscheidung durch einen Senat zurück.

Im Rahmen des am 8.3.2018 abgehaltenen Erörterungstermins wurde erörtert, dass es im Zeitpunkt der Darlehensgewährung im April 2008 keine klar dokumentierte Bonitätsprüfung der Darlehensnehmerin gegeben habe. Von Seiten der Beschwerdeführerin wurde dem entgegnet, dass es nicht unüblich sei, dass keine gesonderte Bonitätsprüfung vorgenommen werde. Es habe keine Zweifel gegeben, dass eine Bonität gegeben sei. Zudem sei die börsennotierte Muttergesellschaft USD 1,2 Milliarden wert gewesen.

Im Rahmen der am 14.12.2018 stattgefundenen mündlichen Verhandlung erfolgte kein neues Vorbringen.

## **II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen**

### **1. Feststellungen**

Die Beschwerdeführerin, die Gruppenmitglied in einer Unternehmensgruppe nach § 9 KStG mit der Gruppenträger-GmbH als Gruppenträgerin („Gruppenträger-GmbH“) war, realisierte am 14.4.2008 aus einer Grundstücksveräußerung den Betrag von EUR 20 Millionen und gewährte davon am selben Tage ihrer Großmuttergesellschaft (US; „US-Gesellschaft“), die aufgrund des Beteiligungsausmaßes einen beherrschenden Einfluss hatte, ein Darlehen iHv EUR 12,5 Millionen.

Von der Beschwerdeführerin erfolgte eine bilanzielle Verbuchung als Darlehensforderung. Laufende Zinsen wurden im Jahr 2008 als Betriebseinnahmen (Zinserträge) erfasst und entsprechend abgegrenzt. Aufgrund der Endfälligkeit kam es im Jahr 2008 zu keinen Teiltilgungen oder Zinszahlungen.

Es gibt keine unterzeichnete und datierte schriftliche Darlehensvereinbarung. Vorgelegt wurde eine undatierte und nicht unterzeichnete Vereinbarung („Term-Sheet“), in der sich im Wesentlichen folgende Konditionen angeführt finden:

- Laufzeit ein Jahr, endfällige Tilgung
- Zinsen auf Basis 3-Monats EURIBOR mit Aufschlag von 1,25%, endfällig
- Verzugszinsen bei verspäteter Rückführung
- Möglichkeit einer vorzeitigen Tilgung des Darlehensbetrages

Sicherheiten wurden keine bestellt. Es wurde vor Zuzählung des Darlehensbetrages keine dokumentierte Bonitätsprüfung der Darlehensnehmerin durchgeführt. Es bestanden zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung allgemeine Warnhinweise, die die Bonität der Darlehensnehmerin zumindest in Frage stellen und berechtigte Zweifel an der Rückzahlungsfähigkeit begründen konnten.

Im Sinne der Konzernverbundenheit erfolgten Refinanzierungszusagen der kanadischen Muttergesellschaft der US-Gesellschaft erst im Herbst 2008, somit erst nach Zuzählung des Darlehensbetrages.

Das Stammkapital der BF betrug EUR 36.336,42 (als Kapitalrücklage EVI war der Betrag von 27.034.294,31 bilanziert). Der gewährte Darlehensbetrag iHv EUR 12,5 Millionen erwies sich somit im Verhältnis zum Eigenkapital als wesentlich. Die Vergabe von Darlehen war nicht Unternehmensgegenstand der Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdeführerin verfügte über eine schlechte wirtschaftliche Situation, sie erzielte im Jahr 2008 einen steuerlichen Verlust von EUR -19,3 Millionen. Das steuerliche Ergebnis der Unternehmensgruppe war insgesamt durchgehend negativ.

Eine betriebliche Rechtfertigung lag - mit Ausnahme des von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Arguments, dass aufgrund der starken wirtschaftlichen Verflechtungen ein eigenbetriebliches Interesse an einer langfristigen und guten Geschäftsbeziehung vorgelegen sei - nicht vor.



Von Seiten des Bundesfinanzgerichtes erfolgt daher im Rahmen einer Gesamtbeurteilung die Feststellung, dass die Darlehensgewährung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst war.

Am 5.3.2009 brachte die US-Gesellschaft einen Antrag auf Gläubigerschutz nach „Chapter 11“ ein. Das US-Insolvenzverfahren führte zur Vollbeendigung der US-Gesellschaft. Eine Rückführung des Darlehensbetrages oder eine Begleichung der aufgelaufenen Zinsverbindlichkeiten erfolgte nicht mehr.

Im Jahresabschluss der Beschwerdeführerin zum 31.12.2008 wurde die Darlehensforderung zur Gänze wertberichtigt (der Jahresabschluss der Beschwerdeführerin wurde erst im August 2009 fertiggestellt), somit auch der steuerliche Gewinn um EUR 12,5 Millionen vermindert.

## **2. Beweiswürdigung**

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich auf dem obig dargestellten Verfahrensgang und den dem Bundesfinanzgericht vorgelegten (im obigen Verfahrensgang angeführten und dargestellten) Dokumenten.

## **3. Rechtliche Beurteilung**

### **3.1 Zu Spruchpunkt I. (Beschwerdeabweisung)**

#### **3.1.1 Zum Wiederaufnahmebescheid**

Gemäß § 303 Abs 1 BAO kann ein durch Bescheid abgeschlossenes Verfahren ua von Amts wegen wiederaufgenommen werden, wenn – nach lit b – Tatsachen oder Beweismittel im abgeschlossenen Verfahren neu hervorgekommen sind und die Kenntnis dieser Umstände allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens einen anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätte. Die Wiederaufnahme hat unter Abwägung von Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründen zu erfolgen.

Beschwerdegegenständlich erfolgte die Wiederaufnahme unter Bedachtnahme auf das Ergebnis der durchgeführten Außenprüfung und der sich daraus ergebenden Gesamtauswirkung. Es kamen neue Tatsachen (die Darlehensgewährung an die Großmuttergesellschaft und der folgende Ausfall der Darlehensforderung) hervor. Im Sinne des § 20 BAO wurde eine Interessensabwägung vorgenommen und dabei festgestellt, dass die steuerlichen Auswirkungen nicht als geringfügig angesehen werden konnten und dem Prinzip der Rechtsrichtigkeit (Gleichmäßigkeit der Besteuerung) Vorrang vor dem Prinzip der Rechtsbeständigkeit (Interesse der Beschwerdeführerin an der Rechtskraft) einzuräumen war. Die Wiederaufnahme des Verfahrens erfolgte daher nach Beurteilung des Bundesfinanzgerichtes zurecht, die diesbezügliche Beschwerde war somit als unbegründet abzuweisen.

### **3.1.2 Zum Feststellungsbescheid Gruppenmitglied 2008**

Die belangte Behörde beurteilte die gegenständliche Einräumung des Darlehens von der Beschwerdeführerin an ihre Großmuttergesellschaft („US-Gesellschaft“) als verdeckte Ausschüttung.

Es werden diesbezüglich von Seiten des Bundesfinanzgerichtes folgende Erwägungen getroffen: Als verdeckte Ausschüttungen gelten alle außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung liegenden Zuwendungen einer Körperschaft an ihre Anteilsinhaber, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind und mit Wissen und Wollen der Körperschaft (subjektives Element) erfolgen (vgl etwa VwGH 1.3.2007, 2004/15/0096; 23.1.2013, 2009/15/0017). Im Folgenden erfolgt eine Prüfung der einzelnen Kriterien:

#### **Außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung liegende Zuwendung einer Körperschaft an ihre Anteilsinhaber**

Beschwerdegegenständlich lag eine außerhalb einer offenen Gewinnausschüttung liegende Zuwendung iHv EUR 12,5 Millionen an die Großmuttergesellschaft der Beschwerdeführerin vor.

Die Zuwendung erfolgte nicht direkt an die Anteilsinhaberin (Gruppenträger-GmbH) der Beschwerdeführerin, sondern an ihre Großmuttergesellschaft. Aufgrund des vorliegenden (gesellschaftsrechtlich bedingtem) Naheverhältnisses der Großmuttergesellschaft zu ihrer Tochtergesellschaft (der Gruppenträger-GmbH), hat (im ersten Schritt) eine Zurechnung an den das Naheverhältnis vermittelnden Anteilsinhaber zu erfolgen (vgl VwGH 8.2.2007, 2004/15/0149; 23.2.2010, 2005/15/0148). Ob der jeweilige Anteilsinhaber (die Gruppenträger-GmbH) am Vermögensvorteil selbst ein Interesse hat, diesen zu nutzen berechtigt ist, oder davon auch tatsächlich profitiert, ist nicht von Relevanz. Von der Gruppenträger-GmbH hat die Zurechnung schließlich weiter an deren unmittelbaren Anteilsinhaber, die US-Gesellschaft, zu erfolgen (vgl VwGH 31.5.2006, 2002/13/0168; 25.11.2009, 2008/15/0039).

Die gegenständlich vorliegende Darlehenshingabe an eine konzernmäßig verbundene Gesellschaft kann somit eine verdeckte Ausschüttung darstellen, wenn die sonst erforderlichen Kriterien erfüllt sind (vgl VwGH 21.6. 2007, 2006/15/0043 ).

#### **Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis – Fremdvergleich**

Als weiteres Kriterium ist zu prüfen, ob die Zuwendung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist. Diese Veranlassung ist anhand eines Fremdvergleiches zu ermitteln (vgl etwa VwGH 31.5.2005, 2000/15/0059).

Das entsprechende Vertragsverhältnis zwischen der Kapitalgesellschaft und ihrem Anteilsinhaber (bzw diesem Nahestehenden) wird dabei nach jenen Kriterien gemessen, die für die Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen entwickelt wurden.

Demnach hat ein derartiger Vertrag nach außen ausreichend zum Ausdruck zu kommen, einen eindeutigen und klaren Inhalt zu haben und würde zwischen Fremden unter den gleichen Bedingungen abgeschlossen werden. Diese Elemente haben im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kumulativ erfüllt zu sein. In Ergänzung wird zur Bestimmung der Fremdüblichkeit auch der Sorgfaltsmaßstab des ordentlichen und gewissenhaften gesetzlichen Vertreters herangezogen.

Bei der Frage der Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis handelt es sich nicht um eine Rechtsfrage, sondern um eine Frage des Sachverhaltes. Dementsprechend erfolgte von Seiten des Bundesfinanzgerichtes die oben getroffene Feststellung, dass beschwerdegegenständlich eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis vorlag. Es werden in rechtlicher Hinsicht nachfolgende Erwägungen in Betracht gezogen:

### **Keine unterzeichnete und datierte Vereinbarung**

Aus den Kriterien für die Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen ergibt sich, dass für das Zustandekommen eines Vertrages (zumindest) die wesentlichen Bestandteile mit genügender Deutlichkeit fixiert sein müssen (VwGH 4. 10. 1983, 83/14/0034). Die entsprechende Dokumentation, wie etwa ein schriftlicher, datierter und unterfertigter Darlehensvertrag, spielt dabei iZm der Beweiswürdigung eine wesentliche Rolle; wenngleich eine mangelhafte Dokumentation nicht zwangsläufig die Annahme eines durch das Gesellschaftsverhältnis veranlassten Vorgangs bewirken muss (vgl. VwGH 26.4.2006, 2004/14/0066). Nach Rsp des Verwaltungsgerichtshofes sind - zumindest bei einem Geschäft mit einem Alleingesellschafter - sogar das gänzliche Fehlen einer Urkunde einer abgabenrechtlichen Anerkennung nicht abträglich. Die Angehörigenjudikatur komme jedoch jedenfalls dann zum Tragen, wenn berechtigte Zweifel am wahren wirtschaftlichen Gehalt einer behaupteten vertraglichen Gestaltung bestehe (VwGH 22.5.2014, 2011/15/0003).

Im beschwerdegegenständlichen Fall wurde zwar von der Beschwerdeführerin eine Vereinbarung (Term-Sheet) mit einer Aufzählung aller wesentlichen Darlehenskonditionen vorgelegt, die Vereinbarung ist jedoch nicht datiert und insbesondere auch nicht unterfertigt.

Es ist nach Beurteilung durch das Bundesfinanzgericht davon auszugehen, dass ein fremder Dritter eine Darlehenszuzahlung in einem derart substantiellen Ausmaß (EUR 12,5 Millionen) nicht vor ordnungsgemäßer Datierung und Unterzeichnung freigegeben hätte. Angesprochen ist dabei auch die gebotene Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers, von dem ein derartiges Handeln nicht zu erwarten gewesen wäre; dies im Hinblick darauf, dass der gegenständliche Fall nicht mit jenen Fällen vergleichbar ist, in denen bei Ein-Mann-Kapitalgesellschaften kleinere Beträge ohne schriftliche (und unterzeichnete) Verträge auf Verrechnungskonten gebucht werden.

Im Rahmen der später anzustellenden Gesamtbetrachtung stellt das gegenständliche Fehlen einer datierten und unterzeichneten Vereinbarung einen ersten zu berücksichtigenden Aspekt dar.

### **Keine dokumentierte Bonitätsprüfung vor Darlehenszuzählung**

Im Rahmen des durchzuführenden Fremdvergleichs ist zu fragen, ob eine verwirklichte Gestaltung auch zwischen voneinander unabhängigen Personen abgeschlossen worden wäre. Es ist dabei wohl davon auszugehen, dass bei Gewährung eines Darlehens im vorliegenden substantiellen Ausmaß (von einem ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter) eine umfassende, dokumentierte Bonitätsprüfung der Darlehensnehmerin erfolgt wäre. Die Prüfung wäre dabei vor Zuzählung des Darlehensbetrages in gut dokumentierter Form erfolgt und nicht ex-post im Rahmen der stattgefundenen Außenprüfung - so wie beschwerdegegenständlich stattgefunden. Der belangten Behörde ist zuzustimmen, wenn sie ausführt, dass das von der steuerlichen Vertreterin im Zuge der Außenprüfung erstellte Rating nicht eine ausreichende Aussage über die Bonität der US-Gesellschaft begründen könne.

Die von Seiten der Beschwerdeführerin getätigte Aussage, dass es keine Zweifel an einer entsprechenden Bonität gegeben hätte und die börsennotierte Muttergesellschaft USD 1,2 Milliarden wert gewesen wäre, erweist sich insbesondere vor dem zeitlichen Hintergrund der Darlehensgewährung als bedenklich (Beginn der Immobilien- und Wirtschaftskrise im Jahr 2007 in den USA, wobei das konsolidierte Vermögen der US-Gesellschaft zum 31.12.2007 im Ausmaß von EUR 751 Millionen aus Liegenschaften bestand und Immobilien nur unter erheblichsten Schwierigkeiten veräußerbar waren).

Im Rahmen der später anzustellenden Gesamtbetrachtung stellt dieser Umstand einen weiteren zu berücksichtigenden Aspekt dar.

### **Mangelnde, zumindest zweifelhafte Bonität der Darlehensnehmerin**

Nach VwGH 22.10.1991, 91/14/0020 ist bei mangelnder Bonität des Gesellschafters die Darlehensrückzahlung bereits bei Zuzählung als verdeckte Ausschüttung zu werten, wobei die Bonität immer zum Zeitpunkt der Darlehenszuzählung zu beurteilen ist und eine nachträgliche Uneinbringlichkeit grundsätzlich unbeachtlich wäre, wenn diese nicht vorhergesehen werden konnte.

Ein bloßer Rückzahlungswille des Darlehensnehmers allein reicht nicht aus, vielmehr muss sich der Rückzahlungswille objektiv durch eine entsprechende Bonität im Zeitpunkt der Darlehenszuzählung manifestieren. Die darlehensgewährende Gesellschaft trifft jedenfalls die Obliegenheit, sich mit der Bonität der Darlehensnehmerin vor Gewährung des Darlehens entsprechend auseinanderzusetzen (vgl VwGH 28. 4. 2009, 2004/13/0059 ).

Nach den obig getroffenen Feststellungen ergaben sich zumindest allgemein zugängliche mögliche Warnhinweise, die die Bonität der Darlehensnehmerin zumindest in Frage stellten und berechtigte Zweifel an der Rückzahlungsfähigkeit begründen konnten. Zumindest hätten diese Warnhinweise in eine umfassendere Auseinandersetzung mit der Bonität der US-Gesellschaft münden müssen und in eine klar dokumentierte Bonitätsprüfung.

Die Darlehensgewährung trotz Vorliegens entsprechender Warnhinweise ohne nähere Auseinandersetzung mit der Bonität (vor Darlehenszuzählung) und ohne dokumentierte Bonitätsprüfung stellt einen weiteren in der später anzustellenden Gesamtbetrachtung zu berücksichtigenden Aspekt dar.

### **Keine Bestellung von Sicherheiten**

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes begründen fehlende Sicherheiten eine verdeckte Ausschüttung, sofern nach den Umständen des Einzelfalles derartige Sicherheiten auch unter Fremden zu erwarten wären (VwGH 4.3.2009, 2004/15/0135; 28.4.2009, 2004/13/0059). Im Erkenntnis vom 18.12.2008, 2006/15/0208, kommt der Verwaltungsgerichtshof zum Schluss, dass es „*forensischer Erfahrung*“ entspreche, dass beim völligen Fehlen von Kreditsicherheiten kein fremder Darlehensgeber zu Geldhingaben in größerer Höhe bereit sei.

Beschwerdegegenständlich wurde das Darlehen ohne Bestellung von Sicherheiten gewährt. Vor dem Hintergrund der substantiellen Höhe des Betrages, dem Vorliegen von entsprechenden Warnhinweisen iZm der Bonität der Darlehensnehmerin und dem Unterlassen einer dokumentierten Bonitätsprüfung vor Darlehenszuzählung sowie der allgemeinen wirtschaftlichen Krisenlage (Immobilien- und Wirtschaftskrise in den USA, allgemeine Kreditklemme), geht das Bundesfinanzgericht davon aus, dass im konkreten Fall ein derartiges Darlehen einem unabhängigen Dritten nicht ohne Bestellung von Sicherheiten eingeräumt worden wäre.

Dies gilt nach Beurteilung durch das Bundesfinanzgericht auch für die gegenständlich kurze Darlehenslaufzeit von nur einem Jahr. Dem Einwand der Beschwerdeführerin, dass bei einer kurzfristigen Finanzierung ein Verzicht auf die Bestellung von Sicherheiten nicht unüblich sei ist zu entgegnen, dass gegenständlich aufgrund der genannten Gründe ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter nicht derart gehandelt hätte.

Zwar können bei Darlehensgewährungen zwischen Kapitalgesellschaften in einem Konzern bereits die Konzernbeziehungen für sich gesehen eine gewisse Sicherheit bedeuten, sodass insoweit keine weiteren Sicherheiten gefordert werden müssen, doch ist dies wieder unter dem Maßstab des Fremdvergleiches zu betrachten, wobei wieder die substantielle Höhe und die anderen genannten Kriterien zu betrachten sind, sowie auch die Tatsache, dass die Darlehensforderung in der Folge tatsächlich gänzlich

ausgefallen ist. Obendrein stand im Zeitpunkt der Darlehensgewährung nicht fest, ob eine Refinanzierung der US-Gesellschaft durch ihre Muttergesellschaft (CAN-Gesellschaft) überhaupt vorgesehen und zu Stande gekommen wäre. Laut Pressemitteilung vom 26.11.2008 seien die verbindlichen Refinanzierungszusagen der CAN-Gesellschaft erst im November 2008, somit nach Gewährung des Darlehens getätigt worden.

Anzuerkennen ist, dass die US-Gesellschaft für die CAN-Gesellschaft eine besondere Bedeutung hatte, da sie einen großen Teil der konsolidierten Assets und des konsolidierten Umsatzes repräsentierte. Für sich allein gesehen müssen die gegenständlichen fehlenden Sicherheiten aufgrund des Konzernverbundes somit noch nicht unbedingt eine verdeckte Ausschüttung bewirken, doch hat eine entsprechende Würdigung im Gesamtbild der Verhältnisse zu erfolgen.

### **Höhe des Darlehensbetrages im Verhältnis zum Stammkapital der Beschwerdeführerin**

Nach Rsp des BFH kann auch dann eine verdeckte Ausschüttung vorliegen, wenn die als Darlehen hingegebenen Beträge einen wesentlichen Teil des Stammkapitals ausmachen, wenn die Vergabe von Darlehen nicht Unternehmensgegenstand der Körperschaft ist (etwa BFH 6.12.1955, I 103/53 U).

Beschwerdegegenständlich wurde der Betrag von EUR 12,5 Millionen als Kredit eingeräumt, wobei das Stammkapital der Beschwerdeführerin bloß EUR 36.336,42 betrug (als Kapitalrücklage EVI war noch der Betrag von 27.034.294,31 bilanziert). Der gewährte Darlehensbetrag iHv EUR 12,5 Millionen erweist sich somit im Verhältnis zum Eigenkapital als wesentlich. Die Vergabe von Darlehen war auch nicht Unternehmensgegenstand der Beschwerdeführerin.

Auch dieser Aspekt ist im Rahmen der später anzustellenden Gesamtbetrachtung entsprechend zu berücksichtigen.

### **Schlechte wirtschaftliche Situation der Beschwerdeführerin**

Dafür, dass die Zuwendung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist kann nach Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs auch die Gewährung eines Kredites bei schlechter wirtschaftlicher Situation der gewährenden Gesellschaft sprechen (vgl VwGH 15.9.1999, 99/13/0057).

Diesbezüglich ist auszuführen, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2008 einen Verlust von rund EUR 19,3 Millionen erzielte und die steuerlichen Ergebnisse der Unternehmensgruppe insgesamt durchgehend negativ ausfielen.

Es handelt sich damit um einen weiteren entsprechend zu berücksichtigenden Aspekt.

### **Fehlende betriebliche Rechtfertigung der Gesellschaft**

Schließlich stellt sich noch die Frage nach der betrieblichen Rechtfertigung für die Gewährung eines Darlehens in dieser substanziellen Höhe. Es ist dabei zu fragen, warum eine Gesellschaft ohne besondere betriebliche Gründe ihren Gesellschafter oder wie beschwerdegegenständlich ihre Großmutter-Gesellschaft mit einem Darlehen unterstützen und dabei selbst ein Risiko eingehen soll.

Eine derart fehlende betriebliche Rechtfertigung wird in der Regel die Annahme unterstützen, dass die Zuwendung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist.

Die Beschwerdeführerin argumentiert, dass aufgrund der starken wirtschaftlichen Verflechtungen ein eigenbetriebliches Interesse an einer langfristigen und guten Geschäftsbeziehung mit der US-Gesellschaft bestanden habe. Von Seiten des Bundesfinanzgerichts kann dieser Argumentation nicht gefolgt werden. Dass eine langfristige und guten Geschäftsbeziehung gewollt wurde, kann nur als selbstverständlich und als schon aufgrund der konzernmäßigen Verbundenheit gegeben betrachtet werden. Es wird jedoch davon auszugehen sein, dass einer dritten, nicht konzernmäßig verbundenen Gesellschaft, auch bei einer engen wirtschaftlichen Beziehung und bei Interesse an einer langfristigen und guten Geschäftsbeziehung, eine derartige Summe ohne gesonderte Einräumung von Sicherheiten, etc, nicht gewährt worden wäre.

### **Gesamtbild der Verhältnisse**

Für die Beurteilung, ob eine Zuwendung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, konkret, ob das gegenständliche Darlehen im Sinne eines Fremdvergleiches auch einem außenstehenden Dritten gewährt worden wäre, ist das Gesamtbild der Verhältnisse entscheidend. Letztendlich kommt es darauf an, ob im konkreten Einzelfall eine ernstgemeinte Rückzahlungsverpflichtung besteht (vgl VwGH 4.3.2009, 2004/15/0135; 28.4.2009, 2004/13/0059).

Je mehr und je stärker fremdunübliche Umstände vorliegen, umso eher ist von einer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung auszugehen. Im beschwerdegegenständlichen Fall liegen diesbezüglich zahlreiche und schwerwiegende Umstände vor: keine unterzeichnete und datierte Vereinbarung, keine dokumentierte Bonitätsprüfung vor Darlehenszuzählung, mangelnde, zumindest zweifelhafte Bonität der Darlehensnehmerin, keine Bestellung von Sicherheiten, Höhe des Darlehensbetrages im Verhältnis zum Stammkapital der Beschwerdeführerin, schlechte wirtschaftliche Situation der Beschwerdeführerin, fehlende betriebliche Rechtfertigung der Gesellschaft. Das Bundesfinanzgericht trifft daher die Beurteilung, dass die Zuwendung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst war.

Es erscheint demnach nicht realistisch, dass ordnungsgemäß und sorgfältig handelnde Geschäftsführer einer ausländischen, nicht nahestehenden Gesellschaft, ein Darlehen in vergleichbarer Höhe unter den angeführten Umständen gewährt hätten.

### **Subjektives Element: Wissen und Wollen der Körperschaft**

Ein Vorgang ist nur dann als verdeckte Ausschüttung zu qualifizieren, wenn als subjektive Voraussetzung auch ein Wissen und Wollen der zuwendenden Gesellschaft gegeben ist (vgl etwa VwGH 1.3.2007, 2004/15/0096; 23.1.2013, 2009/15/0017). Es geht dabei um eine auf Vorteilsgewährung gerichtete Willensentscheidung der Gesellschaft.

Diese Absicht der Vorteilsgewährung kann sich dabei auch schlüssig aus den Umständen des jeweiligen Falles ergeben (VwGH 21. 2. 2013, 2009/13/0257; 26.6.2014, 2011/15/0076), wozu es eines entsprechenden Verhaltens der vertretungsbefugten Organe bedarf (VwGH 16.11.2006, 2002/14/0010, 0122). Als ausreichend ist prinzipiell ein Dulden und Unterlassen anzusehen, das den Schluss erlaubt, dass die durch ihre Organe vertretene Gesellschaft die Entnahme von Gesellschaftsvermögen durch den Gesellschafter akzeptiert habe (VwGH 26.5.1993, 90/13/0155).

Die beschwerdegegenständlich vorliegenden objektiven Gesichtspunkte, konkret manifestiert in keiner unterzeichneten und datierten Vereinbarung, keiner dokumentierten Bonitätsprüfung vor Darlehenszuzählung, mangelnder oder zumindest zweifelhafter Bonität der Darlehensnehmerin, keiner Bestellung von Sicherheiten, sowie die substanzielle Höhe des Darlehensbetrages im Verhältnis zum Stammkapital der Beschwerdeführerin, die schlechte wirtschaftliche Situation der Beschwerdeführerin, die fehlende betriebliche Rechtfertigung der Gesellschaft und der Umstand, dass dennoch am selben Tag, an dem Mittel aus einer Grundstücksveräußerung realisiert wurden, diese augenblicklich, ohne weitere substantielle Vorkehrungen, der Großmuttergesellschaft überwiesen wurden, können nach Beurteilung durch das Bundesfinanzgericht auf die subjektive Vorteilsgewährung schließen lassen.

### **Beurteilung als verdeckte Ausschüttung**

Er erfolgt somit die Beurteilung, dass bereits die Darlehenshingabe als solche (Zeitpunkt der Zuzählung des Darlehensbetrages am 14.4.2008) eine verdeckte Ausschüttung darstellt. (Würde erst der Jahresabschlussstichtag 31.12.2008, zu dem die Wertberichtigung verbucht wurde, als Zeitpunkt der verdeckten Ausschüttung beurteilt werden, würde sich ebenso für das Jahr 2008 eine verdeckte Ausschüttung iHv EUR 12,5 Millionen ergeben.)

Da es gemäß § 8 Abs 2 KStG für die Ermittlung des Einkommens ohne Bedeutung ist, ob das Einkommen im Wege offener oder verdeckter Ausschüttungen verteilt wird, dürfen verdeckte Ausschüttungen die Ermittlung des Einkommens der Körperschaft nicht beeinflussen. Sie sind daher zu neutralisieren. Die Korrektur der Einkünfte ist in jenem Ermittlungszeitraum vorzunehmen, in dem die Einkünfte aufgrund der verdeckten Ausschüttung unzutreffend angesetzt wurden.

Die von der belangten Behörde vorgenommene Hinzurechnung zur Bemessungsgrundlage für die Körperschaftssteuer erwies sich somit als korrekt. Die Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.



### **3.2 Zu Spruchpunkt II. (Unzulässigkeit der Revision)**

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Im beschwerdegegenständlichen Fall entsprach die Lösung der Rechtsfrage der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, weshalb die Revision nicht zuzulassen war.

Wien, am 28. Dezember 2018