



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch KPMG Austria WP & STB GmbH, gegen die Bescheide des Finanzamtes für Körperschaften betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1992, 1993, 1994 und 1995, Gewerbesteuer für die Jahre 1992 und 1993, Einheitswert- und Vermögensteuer zum 1.1.1993 entschieden:

Den Berufungen wird Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden abgeändert.

Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Abgaben sind dem als Beilage angeschlossenen Berechnungsblatt zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

### **Rechtsbelehrung**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

### **Entscheidungsgründe**

Bei der Bw. wurde von Mai 1997 bis November 1997 eine Betriebsprüfung betreffend die Jahre 1992 bis 1995 durchgeführt. Im Zusammenhang mit der Gründung der Bw. wurde

erhoben, dass die P AG (Anm.: Großmutter der Bw. zum Zeitpunkt der Gründung) am 28. September 1992 nachstehendes Schreiben an Rechtsanwalt Dr. E. gerichtet habe:

"Sehr geehrter Herr Dr. E.!

Wir beauftragen Sie, in ihrem Namen, aber auf Rechnung der I GmbH (Anm.: Mutter der Bw. zum Zeitpunkt der Gründung), einer 100%igen Tochtergesellschaft der P AG:

- eine Projektgesellschaft m.b.H. mit der Mindestkapitalausstattung von S 500.000,-- zu gründen.

Als Firma schlagen wir S GmbH (Anm.: Firma der Bw. zum Zeitpunkt der Gründung) vor.

Einen Geschäftsanteil im Nennwert von S 499.000,00 mögen Sie treuhändig für die I GmbH als Gründer übernehmen, einen weiteren Geschäftsanteil in Höhe von S 1.000,00 mögen Sie einem Gründungshelfer Ihrer Wahl treuhändig für die I GmbH übernehmen lassen.

- Die Geschäftsführung dieser Gesellschaft mögen ebenfalls Sie übernehmen.
- Diese Projektgesellschaft hat ausschließlich über Weisung der P AG zu handeln. Die P AG gibt Ihnen demgemäß auch eine Schad- und Klagloserklärung ab und wird dafür Sorge tragen, dass ein notarieller Treuhandvertrag abgeschlossen werden wird.

Hinsichtlich des Wortlautes der Schad- und Klagloserklärung sowie des Treuhandvertrages ersuchen wir um einen Textvorschlag.

Die § 10 GmbH – Bestätigung über die freie Verfügbarkeit des Gesellschaftskapitals in Höhe von S 500.000,00 sowie einen Bankscheck in Höhe von S 10.000,00 zur Begleichung der Gesellschaftssteuer schließen wir diesem Schreiben an."

Rechtsanwalt Dr. E. habe in weiterer Folge die Bw. gegründet. Als Gründungshelfer habe Rechtsanwalt Dr. N fungiert. Dieser habe mit Abtretungsvertrag vom 12.10.1992 den zum Zeitpunkt der Gründung übernommenen Geschäftsanteil von S 1.000,00 an Dr. E. abgetreten.

Auf den Abschluss eines Treuhandvertrages sei in weiterer Folge verzichtet worden, da die Geschäftsführung der I GmbH - in Absprache mit der P AG - beabsichtigt habe die Geschäftsführung der Bw. jener der anderen Konzerngesellschaften anzupassen und die Treuhandenschaft von Rechtsanwalt Dr. E. zu beenden.

Zum Zeitpunkt der Gründung sei die Bw. eine 100%ige Tochtergesellschaft der I GmbH gewesen, deren Gesellschaftsanteile zu 100% von der P AG gehalten worden seien. Beginnend mit September 1994 sei es zu umfangreichen Umgründungs- bzw.

Umstrukturierungsmaßnahmen und dadurch zu einer Änderung der Beteiligungsverhältnisse gekommen.

Zur Erreichung des gesellschaftsvertraglich geregelten Betriebszweckes habe die Bw., mit Kaufvertrag vom 20. Oktober 1992, von der R. GmbH, die Liegenschaft S erworben. Der Kaufpreis habe S 70.000.000,00 betragen.

Da die erworbene Liegenschaft mit dem der Bw. zur Verfügung gestellten Mindestkapital von S 500.000,00 nicht zu finanzieren gewesen sei, habe die I GmbH mit Kreditauftrag vom 3. November 1992 die P AG beauftragt der Bw. einen revolving ausnützbaren Kredit von S 75.000.000,00 einzuräumen.

Für den Kredit sei keine Laufzeit vereinbart worden. Als Verzinsung seien 8% p. a. vereinbart worden. Als Sicherstellung sämtlicher Forderungen gegen die Bw. habe sich die I GmbH verpflichtet bei nichtordnungsgemäßer Rückführung des Kapitals, der Zinsen und Nebenkosten über erstmalige Aufforderung der P AG unter Verzicht auf alle Einwendungen prompt sämtliche Belastungen an diese zur Auszahlung zu bringen.

Auf eine hypothekarische Sicherstellung im Grundbuch der erworbenen Liegenschaft sei verzichtet worden.

Ein schriftlicher Kreditvertrag zwischen der P AG und der Bw. sei nicht abgeschlossen worden.

Der Kaufpreis für die erworbene Liegenschaft sei vom Zahlungsverkehrskonto der P AG angewiesen worden. In weiterer Folge sei das Konto der Bw. bei der P AG mit dem Betrag von S 70.000.000,00 belastet worden. Die Transaktion sei somit nicht durch die Bw. sondern durch die Konzernspitze als Zahlungsverkehrsstelle durchgeführt worden.

In der Folge sei die erworbene Liegenschaft wieder an die R GmbH zurückvermietet worden.

Aufgrund einer für das Jahr 1993 angestellten Prognoserechnung habe sich herausgestellt, dass die verrechneten Zinsen (7 – 8%) und die planmäßige AfA auch in den Erlösen 1994 keine Deckung finden würden. Daher habe die P AG der Bw. einen Großmutterzuschuss von S 2.500.000,00 gewährt. Dieser sei am 7. Dezember 1993 dem Bankkonto der Bw. bei der P AG gutgeschrieben worden.

Eine die Jahre 1992 bis 2007 umfassende Prognoserechnung habe ergeben, dass trotz des Großmutterzuschusses mit einer ständigen Unterkapitalisierung zu rechnen sei.

Im Jahr 1995 sei ein Großteil der Liegenschaften um S 33.000.000,00 an die X AG veräußert worden. Nur ein Bürogebäude mit einem Restgrund sei im Anlagevermögen der Bw. verblieben.

Eine auf die neuen Gegebenheiten abgestellte Prognoserechnung beginnend mit dem Jahr 1996 habe trotz Teilveräußerung der Liegenschaft und Senkung des Zinssatzes auf 4,5% für das von der Konzernspitze zugeführte Kapital (in weiterer Folge Staffelnung nach dem VPI ansteigend auf 5,5%) ergeben, dass mit einer ständigen Unterkapitalisierung bis ins Jahr 2014 zu rechnen sei.

Mit Vorhalt vom 4. August 1997 sei der Bw. mitgeteilt worden, dass angesichts der vorliegenden Finanzierungsstruktur beabsichtigt sei, die Zinsen für den durch den mittelbaren Gesellschafter P AG gewährten Kredit als verdeckte Ausschüttung zu qualifizieren. Im Vorhalt wurde ausgeführt, dass es grundsätzlich anzuerkennen sei, wenn der Gesellschafter der Gesellschaft Kapital in Form von Darlehen zur Verfügung stelle. Unter besonderen Umständen liege jedoch eine verdeckte Eigenkapitalzufuhr vor.

Als besondere Umstände seien anzusehen, dass schon im Gründungsjahr ein Missverhältnis zwischen Eigenkapital und dem auf Dauer benötigten Mittelbedarf vorliege, aus den vorgelegten Prognoserechnungen eine wesentlich unter dem Branchendurchschnitt liegende Eigenkapitalquote ersichtlich sei und die Art der Sicherstellung einem Fremdvergleich nicht standhalte, weshalb ein Kredit in der gegenständlichen Höhe von Nichtkonzernmitgliedern in der Form nicht gewährt worden wäre.

Der Bw sei mitgeteilt worden, dass die gesamte Krediteinräumung seitens der P AG in Höhe von S 70.000.000,00 als verdecktes Eigenkapital zu qualifizieren sei und die jährliche Zinsenbelastung eine verdeckte Ausschüttung darstelle.

Der steuerlichen Vertreter der Bw. habe mit Schreiben vom 9. September 1997 zum Vorhalt der Betriebsprüfung wie folgt Stellung genommen:

Die Bw. sei im Jahr 1992 als Tochtergesellschaft der I GmbH gegründet worden. Die Anteile seien treuhändig von einem Rechtsanwalt bzw. einem Gründungshelfer übernommen worden. Die I GmbH wiederum sei als Tochtergesellschaft der P AG errichtet worden, um im Rahmen der P Gruppe die Immobilienbetreuung und -entwicklung zu zentralisieren. Aus Gründen der besseren Verwertbarkeit seien diverse Immobiliengeschäfte in eigenen Projektgesellschaften betrieben worden.

Die Bw. habe 1992 zur Finanzierung eines Immobilienprojektes einen Kredit bei der P AG aufgenommen (S 70 Mio.). Das Eigenkapital der Bw. habe S 500.000,- betragen. Die Anschaffung der Immobilie sei im Hinblick auf die besonders verkehrsgünstige Lage in einem damals stark expandierenden Industriegebiet und die deshalb erwartete gute Vermietbarkeit des Objektes erfolgt. Mit der R GmbH sei – auf unbestimmte Zeit – ein Mietvertrag abgeschlossen worden, der eine Jahresmiete in Höhe von S 5,04 Mio. wertgesichert vorgesehen

habe. In der Folge sei anstelle mit der R GmbH ein Mietvertrag mit der S KG abgeschlossen worden, der ab dem 1. März 2000 eine zusätzliche Anhebung der Mieten auf S 6,6 Mio. vorgesehen habe. Es seien zudem rechtliche Vorkehrungen getroffen worden (Räumungsvergleich), durch welche auch eine andere Verwendung der Immobilie (Veräußerung) erleichtert werden sollte.

Im Erkenntnis des VwGH vom 20.4.1982, 82/14/0003, 0004, ÖStZB 1983, 43, sei, das Schrifttum und die bisherige Rechtsprechung zusammenfassend, ausgeführt, dass der Steuerpflichtige in der Wahl der Mittel, mit denen er seinen Betrieb führen wolle, grundsätzlich nicht beschränkt sei, er bei der Auswahl seiner Finanzierungsmöglichkeiten nicht bevormundet werden dürfe, es ihm also grundsätzlich frei stehe, seinen Betrieb mit Eigenmitteln oder mit Fremdkapital auszustatten und dass daher eine in die äußere Form eines Darlehens gekleidete Forderung des Gesellschafters an eine GmbH nur unter besonderen Umständen, die dafür sprechen, dass die Darlehenshingabe für die Gesellschaft objektiv den wirtschaftlichen Erfolg habe Eigenkapital zu ersetzen und daher eine Kapitalzuführung (-erhöhung) das wirtschaftlich Gebotene gewesen wäre, als verdecktes Eigenkapital angesehen werden könne. An die den Abgabenbehörden obliegende Beweisführung, dass im konkreten Fall ausnahmsweise besondere Umstände der angegebenen Art vorliegen würden, seien besonders strenge Anforderungen zu stellen, wobei die geforderten "besonderen Umstände" nicht schon dadurch gegeben seien, dass Darlehen von der Gesellschaft zu gleich günstigen Bedingungen nicht am Kapitalmarkt zu beschaffen gewesen wären. Die Beurteilung, ob die mehrfach genannten "besonderen Umstände" vorliegen würden oder nicht, sei auf den Zeitpunkt der Darlehenszuzahlung abzustellen – auf nachträglich eingetretene wirtschaftliche oder steuerliche Entwicklungen könne die Annahme, das gegebene Darlehen eines Gesellschafters sei in wirtschaftlicher Betrachtungsweise "verdecktes Eigenkapital" nicht gestützt werden.

Die Kreditgewährung durch einen Gesellschafter unter fremdüblichen Bedingungen sei grundsätzlich abgabenrechtlich anzuerkennen und führe bei der schuldnerischen Gesellschaft zu abzugsfähigen Zinsenaufwendungen und beim Gesellschafter zu Zinserträgen.

Aus der Judikatur lasse sich ebenfalls ableiten, dass ein Missverhältnis zwischen Eigenkapital und Fremdkapital allein noch nicht die Annahme, eines verdeckten Stammkapitals rechtfertige.

Es werde vorweg darauf hingewiesen, dass diese Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes – selbst unter dem Aspekt der "besonders strengen Anforderung" – in der Literatur nicht unumstritten sei. Gassner in der Festschrift Bauer, S 85 lehne die Rechtsprechung mit dem

Hinweis auf den Einkommensbegriff als Rechtsgrundlage der verdeckten Gewinnausschüttung überhaupt ab.

"Zwischen Gesellschafterdarlehen und Stamm- oder Grundkapital würden zivilrechtlich nicht zu verkennende Unterschiede bestehen. Der Geschäftsleiter verstoße nicht gegen die Sorgfaltspflicht, wenn er für Gesellschafterdarlehen eine angemessene Verzinsung gewähre. Die Verzinsung von Gesellschafterdarlehen sei deshalb gesellschaftsrechtlich auch dann zulässig, wenn die Finanzierung überwiegend auf diese Weise erfolge. Wenn die Verzinsung aber gesellschaftsrechtlich zulässig sei, so könne sie steuerrechtlich nicht als gesellschaftsrechtlich verursacht angesehen werden. Denn eigene abweichende steuerliche Grundsätze zur Qualifikation eines Vorganges als "gesellschaftsrechtlich verursacht" gebe es nicht. Die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung hinsichtlich der Zinsen sei daher grundsätzlich nicht möglich."

Darüber hinaus werde auf Lechner, ÖStZ 1969, S 158 "Die Bestimmbarkeit des Begriffes der gebotenen Kapitalzuführung" verwiesen. In der anlässlich der Prüfung von § 3 Abs. 1 KVG (alt) durch den Verfassungsgerichtshof erschienenen Abhandlung werde überzeugend dargestellt, dass es aufgrund der Vielzahl von Einflussgrößen unmöglich sei, in jedem Fall festzustellen ob eine als Gesellschafterdarlehen erbrachte Leistung tatsächlich den Charakter einer Eigenkapitalzufuhr habe. Wie auch Ruppe zutreffend ausführe, sei die Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen kein unangemessener Weg, da Regeln über die Angemessenheit einer Kapitalausstattung weder den Rechtsvorschriften noch den Erkenntnissen der zuständigen Fachdisziplin noch schließlich der Empirie entnommen werden können. Es könne daher weder im Hinblick auf die Missbrauchsbestimmung des § 22 BAO noch mit Hinweis auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise eine Umdeutung von Fremdkapital in verdecktes Eigenkapital erfolgen.

Die Betriebsprüfung beziehe sich hinsichtlich der Eigenkapitalquote auf einen Branchendurchschnitt, bleibe aber dafür jedweden Beweis schuldig. Aufgrund der Erfahrungen in der P AG, die sich sehr wesentlich mit Immobilienfinanzierungen beschäftige, sei aber eine niedrige Eigenkapitalquote in diesem Bereich geradezu usuell. Diesbezüglich werde etwa auf den Bereich der gemeinnützigen Wohnbauträger verwiesen. Im Regelfall würden durch die Mieterträge die Zinsen verdient werden, nicht jedoch die Abschreibungen. Die Renditeüberlegungen bei Immobilienfinanzierungen seien einerseits durch Substanzwertüberlegungen geprägt und würden andererseits auf der Wertsteigerung von Mieten aufbauen. Es werde in der Regel mit Mieterträgen in Höhe von 4-9% des Investments kalkuliert. Das Projekt der Bw. bewege sich bezüglich dieser Überlegungen im Normbereich. Die Annahme einer 100%igen Eigenkapitalzufuhr widerspreche aber jedenfalls jedweder wirtschaftlichen Realität. Sogar die

Liebhabeiverordnung gehe von einer lediglich 30%igen Eigenkapitalfinanzierung aus. Das Unternehmensreorganisationsgesetz nehme in § 22 auf eine Eigenkapitalquote von 8% Bezug. Letztendlich habe auch der österreichische Steuergesetzgeber bis jetzt aus den vorerwähnten Gründen von der Festlegung einer Mindestkapitalausstattung Abstand genommen. Die im Strukturanpassungsgesetzesentwurf vorgesehene debt / equity ratio sei wieder fallen gelassen worden.

Hinsichtlich des im Gründungsjahr der Bw. – laut Betriebsprüfung – gegebenen Missverhältnisses zwischen Eigenkapital und Mittelbedarf werde darauf hingewiesen, dass die Gesellschaft erst gegen Ende des Jahres 1992 gegründet worden sei. Wie die Betriebsprüfung zutreffend ausführe, sei bereits unmittelbar nach Gründung im Jahr 1993 weiteres Kapital in Form eines Großmutterzuschusses in Höhe von S 2,5 Mio. zugeführt worden. Aufgrund der zeitlichen Abfolge sei diese Kapitalzufuhr noch im zeitlichen Zusammenhang mit der Gründung zu sehen.

Die von der Bw. aufgestellte Prognoserechnung zeige zwar eine Unterkapitalisierung auf, weise aber über die gesamte Laufzeit einen positiven cash flow (Verwendung für die Abdeckung der Bankverbindlichkeiten) und ab dem Jahr 2005 einen Jahresüberschuss aus. Insgesamt werde also von einer positiven Entwicklung der Gesellschaft ausgegangen. Nur aufgrund einer Unterkapitalisierung, die auch in wesentlichen Teilen der österreichischen Wirtschaft anzutreffen sei, auf verdecktes Eigenkapital zu schließen, sei verfehlt.

Der Kredit sei zudem nicht vom Gesellschafter der Bw., der I GmbH, eingeräumt worden, sondern von deren Gesellschafter der "P AG". Im Sinne der vom Verwaltungsgerichtshof geforderten besonders strengen Anforderungen für die Umdeutung von Fremdkapital in verdecktes Eigenkapital versuche die Betriebsprüfung offenbar, aus dem Ablauf der Kreditvergabe eine unübliche Vorgangsweise abzuleiten.

Vorweg sei darauf hinzuweisen, dass es sich bei der kreditgewährenden Gesellschaft um eine Bank handle, zu deren Geschäftsbereich Immobilienfinanzierungen zählen. Es wäre somit als eher unüblich anzusehen, wenn sich die Bw. bei einer anderen nicht konzernzugehörigen Bank finanziert hätte.

Zur unüblichen Vorgangsweise werde seitens der Betriebsprüfung angeführt, dass die Mittelführung an die Bw. durch die I GmbH veranlasst worden sei. Diese Art der Abwicklung habe allerdings ausschließlich gebührenrechtliche Gründe. Bis zur Novellierung des Gebührengesetzes sei der Kreditauftrag gebührenfrei gewesen und habe somit ein legales Mittel zur Gebührenvermeidung dargestellt.

Auch die kontomäßige Abwicklung sei nicht als unüblich anzusehen. Das seitens der Betriebsprüfung angeführte Konto der P AG sei das Zahlungsverkehrskonto dieser Gesellschaft, über welches sämtliche Kreditauszahlungen und der Scheckverkehr abgewickelt werden. Die Einziehungsaufträge für die Kaufpreiszahlung hätten lediglich der schnelleren Abwicklung der Transaktion gedient. Die Aussage, dass die Bedienung der Gläubigerbanken der veräußernden R GmbH durch die Konzernspitze erfolgt sei, sei somit falsch. Die P AG habe lediglich als Zahlungsverkehrsstelle gedient. Im übrigen sei die R GmbH naturgemäß nicht leer ausgegangen, zumal diese von ihren Schulden entlastet worden sei.

Die Abwicklung des Kredites sei somit in keiner Weise unüblich. Auch die Verzinsung des Kredites erfolge fremdüblich. Der Kredit sei durch eine Garantieerklärung der I GmbH besichert worden. Von einer hypothekarischen Besicherung sei angesichts der damit verbundenen erheblichen Kostenbelastung abgesehen worden. Diesbezüglich hätten naturgemäß Konzernüberlegungen eine Rolle gespielt. Daraus allein wäre aber wohl keine Umdeutung des Kredites in Eigenkapital abzuleiten. Hätte etwa die P AG gegenüber einer finanzierenden dritten Bank beispielsweise die Haftung für den Kredit der Bw. übernommen, würde wohl auch nicht am Fremdkapitalcharakter des eingeräumten Kredites gezweifelt werden können (Angesichts der Zugehörigkeit zum Konzern der P AG hätte sich eine drittfinanzierende Bank vermutlich überhaupt nur mit einer Patronatserklärung begnügt).

Es könne daher in der Qualifikation des Darlehens keinen Unterschied machen, ob nicht von vornherein selbst finanziert wird. In der Übernahme des im Fremdvergleich vielleicht etwas höheren Risikos angesichts der Besicherung könne bestenfalls eine Vorteilszuwendung der P AG an die Bw. erblickt werden. Keinesfalls rechtfertige dies jedoch die Umdeutung der Zinsen in verdeckte Gewinnausschüttungen.

Laut Betriebsprüfung sei 1995 ein großer Teil der Liegenschaft um S 33 Mio. veräußert worden. Diese Aussage sei insofern zu relativieren, als zwar flächenmäßig der größere Teil der Liegenschaft verkauft worden sei, aber nicht wertmäßig (verbliebene Gebäude). Das Veräußerungsgeschäft sei allerdings für die Eigenkapitalproblematik irrelevant. Im übrigen seien die dabei erzielten Mittel selbstverständlich zur Kredittilgung verwendet worden.

Zusammenfassend lasse sich festhalten, dass es sich bei der in Frage stehenden Finanzierung der Bw. um ein normales Kreditverhältnis handle. Die Vergabe von Krediten zähle zum normalen Betrieb einer Bank. Weder aus der Art der Abwicklung noch aus seiner Ausgestaltung ließen sich Anhaltspunkte in Richtung verdecktes Eigenkapital ableiten. Bestenfalls könne eine etwas höhere Risikoübernahme unterstellt werden. Aus einer anfänglichen Unterkapitalisierung der Gesellschaft könne aufgrund der positiven Ertrags-



erwartung und der positiven cash - flow Entwicklung nicht auf verdecktes Eigenkapital geschlossen werden.

Den Nachweis, warum eine Immobiliengesellschaft zu 100% mit Eigenkapital zu finanzieren sei, bleibe die Betriebsprüfung schuldig.

In der Folge sei die Bw. von der Betriebsprüfung ersucht worden den aus der Kreditvergabe der P AG an die Bw. resultierenden Kreditvertrag beizubringen.

Diesbezüglich habe die Bw. mit Schreiben vom 9. Oktober 1997 mitgeteilt, dass die I GmbH die P AG beauftragt habe der Bw. einen revolving ausnützbaren Kreditrahmen in Höhe von S 75 Mio. einzuräumen. Die Inanspruchnahme sei im Jahr 1992 im Ausmaß von rund S 70 Mio. erfolgt. Die Rückführung hätte in Abhängigkeit der vereinnahmten Erträge aus der Vermietung des Objektes erfolgen sollen. Der Rahmen sei bis auf weiters bereitgestellt worden. Per November 1992 seien Debetzinsen in der Höhe von 8% p. a. vereinbart worden. Als Sicherstellung für die Kreditmittel habe eine Garantie der I GmbH (nunmehr I GmbH & Co. KG) gedient. Im übrigen werde auf das Schreiben des steuerlichen Vertreters vom 9 September 1997, in welchem das Kreditverhältnis ausführlich dargestellt werde, verwiesen. Dem Schreiben vom 9. Oktober 1997 war der Kreditauftrag der I GmbH an die P AG vom 3. November 1992 beigelegt.

Der festgestellte Sachverhalt wurde von der Betriebsprüfung wie folgt gewürdigt:

Entspreche eine Vereinbarung, wie im Fall der geprüften Gesellschaft, dem Typus des Kreditauftrages, so ergebe sich daraus, dass der Auftraggeber durch die vorbehaltlose Annahme des erteilten Kreditauftrages gegenüber dem Beauftragten einen Anspruch auf Kreditgewährung an den Dritten erworben habe. Es könne aber daraus nicht abgeleitet werden, dass auch der Dritte seinerseits schon auf Grund der zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten getroffenen Vereinbarung gegenüber dem Beauftragten ein eigenes Recht auf Kreditgewährung erwerbe.

Das Wesen eines Kreditvertrages liege in der konsensualen Begründung der Verpflichtung des Kreditgebers, dem Kreditnehmer die Möglichkeit einer Fremdfinanzierung privater oder betrieblicher Bedürfnisse aus vertraglich hierfür bereitgestellten Mitteln des Kreditgebers zu eröffnen. Der Kreditnehmer könne aufgrund des Kreditvertrages rückzahlbare, verzinsliche Mittel des Kreditgebers in Anspruch nehmen.

Aus der Judikatur bezüglich naher Angehöriger lasse sich jedoch ableiten, dass Verträge steuerlich nur Anerkennung finden könnten, wenn sie nach außen hin ausdrücklich zum Ausdruck kommen würden, einen eindeutigen und klaren Inhalt aufweisen würden und auch

unter Fremden zu den gleichen Bedingungen abgeschlossen worden wären. Solche Vereinbarungen würden der Schriftlichkeit bedürfen. Ein schriftlicher Kreditvertrag zwischen der Bw. und der P AG sei jedoch nicht abgeschlossen worden.

Eine zentrale Finanzplanung erfolge bei straff geführten Konzernen von der Konzernspitze aus. Ebenso würden, wie im konkreten Fall angeführt, Darlehensgewährungen ebenfalls von der Konzernspitze gelenkt und bestimmt werden. Die Darlehenshingabe der P AG an die Bw. über Auftrag der I GmbH beruhe auf einer bestimmten Konzern causa und sei nicht von den beteiligten Gesellschaften (I GmbH und Bw.) aus eigenem Antrieb gegeben worden, sondern diene – da sie einem gemeinsamen Zweck untergeordnet sei – der Verwirklichung eines konzerngesteuerten Finanzierungskonzeptes.

Ein Kredit ersetze nämlich in der Regel eine durch die Sachlage gebotene Kapitalzuführung dann, wenn er für Investitionszwecke verwendet werde, lang- oder mittelfristig gewährt worden sei und die Deckung des Investitionsbedarfes der Gesellschaft aus eigenen Mitteln nicht möglich sei.

Finanzplankredite seien daher Gesellschafterdarlehen, die von vornherein – ohne dass die Gesellschaft schon kreditwürdig (Anm.: gemeint wohl kreditunwürdig) oder sanierungsbedürftig wäre – im Zusammenhang mit einer zentralen Finanzierungsstrategie, nach der die Tochtergesellschaften betriebsnotwendige Liquidität in Form von langfristigem "Fremdkapital" erhalten, planvoll als Eigenkapitalersatz gegeben werden würden.

Die Mittelzuführung in Höhe von S 70.000.000,00 werde daher von der Betriebsprüfung als verdecktes Stammkapital angesehen. Der unter der Bilanzposition "Bankverbindlichkeiten" aushaftende Betrag werde entsprechend aufgelöst und einer Kapitalrücklage zugeführt. Die jährliche Zinsenbelastung werde als verdeckte Ausschüttung an die Konzernspitze gewertet.

Im übrigen wurde der von der Bw. gewählte 4%ige AfA Satz für das auf der Liegenschaft S befindliche Gebäude von der Betriebsprüfung auf 2% reduziert. Dies mit der Begründung, dass bei Gebäuden, die unmittelbar oder mittelbar der Betriebsausübung außerhalb einer land- und forstwirtschaftlichen oder einer gewerblichen Tätigkeit (z. B. Vermögensverwaltung bei Kapitalgesellschaften) dienen würden, ein AfA Satz von lediglich 2% zum tragen komme.

Das Finanzamt verfügte aufgrund der angeführten und aufgrund weiterer nicht verfahrensgegenständlicher Feststellungen die Wiederaufnahme der Körperschaftsteuerverfahren 1992 bis 1995, der Gewerbesteuerverfahren 1992 und 1993 sowie der Verfahren betreffend Einheitswert des Betriebsvermögens, Vermögensteuer und Erbschaftsteueräquivalent und erließ am 6.3.1998 den Prüfungsfeststellungen folgende Abgabenbescheide.

Von der Bw. wurde - nach mehrmaliger Fristverlängerung - am 3. Juni 1998 gegen die Gewerbesteuerbescheide 1992 und 1993 und am 31. August 1998 gegen die Körperschaftsteuerbescheide 1992 bis 1995 sowie gegen die Einheitswert- bzw. Vermögensteuerbescheide zum 1.1.1993 das Rechtsmittel der Berufung eingebracht.

In der Berufung gegen die Gewerbesteuerbescheide 1992 und 1993 wurde ausgeführt, dass mit den angefochtenen Bescheiden die Gewerbesteuer 1992 und 1993 mit S 63.835,00 bzw. S 179.075,00 festgesetzt worden sei.

Im Zuge der Betriebsprüfung sei unter anderem die Höhe des gewählten Abschreibungsprozentsatzes beanstandet worden (2% statt 4%). In ihrer Argumentation ziehe die Betriebsprüfung unter anderem die mit 22.12.1992 datierte Berufung der Bw. gegen den Gewerbesteuervorauszahlungsbescheid 1993 heran, in welcher festgehalten werde, dass es sich bei der Bw. um eine reine Vermögensverwaltungsgesellschaft im Sinne von § 8 Z 1 GwStG handle. Eben diesem Umstand werde in den bekämpften Bescheiden bzw. im Betriebsprüfungsbericht aber nicht Rechnung getragen.

Aufgrund einer weiteren Feststellung der Betriebsprüfung seien die Zinsen für ein Darlehen als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert worden. Konsequenz dieser Feststellung sei gewesen, dass die gewerbesteuerliche Dauerschuldhinzurechnung entfallen sei. Beide Feststellungen zusammen hätten in den Jahren 1992 und 1993 eine positive Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage ergeben, die in die Gewerbesteuerbescheide übernommen worden sei.

Bei Ermittlung des Gewerbeertrages sei aber in der Folge § 8 Abs. 1 GewStG nicht (1992) bzw. falsch (1993) angewendet worden.

Vor der Betriebsprüfung habe sich für 1992 ein gewerbesteuerlicher Fehlbetrag ergeben, weshalb es sich seinerzeit nicht als notwendig erwiesen habe, den Antrag gemäß § 8 Abs. 1 GewStG zu stellen.

Gemäß § 8 Abs. 1 zweiter Satz GewStG erfolge bei Vermögensverwaltungsgesellschaften anstelle der 3%igen Kürzung vom Einheitswert des Grundstückes auf Antrag die Kürzung um den Teil des Gewerbeertrages, der auf den Grundbesitz entfalle. Für die Kürzung sei es nicht erforderlich, dass die Grundstücke am 1. Jänner des Erhebungszeitraumes dem Betrieb dienen würden.

Da die Bw. außer ihrer Grundstücksverwaltungstätigkeit keinerlei sonstige Aktivitäten entfalte, ergebe sich naturgemäß, dass der gesamte Gewerbeertrag sowohl 1992 als auch 1993 ausschließlich aus dem Grundbesitz erzielt werde.

Die Kürzung im Jahr 1993 in Höhe von S 2.433.251,00 sei sichtlich unreflektiert aus dem Vorbescheid 1993 übernommen worden, ohne sie rechnerisch an die geänderten Verhältnisse anzupassen.

Demzufolge werde beantragt, die bekämpften Bescheide aufzuheben und durch solche zu ersetzen, in welchen der Gewerbeertrag zufolge der erweiterten Kürzung gemäß § 8 Abs. 1 GewStG mit jeweils Null festgesetzt werde.

Für 1992 wäre die Kürzung in Höhe von S 457.696,00 und für 1993 in Höhe von S 3.717.025,00 zu berücksichtigen.

Von der Betriebsprüfung wurde mit Stellungnahme vom 8. Oktober 1998 angeregt, der Berufung gegen die Gewerbesteuerbescheide 1992 und 1993 vollinhaltlich stattzugeben.

In der Berufung gegen die Körperschaftsteuerbescheide 1992 bis 1995 sowie gegen den Einheits- und Vermögensteuerbescheid zum 1.1.1993 vom 31. August 1998 wurde von der Bw. folgendes vorgebracht:

Die Berufung richte sich gegen die von der Betriebsprüfung vorgenommene Umqualifizierung von Fremdkapital in verdecktes Eigenkapital und die daraus resultierenden ertragsteuerlichen und vermögenssteuerrechtlichen Konsequenzen.

Die Berufung richte sich daher ertragsteuerlich gegen die Zurechnung der Darlehenszinsen als verdeckte Ausschüttung und betreffe folgende Jahre:

	1992	1993	1994	1995
<b>Zinsen</b>	783.713,19	5.089.635,79	4.917.149,59	4.736.225,07

Vermögenssteuerlich richte sich die Berufung gegen die Nichtberücksichtigung der Bankverbindlichkeiten (S 70.000.000,00) gegenüber der P AG als Schuldpost im Einheitswert.

In der Berufung wurde ausgeführt, das die Bw. im Jahr 1992 als Tochtergesellschaft der I GmbH gegründet worden sei. Deren Anteile seien von einem Rechtsanwalt bzw. einem Gründungshelfer übernommen worden. Die I GmbH wiederum sei als Tochtergesellschaft der P AG errichtet worden um im Rahmen der P Gruppe die Immobilienbetreuung und -entwicklung zu zentralisieren. Aus Gründen der besseren Verwertbarkeit seien diverse Immobilienprojekte in eigenen Projektgesellschaften betrieben worden.

Die I GmbH sei 1994 in eine KG umgegründet worden. Im Jahr 1996 sei die P AG aus der KG ausgeschieden. Entgegen der Darstellung im Betriebsprüfungsbericht sei die P AG jedoch niemals als Konzernspitze des P Konzerns zu apostrophieren gewesen.

Die Bw. habe 1992 zur Finanzierung eines Immobilienprojektes einen Kredit bei der P AG aufgenommen (S 70 Mio.). Das Eigenkapital der Bw. habe S 500.000,-- betragen und sei im Folgejahr mittels Gesellschafterzuschuss auf S 3.000.000,00 aufgestockt worden. Die Anschaffung der Immobilie sei im Hinblick auf die besonders verkehrsgünstige Lage in einem damals stark expandierenden Industriegebiet und die deshalb erwartete gute Vermietbarkeit des Objektes erfolgt. Mit der R GmbH sei – auf unbestimmte Zeit – ein Mietvertrag abgeschlossen worden, der eine Jahresmiete in Höhe von S 5,04 Mio. wertgesichert vorgesehen habe. In der Folge sei anstelle mit der R GmbH ein Mietvertrag mit der S KG abgeschlossen worden, der ab dem 1. März 2000 eine zusätzliche Anhebung der Mieten auf S 6,6 Mio. vorgesehen habe. Es seien zudem rechtliche Vorkehrungen getroffen worden (Räumungsvergleich), durch welche auch eine andere Verwendung der Immobilie (Veräußerung) erleichtert werden sollte.

Die zuerst erstellte Prognoserechnung der Bw. (bis zum Jahr 2007) habe eine durchwegs positive cash – flow Entwicklung aufgewiesen. Die Abdeckung der Bankverbindlichkeiten durch den erwirtschafteten cash – flow sei somit plausibel gewesen.

Mit Schreiben vom 3. November 1992 habe die I GmbH der P AG den Auftrag erteilt, der Bw. einen Kreditrahmen von S 75 Mio. einzuräumen.

Im Kreditauftrag sei festgehalten worden, dass die Inanspruchnahme der Kreditvaluta im Einvernehmen mit dem Kreditnehmer festzulegen sei. Der Kreditauftrag regle weiters die Konditionenfrage, die Laufzeit, Kündigungsfrist sowie Verpflichtungen des Kreditnehmers auf Vorlage bestimmter Urkunden.

Hinsichtlich der Sicherstellung sehe der Kreditauftrag eine Schad- und Klaglosstellung durch die I GmbH vor, sollte der P AG aus der Ausführung des Kreditauftrages ein Schaden erwachsen.

In der Folge habe die P AG der Bw. gemäß dem an sie erteilten Auftrag einen dementsprechenden ausgestalteten Kredit eingeräumt. Eine Urkundenerrichtung sei naturgemäß nicht erfolgt, da die Ausgestaltung des Kreditverhältnisses über Kreditauftrag aus gebührenrechtlichen Gründen erfolgt sei. Bis zur Gebührengesetzesnovelle sei der Kreditauftrag gebührenfrei gewesen. Eine dem Kreditauftrag nachfolgende Urkunde über das Kreditverhältnis hätte diese Absicht völlig konterkariert.

Die Auszahlung des Kredites bzw. die Bedienung der Gläubigerbanken der R GmbH sei abwicklungstechnisch über das bei der P AG bestehende Zahlungsverkehrskonto der P AG erfolgt. Es sei darauf hinzuweisen, dass über dieses Konto sämtliche Kreditauszahlungen und der Zahlungsverkehr der P AG abgewickelt werde.

In weiterer Folge wurde in der Berufung die rechtliche Würdigung des vorliegenden Sachverhaltes durch die Betriebsprüfung und die Ausführungen in der Vorhaltsbeantwortung vom 9. September 1997 weitgehend wortgleich wiedergegeben und wird um Wiederholungen zu vermeiden auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Im Zusammenhang mit der von der Bw. aufgestellte Prognoserechnung wurde, wie bereits in der Vorhaltsbeantwortung darauf hingewiesen, dass diese über den gesamten Zeitraum einen positiven cash – flow und ab dem Jahr 2005 einen Jahresüberschuss ausweise. Ergänzend wurde darauf hingewiesen, dass die Betriebsprüfung den in der Prognose angesetzte Abschreibungsprozentsatz von 4% als zu hoch qualifiziert habe. Dieser sei mit 2% festgesetzt worden. Dementsprechend würde sich die Prognoserechnung tendenziell noch positiver darstellen.

Nur aufgrund einer Unterkapitalisierung, die auch in wesentlichen Teilen der österreichischen Wirtschaft anzutreffen sei, auf verdecktes Eigenkapital zu schließen, sei laut Berufung verfehlt und wurde in diesem Zusammenhang auf die Eigenkapitalquote der Bauwirtschaft von 12,95% (1996) oder der Beherbergungsbetriebe von -6,05% (1996) hingewiesen.

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht lasse sich jedenfalls keine bestimmbare Größe für eine angemessene Eigenkapitalausstattung einer Kapitalgesellschaft ableiten. Es liege in der Dispositionsfreiheit des Gesellschafters, seine Gesellschaft mit Eigen- oder Fremdkapital auszustatten.

Welche Eigenkapitalausstattung nach Auffassung der Betriebsprüfung für eine Immobilienfinanzierung als angemessen anzunehmen wäre, könne dem Betriebsprüfungsbericht nicht entnommen werden. Ebenso wenig wie eine Quantifizierung des von der Betriebsprüfung mehrfach zitierten Branchendurchschnitts. Die vorgeblich wesentliche Abweichung der Eigenkapitalquote vom Branchendurchschnitt könne somit nicht nachvollzogen werden.

Zur Fremdüblichkeit der Vereinbarung wurde ausgeführt, dass die Kreditfinanzierung über Auftrag erfolgt sei.

Laut Avancini – Iro – Koziol<sup>3</sup> werde unter Kreditauftrag der jemandem erteilte und von ihm angenommene Auftrag in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, aber auf Gefahr des Auftraggebers einem Dritten Kredit zu gewähren, verstanden.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 11. November 1982, 81/15/0085 ausführe, enthalte das österreichische Recht keine Regelung über den Kreditauftrag, im Hinblick auf das Prinzip der Vertragsfreiheit seien die Parteien aber dadurch nicht gehindert, einen Kreditauftrag zu vereinbaren.

Die I GmbH, die sich schwerpunktmäßig mit Immobilienentwicklung, -verwaltung und -vertrieb befasse, habe in Ausübung dieser Vertragsfreiheit der P AG den Auftrag erteilt, der Bw. einen Kredit einzuräumen. Dieser Kreditauftrag liege schriftlich vor und verpflichte den Beauftragten – bei Annahme – zur Ausführung des spezifizierten Auftrages. Es bedürfe nun eben nicht eines gesonderten schriftlichen Kreditvertrages zwischen Auftragnehmer und Dritten, um die im Kreditauftrag festgelegten Details nochmals zu wiederholen.

Im dem angeführten Erkenntnis zugrunde liegenden Fall, habe die Behörde unter anderem versucht darzulegen, dass es im Bankgeschäft nicht üblich sei, einen Kreditvertrag – im Beschwerdefall über S 200 Mio. - mündlich zu vereinbaren, habe aber mit ihren Argumenten nicht die Zustimmung des Gerichtshofes gefunden.

Wie die Praxis der finanzierenden Banken und wie letztlich auch das angeführte Erkenntnis zeige, handle es sich bei dem Instrument des Kreditauftrages keineswegs um eine unübliche Gestaltungsvariante eines Kreditverhältnisses. Wäre die Vorgangsweise nur auf einzelne Fälle beschränkt gewesen, hätte es auch nicht einer Novellierung des Gebührengesetzes bedurft, um den Kreditauftrag in die Gebührenpflicht einzubeziehen.

Aufgrund des Trennungsprinzips seien schuldrechtliche Beziehungen zwischen steuerrechtlich selbständigen Körperschaften und ihren Gesellschaftern steuerlich prinzipiell anzuerkennen. Lediglich wenn Zuwendungen ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis haben würden und lediglich in die äußere Form schuldrechtlicher Leistungsbeziehungen gekleidet werden würden, dürfe der Betriebsausgabencharakter verneint werden. Die Wertung der Leistungsbeziehungen zwischen Körperschaften und ihren Mitgliedern als betriebliche Vorgänge setze nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes voraus, dass Leistungsbeziehungen unter auch gegenüber gesellschaftsfremden Personen üblichen Bedingungen erfolgen.

Im gegebenen Fall sei davon auszugehen, dass es sich um ein Immobilienfinanzierungsgeschäft handle. Zu den Aufgaben einer Bank gehöre die Zurverfügungstellung von Finanzmitteln für derartige Projekte. Es sei wohl als üblich anzusehen, dass sich eine einem Bankkonzern angehörende Gesellschaft nicht um eine Refinanzierung bei einer anderen Bank bemühen werde.

Die Gestaltung des Kreditauftrages, die aus gebührenrechtlichen Erwägungen erfolgt sei, sei – wie oben dargelegt – als fremdüblich anzusehen.

Die Verzinsung des Kredites erfolge fremdüblich. Zinszahlungen seien ordnungsgemäß geleistet worden. Dem Kreditauftrag immanent sei, dass der Auftraggeber für jeden Ausfall der vertraglich vorgesehenen Leistung des Dritten einzustehen habe. Der von der Betriebsprüfung vorgebrachte Vorwurf der nicht vorhandenen Sicherheiten gehe somit ins Leere.

Der anlässlich der Veräußerung des wertmäßig kleineren Teiles der Liegenschaft erzielte Veräußerungserlös in Höhe von S 33 Mio. sei ordnungsgemäß zur Kredittilgung verwendet worden.

Es handle sich bei dem in Frage stehenden Kreditverhältnis somit um ein bankenübliches Finanzierungsgeschäft, das fremdüblich abgewickelt worden sei.

Der Hinweis der Betriebsprüfung, dass rein abwicklungstechnisch die Kaufpreiszahlung nicht direkt durch die Bw. durchgeführt worden sei, sondern durch die Konzernspitze als Zahlungsstelle, sei missverständlich.

Die Bedienung der Kaufpreisverbindlichkeit sei natürlich auf Anweisung des Geschäftsführers der Bw. erfolgt.

Wie bereits erwähnt, würden sämtliche Kreditauszahlungen und der Scheckverkehr der P AG über ein Konto abgewickelt werden. Aus der Benützung eines Kontos könne aber nicht geschlossen werden, dass die Transaktion durch die so genannte Konzernspitze veranlasst worden sei.

Laut Betriebsprüfung würden – wie auch im gegenständlichen Fall – Darlehensgewährungen von der Konzernspitze gelenkt und bestimmt werden. Die Darlehenshingabe der P AG beruhe auf einer bestimmten "Konzerncausa" und diene der Verwirklichung eines konzerngesteuerten Finanzierungskonzeptes. Auch diese Vermutung lasse sich nicht nachvollziehen. Konzernspitze des P Konzerns sei die Ö AG. Welche spezielle "Konzerncausa" mit der Darlehensgewährung an eine Immobilienprojektgesellschaft verfolgt werden solle – außer, dass seinerzeit berechtigte Hoffnungen auf eine positive Entwicklung des Standortes und damit eine bestimmte Gewinnerwartung bestanden habe – bleibe in den Ausführungen der Betriebsprüfung unklar.

Zusammenfassend lasse sich daher festhalten, dass es sich bei der in Frage stehenden Finanzierung der Bw. um ein normales Kreditverhältnis handle. Die Vergabe von Krediten zähle zum normalen Betrieb einer Bank. Weder aus der Art der Abwicklung des Kredites noch aus seiner Ausgestaltung würden sich Anhaltspunkte in Richtung verdecktes Eigenkapital ableiten lassen. Aus einer anfänglichen Unterkapitalisierung der Gesellschaft könne aufgrund der positiven Ertragserwartungen und der positiven cash-flow Entwicklung nicht auf verdecktes Eigenkapital geschlossen werden.

Den Nachweis, warum eine Immobiliengesellschaft zu 100% mit Eigenkapital zu finanzieren sei, bleibe die Betriebsprüfung schuldig.



Es werde daher beantragt, die bekämpften Körperschaft- und Gewerbesteuerbescheide aufzuheben und durch solche zu ersetzen, in welchen der Zinsaufwand für den seitens der P AG eingeräumten Kredit als Betriebsausgabe anerkannt werde. Analog dazu werde beantragt, den Einheitswertbescheid zum 1. Jänner 1993 aufzuheben und durch einen solchen zu ersetzen, in welchem die Kreditverbindlichkeit als Schuldpost (S 70.000.000,00) berücksichtigt werde.

Mit Schreiben vom 26. November 1998 wurde seitens der Betriebsprüfung zur Berufung vom 31. August 1998 Stellung genommen, wobei im wesentlichen das Vorbringen im Betriebsprüfungsbericht wiederholt wurde.

Von der Bw. wurde am 5. März 1999 eine Gegenäußerung zur Stellungnahme der Betriebsprüfung erstattet, die sich im wesentlichen auf die Wiederholung des Berufungsvorbringens beschränkt.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Gemäß den vorliegenden Unterlagen und den diesbezüglich übereinstimmenden Ausführungen im Betriebsprüfungsbericht und in der Berufung wurde die Bw. 1992 mit einem Stammkapital von S 500.000,00 gegründet. Alleingesellschafter der Bw. war die I GmbH, eine 100%ige Tochtergesellschaft der P AG. Im Oktober 1992 hat die Bw. eine Liegenschaft erworben. Der Kaufpreis hat S 70.000.000,00 betragen und wurde mit Mitteln finanziert, die der Bw. von der P- AG als Kredit zur Verfügung gestellt wurden. Grundlage der Kreditzahlung war ein Kreditauftrag der I GmbH zugunsten der Bw.. Ein schriftlicher Kreditvertrag zwischen der P AG und der Bw. wurde nicht abgeschlossen.

Strittig ist, ob hinsichtlich des von der Bw. als Kredit verbuchten Betrages von S 70 Mio. eine dem Fremdvergleich standhaltende Vereinbarung vorliegt bzw. ob der von der Bw. als Kredit verbuchte Betrag wirtschaftlich betrachtet als Eigenkapital anzusehen ist.

### **Körperschaftsteuer**

Laut ständiger Rechtsprechung ist der Steuerpflichtige in der Wahl der Mittel, mit denen er seinen Betrieb führen will nicht beschränkt. Stellen die Gesellschafter der Gesellschaft Kapital in Form von Darlehen zur Verfügung, so sind derartige Vereinbarungen prinzipiell auch steuerlich anzuerkennen. Nur bei Vorliegen von ganz besonderen Umständen kann darin auch eine verdeckte Eigenkapitalzufuhr liegen.

In der älteren Rechtsprechung wurden als besondere Umstände, die bei einer Gesamtbetrachtung letztlich eine Umdeutung rechtfertigen könnten, ein Missverhältnis zwischen dem Eigenkapital und dem auf Dauer benötigten Mittelbedarf (VwGH 18.10.1989, 88/13/0180),

eine wesentlich unter dem Branchendurchschnitt liegende Eigenkapitalquote (VwGH 23.10.1984, 83/15/0257), die Nichterlangbarkeit von Krediten bei Nichtgesellschaftern (VwGH 30.3.1953, 565/51) sowie die Ausstattung des Darlehens (VwGH 20.3.1974, 1157/72) angesehen.

In der jüngeren Rechtsprechung werden derartige Darlehensverträge hingegen anhand der für Familienverträge entwickelten Kriterien überprüft. Maßgebend ist vor allem, ob es sich um klare Gestaltungen handelt, die inhaltlich einem Fremdvergleich standhalten. Das Nichtvorliegen von entsprechenden Vereinbarungen oder unklare Vertragsgestaltungen werden als Anhaltspunkte dafür angesehen, dass kein echtes Gesellschafterdarlehen, sondern eine eigenkapitalersetzende Zuwendung vorliegt, wobei einem eventuell bestehenden Missverhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital keine entscheidende Bedeutung mehr zukommt (z. B. VwGH 28.4.1999, 97/13/0068; VwGH 14.12.2000, 95/15/0127).

Demnach ist vorweg zu prüfen, ob der Kredit der P AG an die Bw. auf einer dem Fremdvergleich standhaltenden Vereinbarung beruht, da nach ständiger Rechtsprechung Verträge zwischen nahen Angehörigen aber auch Verträge zwischen einer Gesellschaft und den dieser Gesellschaft nahe stehenden Personen im Hinblick auf den fehlenden Interessengegensatz nur dann anerkannt werden, wenn sie nach Außen ausreichend zum Ausdruck kommen, einen klaren, eindeutigen, jeden Zweifel ausschließenden Inhalt aufweisen und unter (Familien-) Fremden zu den gleichen Bedingungen abgeschlossen worden wären.

Von der Bw. wurde ein mit 3. November 1992 datierter Kreditauftrag vorgelegt, der laut Berufung als Grundlage für den an die Bw. anzusehen ist. Von der Betriebsprüfung wird hingegen die Ansicht vertreten, dass der Kreditvergabe an die Bw. überhaupt keine Vereinbarung zugrunde liegt, weil die Bw. aufgrund des Kreditauftrages der I GmbH keinen Anspruch auf Kreditgewährung durch die P AG erworben hat und ein schriftlicher Kreditvertrag zwischen der Bw. und der P AG nicht abgeschlossen wurde.

Diese auf Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes zum Gebührengesetz beruhende Rechtsauffassung der Betriebsprüfung mag zutreffend sein, kann aber nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates im gegenständlichen Fall nicht unreflektiert zur Anwendung gelangen. Dies deswegen, weil das Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht, im Gegensatz zum Gebühren- und Verkehrssteuerrecht, grundsätzlich von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise geprägt ist. So ist etwa die zivilrechtliche Gültigkeit von Verträgen zwischen nahen Angehörigen (z. B. Notariatszwangsgesetz) keine unabdingbare Voraussetzung für deren steuerliche Anerkennung, wenn die beteiligten Personen das wirtschaftliche Ergebnis eintreten lassen (VwGH 16.10.1978, 1637, 2672, 2673/78 u. a.).

Entgegen der im Betriebsprüfungsbericht vertretenen Ansicht ist für Verträge zwischen nahen Angehörigen auch die Schriftform nicht zwingend erforderlich. Wenn die Schriftform nach Art und Inhalt des Vertrages üblich ist kann deren Fehlen zwar zur Nichtanerkennung des Vertrages führen, grundsätzlich ist aber denkbar, dass bei genügend deutlicher Fixierung der wesentlichen Vertragsbestandteile und dem Beweis des Abschlusses und der tatsächlichen Durchführung des Vertrages der Vertrag auch ohne Schriftform anerkannt wird (VwGH 21.10.1980, 2383/79 u. a.).

Geht man mangels gegenteiliger Feststellungen (diese sind aus den vorliegenden Unterlagen nicht ableitbar) davon aus, dass die im Kreditauftrag der I GmbH festgelegten Konditionen dem Kredit an die Bw. zugrunde liegen, kann die von der Betriebsprüfung vertretene Ansicht, wonach der Kreditvergabe an die Bw. keine Vereinbarung zugrunde liegt, nicht aufrecht erhalten werden. Dies nicht zuletzt deswegen, weil der Kreditauftrag im verfahrensgegenständlichen Zeitraum eine durchaus übliche Gestaltungsvariante eines Kreditverhältnisses war und zusätzliche schriftliche Vereinbarungen zwischen dem Beauftragten und dem Kreditnehmer aus gebührenrechtlichen Überlegungen regelmäßig nicht abgeschlossen wurden. Die Hingabe der S 70 Mio., mangels einer entsprechenden Vereinbarung, als eigenkapitalersetzende Maßnahme anzusehen, ist bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise demnach nicht zulässig.

Laut Kreditauftrag vom 3. November 1992 wurde die P AG von der I GmbH beauftragt der Bw. einen revolving ausnützbaren Kreditrahmen von S 75 Mio. einzuräumen. Damit ist die Höhe des Kredites den die Bw. aufgrund des Kreditauftrages maximal Inanspruch nehmen kann hinreichend determiniert. Die tatsächliche Inanspruchnahme der Kreditvaluta war laut Kreditauftrag im Einvernehmen mit der Bw. festzulegen. Diese hat einen Kredit von S 70 Mio. in Anspruch genommen. Der Kreditrahmen sollte der Bw. bis auf weiteres zur Verfügung stehen, wobei die Laufzeit des Kreditverhältnisses von beiden Seiten unter Einhaltung einer einmonatigen Frist schriftlich gekündigt werden konnte. Für die in Anspruch genommene Kreditvaluta wurden bis auf weiteres Debetzinsen von 8% p. a. netto bei kalenderquartalsmäßigem Kontoabschluss vereinbart. Zur Besicherung des Kredites hat die I GmbH eine Schad- und Klagloserklärung gegenüber der P AG abgegeben. Dass von einer darüber hinausgehenden dinglichen Besicherung des Kredites aus Kostengründen Abstand genommen wurde ist verständlich, zumal die P AG zum Zeitpunkt der Kreditvergabe indirekt zu 100% an der Bw. beteiligt war und Einfluss auf die wirtschaftlichen Gebarung der Bw. nehmen konnte. Der von der Bw. vorgelegten Kreditauftrag enthält demnach alle für einen Kreditvertrag wesentlichen Vertragsbestandteile. Deren Fremdüblichkeit wurde im Rahmen der Betriebsprüfung, abgesehen von den Feststellungen im Zusammenhang mit der

Zuzählung des Darlehens, grundsätzlich nicht in Frage gestellt. Allein dadurch, dass der Kaufpreis für die von der Bw. angeschaffte Liegenschaft von einem Zahlungsverkehrskonto der P AG angewiesen wurde kann die Fremdüblichkeit der vorliegenden Gestaltung aber nicht in Frage gestellt werden, zumal das Konto der Bw. bei der P AG gemäß den vorliegenden Unterlagen zeitgleich mit den an den Verkäufer bzw. dessen Gläubiger überwiesenen Beträgen, belastet wurde. Damit lässt aber auch die Ausgestaltung des Darlehen nicht den Schluss zu, dass hinsichtlich der S 70 Mio. eine eigenkapitalersetzende Maßnahme vorliegt.

Geht man davon aus, dass dem Kredit an die Bw. eine dem Fremdvergleich standhaltende Vereinbarung zugrunde liegt, könnte im Rahmen einer Gesamtbetrachtung nur noch ein Missverhältnis zwischen dem Eigenkapital der Bw. und dem von dieser auf Dauer benötigten Mittelbedarf, eine wesentlich unter dem Brachenddurchschnitt liegende Eigenkapitalausstattung oder die Nichterlangbarkeit von Krediten bei Nichtgesellschaftern die Annahme von verdecktem Eigenkapital rechtfertigen, wobei letzteres nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates auszuschließen ist, zumal die Bw. und die I GmbH dem Konzern der P AG angehören und anzunehmen ist, dass der Bw. die für die Anschaffung der Liegenschaft erforderliche Mittel auch von einer nicht zum Konzern der P AG gehörenden Bank kreditiert worden wären.

Im Hinblick darauf, dass das Stammkapital der Bw. S 500.000,00 und der Kaufpreis für die 1992 angeschaffte Liegenschaft S 70 Mio. betragen haben, liegt rein rechnerisch jedenfalls ein Missverhältnis zwischen dem Eigenkapital und dem auf Dauer benötigten Mittelbedarf der Bw. vor. Diesbezüglich ist allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Bw. eine Prognoserechnung vorgelegt hat, die einen durchgehend positiven cash – flow aufweist. Das diese Prognoserechnung nicht auf offensichtlich falsche Zahlen basiert, wird daran erkennbar, dass die Bw. im Jahr 1992 und danach Umsätze erwirtschaftet hat, die zur Abdeckung ihrer Zins- und sonstigen Aufwendungen ausgereicht haben. Damit war aber die wirtschaftliche Grundlage der Bw. trotz des hohen Fremdfinanzierungsanteiles gesichert, weshalb im Rahmen einer Gesamtbetrachtung auch das bestehende Missverhältnis zwischen dem Eigenkapital und dem auf Dauer benötigten Mittelbedarf die Annahme von verdecktem Eigenkapital nicht zu rechtfertigen vermag. Dies auch deswegen, weil die Bw. von einer Wertsteigerung der Liegenschaft bzw. einer sukzessiven Erhöhung der Mieten ausgehen durfte, zumal die 1992 erworbene Liegenschaft gemäß einem im Arbeitsbogen der Betriebsprüfung befindlichen Schätzgutachten vom 4. September 1989 in einem voll aufgeschlossenen Betriebsgebiet am Stadtrand von Wien liegt und hinsichtlich der Verbindungen zur Stadt und zu den Fernverkehrsstraßen eine optimale Verkehrslage aufweist.

Zudem wurde der Verkehrswert der Liegenschaft im Schätzungsgutachten vom 4. September 1989 mit S 78 Mio. angesetzt.

Aufgrund der Überlegungen zum Missverhältnis zwischen dem Eigenkapital und dem auf Dauer benötigten Mittelbedarf ist die Annahme von verdecktem Eigenkapital letztlich auch mit der Begründung einer wesentlich unter dem Branchendurchschnitt liegenden Eigenkapitalausstattung nicht zulässig, wobei die Betriebsprüfung diesbezüglich konkrete Feststellungen nicht getroffen hat.

Zusammenfassend wird daher festgestellt, dass dem Kredit an die Bw. eine dem Fremdvergleich standhaltende Vereinbarung zugrunde liegt und die in der älteren Rechtsprechung geforderten ganz besonderen Umstände, die bei einer Gesamtbetrachtung eine Umdeutung der als Kredit verbuchten S 70 Mio. in Eigenkapital rechtfertigen könnten, nicht vorliegen.

Der Berufung gegen die Körperschaftsteuerbescheide 1992 bis 1995 war daher stattzugeben.

Nur der Vollständigkeit halber wird angemerkt, dass den Ausführungen der Betriebsprüfung betreffend die zentrale Finanzplanung von Konzernen ganz offensichtlich der handelsrechtliche Begriff des "Eigenkapitalersetzenden Darlehens" zugrunde liegt, der sich mit dem Begriff des "verdeckten Eigenkapitals" im Steuerrecht nicht deckt.

**Gewerbesteuer**

Gemäß § 8 Abs. 1 zweiter Satz GewStG erfolgt bei Vermögensverwaltungsgesellschaften anstelle der 3%igen Kürzung des Einheitswertes auf Antrag die Kürzung um den Teil des Gewerbeertrages, der auf den Grundbesitz entfällt. Unter Vermögensverwaltungsgesellschaften sind Kapitalgesellschaften zu verstehen, die ausschließlich eigenen Grundbesitz oder neben eigenem Grundbesitz noch eigenes Kapitalvermögen oder neben eigenem Grundbesitz und allfälligem eigenen Kapitalvermögen noch eigene Vorrichtungen im Sinne des § 51 Abs. 1 des Bewertungsgesetzes verwalten und nutzen, wenn diese Vorrichtungen einkommensteuerlich als unbeweglich gelten.

Die Bw. hat gemäß den vorliegenden Unterlagen abgesehen von der Verwaltung des 1992 angeschafften Grundstückes keinerlei Tätigkeit ausgeübt und den Antrag auf Kürzung des Gewerbeertrages im Sinne des § 8 Abs. 1 zweiter Satz GewStG gestellt.

Der Berufung gegen die Gewerbesteuerbescheide 1992 und 1993 war daher stattzugeben.

**Einheitswert- und Vermögensteuer**

Da die Umdeutung der von der Bw. als Kredit verbuchten S 70 Mio. in verdecktes Eigenkapital nicht gerechtfertigt ist, sind die S 70 Mio. bei der Ermittlung des Einheitswertes als Schuldpost zu berücksichtigen.

Der Berufung gegen den Einheitswert- bzw. Vermögensteuerbescheid zum 1.1.1993 war daher stattzugeben.

Wien, 10. März 2005