

Urteil vom 06. Mai 2026, I R 29/22

Einkünftekorrekturen bei Teilwertabschreibungen auf Darlehensforderungen

ECLI:DE:BFH:2026:U.060526.IR29.22.0

BFH I. Senat

AStG § 1 Abs 1, AStG § 1 Abs 1, KStG § 8 Abs 3 S 2, OECDMustAbk Art 9, DBA UKR 1995 Art 9, KStG VZ 2005 , KStG VZ 2006 , KStG VZ 2007 , KStG VZ 2008

vorgehend FG München, 06. Dezember 2021, Az: 7 K 59/19

Leitsätze

- 1. NV: Ist ein Darlehen für die Errichtung einer Immobilie im Ausland nicht mit den nach deutschem Recht üblichen Grundpfandrechten besichert, erfordert der Fremdvergleich im Sinne des § 1 Abs. 1 des Außensteuergesetzes (AStG) die Ermittlung der nach dem jeweils geltenden Recht üblichen Besicherung.
- 2. NV: Sofern wirtschaftliche Aspekte auch im Falle eines Darlehens unter fremden Dritten eine Rolle gespielt hätten, erfordert der Fremdvergleich im Sinne des § 1 Abs. 1 AStG auch eine Einbeziehung solcher Gründe.

Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Finanzgerichts München vom 06.12.2021 - 7 K 59/19 aufgehoben.
Die Sache wird an das Finanzgericht München zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.
Diesem wird die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens übertragen.

Tatbestand

- I.
- 1 Unternehmensgegenstand der Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), einer GmbH, ist ... Alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer ist A.
 - 2 A war in den Jahren 2005 bis 2008 (Streitjahre) mit einem Anteil von 30 % an der B-GmbH beteiligt. Weitere Gesellschafter waren seine Schwester zu 30 % sowie Herr C zu 40 %. Die B-GmbH hielt 100 % der Anteile an der D-GmbH mit Sitz in X in der Ukraine.
 - 3 Die D-GmbH plante den Bau eines Hotelkomplexes. Hierfür gewährte ihr die Klägerin mit Kreditvertrag vom 15.04.2003 einen Kredit in Höhe von ... € nebst Zinsen in Höhe von 12 % per annum (p.a.) für den Zeitraum bis 31.12.2004. Die D-GmbH sicherte dieses Darlehen durch die Übergabe der Besitzrechte, welche sich aus der Erlaubnis der Bauarbeiten, dem Pachtvertrag für das Grundstück und sonstiger technischer Baudokumentationen ergaben. Das Darlehen sollte in voller Höhe durch einmalige Zahlung oder Zahlung in monatlichen Teilraten bis spätestens 21.12.2004 zurückgezahlt werden. Die Zinszahlungen sollten an einem festgelegten Zahlungstermin in monatlichen Raten oder an einem zur Rückzahlung des Hauptkredits festgelegten Tag geleistet werden.
 - 4 Die Kreditvereinbarung wurde durch mehrere Zusatzvereinbarungen modifiziert:

Zusatzvereinbarung	Inhalt

24.06.2003	Anweisung der Auszahlung des Kreditbetrags
05.07.2005	Erhöhung der Kreditsumme um ... € auf ... € für den Zeitraum 15.04.2003 bis 31.12.2006 zu einem Zinssatz von 11 % p.a.
25.05.2006	Erhöhung der Kreditsumme um ... € auf ... € für den Zeitraum 15.04.2003 bis 31.12.2008 zu einem Zinssatz von 11 % p.a.
09.01.2007	Erhöhung der Kreditsumme um ... € auf ... € für den Zeitraum 15.04.2003 bis 31.12.2008 zu einem Zinssatz von 11 % p.a.
22.10.2007	Erhöhung der Kreditsumme um ... € auf ... € für den Zeitraum 15.04.2003 bis 31.12.2008 zu einem Zinssatz von 11 % p.a.
30.12.2008	Festlegung des Laufzeitendes auf 01.07.2009
15.06.2009	Festlegung des Laufzeitendes auf 01.07.2010
01.07.2010	Festlegung des Laufzeitendes auf 31.12.2010 und Reduzierung des Zinssatzes auf 0,034 % p.a.
10.08.2010	Festlegung des Laufzeitendes auf 31.08.2010
03.12.2010	Vereinbarung, dass die Zinserträge für den Zeitraum 01.10.2010 bis 02.12.2010 nicht entrichtet werden

5 In den Streitjahren hatte die Klägerin der D-GmbH folgende Darlehensbeträge ausgezahlt:

2005	... €
2006	... €
2007	... €
2008	... €

6 Tilgungs- und Zinszahlungen erfolgten nicht. Die D-GmbH verfügte außer dem Hotel nebst Zubehör über kein anderes Vermögen.

7 Mit dem Bau des Hotels war im Jahr 2003 begonnen worden. Hierfür hatte die D-GmbH mit der Stadt X einen befristeten Pachtvertrag über das Grundstück geschlossen. Im Jahr 2005 traten aufgrund der Hanglage des Gebäudes bautechnische Probleme auf. Nach Fertigstellung im Jahr 2007 nahm die Stadt X das Gebäude nicht ab. Im Mai 2007 beantragte die D-GmbH die Anerkennung als Eigentümerin des Komplexes nach den Bestimmungen des Art. 331 des Zivilgesetzbuchs der Ukraine, wonach das Eigentumsrecht an neu errichteten Immobilien ab dem Moment der Beendigung der Bauarbeiten entsteht. Diesem Antrag wurde mit Beschluss des Wirtschaftsgerichts des Gebiets X vom 26.06.2007, Verfügung des Berufungsgerichts in Handelsangelegenheiten X vom 07.08.2007 und Verfügung des Obersten Handelsgerichts der Ukraine vom 11.12.2007 zunächst stattgegeben. Gesetzesüberschreitungen während der Bauphase im städtebaulichen Bereich waren hiernach nicht ersichtlich. Mit Beschluss des Obersten Gerichtshofs der Ukraine vom 13.03.2008 wurde gegen die genannten Entscheidungen ein Kassationsverfahren eingeleitet. Die Kammer für Handelsangelegenheiten des Obersten Gerichtshofs der Ukraine stellte mit Beschluss vom 08.04.2008 fest, dass in den Vorentscheidungen die Einhaltung von Wasserschutzvorschriften nicht geprüft worden sei. Die Vorentscheidungen wurden aufgehoben.

8 Versuche der D-GmbH, das Hotel im Jahr 2008 an einen Investor zu verkaufen, scheiterten. Im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs verzichtete die Klägerin im Dezember 2010 auf einen Teil ihrer Darlehensforderungen und sollte im Gegenzug die Hotelanlage sowie einen Betrag von umgerechnet ... € erhalten. Grundlage hierfür war ein

Gutachten über das Vermögen der D-GmbH. In der Folge stellte die D-GmbH ihre Tätigkeit ein. Eine Umschreibung des Pachtvertrags auf die Klägerin erfolgte ebenso wenig wie ein Verkauf des Komplexes.

- 9 Am 02.07.2012 reichte die Klägerin Steuererklärungen für die Jahre 2005 bis 2009 ein. Die Bilanzen waren am 01.07.2012 erstellt worden. Hierin nahm die Klägerin jeweils zum 31.12. Abschreibungen der Darlehens- und Zinsforderungen auf Null vor. Im Rahmen einer für die Jahre 2005 bis 2009 durchgeführten Außenprüfung wurden diese Teilwertabschreibungen nicht anerkannt, da sich zumindest bis zum Abschluss der Vergleichsvereinbarung keine allgemeine Zahlungsunfähigkeit der D-GmbH herleiten lasse.
- 10 Aus diesem Grund seien die Gewinne wie folgt zu erhöhen:

2005	... €
2006	... €
2007	... €
2008	... €
2009	... €

- 11 Am 03.03.2017 erließ der Beklagte und Revisionsbeklagte (Finanzamt --FA--) für die Streitjahre entsprechend geänderte Bescheide zur Körperschaftsteuer und zum Gewerbesteuermessbetrag sowie Zinsbescheide zur Körperschaftsteuer.
- 12 Die hiergegen erhobenen Einsprüche hatten nur teilweise Erfolg. Aufgrund des gerichtlichen Vergleichs aus dem Jahr 2010 erkannte das FA zum 31.12.2009 eine Forderungsabschreibung in Höhe von ... € an und minderte den Jahresüberschuss 2009 entsprechend. Die geänderte Festsetzung der Körperschaftsteuer 2009 führte im Rahmen der Einspruchsentscheidung vom 06.12.2018 auch zu einer Herabsetzung der Körperschaftsteuer 2008. Im Übrigen blieben die Einsprüche erfolglos.
- 13 Die hiergegen erhobene Klage wies das Finanzgericht (FG) München mit Urteil vom 06.12.2021 - 7 K 59/19 (Entscheidungen der Finanzgerichte --EFG-- 2022, 1888) als unbegründet ab.
- 14 Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung materiellen Rechts sowie einen Verfahrensfehler.
- 15 Die Klägerin beantragt,
das Urteil des FG München vom 06.12.2021 - 7 K 59/19 aufzuheben und die Bescheide zur Körperschaftsteuer und zum Gewerbesteuermessbetrag für die Jahre 2005 bis 2008 vom 03.03.2017 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 06.12.2018 dahingehend zu ändern, dass das zu versteuernde Einkommen um Teilwertabschreibungen in Höhe von ... € (2005), ... € (2006), ... € (2007) und ... € (2008) vermindert und die Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuermessbetrag entsprechend herabgesetzt werden.
- 16 Das FA beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

II.

- 17 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Die Feststellungen des FG reichen für eine Beurteilung der Fremdüblichkeit der Darlehensgewährung nicht aus, weder bezüglich § 1 Abs. 1 des Außensteuergesetzes (AStG) noch bezüglich einer verdeckten Gewinnausschüttung (vGA) nach § 8 Abs. 3 Satz 2 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG).
- 18 1. Hinsichtlich der gewinnmindernden Teilwertabschreibungen, welche die Klägerin auf ihre Darlehens- und Zinsforderungen gegenüber der D-GmbH vorgenommen hat, kommen außerbilanzielle Hinzurechnungen in

Betracht. Die Vorinstanz hat hierfür geprüft, ob die jeweils zum 31.12. erfolgten Abschreibungen der Darlehens- und Zinsforderungen auf Null eine außerbilanzielle Hinzurechnung gemäß § 1 Abs. 1 AStG i.d.F. des Steuervergünstigungsabbaugesetzes vom 16.05.2003 (BGBl I 2003, 660, BStBl I 2003, 321) --StVergAbG-- (für die Streitjahre 2005 bis 2007) sowie i.d.F. des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 vom 14.08.2007 (BGBl I 2007, 1912, BStBl I 2007, 630) --UntStRefG 2008-- (für das Streitjahr 2008) auslösen können. Die tatrichterlichen Feststellungen der Vorinstanz reichen indessen nicht aus, um beurteilen zu können, ob die auf den Teilwertabschreibungen beruhenden Gewinnminderungen außerbilanziell zu korrigieren sind.

- 19** a) Werden Einkünfte eines Steuerpflichtigen aus Geschäftsbeziehungen mit einer ihm nahestehenden Person dadurch gemindert, dass er im Rahmen solcher Geschäftsbeziehungen zum Ausland Bedingungen vereinbart, die von denen abweichen, die voneinander unabhängige Dritte unter gleichen oder ähnlichen Verhältnissen vereinbart hätten, sind seine Einkünfte unbeschadet anderer Vorschriften gemäß § 1 Abs. 1 AStG in der in den jeweiligen Streitjahren geltenden Fassung so anzusetzen, wie sie unter den zwischen unabhängigen Dritten vereinbarten Bedingungen angefallen wären. Für das Streitjahr 2008 bestimmt § 1 Abs. 1 Satz 3 AStG i.d.F. des UntStRefG 2008 ergänzend, dass "die weitergehenden Berichtigungen neben den Rechtsfolgen der anderen Vorschriften durchzuführen" sind. Geschäftsbeziehung in diesem Sinne ist gemäß § 1 Abs. 4 AStG (Streitjahre 2005 bis 2007) bzw. Abs. 5 AStG (Streitjahr 2008) in der in den jeweiligen Streitjahren anwendbaren Fassung jede den Einkünften zugrunde liegende schuldrechtliche Beziehung, die keine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung ist und entweder beim Steuerpflichtigen oder bei der nahestehenden Person Teil einer Tätigkeit ist, auf die die §§ 13, 15, 18 oder 21 des Einkommensteuergesetzes anzuwenden sind oder im Falle eines ausländischen Nahestehenden anzuwenden wären, wenn die Tätigkeit im Inland vorgenommen würde.
- 20** b) Wie das FG zutreffend festgestellt hat, liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 AStG --vorbehaltlich der Frage des Fremdvergleichs-- grundsätzlich vor.
- 21** aa) Zwischen der Klägerin und der D-GmbH bestand aufgrund der Beteiligung des A an der Klägerin zu 100 % und dessen mittelbarer Beteiligung an der D-GmbH zu 30 % ein Näheverhältnis im Sinne des § 1 Abs. 2 AStG in der für die Streitjahre gültigen Fassung.
- 22** bb) Das streitgegenständliche Darlehensverhältnis ist eine Geschäftsbeziehung, zu deren Bedingungen auch die Besicherung der Ansprüche gehört. Der Begriff der Bedingung ist zwar gesetzlich nicht definiert, im gewöhnlichen Geschäftsverkehr sind hierzu jedoch --neben Vereinbarungen über die Laufzeit, Art und Weise der Rückzahlung sowie Höhe und Zahlungszeitpunkt der Zinsen-- üblicherweise auch Vereinbarungen über die zu stellenden Sicherheiten zu rechnen (Senatsurteil vom 09.06.2021 - I R 32/17, BFHE 273, 475, BStBl II 2023, 686, Rz 29).
- 23** cc) Die Anwendung der Norm scheitert nicht an einer fehlenden Kausalität zwischen einer möglichen Gewinnminderung und den Bedingungen der Darlehensgewährung. Denn der Gesetzeswortlaut "dadurch" ist nicht in dem Sinne zu verstehen, dass dieser einen unmittelbaren Kausalzusammenhang erfordert. Abzustellen ist vielmehr im weiteren Sinne auf das die Gewinnminderung auslösende Moment (vgl. Senatsurteil vom 09.06.2021 - I R 32/17, BFHE 273, 475, BStBl II 2023, 686, Rz 24, m.w.N.). Entgegen der Auffassung der Klägerin ist somit nicht auf die unmittelbar die Wertminderung des Bauprojekts beeinflussenden Baumängel, sondern bereits auf die vorhergehenden Umstände der Darlehensgewährung abzustellen.
- 24** dd) Dabei kann sich eine Gewinnminderung --wie das FG annimmt-- aufgrund einer Teilwertabschreibung der Darlehensforderung ergeben (z.B. Senatsurteil vom 09.06.2021 - I R 32/17, BFHE 273, 475, BStBl II 2023, 686, Rz 17).
- 25** c) Soweit die Vorinstanz im Weiteren davon ausgegangen ist, dass die Darlehensbedingungen, insbesondere die Art der Besicherung, im Streitfall von den Bedingungen abweichen, die voneinander unabhängige Dritte unter gleichen oder ähnlichen Verhältnissen vereinbart hätten (Fremdvergleich), wird diese Würdigung aber nicht von ausreichenden Feststellungen getragen.
- 26** aa) Für die Feststellung der Fremdüblichkeit ist auf das Verhalten eines fremden Dritten abzustellen. Dabei muss es sich nicht um eine "klassische" Bank handeln (vgl. Senatsurteil vom 09.06.2021 - I R 32/17, BFHE 273, 475, BStBl II 2023, 686, Rz 33, m.w.N.). Entscheidend ist, dass ein Markt für die vereinbarten Darlehen ermittelt werden kann, der dann den Maßstab für den vorzunehmenden Fremdvergleich bildet. Zur Ermittlung dieses Marktes sind im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sämtliche Umstände des Einzelfalls einzubeziehen, das heißt neben der Bonität des Darlehensnehmers weitere Umstände wie beispielsweise das Verhalten einer Unternehmensgruppe bei der Darlehensvergabe an Dritte, die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit einer möglichen Besicherung für den konkreten

Einzelfall, Handlungsalternativen für eine Nichtbesicherung, Darlehenssumme und -laufzeit, der Zweck des Darlehens und die Geschäftsstrategie des Darlehensgebers (zum Beispiel wirtschaftliches Eigeninteresse der Konzernmutter, am Erfolg der Tochter zu partizipieren). Hierbei ist auch zu berücksichtigen, ob ein fremder Dritter auf diesem Markt bereit ist, beispielsweise gegen Vereinbarung eines Zinszuschlags das durch eine Nichtbesicherung erhöhte Ausfallrisiko zu kompensieren (vgl. Senatsurteil vom 09.06.2021 - I R 32/17, BFHE 273, 475, BStBl II 2023, 686, Rz 34, m.w.N.). Die Beurteilung richtet sich nach einer ex ante-Perspektive zum Zeitpunkt der Eingehung der Geschäftsbeziehung (vgl. Senatsurteil vom 09.06.2021 - I R 32/17, BFHE 273, 475, BStBl II 2023, 686, Rz 36).

- 27** Sofern wirtschaftliche Aspekte auch im Falle eines Darlehens unter fremden Dritten eine Rolle gespielt hätten, erfordert der Fremdvergleich eine Einbeziehung solcher Gründe (vgl. Senatsurteil vom 09.06.2021 - I R 32/17, BFHE 273, 475, BStBl II 2023, 686, Rz 34).
- 28** bb) Die tatsächliche Würdigung des FG unterliegt allerdings nur eingeschränkt einer revisionsgerichtlichen Überprüfung (§ 118 Abs. 2 FGO). Die Prüfung beschränkt sich darauf, ob das FG im Rahmen der Gesamtwürdigung von zutreffenden Kriterien ausgegangen ist, sämtliche maßgeblichen Beweisanzeichen in seine Beurteilung einbezogen und dabei nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen hat. Fehlt es an einer tragfähigen Tatsachengrundlage für die Folgerungen in der tatrichterlichen Entscheidung oder fehlt die nachvollziehbare Ableitung dieser Folgerungen aus den festgestellten Tatsachen und Umständen, so liegt ein Verstoß gegen die Denkgesetze vor, der als Fehler der Rechtsanwendung ohne besondere Rüge vom Revisionsgericht beanstandet werden kann (z.B. Urteile des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 20.06.2012 - X R 20/11, BFH/NV 2012, 1778, Rz 23; vom 22.02.2021 - IX R 6/20, BFH/NV 2021, 1172, Rz 21; vom 10.03.2020 - IX R 29/18, BFHE 268, 407, BStBl II 2020, 698, Rz 23).
- 29** cc) Das FG ist bei der Beurteilung der Fremdüblichkeit im Streitfall von fehlerhaften Rechtsgrundsätzen ausgegangen und hat nicht alle wesentlichen Umstände in die Gesamtwürdigung einbezogen.
- 30** (1) Zwar hat das FG zunächst zutreffend die Frage aufgeworfen, ob die Bedingungen im Streitfall von denen abweichen, die unabhängige Dritte unter gleichen oder ähnlichen Bedingungen vereinbart hätten, und dabei maßgeblich auf die Besicherung der Darlehen abgestellt.
- 31** (2) Rechtsfehlerhaft hat das FG jedoch keine ausreichenden Feststellungen zum ukrainischen Recht getroffen. Es ist vielmehr ohne hinreichende Tatsachengrundlage von einer nicht ausreichenden Besicherung ausgegangen. Dabei hat es zum einen außer Acht gelassen, dass eine den deutschen Gewohnheiten entsprechende Besicherung mit Grundpfandrechten angesichts der besonderen rechtlichen Situation in der Ukraine nicht möglich war. Das Gericht hat selbst festgestellt, dass Eigentum an einer Immobilie nach ukrainischem Recht erst mit der behördlichen Abnahme erworben werden kann und vorliegend auch das Grundstück nicht im Eigentum der D-GmbH stand, sondern lediglich gepachtet war. Gleichwohl hat es das FG versäumt, der sich aufdrängenden Frage nach der üblichen und nach ukrainischem Recht möglichen Art der Besicherung von Bauvorhaben nachzugehen (s. hierzu auch Beschluss des Bundesverfassungsgerichts --BVerfG-- vom 04.03.2021 - 2 BvR 1161/19, Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung --HFR-- 2021, 504, Rz 48). Hinzu kommt, dass auch der von Klägerseite geltend gemachte Einwand unbeachtet geblieben ist, dass ursprünglich eine Umschuldung durch eine ukrainische Bank geplant gewesen sei, was unter Umständen ein Indiz für eine übliche Besicherung darstellen kann.
- 32** (3) Ausgehend von der Annahme des FG, dass keine werthaltigen Sicherheiten vorliegen, hat es zwar zutreffend die Frage der Risikokompensation durch den vereinbarten Zinssatz angesprochen, jedoch auch hier rechtsfehlerhafte Maßstäbe angewandt, insbesondere im Hinblick auf die im Senatsurteil vom 09.06.2021 - I R 32/17 (BFHE 273, 475, BStBl II 2023, 686) vertieft dargestellten Grundsätze. Das FG wäre gehalten gewesen zu ermitteln, ob es in der konkreten Situation einen Markt für unbesicherte Darlehen in der Ukraine dergestalt gibt, dass ein fremder Dritter bereit gewesen wäre, beispielsweise gegen Vereinbarung eines Zinszuschlags, das durch die Nichtbesicherung erhöhte Ausfallrisiko zu kompensieren.
- 33** Eine mögliche Risikokompensation hat das FG jedoch bereits mit dem Hinweis darauf ausgeschlossen, dass tatsächlich keine Zinszahlungen erfolgt, diese vielmehr letztlich in voller Höhe abgeschrieben worden seien. Auch sei der vereinbarte Zinssatz von 12 % p.a. im Jahr 2005 auf 11 % p.a. und im Jahr 2010 auf Null reduziert worden. Das FG erkennt hierbei, dass es auch bei der Frage nach einer möglichen Risikokompensation auf eine ex ante-Perspektive --abstellend auf den Abschluss des Geschäfts und nicht auf die Durchführung ex post-- ankommt, auch wenn in der vorliegenden Konstellation der Gewährung von Nachschussdarlehen durchaus das Zahlungsverhalten in der Vergangenheit in die Beurteilung Eingang finden kann. In den Streitjahren war zudem von einem Zinssatz von

zunächst 12 % p.a. und in der Folge von 11 % p.a. auszugehen. Die Reduzierung des Zinssatzes auf Null erfolgte erst deutlich nach Ablauf der Streitjahre. In diesem Zusammenhang hat es das FG wiederum rechtsfehlerhaft unterlassen, dem klägerischen Vortrag nachzugehen, dass sich die Höhe der Zinsen bereits deutlich über dem jeweiligen Basiszinssatz bewegt hat (s. hierzu auch BVerfG-Beschluss vom 04.03.2021 - 2 BvR 1161/19, HFR 2021, 504, Rz 49).

- 34** (4) Des Weiteren hat das FG im Rahmen der Gesamtwürdigung auch das etwaige Vorliegen wirtschaftlicher Aspekte für die Darlehensnachsüsse außer Acht gelassen. Diese gewinnen umso mehr an Bedeutung, als die Darlehensnachsüsse nach dem klägerischen Vortrag aus dem Grund erfolgten, angesichts der im Jahr 2005 aufgetretenen Baumängel das Projekt dennoch erfolgreich und ohne Ausfall der ursprünglichen Investitionssumme zum Abschluss zu bringen. Es ist nicht fernliegend, dass entsprechende wirtschaftliche Überlegungen im Hinblick auf bereits getätigte Investitionen auch im Verhältnis zwischen fremden Dritten eine Rolle gespielt haben können. Das FG hat zwar erwähnt, dass ein fremder Dritter den Nachschuss nur von werthaltigen Sicherheiten abhängig gemacht und die Fälligkeit der Rückzahlung nicht regelmäßig hinausgeschoben hätte. Dabei hat es jedoch die konkrete Investitionsposition sowie die Erfolgsaussichten einer Beseitigung der Baumängel infolge einer Darlehensaufstockung rechtsfehlerhaft ausgeblendet.
- 35** 2. Ein anderes Ergebnis ergibt sich nach derzeitigem Verfahrensstand auch nicht nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen der vGA, deren Vorliegen das FG nicht geprüft hat, im Einzelnen gegeben wären. Die Feststellungen des FG reichen bereits im Hinblick auf den Fremdvergleich für eine abschließende Beurteilung der Rechtslage nicht aus. Im Hinblick auf den materiellen Fremdvergleich, der sich weitgehend in Einklang mit den zu § 1 AStG niedergelegten Maßstäben bestimmt (auch wenn nicht zwingend von Deckungsgleichheit auszugehen ist, vgl. Senatsurteil vom 09.08.2023 - I R 54/19, BFHE 281, 308, BStBl II 2024, 675, Rz 22; Schwenke, Internationale Steuer-Rundschau --ISR-- 2024, 129, 130; Ditz, ISR 2024, 123, 126), fehlt es ebenso wie zu § 1 AStG an entsprechenden Feststellungen des FG.
- 36** 3. Das angefochtene Urteil beruht daher auf fehlerhaften rechtlichen Beurteilungen und ist aufzuheben. Die Sache ist an das FG zurückzuverweisen, um es diesem zu ermöglichen, die erforderlichen Feststellungen zum ukrainischen Recht zu treffen und das Vorliegen eines Marktes für die konkrete Investitionskonstellation zu beurteilen (unter c). Hierbei wird sich das FG jedenfalls für das Streitjahr 2008 vorrangig an den Grundsätzen der vGA zu orientieren haben (unter a). Sollte das FG die Fremdüblichkeit bejahen, so wird es gleichwohl zu prüfen haben, ob die Teilwertabschreibungen nach Buchführungsgrundsätzen zulässig sind (unter e).
- 37** a) Zunächst wird das FG chronologisch für jedes Streitjahr die Voraussetzungen einer Gewinnkorrektur zu prüfen haben. Nach der Rechtsprechung des Senats tritt unter Berücksichtigung der Neuregelung in § 1 Abs. 1 Satz 3 AStG (eingefügt durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 2008) die Korrektur nach § 1 Abs. 1 AStG gegenüber anderen Einkünftekorrekturvorschriften (hier § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG) grundsätzlich zurück und kommt nur dann (subsidiär) zur Anwendung, wenn die andere Norm Berichtigungen in einem geringeren Umfang zulässt. Damit ist § 1 Abs. 1 AStG nur dann und nur insoweit anzuwenden, als mit dieser Rechtsgrundlage eine weiterreichende Einkünftekorrektur ausgelöst wird (Senatsurteil vom 09.08.2023 - I R 54/19, BFHE 281, 308, BStBl II 2024, 675, Rz 21; Schwenke, ISR 2024, 129, 130). Dies wird das FG insbesondere für das Streitjahr 2008 zu beachten haben. Für die Streitjahre 2005 bis 2007 bleibt es dagegen im Einklang mit der früheren Rechtsprechung bei einer "Überlagerung" der Korrekturvorschriften in dem Sinne, dass sich eine Gewinnkorrektur nach der einen Vorschrift erübrigt, wenn sie bereits nach der anderen vollzogen wurde (Senatsurteil vom 27.11.2019 - I R 40/19 (I R 14/16), BFHE 268, 1, BStBl II 2024, 670, Rz 42, m.w.N.). Der Senat weist jedoch vorsorglich darauf hin, dass nur bei § 1 Abs. 1 AStG zu prüfen wäre, ob das Unionsrecht einer Einkünftekorrektur nach § 1 Abs. 1 AStG entgegensteht (vgl. hierzu Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union Hornbach-Baumarkt vom 31.05.2018 - C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366).
- 38** b) Im Falle einer Anwendung der Grundsätze der vGA wird das FG weiter zu berücksichtigen haben, dass die Annahme einer vGA aufgrund der Sonderbedingungen für beherrschende Gesellschafter (formeller Fremdvergleich) aufgrund einer Sperrwirkung des Art. 9 des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Ukraine zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen vom 03.07.1995 (DBA-Ukraine 1995), welcher Art. 9 OECD-Musterabkommen nachgebildet ist, ausscheidet (vgl. zuletzt Senatsurteile vom 24.06.2026 - I R 56/23, und vom 24.06.2026 - I R 57/23, Letzteres ist zur amtlichen Veröffentlichung bestimmt).

- 39 c) Maßstab für die Vornahme des Fremdvergleichs ist das Vorliegen eines Marktes für die konkrete Geschäftsbeziehung.
- 40 aa) Folglich ist in einem ersten Schritt die Geschäftsbeziehung, die zu vergleichen ist, zu eruieren. Insofern wird das FG die erforderlichen Feststellungen zum ukrainischen Recht im Hinblick darauf zu treffen haben, wie sich eine Besicherung entsprechender Darlehen in der Ukraine seinerzeit dargestellt hat und ob vorliegend von einem (hinreichend) besicherten oder unbesicherten Darlehen auszugehen ist.
- 41 bb) Kommt das FG hiernach zu dem Schluss, dass nicht von einer werthaltigen Besicherung auszugehen ist, so hat es in der Folge im Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung zu ermitteln, ob ein Markt für die konkrete Investitionssituation bestand und ein Investor in der gleichen Situation, mithin unter Berücksichtigung der bereits erfolgten Investitionen, aus ex ante-Perspektive die Nachschüsse unter den gewählten Bedingungen gewährt hätte. Dabei ist unter anderem die Situation der Darlehensschuldnerin, die außer dem Hotel kein eigenes Vermögen besaß, in den Fokus zu nehmen.
- 42 In diesem Zusammenhang wird das FG auch die genannten Erwägungen zur Risikokompensation zu berücksichtigen und im Gesamtgefüge zu gewichten haben. Der Risikokompensation mag bei einer ursprünglichen Darlehensgewährung ein anderer Stellenwert im Gesamtgefüge zukommen als bei der Gewährung unplanmäßiger Nachschussdarlehen wie in den Streitjahren. Bei diesen erlangen möglicherweise wirtschaftliche Aspekte und die Erfolgsaussichten des Projekts, vorliegend insbesondere die Erfolgsaussichten der Behebung der Baumängel, an Bedeutung. Auch hierzu wird das FG, ebenso wie zu der in der Ukraine seinerzeit üblichen und nach ukrainischem Recht zulässigen Zinshöhe, Ermittlungen anzustellen haben.
- 43 Darüber hinaus wird zu berücksichtigen sein, dass der Klägerin zwar auch der Abschluss spekulativer und risikobehafteter Geschäfte zuzugestehen ist. Vor dem Hintergrund der Fremdüblichkeit gilt dies jedoch nicht uneingeschränkt und kann vor allem in sich abzeichnenden Verlustsituationen zu einer vGA führen (s. hierzu z.B. FG München, Urteil vom 06.05.2002 - 7 K 4527/00, Rz 17 f.; FG Köln, Urteil vom 22.08.2007 - 13 K 4234/03, EFG 2008, 154, Rz 68; ähnlich Senatsurteil vom 08.07.1998 - I R 123/97, BFHE 186, 540, unter II.2.c).
- 44 d) Ergibt die Prüfung, dass die vereinbarten Bedingungen nicht fremdüblich waren, weil keine ausreichende Risikokompensation vereinbart wurde, wäre eine vollständige Korrektur der Teilwertabschreibung grundsätzlich gleichwohl ausgeschlossen. Denn wenn ein entsprechender Markt vorhanden ist, hat die Einkünftekorrektur vorrangig veranlagungszeitraumbezogen in Höhe der Differenz zwischen den tatsächlich erzielten und den fremdüblichen Zinseinnahmen zu erfolgen (Senatsurteile vom 09.06.2021 - I R 32/17, BFHE 273, 475, BStBl II 2023, 686, Rz 57; vom 13.01.2022 - I R 15/21, BFHE 276, 1, BStBl II 2023, 675, Rz 31).
- 45 e) Sollte die Prüfung ergeben, dass im Streitfall insgesamt fremdübliche Bedingungen vereinbart worden sind, ist für eine Berichtigung nach vGA-Grundsätzen oder § 1 AStG kein Raum. Dessen ungeachtet wird in diesem Fall zu prüfen sein, ob und gegebenenfalls ab wann die von der Klägerin geltend gemachten Teilwertabschreibungen nach den gesetzlichen Voraussetzungen zulässig waren. Das FG wird hierzu chronologisch für jedes Streitjahr zu ermitteln haben, in welcher Höhe und zu welchem Bilanzstichtag das Darlehen beziehungsweise die Nachschüsse werthaltig waren.
- 46 4. Da die Revision bereits aus materiellen Gründen Erfolg hat, kommt es auf das Vorliegen der von der Klägerin gerügten Verfahrensmängel nicht mehr an.
- 47 5. Die Übertragung der Kostenentscheidung beruht auf § 143 Abs. 2 FGO.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de