



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 6. September 2004 gegen die vorläufigen Bescheide gemäß § 200 Abs. 1 BAO des Finanzamtes für den 12/13/14 Purkersdorf, vom 3. August 2004 betreffend Einkommensteuer und Umsatzsteuer für das Jahr 2003 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die vorläufigen Bescheide betreffend die Umsatz- und Einkommensteuer für das Jahr 2003 werden gemäß § 200 Abs. 2 BAO für endgültig erklärt.

Die Bemessungsgrundlage und die Höhe der Abgaben sind dem Ende der folgenden Entscheidungsgründe den als Beilage angeschlossenen Berechnungsblättern zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

Die Fälligkeit des mit dieser Entscheidung festgesetzten Mehrbetrages der Abgaben ist aus der Buchungsmitteilung zu ersehen.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (Bw.) erklärte in der Einkommensteuererklärung für das Jahr 2003 Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung aus dem Mietobjekt W.

Im Jahr 1971 wurde der Bw. zum Alleineigentümer der Liegenschaft, die er in der Folge derart umgestalten wollte, dass aus den 14 vorhandenen Wohnungen qualitativ höherwertigere Wohnungen und eine Garage errichtet werden.

Der Bw. beauftragte im Jahr 1991 die Fa. RL mit den Bauarbeiten, die im Oktober begonnen wurden. Im Dezember 1991 wurden die Bauarbeiten wegen des Winters unterbrochen, d.h. die Arbeiten wurden eingestellt. Dabei kam es zur Rechnungslegung am Jahresende seitens der Fa. RL, wobei der Bw. feststellte, dass die Baufirma eine falsche Lieferung betreffend einer Decke getätigt hatte.

Wegen dieser Streitigkeiten beendete die Fa. RL im April 1992 die Bauarbeiten, worauf die Baustelle von der Fa. RL geräumt wurde.

Bei diesem Haus handelt es sich um ein dreistöckiges Gebäude, welches nicht mehr bewohnbar ist. Im Erdgeschoß sind die Einfahrt einer in Bau befindlichen Garage sowie die Fenster mit Bretter verschallt.

Laut Erhebungsdienst des Finanzamtes wurde eine Bautätigkeit zur Zeit der Nachschau am 8. Juli 1997 nicht ausgeübt. Von der MA 37 wurde im Jahr 1989 die Bewilligung für umfangreiche bauliche Änderungen erteilt. Die Wohnungen in Erdgeschoß sollten zu einer Einheit zusammengelegt bzw. soll ein Zimmer in eine Garage abgeändert werden. Ebenso werden die Wohnungen in den Stockwerken 1 – 3 zu einer Einheit zusammengelegt. Mit der Bauführung wurde die Fa. L beauftragt. Baubeginn war der 21. Mai 1991. Da die Garagendecke angeblich nicht die ursprünglich geplante Tragfähigkeit von 2,5T aufweist, war beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, ZL xxx ein Streitverfahren anhängig.

Die Fa. L hat im Dezember 1992 die Baustelle geräumt und die Bauführung zurückgelegt.

Seit dieser Zeit befindet sich der Bw. im Rechtsstreit mit der Baufirma und es wurden die Umbauarbeiten eingestellt.

In der Beilage zur Einkommensteuererklärung 2003 spricht der Bw. von einer „unbewohnbaren Baustelle“. Die einzige Einnahme seit Jahren ist das von ihm selbst verrechnete Jahrespauschale in Höhe von 360 € für die Einstellung der dort notwendigen Sachen“, sowie Entgelt für die Benutzung des Telefons. Seit Jahren findet keine Vermietung mehr statt.

Im Zuge einer Außenprüfung betreffend die Umsatz- und Einkommensteuer für die Jahre 2001 bis 2003 wurden seitens der Betriebsprüfung folgende Feststellungen getroffen:

#### Tz 11) Vorsteuerabzug

Nur eine gesondert in Rechnung gestellte Umsatzsteuer darf gemäß § 12 UStG als Vorsteuer abgezogen werden.

Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Rechnungsausstellung. Langt eine im Veranlagungszeitraum ausgestellte Rechnung so verspätet beim Leistungsempfänger ein, dass er sie bei der Erklärung für den Veranlagungszeitraum nicht mehr berücksichtigen kann, ist es nicht zu beanstanden, nach Anmerkung des Datums des Einlangens auf der Rechnung den Vorsteuerabzug für den Veranlagungszeitraum des Einlangens zu berücksichtigen.

Wird im Verlauf einer finanzbehördlichen Überprüfung festgestellt, dass über eine an den Unternehmer ausgeführte Lieferung oder sonstige Leistung noch keine Rechnung im Sinne des § 11 UStG 1994 ausgestellt wurde, und bringt der Unternehmer die fehlende Rechnung innerhalb einer vom Prüfer festzusetzenden angemessenen Frist (im Regelfall nicht länger als einen Monat) nach, so kann der Vorsteuerabzug aufgrund der nachgebrachten Rechnung mit Wirkung für den seinerzeitigen Leistungsbezug berücksichtigt werden. Die gilt nur, wenn vom liefernden oder leistenden Unternehmer die entsprechende Umsatzsteuer rechtzeitig und vollständig abgeführt wurde.

Verweigert der leistende Unternehmer die Ausfertigung einer Rechnung nach § 11 Abs. 1 UStG 1994 überhaupt, vermittelt die Erstellung und Zusendung einer Gutschrift jedenfalls keinen Anspruch auf den Vorsteuerabzug.

Es können daher die geltend gemachten Vorsteuern im Gesamtbetrag von 5.285,76 € nicht anerkannt werden.

#### Tz 13) Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung

Bei Gebäuden beträgt der AfA-Satz grundsätzlich 1,5% (1,5% entsprechen einer Nutzungsdauer von rund 67 Jahren). Nicht maßgeblich ist die Nutzungsart durch den Mieter; der AfA-Satz beträgt auch dann bis zu 1,5%, wenn der Mieter sein Mietobjekt zu gewerblichen Zwecken nützt. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut des § 16 Abs. 1 Z 8 lit e EStG 1988, der einen grundsätzlich einheitlichen, jährlich geltend zu machenden AfA- Prozentsatz von 1,5% normiert, ändert es an der Höhe dieses AfA-Satzes nichts, wenn das vermietete Gebäude schon vor dem Eigentumsübergang in Nutzung stand (und sich damit eine Gesamtnutzungsdauer von über 66 Jahren errechnet, VwGH vom 18.7.2001, 98/13/0003). Ein höherer AfA-Satz (kürzere Nutzungsdauer) kommt auch dann, wenn das Gebäude in gebrauchtem Zustand angeschafft worden ist – nur dann in Betracht, wenn auf Grund des Bauzustandes eine durch ein Gutachten nachzuweisende kürzere Restnutzungsdauer anzunehmen ist.

Instandsetzungsaufwand liegt immer dann vor, wenn wesentliche Teile des Gebäudes ausgetauscht werden und nur deshalb kein Herstellungsaufwand zu unterstellen ist, weil bei

Austausch von unselbständigen Bestandteilen infolge fehlender Änderung des Wesensart des Gebäudes keine Aktivierung vorzunehmen ist.

Der Nutzungswert des Gebäudes wird dann erhöht, wenn das Gebäude auf Grund der durchgeführten Investitionen z.B. durch Erzielung höherer Einnahmen besser nutzbar ist bzw. wenn wesentliche Teile des Gebäudes ausgetauscht oder modernisiert werden, ohne dass infolge Änderung der Wesensart des Gebäudes Herstellungsaufwand gegeben ist.

Eine Anhebung des Nutzungswertes liegt nur dann nicht vor, wenn tatsächlich höhere Mieteinnahmen verlangt werden, sondern auch dann, wenn

- a) bei einer angenommenen Neuvermietung mehr verlangt werden könnte,
- b) infolge der Instandsetzung kürzere Leerstehungen vorliegen,
- c) der Wohnwert für die Mieter verbessert wird (wie z.B. bei Einbau von Schallschutzfenstern oder besser isolierten Fenstern),
- d) bei einer Veräußerung mehr erzielt werden könnte.

Herstellungsaufwand sind insbesondere Aufwendungen im Zusammenhang mit folgenden Maßnahmen:

- a) Aufstockung eines Gebäudes,
- b) Zusammenlegung von Wohnungen,
- c) erstmaligem Einbau von Zentralheizungen, Aufzugsanlagen usw.,
- d) versetzen von Zwischenwänden,
- e) Einbau von Badezimmern und WC (Kategorieanhebung),
- f) Einbau von Gebäudeteilen an anderen Stellen (z.B. Versetzen von Türen und Fenstern).

In einem gemäß § 200 Abs. 1 BAO vorläufig erlassenen Umsatzsteuerbescheid für das Jahr 2003 vom 3. August 2004 wurde aufgrund der Feststellungen der Außenprüfung die Vorsteuer in Höhe von 11.710,84 € festgesetzt, in einem gemäß § 200 Abs. 1 BAO vorläufig erlassenen Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2003 vom 3. August 2004 wurden die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in Höhe von 43.196,14 € festgesetzt.

Die Vorläufigkeit wurde damit begründet, dass nach dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens die Abgabepflicht zwar noch ungewiss, aber wahrscheinlich ist.

**Gegen den Umsatzsteuerbescheid für 2003 erhob der Bw. fristgerecht (23. August 2004) das Rechtsmittel der Berufung und führte begründend aus:**

1. Besonders aus den Beilagen 2, 3, 4, 20 zur Einkommensteuererklärung 2003, die auch für die Umsatzsteuer gelten, ist zu entnehmen, dass ich beim Versteigerungstermin am

17. November 2004 zur Vermeidung der Versteigerung vor dem Richter zur Zahlung von 64.908,41 € an die Baufirma L, veranlasst war.

2. Die daraus notwendigen steuerrechtlichen Abwicklungen dieser Zahlung bei der Einkommens- und Umsatzsteuererklärung 2003 sind keine justizrechtliche Anerkennung des Vorganges vom 17. November 2003.

3. In der im vorangehenden Punkt 1 erwähnten Beilage 4, Punkt 32, habe ich beanstandet, dass der betriebene Betrag von 64.908,31 € vor Gericht außer bezüglich der Rechnungen vom 22. April 1992, 17. Mai 2002 und 7. Dezember 1992 (Position 1) der Betrag nur als Summe gefordert war, ohne Vorlage der notwendigen Rechnungen der Fa. L dazu.

4. Laut Beilage 20, Punkt 20, habe ich für diese 64.908,41 € finanzamtstaugliche Belege gefordert.

5. Am 17. November 2003 hat L Rechtsvertreter, Rechtsanwaltskanzlei Dr. K, DDr. P, XY, vor Gericht mit Zustimmung des Richters diese 64.908,41 € übernommen.

Damit ist der Rechtsvertreter für die Veranlassung bzw. rasche Beibringung dieser finanzamtstauglichen Belege verantwortlich. Zur Vorlage der Belege bzw. Rechnungen für die Positionen 2-6 war L ja bereits am 17. November 2003 verpflichtet, der Rechtsvertreter als Inkassant dafür verantwortlich und zur raschen Nachreichung verpflichtet

Das habe ich u.a. am 8. Juli 2004, besonders aber am 23. Juli 2004 durch Übersendung meiner Gutschriften Nr. 1-5 per 31. Dezember 2003 geltend gemacht (Kopien beim Steuerakt).

6. Die grundlegenden Rechnungen von L als Abgabentatbestand stammen vom 22. April 2002, 18. Mai 2002 und 7. Dezember 2002.

7. L hat am 3. Februar 1993 das Gerichtsverfahren gegen mich beim Landesgericht für Zivilrechtssachen eingereicht.

8. Es trifft somit für die vorangeführten Abgabentatbestände 6. und 7. und alle daraus abgeleiteten Folgerungen die VwGH-Entscheidung vom 4.11.1998, 96/13/0095 zu, wonach ich auch nach dem 1. Jänner 1995 diesbezüglich vorsteuerabzugsberechtigt bin.

9. Zu den mit 17. November 2003 notwendigen Rechnungslegungen ist L zweifach verpflichtet:

a) durch den damals voll erhaltenen betrag, der vor Gericht nur für „Leistungen“ erfolgen kann, die schon bis 17. November 2003 erbracht waren;

b) durch die darin notwendige Umsatzsteuer, welche von ihm noch per 31. Dezember 2003 zu entrichten war.

10. Verstöße gegen obigen Punkt 9. sind gleichzeitig Verstöße gegen eine ordentliche Buchhaltung. Wie bucht er sonst den Zahlungseingang?

11. Da RL trotzdem keine Rechnung ausstellt, obwohl er für die Leistungen Geld bei Gericht betrieben hat, bin ich zur Ausstellung von Rechnungen adäquaten Gutschriften mit ausgewiesener und von L zu zahlender Umsatzsteuer berechtigt, weil ich zur ordentlichen Verrechnung meiner Zahlungen vom 17. November 2003 gesetzlich verpflichtet bin.

12. Meine Gutschriften Nr. 1-5 vom 31. Dezember 2003 entsprechen somit den Erfordernissen des § 11 Abs. 7 und 8 UStG.

Das Einverständnis des Lieferanten zu meinen Gutschriften liegt automatisch deshalb vor, weil er zwar diese Beträge vor Gericht betrieben („...samt Anhang“) und den vollen Betrag am 17. November 2003 kassiert hat, aber es trotz Aufforderung unterlassen hat, noch 9 Monate nach Betragsempfang entsprechende Rechnungen auszustellen. Ich brauche aber zur ordnungsgemäßen Jahresabrechnung diese Belege.

13. Der Rechtsvertreter von L ist zur Ausstellung eines Rechnungsersatzes nicht berechtigt, hat es auch gar nicht getan. Seine Aufzeichnungen vom 18. November 2003 und 1. Dezember 2003 sind lediglich Hilfsmittel.

14. Der Rechtsvertreter von L ist aber mit der Übernahme des Gesamtbetrages vom 17. November 2003 verpflichtet, für die Beibringung der Rechnungen zu sorgen und ist dafür voll verantwortlich; denn er hat sein Versäumnis zu verbessern, am 17. November 2003 die Vorlage dieser Rechnungen unterlassen zu haben.

15. Zu meinen 5 Gutschriften habe ich klar auf Zahlungspflicht von L der darin ausgewiesenen Umsatzsteuer hingewiesen. Dies ist im konkreten Fall auch dadurch berechtigt, dass ich längst den gesamten Betrag gezahlt habe.

Für die Zahlungsschwierigkeiten von L Ende 2003 und die sich daraus ergebenden Folgen ist ausschließlich L zuständig.

16. Die Abweisung des in der USt-Erklärung für 2003 eingereichten Vorsteuerabzugs für die Positionen 2-6 erfolgte mit der Begründung der Nichtbeibringung der entsprechenden Rechnungen bzw. der nicht rechtskräftigen Gutschriften.

17. Am 8. Juli 2004 hatte ich den Rechtsvertreter von L um Veranlassung der Rechnungen ersucht. Seine Antwort vom 19. Juli 2004 (Beilage 1) ist die Behauptung, alle Forderungen

seien im Urteil aufgegliedert. Das bezieht sich ausschließlich auf seine Rechnungen vom 22. April 1992, 17. Mai 1992, 7. Dezember 1992 (Position 1). Nicht aber die in Rede stehenden Positionen 2-6.

In der Zahlungsbestätigung ist nur der Betrag von 64.908,41 € bestätigt, sonst nichts. Es kann ja auch der Rechtsvertreter keine Rechnung für L ausstellen (Siehe Punkt 13 dieses Schreibens).

18. Beilage 2, verständigt, dass ich zum Termin von L keine Antwort erhalten habe. Und somit der in den Gutschriften ausgewiesenen Umsatzsteuer auch nicht widersprochen wurden. Damit gelten die 5 Gutschriften vom 31. Dezember 2003.

19. Dies entspricht auch analog der EUGH 17.9.1997, C 141/96 Langhorst.

20. Die Gutschriftsausstellung mit 31. Dezember 2003 ist auch deshalb gerechtfertigt, weil L Ende 2003 in Zahlungsschwierigkeiten war und die Baufirma Ing. L nicht mehr existiert seit 1. Jänner 2004.

21. So ist auch das mehrfach überraschende Interview des Firmeninhabers Ing. L zu verstehen, dass er „bei der Baufirma ja nicht der Chef war“ (Krone, 4.1.2004).

22. Der Bw. beantragt, der Berufung stattzugeben und die in der Umsatzsteuererklärung für 2003 vom 28. April 2004 die Positionen 2-6 betreffende, nicht anerkannte Vorsteuer in Höhe von 5.285,76 € auf Grund der Begründungen anerkennen zu wollen.

**Gegen den Einkommensteuerbescheid für 2003 erhob der Bw. fristgerecht (6. September 2004) das Rechtsmittel der Berufung und führte begründend aus:**

Der Bw. habe mit der Berufung deshalb zugewartet, weil er hoffte, noch einen Beschluss des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien zu seinem Rekurs vom 30. Dezember 2003 gegen die hier betroffene Position 20/6 der Einkommensteuererklärung für 2003 vom 28. April 2004 zu erhalten. Dies blieb jedoch aus.

**Begründung**

1. Die in meiner Einkommensteuererklärung für 2003 vom 28. April 2004 in der Hausabrechnung für 2003 bis Seite 3 Mitte ausgewiesenen Posten scheinen unbestritten und ergeben bei

Nettoeinnahmen von	€	472,02
abzügl. Nettoausgaben von	€	7.941,86
einen „laufenden“ Jahresverlust von	€	7.496,84

2. Die im Belege 20/1 bis 20/6 angeführten Posten obiger Erklärung 2003 stammen aus dem von Fa. L am 3. Februar 2003 gegen mich geführten Verfahren, in welchem ist trotz der unbestrittenen, aufrechten Zahlungsvereinbarung, dass die Garage als wirtschaftliche Einheit mit rund 21.000 € erst nach seiner Beibringung der Benützungsbewilligung zur Zahlung fällig ist, voll schuldig gesprochen wurde.

3. Zu diesem nun schon 11 Jahre laufenden Verfahren sind immer noch Rekurse offen. Schon aus dem Missverhältnis von 22.392,15 € an Streitwert und 42.516,26 € so genannter betriebener Anhang zeigt die gerichtlicher Prozessökonomie; sind doch in diesen 42.516,26 € meine Prozesskosten noch gar nicht enthalten.

4. Im Zuge dieses Verfahrens wurde von der Gegenseite das Versteigerungsverfahren, betreffend das hier verrechnete Objekt W am 10. August 2001 eingeleitet und schließlich für 17. November 2003 der Versteigerungstermin festgesetzt.

5. Um diese Versteigerung zu verhindern, habe ich am 17. November 2003 den ohne Belege für den „Anhang“ geforderten Betrag von insgesamt 64.908,41 € erlegt. Darüber habe ich im Zuge der Einkommensteuererklärung 2003 in den Beilagen 2 und 20 vom 28. April 2004 berichtet.

6. In dieser heutigen Berufung stelle ich die Anträge:

a) einzelne Posten der Rechnung von L vom 22.4.2002, sowie die Restbeträge seiner Rechnungen vom 17.4.1992 und 7.12.2002 gleich absetzen zu können, da es sich um ausgesprochene Instandhaltungen handelt, bzw. um Positionen, die nach Bauende am 17.12.1991 in der Teilrechnung zum 30.12.1991 gar nicht enthalten waren und somit reine Gehässigkeitspositionen sind, oder nur den späteren elektrischen Strom betreffen, weil L arglistig den einzigen Stromzähler am Bauprovisorium nicht abgemeldet hat.

b) die restlichen Arbeiten der Rechnung vom 22.4.1992 einschließlich der geleisteten Anzahlungen von 500.000,00 S (36.336,42 €) auf 15 Jahre verteilen zu dürfen, weil das Haus dem MRG unterliegt.

c) die laufende Abschreibung auf das Haus auf 2 % zu erhöhen, weil das Objekt 1898 errichtet wurde.

d) die Posten 20/2 bis 20/6 auf die Jahre 2001, 2002 und 2003 aufteilen zu dürfen, weil sie mir erst durch das Berufungsurteil vom 21. März 2001, welches ich allerdings erst am 16. August 2001 von meinem Anwalt Dr. RR erhielt (er hatte es am 30.4.2001 erhalten). Diesen Antrag stelle ich deshalb und ausnahmsweise, weil ich durch das abgesprochene Fehlverhalten der Juristenseite vom LG-Richter Dr. KS, dem



Berufungssenat Dr. Z und dem Rechtsanwalt Dr. RR einerseits der Berufungsmöglichkeit beim OGH beraubt war, aber auch keine anderen Gegenmittel ergreifen konnte und somit gegenüber Bilanzierenden schwerwiegend behindert und benachteiligt bin.

7. Zu Antrag 6a, laufender Aufwand: L , 22. April 1992:

Seite	Posit.		S	€
3	12		840,00	61,06
4	25		4.353,60	316,39
5	34		1.954,15	142,01
5	35	20,57 m <sup>2</sup>	9.256,50	672,70
6	1		6.000,00	436,04
6	2		1.200,00	87,20
6	5		2.802,00	203,63
6	14		11.409,00	829,12
6	16		510,00	37,06
8	8		258,88	18,81
8	8a		4.113,70	298,95
9	19		28.975,70	2.105,75
9	22		284,80	20,70
10	30/41		6.860,00	498,54
10	30/42		5.750,00	417,87
11	34		1.200,00	87,20
11	44		8.092,95	588,14
14	5		5.055,00	367,36
14	6		5.310,00	385,89
14	9a		3.192,00	231,97
	9b		2.850,00	207,12
	9c		700,00	50,87
	9d		15.321,60	1.113,46
	9e		1.395,36	101,41
16	12		1.410,00	102,47
			129.095,24	9.381,71
18	1		1.006,96	73,18
18	2		5.490,00	398,97
18	3		1.600,00	116,27
18	4		1.500,00	109,00

Lugner-Rechnung 17.5.1992	4.150,00	301,59
Lugner-Rechnung 7.12.1992	5.395,00	392,07
Summe	148.237,20	10.772,79

8. Ich beantrage, die Instandhaltungskosten bzw. nicht baubetreffenden Arbeiten im Veranlagungsjahr 2003 in Höhe von 10.772,79 € absetzen zu dürfen.

9. Die restlichen Posten aus der Rechnung von

L, 22.4.1992	€	48.418,83
L, 17.5.1992	€	301,59
L, 7.12.1992	€	392,07
	€	49.112,49
abzüglich vorige Punkt 8 u. 8	€	- 10.772,79
	€	38.339,70

beantrage ich gemäß Punkt 6b, da das Haus dem MRG unterliegt, auf 15 Jahre abschreiben zu dürfen; ergibt eine Jahresquote von 2.556,00 €.

10. Weil das Haus im Jahre 1898 errichtet wurde, beantrage ich nach 6c in Erhöhung der Abschreibung von 1,5 % auf 2 %, das ist für 2003 0,5 % oder 37,79 €.

11. Ich habe auf die juristischen Missstände hingewiesen und dass das Verfahren nach 11 Jahren noch immer nicht endgültig entschieden ist.

Daher beantrage ich, die Kosten, welche mit Berufungsurteil prinzipiell, aber erst später konkret laufend bekannt wurden, also die Kosten außer der direkten Lugner-Rechnungen auf die 3 rückliegenden Jahre, in denen sie bekannt wurden, verrechnen zu dürfen oder pauschal auf die 3 Jahre aufzuteilen (Dritteln).

12. Die in Rede stehenden Positionen 20/2 bis 20/6 betragen 35.630,47 €.

13. Gedrittelt ergibt dies für 2 Jahre je 11.876,82 €, für das 3. Jahr 11.876,83 €.

14. Aufgeteilt auf das Jahr des Bekanntwerdens zur Zahlung:

15.

	2001	2002	2003
20/2 Hausverrechnung 2003			453,62
20/3	7.130,28		1.014,74
20/4	16.514,33		
20/5			1.759,08

20/6	725,86	58,00	
		375,84	
		1,314,00	
		22,70	
		662,19	
		659,80	
		881,44	
			334,35
			334,35
			260,62
			1.824,55
			298,26
			2,40
			994,53
			1,50
			8,03
Jahresanteil direkt	24.370,47	3.973,97	7.286,03
Gesamt		€ 35.630,47	

16. Der Bw. beantragt, seinen Anträgen in Berücksichtigung der 11-jährigen Verfahrenssituation stattgeben zu wollen.

#### **Schreiben des Bw. vom 26. August 2004 betreffend Baufirma L**

##### **A) Zur Einleitung**

1. Am 21. Oktober 1991 habe ich obiger Baufirma (im Folgenden kurz L) den Auftrag zum totalen Umbau meines Zinshauses W, erteilt. Dabei war vereinbart, dass die damit verbundene Errichtung einer Kleingarage als wirtschaftliche Einheit erst nach Beibringung der Benützungsbewilligung dafür durch L zur Zahlung fällig ist.

2. Wegen zahlreicher, gravierender Baumängel (befahrbare Garagendecke statt Stahlbetonplatte für 2,5 t nur Fertigteildecke für 1,5 t befahrbar; statt mit neuen Ziegeln im ganzen Haus nur mit abgeschlagenen alten Ziegel gebaut, etc.) habe ich die 1. Teilrechnung per 30. Dezember 1991 nicht anerkannt und ist er deshalb am 13. April 1992 einseitig „wegen Rechnungsdivergenzen“ vom Vertrag zurückgetreten. Am 25. Mai 1992 hat er die Bauführung mit dem Eingeständnis zurückgelegt, dass er die Benützungsbewilligung nicht einholen konnte.

3. Trotzdem hat er am 3. Februar 1993 gegen mich Klage beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien eingebracht, die erst unter 121, später beim 3. Richter Dr. KS unter 123 gelaufen ist.

Trotz der unter 1. ausgeführten Zahlungsvereinbarung vom 21. Oktober 1991, welche unbestritten ist und nachweislich die aufgezeigten Mängel durch 3 Sachverständigengutachten bestätigt sind, spricht mich LG-Richter Dr. KS im Urteil vom 28. August 2000 voll schuldig.

Der OLG-Berufungssenat Dr. Z missachtet ebenfalls die oben angeführten Mängel und bestätigt unter 122 am 21. März 2001 dieses Urteil.

Dieser Senat Z wirft sogar das Problem auf, dass er die (von Erstrichter Dr. KS „übersehenen“) Sachverständigenkosten mit 69.686,00 S beziffert und mit die Rückzahlung von 5.314,00 S zuspricht, welche ich trotz mehrmaliger Mahnung bis heute nicht erhalten habe.

Aber es konnten diese beiden Instanzen Landesgericht für Zivilrechtssachen und OLG nicht rechnen. Denn die Sachverständigenkosten betragen über 130.000,00 S und darüber erfolgte weder im schlampigen Urteil von LG-Richter Dr. KS noch vom OLG-Senat Z ein Ausspruch.

Aber es ist schon damit die wesentlichen Unrichtigkeit beider Urteile erwiesen.

4. Mein damaliger Rechtsanwalt Dr. RR hat das OLG-Berufungsurteil vom 21. März 2001 wohl am 30. April 2001 erhalten, an mich aber erst mit 16. August 2001 zugeleitet; damit war mir die Gelegenheit genommen, beim OGH dagegen zu berufen. Dieses gegen mich laufende Zusammenspiel ist erpresserisch und damit verbrecherisch, aber auch nicht zu übersehen.

5. Denn es konnte so der Gegner-Anwalt ungehindert am 10. August 2001 die Zwangsversteigerung meines Hauses W beim BG Fünfhaus unter 131 einleiten.

#### B) Zur Sache

6. Diese Zwangsversteigerung war für 17. November 2003 angesetzt. Zur Vermeidung des Verlustes des Hauses war ich beim Versteigerungstermin vor dem Richter zur Zahlung von den betriebenen 22.392,15 € „samt Anhang“, das waren 42.516,26 €, zusammen 64.908,41 €, veranlasst und ist dies im Protokoll zum 17. Jänner 2003 bestätigt.

7. Laut einer Aufstellung des Rechtsvertreters von L vom Tag darauf (über meine Anforderung) teilt sich dieser Betrag auf:

a)	Rechnungsrest 22.4.1992, 17.5.1992, 7.12.1992	€	22.392,15
b)	dessen Verzinsung bis 31.12.2002	€	544,35

c)	Verzinsung von a) und b) bis ?	€	9.774,02
d)	angebl. Kosten Zivilverfahren	€	19.737,04
e)	„Verzugszinsen“	€	2.102,40
f)	Exekutionskosten	€	10.358,45
	Summe	€	64.908,41

8. Für diese Beträge habe ich nachträglich über BG Fünfhaus und den RV finanzamtstaugliche Belege angefordert.

9. Der Rechnungsbetragsrest 7a darf bei RL nicht einzelwertberichtigt sein.

10. Für die Positionen 7b bis 7f sind trotz meiner Aufforderung von RL keine Rechnungen ausgestellt worden.

11. Am 17. November 2003 hat der Rechtsvertreter von L, Rechtsanwaltskanzlei Dr. K, DDr. P, vor Gericht mit Zustimmung des Richters diese 64.908,41 € übernommen. Damit ist der Rechtsvertreter für die Veranlassung und rasche Beibringung dieser finanzamtstauglichen Belege verantwortlich. Zur Vorlage der Belege bzw. Rechnungen 7b bis 7f war L ja bereits am 17. November 2003 verpflichtet, der Rechtsvertreter dafür verantwortlich und zur raschen Nachreichung verpflichtet.

Das habe ich am 8. Juli 2004, besonders aber am 23. Juli 2004 durch Übersendung meiner Gutschriften Nr. 1 bis 5 per 31. Dezember 2003 geltend gemacht. Kopien anbei.

12. Die grundlegenden Rechnungen von L als Abgabentatbestand stammen vom 22. April 1992, 18. Mai 1992, 7. Dezember 1992.

13. L hat am 3. Februar 1993 das Gerichtsverfahren gegen mich eingereicht (Punkt 3 dieser Eingabe).

14. Es trifft somit für die vorangeführten abgeleiteten Folgerungen die VwGH-Entscheidung vom 4.11.1998, 96/13/995 zu, wonach ich auch nach dem 1. Jänner 1995 diesbezüglich vorsteuerabzugsberechtigt bin.

15. Zu den mit 17. November 2003 notwendigen Rechnungslegungen ist L zweifach verpflichtet:

a) durch den damals bereits voll erhaltenen Betrag, der vor Gericht nur für „Leistungen“ erfolgen kann, die schon bei 17. November 2003 erbracht waren.

b) durch die darin auszuweisende Umsatzsteuer, welche von L noch per 31. Dezember 2003 zu entrichten war.

16. Verstöße gegen obigen Punkt 15 waren gleichzeitig Verstöße gegen eine ordentliche Buchhaltung. Wie bucht er sonst den Zahlungseingang.

17. Da RL keine Rechnung ausstellt, obwohl er für die „Leistungen“ Geld bei Gericht betrieben und längst erhalten hat, bin ich zur Ausstellung von den Rechnungen adäquaten Gutschriften mit ausgewiesener und von RL zu zahlender Umsatzsteuer berechtigt, weil ich zur ordentlichen Verrechnung meiner Zahlungen vom 17. November 2003 gesetzlich verpflichtet bin.

18. Meine Gutschriften Nr. 1 bis 5 per 31. Dezember 2003 entsprechen somit den Erfordernissen von § 11 Abs. 7 und 8 UStG.

Das Einverständnis des Lieferanten zu meinen Gutschriften liegt automatisch deshalb vor, weil er zwar diese Beträge vor Gericht betrieben (24.392,15 € samt Anhang) und den vollen Betrag am 17. November 2003 kassiert hat, aber es trotz Aufforderung unterlassen hat, nach 9 Monaten nach Betragsempfang entsprechende Rechnungen auszustellen. Ich brauche aber zur ordnungsgemäßen Jahresabrechnung diese Belege.

19. Der Rechtsvertreter von L ist zur Ausstellung eines Rechnungersatzes nicht berechtigt; hat er auch nicht getan. Seine Aufzeichnungen vom 18. November 2003 und 1. Dezember 2003 sind lediglich Hilfsmittel.

20. In meinen fünf Gutschriften habe ich klar auf L Zahlungspflicht der darin ausgewiesenen Umsatzsteuer hingewiesen. Dies ist im konkreten Fall auch dadurch berechtigt, weil ich längst den gesamten Betrag gezahlt hat.

Für die Zahlungsschwierigkeiten von L Ende 2003 und die sich daraus ergebenden Folgen bin ich nicht zuständig.

21. Am 23. Juli 2004 habe ich meine 5 erwähnten Gutschriften, datiert per 31. Dezember 2003, an den Rechtsvertreter zur Weiterleitung an L gesandt mit Terminsetzung 14 Tage zur Erledigung.

Darauf habe ich den Rechtsvertreter mittels Fax am 19. August 2004 verständigt, dass ich zum Termin von L keine Antwort erhalten habe. Und somit der in den Gutschriften ausgewiesenen Umsatzsteuer auch nicht widersprochen wurde. Damit gelten die 5 Gutschriften vom 31. Dezember 2003.

22. Dies entspricht auch analog der EuGH 17.9.97, C 141/96 Langhorst.

23. Des ungeachtet ist L zur Ausstellung von entsprechenden 5 Rechnungen mit detaillierter Angabe der verrechneten Einzelpositionen verpflichtet.

24. Am 30. Dezember 2003 habe ich zwar gegen Positionen der am 17. November 2003 betriebenen 64.908,41 € beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien Rekurs eingelegt, der bis heute nicht abgehandelt ist. Das ist für L keinerlei Begründung – und hat er auch gar nicht als solche bisher vorgebracht (auch nicht sein Rechtsvertreter) – den im Jahr 2003 betriebenen Betrag von 64.908,41 € korrekt zu belegen.

25. Die Entscheidung dieses Rekurses ist gegebenenfalls 2004 zu berücksichtigen.

**Stellungnahme der Betriebsprüfung zur Berufung betreffend die Umsatzsteuer 2003 vom 8. September 2004:**

Wie bereits in Tz 11 des Prüfungsberichtes bereits ausführlich dargestellt (...Verweigert der leistende Unternehmer die Ausfertigung einer Rechnung nach § 11 Abs. 1 UStG 1994 überhaupt, vermittelt die Erstellung und Zusendung einer Gutschrift jedenfalls keinen Anspruch auf den Vorsteuerabzug...), sind die angesetzten Vorsteuerbeträge aufgrund der vorherrschenden Rechtslage nicht abzugsfähig.

Die Berufung ist daher nach Ansicht der Betriebsprüfung abzuweisen.

**Stellungnahme der Betriebsprüfung zur Berufung betreffend die Einkommenssteuer 2003 vom 20. September 2004:**

Die Ausführungen in der Berufung ergeben keinerlei neue Tatsachen oder Erkenntnisse. Im Zuge des Prüfungsverfahrens wurde auf alle vorgebrachten Ereignisse eingegangen und nach vorherrschender Rechtsmeinung entschieden.

Die Berufung ist daher nach Ansicht der Betriebsprüfung abzuweisen.

**Gegenäußerung vom 19. Oktober 2004 zur Berufungssternnahme Umsatzsteuer 2003**

1) Ganz abgesehen davon, unter welch eigenartigen, inkorrekten Entscheidungen des Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien vom dortigen Richter Dr. KS, unterstützt durch den ebenso agierenden Berufungssenat des OLG Wien unter Dr. Z, zu Stande kam, wurde ich zur Zahlung von 22.392,15 € samt Anhang verurteilt.

2) Damit wird auch der „Anhang“ am Gericht betrieben und sind dem Richter vom Betreiben die auch finanzamtstauglichen Belege vorzulegen.

3) Wie in der Einkommensteuer-Erklärung 2003 vom 28.04.2004 dargelegt, habe ich während des für 17.11.2003 angesetzten Versteigerungstermins, unmittelbar vor Beginn der Versteigerung, den geforderten Betrag von 64.908,61 € zur Vermeidung des Verlustes des

Hauses wegen unwichtiger Gerichtsmanipulationen, erlegt. Dies würde vom Richter im Protokoll dazu als Vollzahlung bestätigt.

4) Es liegt also die Tatsache vor, dass sich für diese meine am 17.11.2003 geleistete Zahlung vom Betreiber weder über das Gericht noch über den Betreibervertreter als unmittelbaren Geldempfänger noch über den Betreiber selbst trotz mehrmaliger Aufforderung keine finanzamtstauglichen Belege erhalten habe.

5) Ich könnte also auch das Jahr 2003 – so betrachtet – gar nicht abschließen.

6) Deshalb habe ich in der Folge von der im UStG gebotenen Möglichkeit der Gutschrift Gebrauch gemacht, wobei die im Gesetz vorgeschriebene Notwendigkeit der Zustimmung des Betreibers schon durch die Entgegennahme des Geldes gegeben ist.

7) Es gilt aber laut Gesetz auch Nichtbeeinspruchung des Mehrwertsteuerbetrages einer nachgewiesenermaßen zugestellten Gutschrift als Anerkennung der Mehrwertsteuer und damit die Vorsteuerabzugsfähigkeit. Dieser Empfang ist durch meine Zustellung über den Rechtsvertreter von L als erwiesen anzusehen.

8) Darüber hinaus habe ich am 26. August 2004 zusätzlich das für die Baufirma L zuständige Finanzamt Wien 7, unter Beilage von Kopien der 5 Gutschriften über den Sachverhalt informiert. Die Gutschriften lauten per 31. Dezember 2003.

9) Eine Kopie dieser Eingabe lege ich bei. Eine Antwort dazu habe ich vom FA Wien 7 noch nicht erhalten.

10) Nachdem L per 17. November 2003 die Zahlung erhalten hat, sind auch die Belege für 2003 auszustellen.

11) Der Bw. stellte den Antrag, den in der Umsatzsteuererklärung 2003 vom 28. April 2004 eingereichten Vorsteuerabzug stattzugeben.

#### **Gegenäußerung des Bw. zur Berufungsstellungnahme Einkommensteuer 2003 der Betriebsprüfung vom 19. Oktober 2004**

1. Nach dem derzeitigen Stand ist wegen der mit Berufungsstellungnahme betreffend die Umsatzsteuer für das Jahr 2003 vom 8. September 2004 erfolgten Abweisung der Berufung vom 23. August 2004 der Verlust für 2003 um den nicht anerkannten Vorsteuerabzug von 5.285,76 € – wenn auch steuerwirksam – zu erhöhen, weil die Zahlung durch mich auf jeden Fall erfolgen müsste.



2. Ich erwarte jedoch, dass die auf Grund meiner heutigen Gegenäußerung zur Berufungsstellungnahme betreffend Umsatzsteuer 2003 vom 8. September 2004 nicht notwendig werden wird.

3. In der Berufung vom 23. August 2004 habe ich in Punkt 6 vier Anträge gestellt und diese für Antrag

6a in den Punkten 7 und 8;

6b in dem Punkt 9;

6c in dem Punkt 10 und

6d in den Punkten 11 bis 15 begründet.

4. Dabei erlaube ich mir zu Antrag 6b besonders anzuführen, dass keine der darin verrechneten Arbeiten gebrauchsfähig ist.

a) Damit meine ich, z.B., dass die gesamte Garage unbenutzbar ist, weil die befahrbare laut Gerichtssachverständigen zu schwach ist und auch die neu errichtete Einfahrt dazu laut Ls Hilfspolier Zimmermann (Gerichtsaussage) zu schwach ist.

Daher hat L auch – wie ich in der Erläuterung zu Einkommensteuer-Erklärung 2003 vom 28. April 2003 angeführt habe, die Benutzungsbewilligung für die Garage nicht erwirken können.

Somit besteht auch keine Begründung für deren „AfA“ bzw. 15-Jahre-Verrechnung, weil unbrauchbar.

b) Die neuen Wände sind noch gar nicht verputzt.

c) Ebenso die neuen Türdurchbrüche nicht.

d) In Bädern und Vorräumen liegt die Beschüttung frei (teilweise).

Bei den neuen Eingängen sind die Mauern (neu) nicht verzahnt; müssen deshalb womöglich wieder abgetragen werden (Entscheidung: neuer Baumeister nach Ende des Beweisnotstandes).

5. Wegen des Antrages 6d führe ich an, dass mangels Möglichkeit zur Rückstellungsbildung u.a. ich in dieser extremen Ausnahmesituation gegenüber Bilanzierenden wesentlich benachteiligt bin und konkret ungleich besteuert.

Zur Zeit weise ich auf Grund dieser Ungleichheit einen Verlust von gesamt rund 11.500,00 € auf, ohne Aufteilungsmöglichkeit, wie z.B. in den Punkten 11 bis 15 vom 23. August 2004 vorgeschlagen.

6. Der Bw. stellte den Antrag, die Berufung vom 6. September 2004 auf Grund der obigen Erläuterungen erneut prüfen zu wollen.

**Beantwortung vom 2. Februar 2005 des Ergänzungsersuchen vom 13. Jänner 2005 durch den Bw.:**

A) Zahlungsfluss:

1. Dazu habe ich in Beilage 3 einen chronologischen Ablauf dargestellt, aus welchem auch die Herkunft des Geldes ablesbar ist.
2. Daraus errechnet sich der Zahlungsfluss aus dem Saldo der Vorzeile der Kolonne 4 + Kolonne 1 + Kolonne 2 – Kolonne 3 – Kolonne 5 – Kolonne 6.
3. Kolonne 1 ist der Rückfluss aus meiner (aus den Einkommensteuer-Erklärungen der vergangenen Jahre bekannten) atypischen Beteiligung am Bio-Hotel „D, die auch ein Gesellschafterdarlehen“ über 225.000,00 € beinhaltet hatte, welches planmäßig in den Jahren 1987 bis 1996 fällig gewesen wäre, sich aber bis 2002 hingezogen hat. Dazu kam noch der Abschichtungsbetrag 1998.
4. In Kolonne 2 habe ich meine Abfertigung aus Anlass der Pensionierung per 30.4.1989 verrechnet (Beilage 1). 1989 habe ich ja um die Baugenehmigung angesucht.
5. Ferner ist hier ein länger anstehender Bausparvertrag 1994 eingerechnet, der auch für den Umbau, allerdings in positiver Form, vorgesehen war (Beilage 2).
6. Nach Fertigstellung der Garage war für Anfang 1992 die Aufnahme der Hypothek für den Bau geplant. Das ist wegen einer bauauftragsmäßigen Ranganmerkung des Magistrats Wien im Grundbuch so bürokratiefreundlicher geplant gewesen. (Es war dieses Gebiet 1987 als Parkzone umgewidmet worden; das ist aber wegen der vielen Einwände 1991 rückgewidmet worden.
7. In Kolonne 3 sind die Guthabenzinsen mit netto 3 % pauschal angenommen. Das ist für damals vorsichtig gerechnet. Ab 1.1.2002 verrechne ich 2 %.
8. Für die Ausgaben der Kolonnen 5 und 6 habe ich die dafür verlorenen Zinsen in Kolonne 3 abgesetzt, jeweils mit 1,5 % (ab 2002 1 %); (ausgenommen die genauere Berechnung bei den beiden Akontierungen von S 300.000,00 und S 200.000,00).
9. Die Posten in Kolonne 7 und 8 für 1989 und 1990 habe ich aus 1991 rückgerechnet.
10. Kolonne 8 sind kalkulatorische Posten in der Hausabrechnung:
  - a) die Hausbesorger-Ersatzwohnung im selben Haus (die eigentliche HB-Wohnung war unbenutzbar),

- b) das Hausverwalterpauschale;
- c) die AfA.

11. Die Posten 5, 6, 7 und 8 decken sich ab 1991 mit der jeweiligen ESt-Erklärung.

12. Die Kolonne 7 sind die „Fixkosten“ für das Objekt, die ich aus meinen laufenden Einkünften beglichen habe.

13. Die per 17. November 2003 aufscheinende Differenz von - 22.716,11 € habe ich aus dem in den letzten Jahren Ersparten erlegt.

Dabei ist „zu Gute“ gekommen, dass wir bis 1988 wegen meines kranken Bruders, aber auch wegen der leidigen Streitsache nicht urlauben konnten; nach des Bruders Krankenhauseinlieferung schon gar nicht.

14. Meine Einkünfte sind aus den ESt-Erklärungen bekannt.

15. Ich stelle verbindlich fest, dass ich seit meiner Pensionierung keinerlei haupt- oder nebenberuflicher Tätigkeit nachgegangen bin oder nachgehe.

16. Dies trifft auch ebenso verbindlich auf meine Gattin Maria zu, welche ebenfalls Pensionistin ist.

17. Die durch die Hausausgaben sich ergebenden ESt-Rückvergütungen sind in dieser Berechnung nicht enthalten.

18. Zu den in einer separaten Zeile ausgeworfenen Daten des 17. November 2003 sei festgehalten, dass diese schon aus Gründen des hier wirksamen Zahlungsflusses mit der Umsatzsteuer (Vorsteuer) ausgewiesen sind, wie es ja notwendig ist. Diese wurde bis auf noch nicht anerkannte Vorsteuer von 5.285,76 € zwischenzeitlich refundiert.

#### B) Nachweis der Vermietungsabsicht

19. An dieser seit der Umbauplanung bestehenden Absicht hat sich – durch Marktbeobachtung begründet – nichts geändert. Die Lage des Hauses hat sich durch die 200 m entfernte U-Bahn-Station und durch die ruhige Lage wegen der Sperre des Durchzugsverkehrs beim Spital nur gebessert.

20. Um den wegen des L - Pfusches entstandenen Schaden etwas zu mindern, ist eine evt. möblierte Vermietung an (evt. studentische) Art Wohngemeinschaft o.ä. gedacht; wo aber ein Hauptmieter da sein muss.

21. Konkrete Verträge sind im jetzigen Stadium und Zustand nicht möglich.

Die Berufung wurde dem unabhängigen Finanzsenat ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung direkt zur Entscheidung vorgelegt, wobei das Finanzamt im Vorlageantrag beantragte, die Einkunftsquelleneigenschaft der oben angeführten Liegenschaft zu überprüfen.

Im Zuge der amtswegigen Ermittlungen und des Parteiengehørs gab der Bw. vor dem unabhängigen Finanzsenat zu Protokoll, dass der Bw. nicht weitergebaut habe, da er die „*Beweise nicht zerstören wollte*“. Die zivilgerichtlichen Gerichtsverfahren dauerten in erster Instanz vom 2. März 1993 bis 30. August 2000, in zweiter Instanz bis 21. März 2002, wobei für den 17. November 2003 die Versteigerung angesetzt wurde.

Auf die Frage, warum der Bw. die Sanierungsmaßnahmen nicht weiterbetrieben hatte, gibt der Bw. zu Protokoll, dass ein Antrag auf Verlängerung der Baubewilligung gestellt wurde, der mehrmals zugestimmt wurde, weil „ein wichtiger Grund“ vorliegt um nicht weiterzubauen“. Eine Auflage, dass er nicht weiterbauen darf, enthält dieser Bescheid nicht.

Auf das Jahr 2003 angesprochen, und dass die Betriebsprüfung die Vermietung und Verpachtung anerkannt hat (es wurde andere Feststellungen im Zusammenhang mit der Vermietung und Verpachtung getroffen, z.B. AfA-Satz), vertritt der Bw. die Meinung, dass eben die Betriebsprüfung durch ihre Feststellungen eine Einkunftsquelleneigenschaft bei der Vermietung und Verpachtung anerkannt hat. Festgestellt wurde, dass dieser Bescheid vorläufig erlassen wurde (es liegt eine Ungewissheit vor), der bei Wegfallen der Ungewissheit für endgültig erklärt wird. Besprochen wurde ebenfalls, dass die Feststellungen des Betriebsprüfers nicht entgegenstehen, dass der Bescheid geändert wird.

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

Der Bw. begehrt im gegenständlichen Verfahren die Feststellung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung sowie die Veranlagung zur Umsatzsteuer, während nach Ansicht des Finanzamtes weder eine ertragsteuerlich relevante Einkunftsquelle noch eine unternehmerische Betätigung im Sinne des Umsatzsteuergesetzes vorliegt.

Bei der Liegenschaft handelt es sich um ein Mietshaus, welches seit dem Jahr 1991 wegen einer Generalsanierung zur Herstellung von qualitativ höherwertigeren Wohnungen nicht mehr vermietet wird und folglich keine Einnahmen erzielt werden.

Die Sanierungsmaßnahmen begannen im Jahr 1991, wobei es bereits im Jahr 1992 zu einem Rechtsstreit mit dem Baumeister gekommen ist. Der Bw. ließ seitdem die Baustelle „zur Beweissicherung“ brachliegen. Bis ins Jahr 2008 wurde diese Baustelle weder geräumt noch beendet.

Unstrittig ist, dass hinsichtlich des gegenständlichen Objekts in einem mittlerweile fast 20-jährigen Zeitraum (1991 – 2009) keine Vermietung mehr erfolgt ist und ebenso keine Einnahmen mehr erzielt wurden.

Über die Veranlagungsjahre 1999 bis 2002 und 2004 wurde in einem gesonderten Verfahren entschieden (RV/0424-W/06), das streitgegenständliche Veranlagungsjahr wurde bereits dem unabhängigen Finanzsenat vorgelegt, da eine Berufung nach einer abgabenrechtlichen Betriebsprüfung vorliegt.

Gemäß § 2 Abs. 3 EStG 1988 unterliegen die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung der Einkommensteuer.

Die Einkunftsart „Vermietung und Verpachtung“ umfasst die entgeltliche Überlassung eines Wirtschaftsgutes zum Gebrauch und/oder zur Nutzung (VwGH vom 19.2.1997, 94/13/0239).

Die Einkünfte werden als Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten bezeichnet.

Gemäß § 16 Abs. 1 EStG 1988 sind Werbungskosten Aufwendungen oder Ausgaben zur Erwerbung, Sicherung oder Erhaltung der Einnahmen.

Dieser Werbungskostenbegriff ist bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung nach Schrifttum und Rechtsprechung weit zu fassen. Er nähert sich bei dieser Einkunftsart dem Begriff der Betriebsausgaben (vg. Hofstätter-Reichel, Kommentar zum EStG 1972, § 16 Abs. 1, Tz 10 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Zu den Werbungskosten zählen alle Aufwendungen, die durch die Vermietungstätigkeit veranlasst sind.

In umsatzsteuerlicher Hinsicht ist gemäß § 2 Abs. 1 UStG 1994 Unternehmer, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt. Gewerblich oder beruflich ist jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht Gewinne zu erzielen fehlt.

Gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 UStG 1994 kann der Unternehmer die von anderen Unternehmern in einer Rechnung (§ 11) an ihn gesondert ausgewiesene Steuer für Lieferungen oder sonstige Leistungen, die im Inland für sein Unternehmen ausgeführt worden sind, abziehen.

Gemäß § 1 Abs. 1 der im Berufungsfall in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich anwendbaren Liebhabereiverordnung (BGBl. 33/1993) liegen Einkünfte bei einer Betätigung vor, die durch die Absicht veranlasst ist, einen Gesamtgewinn oder einen Gesamtüberschuss der Einnahmen über die Werbungskosten zu erzielen, und die nicht unter Abs. 2 dieser Bestimmung fällt.

§ 1 Abs. 2 der Verordnung umschreibt das Erscheinungsbild jener Betätigungen, bei deren Vorliegen Liebhaberei anzunehmen ist.

Vor einer allfälligen Prüfung der erklärten Einkünfte nach den Gesichtspunkten einer Liebhabereibeurteilung hat zunächst aber die Beurteilung der Frage zu treten, ob der Bw. die zu prüfenden Ergebnisse (hier der Verlust aus Vermietung und Verpachtung) überhaupt auf Grund einer Betätigung in einer der gesetzlich aufgezählten Einkunftsarten des § 2 Abs. 3 EStG "erwirtschaftet" hat.

In Bezug auf die Umsatzsteuer ist zu prüfen, ob der Bw. mit seiner Tätigkeit als Unternehmer im Sinne des § 2 UStG tätig geworden ist (VwGH vom 18. März 1997, 96/14/0045; sowie vom 25. April 2001, 96/13/0031).

Werden aus einem Objekt (im gegenständlichen Verfahren ein Mietshaus) keine Mieteinnahmen erzielt, ist die Anerkennung von Werbungskosten jedoch nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

Aufwendungen auf ein zur Einkunftserzielung bestimmtes Wohnobjekt können unter Umständen auch dann als Werbungskosten Berücksichtigung finden, wenn ihnen gerade vorübergehend keine Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung gegenüberstehen.

Andererseits sind aber abzugsfähige Werbungskosten aus Vermietung und Verpachtung nicht anzunehmen, wenn ein Objekt überhaupt nicht als Einkunftsquelle angesehen werden kann.

Aufwendungen auf ein solches (Miet-)Objekt sind vielmehr steuerlich unbeachtliche Kosten einer Vermögensanlage. Die Abgrenzung, ob bloß Aufwendungen auf eine Vermögensanlage oder Werbungskosten vorliegen, kann Schwierigkeiten bereiten, wenn aus einem Gebäude (noch) keine Mieteinnahmen erzielt werden, nach den Behauptungen des Steuerpflichtigen jedoch später einmal erzielt werden sollen. Das Vorliegen von Werbungskosten ist nach Ansicht des VwGH nur dann anzunehmen, wenn die ernsthafte Absicht zur Erzielung solcher Einkünfte als klar erwiesen anzunehmen ist (VwGH vom 22. Jänner 1985, 84/14/0016).

Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 23. Juni 1992, 92/14/0037 zum Ausdruck gebracht, dass für die steuerliche Berücksichtigung von Werbungskosten und Vorsteuern weder bloße Absichtserklärungen des Steuerpflichtigen über eine künftige Vermietung noch der Umstand, dass der Steuerpflichtige bloß die Möglichkeit zur Erzielung von Einkünften aus der Vermietung ins Auge fasst, ausreichen.

Folglich können Vorsteuern und Aufwendungen, denen keine Einnahmen gegenüberstehen, steuerlich vielmehr nur dann (ausnahmsweise) zum Tragen kommen, wenn die ernsthafte Vermietungsabsicht entweder in bindenden Vereinbarungen ihren Niederschlag gefunden hat oder auf Grund sonstiger, über die Absichtserklärung hinausgehender Umstände mit "ziemlicher Sicherheit" feststeht (in diesem Sinne - neben dem vorzitierten Erkenntnis - etwa auch VwGH vom 18. März 1997, 96/14/0045). Der auf Vermietung des Objektes gerichtete Entschluss eines Steuerpflichtigen muss klar und eindeutig nach außen hin in Erscheinung treten.

Führt eine Betätigung zu Verlusten bzw. wird Vorsteuer abgezogen, obwohl der sich Betätigende keine ernsthafte, nach außen hin erkennbare Absicht zur Erzielung von Einkünften bzw. Einnahmen glaubhaft machen kann, so liegt keine Betätigung im Sinne einer der Einkunftsarten des § 2 Abs. 3 EStG bzw. keine unternehmerische Betätigung im Sinne des § 2 UStG vor (*Rauscher/Grübler, Steuerliche Liebhaberei, 70*).

Vor diesem rechtlichen Hintergrund musste der Berufung der Erfolg aus folgenden Gründen versagt bleiben:

Das Berufungsbegehren wird mit dem Umstand begründet, dass die Vermietung hauptsächlich auf Grund des derzeitigen Gebäudezustandes (Baustelle), welcher zum Zwecke der Beweissicherung in den noch offenen langwierigen Gerichtsverfahren erhalten bleiben müsse, unterbleibe. Überdies wären zuerst die umfassenden Sanierungsmaßnahmen zu beenden gewesen, um das Gebäude überhaupt in einen vermietbaren Zustand zu bringen.

Wenngleich vom Bw. vorgebracht wurde, dass das Objekt bis zum Jahre 1991 praktisch durchgehend vermietet gewesen war, steht dieser Umstand im zur Beurteilung stehenden Fall außer Streit. Festgestellt wird, dass der Bw. spätestens ab dem Jahr 1991 überhaupt keine Mieteinnahmen mehr aus dem gegenständlichen Gebäude erzielt hat.

Im Hinblick auf obige Rechtsausführungen wäre daher für die steuerliche Berücksichtigung von Werbungskosten bzw. Vorsteuern unabdingbare Voraussetzung, dass die Vermietungsabsicht objektiv nachvollziehbar nach außen in Erscheinung tritt. Diesem Erfordernis wird im Berufungsfalle jedoch in keiner Weise entsprochen.

Wie vom Bw. selbst mehrfach vorgebracht, ist das Mietobjekt (derzeit) objektiv unvermietbar, da es sich um eine Baustelle handelt. Bei dieser Sachlage aber wäre die behauptete angestrebte Vermietung des Objektes ausschließlich durch Vornahme der entsprechenden Sanierungsmaßnahmen bzw. Beendigung der angefangenen Renovierungsarbeiten (wieder) zu erlangen.

Danach hätte der Bw. im Streben nach Gewinnerzielung durch eine nach Wirtschaftlichkeitsgrundsätzen orientierte, rasche Reaktion bei Auftreten von Problemen mit dem Baumeister agieren und in angemessener Zeit eine Lösung, z.B. durch die Beauftragung eines anderen Professionisten, finden müssen. Jahrelanges Brachliegenlassen einer Baustelle erfüllt nicht das Erfordernis einer nach wirtschaftlichen Grundsätzen orientierten raschen Reaktion.

Gegen die ernsthafte Vermietungsabsicht spricht im Übrigen auch der Umstand, dass trotz des nun schon jahrelangen Brachliegens der Liegenschaft seitens des Bw. keine Bereitschaft besteht, die begonnenen Umbauarbeiten fortzusetzen bzw. zu beenden.

Der Bw. hat es bislang unterlassen, die (Wieder-)Vermietung des Bestandsobjektes in geeigneter Weise in Angriff zu nehmen.

Aus all den oben angeführten Gründen ist das Finanzamt im Berufungsfall letztendlich in seinen Feststellungen völlig zu Recht davon ausgegangen, dass in den streitgegenständlichen Jahren weder eine ertragsteuerlich beachtliche Betätigung noch eine unternehmerische Tätigkeit im Sinne des UStG vorliegt.

Damit war aber das steuerliche Anliegen des Bw. schon im Vorfeld einer allfälligen Liebhabereiprüfung zum Scheitern verurteilt. Denn eine nicht entfaltete Betätigung entzieht sich einer Beurteilung ihrer konkreten Ertragsaussichten ebenso wie einer Untersuchung dahingehend, ob sie durch die Absicht zur Erzielung eines Gesamtgewinnes veranlasst ist (VwGH vom 25. April 2001, 96/13/0031).

Im Jahr 1999 hätte der Bw. aufgrund seines Wissens um die Umstände der bisherigen Erfolglosigkeit seiner Betätigung (nämlich Nichtbetätigung) in den vergangenen sieben Jahren (1992 bis 1998) bereits die weitere Erfolglosigkeit zu Beginn der verfahrensgegenständlichen Jahre erkennen müssen. Es kann folglich dahingestellt bleiben, ab welchem konkreten Zeitpunkt die Einstellung der Betätigung angenommen wird, da nach wirtschaftlichen Grundsätzen eine Baustelle niemals jahrelang liegen bleibt, da die Kosten für das Fortführen einer Baustelle unproportional steigen und nicht mit einem wirtschaftlich sinnvollen Handeln vereinbar sind.

Der Bw. begründet die Nichtvermietung des Gebäudes mit seinem langwierigen Rechtsstreit mit der Fa. RL über die Mängel der Lieferung (Betondecke) aus dem Jahr 1992, die überaus lange Verfahrensdauer und der Tatsache, dass er die Beweise nicht vernichten wolle.

Zu diesem Vorbringen ist auszuführen, dass ein Rechtsstreit zwischen einem Bauherrn und einer Baufirma ein gewöhnliches, bei einer unternehmerischen Tätigkeit typischerweise anfallendes Risiko darstellt.

Es liegen weiters keine Anhaltspunkte vor, dass von einer baldigen Fortführung der Sanierung und in der Folge von einer Vermietung des Gebäudes, sowie Erzielung von Einnahmen ausgegangen werden kann.

Aus den vorstehenden Überlegungen ist es auch hinsichtlich der Umsatzsteuer nicht als rechtswidrig zu erachten, dass das Finanzamt für die Streitjahre mangels einer unternehmerischen Tätigkeit den Vorsteuerabzug nicht gewährt hat.

Die Unternehmereigenschaft wird erworben, wenn eine selbständige Tätigkeit aufgenommen wird, die nachhaltig der Erzielung von Einnahmen dient. Die Erbringung von Leistungen ist dazu (noch) nicht erforderlich, erforderlich ist hingegen, dass die aufgenommene Tätigkeit ernsthaft auf die Erbringung von entgeltlichen Leistungen angelegt ist und dies nach außen in Erscheinung tritt.

Führt eine Betätigung zu Verlusten bzw. wird Vorsteuer abgezogen, obwohl der sich Betätigende keine ernsthafte, nach außen erkennbare Absicht zur Erzielung von Einkünften



bzw. Einnahmen glaubhaft machen kann, so liegt keine Betätigung im Sinne einer der Einkunftsarten des § 2 Abs. 3 EStG bzw. keine unternehmerische Betätigung im Sinne des § 2 UStG vor.

Dem Bw. kann sohin auf Grund der vorliegenden Rechtsprechung mangels Unternehmereigenschaft weder eine Berechtigung zum Vorsteuerabzug zukommen noch liegt den erklärten (negativen) Einkünften aus Vermietung bereits in diesen Jahren eine ertragsteuerlich relevante Einkunftsquelle zu Grunde.

Die Umsatzsteuer/Vorsteuer wird folglich mit 0 € festgesetzt, ebenso werden keine Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung angesetzt.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass sich in den Folgejahren - bei entsprechendem Tätigwerden - durchaus die (Wieder-)Aufnahme einer steuerlich beachtlichen Betätigung durch die Bw. ergeben kann.

#### Endgültigerklärung der Bescheide:

Die Abgabenbehörde kann eine Abgabe gemäß § 200 Abs. 1 BAO vorläufig festsetzen, wenn nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens die Abgabepflicht zwar noch ungewiss, aber wahrscheinlich oder wenn der Umfang der Abgabepflicht noch ungewiss ist. Wenn die Ungewissheit beseitigt ist, ist die vorläufige Abgabefestsetzung durch eine endgültige Festsetzung zu ersetzen (Abs. 2).

Die endgültige Festsetzung kann nach Beseitigung der Ungewissheit mit einer Änderung des Erledigungsinhaltes verbunden sein. Bei Erlassung des endgültigen Bescheides besteht somit keine Bindung des nachfolgenden endgültigen Bescheides an den vorangehenden vorläufigen Bescheid.

Da die Voraussetzungen zur Erlassung eines vorläufigen Bescheides weggefallen sind, werden der Umsatzsteuerbescheid für das Jahr 2003 vom 3. August 2004 und der Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2003 vom 3. August 2004 gemäß § 200 Abs. 1 BAO für endgültig erklärt.

In Entsprechung der obigen Ausführungen waren somit die streitgegenständlichen vorläufigen Bescheide des Jahres 2003 durch endgültige Bescheide zu ersetzen.

Gemäß § 289 Abs. 2 BAO ist der unabhängige Finanzsenat berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung ihre Anschauung an Stelle jener der Abgabenbehörde erster Instanz zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern, aufzuheben oder die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Auf Grund der dargelegten Sach- und Rechtslage war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Beilage: 2 Berechnungsblätter

Wien, am 5. März 2009