



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., AdresseBw., vertreten durch Stb., vom 15. Juli 2002 gegen die Bescheide des Finanzamtes Gmunden, vertreten durch Mag. Christine Sageder, vom 30. April 2002 betreffend Umsatzsteuer und Einkommensteuer 2000 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der Einkommensteuerbescheid wird gemäß § 200 Abs. 2 BAO für endgültig erklärt.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber erzielte im Jahr 2000 Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit als Lehrer, Einkünfte aus selbständiger Arbeit als Journalist, Einkünfte aus Gewerbebetrieb als Privatgeschäftsvermittler und Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung.

Die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung hätten im Berufungsjahr einen Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten in Höhe von 19.445,41 S ergeben.

Laut Beilage zur Einkommensteuererklärung würde sich dieser Überschuss wie folgt errechnen:

Einnahmen		
Mieteinnahmen Handymast		91.500,00 S
Werbungskosten		
Instandhaltung Gartenzaun	62.054,59 S	

Entschädigungszahlung an Dritte	10.000,00 S	
Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten	19.445,41 S	

Mit Ergänzungsvorhalt der Abgabenbehörde erster Instanz vom 20. März 2002 wurden unter Anderem folgende Fragen an den Berufungswerber gerichtet:

Betreffend der Vermietungseinkünfte würde dieser gebeten werden, den entsprechenden Mietvertrag zur Einsichtnahme vorzulegen, sowie die beantragten Werbungskosten für Instandhaltung Zaun und Entschädigungszahlung an Dritte näher zu erläutern und die entsprechenden Belege vorzulegen.

Vom Berufungswerber wurde sodann bekannt gegeben, dass die Entschädigungszahlung in Höhe von 10.000,00 S an Rudolf und Elisabeth N., AdresseBw. in Höhe von je 5.000,00 S ergangen wäre. Dabei würde es sich um die Eltern des Berufungswerbers handeln.

Weiters wurde eingereicht eine Bestätigung des Stadtamtes, wonach die Abgrenzung zwischen der Parzelle 304/6 (öffentliches Gut-Weg) und der Liegenschaft 189/8 (Bw., AdresseBw.) eine Stützmauer gebildet hätte. Auf Grund des unterschiedlichen Geländeniveaus der Grundstücke bzw. in Folge Arbeiten an der Mauer, sowie durch Bodensetzungen hätte sich im Laufe der Zeit diese Mauer geneigt, sodass eine dringende Erneuerung notwendig gewesen wäre.

Es würde daher gemeindeamtlich bestätigt werden, dass diese Stützmauer im Jahre 2001 zur Gänze erneuert worden sei.

Weiters wurden Fotos des besagten Zaunes eingereicht.

Zusätzlich liegt vor das Deckblatt eines Einreichplanes im Hinblick auf die Errichtung einer Sender- und Empfangsanlage an die Gemeinde, Bauwerber sei die Firma T., als Eigentümer sind Rudolf und Elisabeth N., AdresseBw., ausgewiesen. Von Beiden wurde der Einreichplan unterzeichnet.

Zusätzlich wurde eingereicht ein mit 30. Oktober 1999 datierter Vertrag zwischen Bw. und Rudolf und Elisabeth N. wie folgt:

*"Für die Errichtung von zwei Handymasten der Firma T. auf der Dachfläche des gemeinsam bewohnten Hauses, AdresseBw., stehen Herrn und Frau Elisabeth und Rudolf N. eine Entschädigungszahlung von 10.000,00 S pro Jahr zu. Der Betrag ist laut Verbraucherpreisindex wertgesichert. Der Betrag ist jährlich gemeinsam mit dem aus der Vermietung der Dachfläche zufließenden Betrag auszusahlen. Die Vertragsdauer ist an die Vertragsdauer der Firma T. gebunden."*

Weiters liegt vor eine mit 10. Februar 2000 datierte Zahlungsbestätigung von Rudolf N. über

den Erhalt von 5.000,00 S, sowie eine ebensolche Bestätigung im Hinblick auf Frau Elisabeth N..

Weiters liegt vor der Nutzungsvertrag über Standorte für Telekommunikationseinrichtungen vom September/Okttober 1999 abgeschlossen zwischen der Firma T. und dem Berufungswerber.

Die für die Berufungserledigung wesentlichen Vertragsteile lauten wie folgt:

*"§ 1 Vertragsgegenstand*

*T. errichtet in/auf den in Beilage 1 (Standortbeschreibung) bezeichneten Dachflächen/Gebäudeflächen/Räumlichkeiten/Stellflächen des Gebäudes auf der Liegenschaft AdresseBw., welches sich im Eigentum des Berufungswerbers befindet, eine Telekommunikationseinrichtung zur Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen mit Anschluss und Zugangsrecht an Versorgungsnetze (insbesondere Elektrizitätsversorgung und Telekommunikation), und mietet zu diesem Zweck sowie zur Unterbringung und der dazugehörenden technischen Anlagen und Einrichtungen den Nutzungsgegenstand vom Berufungswerber an.*

.....

*§ 3 Rechte*

*Der Berufungswerber räumt T. das Recht ein, auf den Nutzungsgegenstand gemäß der Standortbeschreibung die Anlage iSd Vertrages auf eigene Kosten zu errichten, zu beaufsichtigen, zu betreiben, Instand zu halten und dem Stand der Technik entsprechend zu erneuern und aus-, ab- oder umzubauen.*

.....

*§ 5 Pflichten von T.*

*T. ist verpflichtet den Nutzungsgegenstand unter größtmöglicher Schonung der Interessen des Berufungswerbers zu behandeln und bestehende technische Anlage und Funkanlagen Dritter nicht zu stören;*

....

*die Anlagen iSd Vertrages sowie die genutzten Räumlichkeiten stets im verkehrssicheren Zustand zu halten.*

*§ 6 Haftung*

*Die Vertragsparteien haften im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen.*

....

*§ 8 Vertragsdauer*

*Der Abschluss des Nutzungsvertrages erfolgt auf unbestimmte Zeit.*

.....

## *§ 11 Wiederherstellung*

*Nach Beendigung des Vertragsverhältnisses wird T. den ursprünglichen Zustand wieder herstellen, sofern keine anders lautenden Vereinbarungen zwischen den Vertragsteilen getroffen werden.*

.....

### *Standortbeschreibung*

*Genutzte Räume: Dachfläche am Wohnhaus; Standort der BTS im Außenbereich hinter dem Haus."*

Mit vorläufigem Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2000 vom 30. April 2002 wurden die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung mit 91.500,00 S festgesetzt. Dies mit folgender Begründung:

Verträge zwischen nahen Angehörigen könnten für den Bereich des Steuerrechts nur Anerkennung finden, wenn sie unter Anderem einen eindeutigen, klaren und jeden Zweifel ausschließenden Inhalt hätten und auch zwischen Familienfremden unter den gleichen Bedingungen abgeschlossen worden wären. Die vertragliche Vereinbarung mit den Eltern des Berufungswerbers betreffend die Entschädigungszahlungen wegen Errichtung eines Handymasten würde einem Fremdvergleich nicht standhalten. Diese Aufwendungen könnten gemäß § 20 EStG 1988 nicht anerkannt werden.

Mit Umsatzsteuerbescheid für das Jahr 2000 vom 30. April 2002 wurde ein Gesamtbetrag an Vorsteuern von 20.012,38 S anerkannt.

Dies mit folgender Begründung:

Die erklärte Vorsteuer sei um den Betrag berichtigt worden, der auf die vorgenommene Kürzung der Betriebsausgaben (Werbungskosten) entfalle.

Mit Schreiben vom 15. Juli 2002 wurde gegen den Einkommen- und gegen den Umsatzsteuerbescheid für das Jahr 2000 Berufung wie folgt eingereicht:

Zu 1. Nichtanerkennung von Werbungskosten in Höhe von 10.000,00 S pro Jahr, Entschädigungszahlungen wegen der Aufstellung von Handymasten:

Die Behörde anerkenne diese Entschädigungszahlungen an den Eltern von Bw. deswegen nicht, weil sie angeblich einem Fremdvergleich nicht standhalten würden: Der Vertrag zwischen dem Berufungswerber und dessen Eltern, der der Behörde auf Grund der persönlichen Vorsprache von Bw. bei der Abgabenbehörde erster Instanz am 9. April 2002 übergeben worden wäre, lasse nach objektiven Gesichtspunkten keinerlei Merkmale erkennen, die einem Fremdvergleich nicht standhalten würden, da Entschädigungszahlungen auf Grund der gesundheitsschädigenden Auswirkungen von Handymasten in den letzten Jahren durchaus üblich seien.

In einigen Fällen seien Vermieter auf die Reduzierung der Miete um die Hälfte verklagt

worden und in zahlreichen Protestaktionen sei die Aufstellung von Handymasten bereits im Vorfeld verhindert worden.

Da der Hauseigentümer vom Handymastenbetreiber T. eine Entschädigung für die Montage der beiden Masten in Höhe von 91.500,00 S im Jahr 2000 und in den Folgejahren erhalten habe, hätte sich der Berufungswerber vertraglich verpflichtet, rund 10 % dieser Einnahmen den durch die Strahlungen betroffenen Mitbewohnern hierfür als "Wiedergutmachung" pro Jahr zu bezahlen. Das Amtsgericht München hätte in einem ähnlichen Fall bereits die Senkung der Miete um 20 % entschieden und es erscheine in diesem Zusammenhang die Zahlung einer Entschädigung von 10.000,00 S pro Jahr durch den Berufungswerber sehr wohl gerechtfertigt.

Die Eltern von Bw. würden – aus völlig verständlichen und jedem Fremdvergleich standhaltenden Gründen – ansonsten nicht mit der Montage der beiden Masten am Hausdach des gemeinsam bewohnten Objektes einverstanden gewesen sein und es würde dadurch in der Folge zu gar keinem Vertrag mit der T. gekommen sein bzw. würden in der Folge gar keine Einnahmen lukriert werden können.

Die Ansicht der Behörde, dass ein solcher Vertrag nur zwischen nahen Angehörigen abgeschlossen werde, entbehre somit jeglicher sachlicher, rechtlicher und wirtschaftlicher Grundlage und entspreche nicht der gegenwärtigen und zukünftigen Tatsache, dass sich gegen die Errichtung von Handymasten massiver Widerstand breit mache.

Es würde dieser Vertrag sowohl dem Grunde als auch der Höhe der Entschädigung nach mit jedem anderen fremden Dritten abgeschlossen worden sein, falls dieser fremde Dritter überhaupt auf Grund der ungewissen gesundheitsschädigenden Auswirkungen von Handymasten einen Vertrag dieser Art abgeschlossen haben würde.

Als Nachweis hiefür, dass der vorliegende Vertrag zwischen den Eltern von Herrn Bw. und dem Berufungswerber einem Fremdvergleich standhalte, würde dieser diverse Pressemeldungen, Zeitungsartikel und Schlagzeilen beilegen, aus denen erkennbar sei, dass nicht nur in der Bundesrepublik Deutschland, sondern auch bereits in ganz Österreich die Errichtung von Handymasten immer schwieriger werde und mit viel Diskussionen verbunden sei. Eine Entschädigungszahlung wie im vorliegenden Fall hätte diese Diskussion mit den Mitbewohnern verhindern können und sei dadurch erst der Vertrag mit der T. zu Stande gekommen.

Die Entschädigungszahlungen in Höhe von 10.000,00 S im Jahr 2000 und in den Folgejahren seien somit als ausgabenwirksame Werbungskosten von den Einnahmen in Abzug zu bringen.

Zu 2. Kosten der Gartenzaunreparatur:

Am 7. April 2002 sei der Nutzungsvertrag zwischen dem Berufungswerber und der T. der zuständigen Beamtin persönlich vom Berufungswerber vorgelegt worden und eingehend

mündlich erläutert worden, wie es im Jahr 2000 zu der verausgabten Zaunreparatur gekommen sei. Im § 11 des Nutzungsvertrages werde die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes nach Beendigung des Vertragsverhältnisses vereinbart. Das Vertragsverhältnis ende in 20 Jahren und es sei T. somit im Jahr 2020 verpflichtet, den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen. Auf Grund dieser vertraglichen Vereinbarung anerkenne die Behörde die im Jahr 2000 als Werbungskosten geltend gemachten Ausgaben für die Zaunreparatur nicht, da ja "laut Vertrag im Jahr 2020 eh wieder der Ursprungszustand hergestellt werden wird". Hätte der Berufungswerber nun bis zum Jahr 2020 mit der Reparatur des Gartenzaunes zu warten gehabt?

Es dürfe nochmals auf diesem Weg der Sachverhalt, der zur Zaunreparatur im Jahr 2000 geführt hat, ausführlich dargelegt werden:

Um die Zuleitungen für die Errichtung der Handymasten überhaupt zu ermöglichen, seien im Herbst 1999 zwei Zaunfelder aufgerissen und das Aufschneiden des Zaunes von T. direkt bezahlt worden. Im Winter 1999/2000 hätte sich durch diese im Herbst stattgefundene Baumaßnahme das Fundament des Gartenzaunes soweit gesenkt, dass Bw. im Jahr 2000 gezwungen gewesen wäre, diese Folgeschäden umgehend zu beseitigen. Die Stützpfeiler der Gartenzaunmauer hätten sich bereits im Frühjahr 2000 so bedrohlich geneigt, dass es nur noch eine Frage von Wochen – je nach Witterungslage – gewesen sein würde, bis sie endgültig eingestürzt wären. Als Nachweis hiefür würde er drei Fotos vorlegen, die den Zustand, in dem sich die Gartenmauer seinerzeit befunden hätte, dokumentieren würden. Es wäre dem Berufungswerber auf Grund behördlicher Vorschriften gar nicht möglich und auch im Sinne einer normalen Nutzung des Hauses und des Gartens wohl nicht zumutbar gewesen, diese dringend notwendige Reparatur erst im Jahr 2020 auf Kosten der T. durchführen zu lassen. Die Nichtanerkennung der im Jahr 2000 stattgefundenen Zaunreparatur als Werbungskosten entbehre sowohl jeder rechtlichen Grundlage, als auch einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise und es müsse der konkrete Fall für die Ausgabe, deren Zwanghaftigkeit und faktische Notwendigkeit wohl unbestritten sei, als im Zusammenhang mit den im Jahr 2000 eingenommenen Geldern betrachtet werden. Da auf Grund der Vereinbarung von einem Ersatz von Folgeschäden des Jahres 2000 im Jahr 2020 nicht ausgegangen werden könne, seien die Kosten der Reparatur des Gartenzaunes in dem Jahr ausgabenwirksam anzusetzen, in dem sie tatsächlich auch angefallen seien. Falls im Jahr 2020 die T. gemäß § 11 der Vereinbarung mit Bw. die im Jahr 2000 verausgabten Folgekosten als so genannte Wiederherstellungskosten tatsächlich ersetzen würde, werde dieser Kostenersatz im Jahr 2020 selbstverständlich als Einnahme angeführt werden.

Beigelegt wurden diverse Fotos eines beschädigten Gartenzaunes, diverse Artikel aus Tageszeitungen und aus dem Internet, sowie die bereits vorgelegte Bestätigung des Stadtamtes.

Aus den bereits vorliegenden Einnahmen-Ausgaben-Rechnungen der Folgejahre geht folgendes Verhältnis zwischen Einnahmen und Ausgaben die gegenständlichen Einkünfte betreffend hervor:

	2001	2002	2003
Einnahmen	45.000,00 S	3.444,74 €	3.444,74 €
Ausgaben (Entschädigungszahlung an Dritte)	10.000,00 S		

Am 31. März 2004 wurde die obige Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vorgelegt.

Am 17. Juli 2006 wurde durch den UFS folgender Ergänzungsvorhalt an den Berufungswerber abgefertigt:

1.

Laut Aktenlage liege ein Übergabevertrag betreffend die gegenständliche Liegenschaft vom 29. Dezember 1993 vor. Würden diesbezüglich Zusatzvereinbarungen existieren, seien diese einzureichen.

2.

Wie sei die Entschädigungszahlung in Höhe von 10.000,00 S pro Jahr berechnet worden?

3.

Weshalb seien in den Einnahmen-Ausgaben-Rechnungen betreffend die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in den Jahren 2002 und 2003 keine Entschädigungszahlungen als Ausgaben geltend gemacht worden?

4.

Seien auf Grund der errichteten Telekommunikationseinrichtungen Gesundheitsschäden entstanden? Wenn ja, bei wem und in welcher Form? Sei der Berufungswerber schadensersatzrechtlich dafür belangt worden?

5.

Würden zum Vertrag zwischen den Eltern des Berufungswerbers und dem Berufungswerber vom 30. Oktober 1999 Zusatzvereinbarungen existieren? Wenn ja, seien diese einzureichen.

6.

Welche Personen hätten in den Berufungsjahren noch im gegenständlichen Haus gewohnt?

Diese würden mit Namen und Verwandtschaftsverhältnis anzuführen sein.

7.

Sei auch an andere Personen – abgesehen von den Eltern des Berufungswerbers – Entschädigung bezahlt worden? Wenn ja, an wen, in welcher Höhe und auf welcher Vertragsbasis?

8.

Vorliegend sei ein Deckblatt des Einreichplanes betreffend die gegenständliche Einrichtung vom 4. Oktober 1999.

Die diesbezüglichen Eingaben bei der Baubehörde würden in Kopie einzureichen sein.

9. Reparaturkosten Zaun

Die geltend gemachten Kosten in Höhe von 62.054,59 S seien belegmäßig nachzuweisen. Sei der Schaden gegenüber der Firma T. geltend gemacht worden? Sämtlicher Schriftverkehr darüber, auch mit Gerichten und gewillkürten Vertretern würde einzureichen sein.

Die Kausalität der Errichtung der Anlage für den entstandenen Schaden sei nachzuweisen.

Der Senat gehe davon aus, dass es hierbei grundsätzlich um Kosten der Lebensführung iSd § 20 EStG 1988 handle.

Mit Schreiben vom 7. August 2006 wurde wie folgt geantwortet:

zu 1.

Auf Grund des Übergabevertrages würden keine wie immer gearteten Zusatzvereinbarungen vorliegen.

zu 2.

Als Entschädigungsleistung sei ein Betrag von 10% der Jahresmiete von T. einvernehmlich festgelegt worden.

zu 3.

In den Einnahmen-Ausgaben-Rechnungen seien deshalb keine Entschädigungszahlungen als Ausgaben geltend gemacht worden, weil das Verfahren (Berufung vom 15. Juli 2002) nach wie vor nicht abgeschlossen gewesen wäre. Die Ausgaben seien zwar getätigt worden, jedoch würde wahrscheinlich wiederum eine Berufung wegen der Ausgaben notwendig geworden sein. Eine nachträgliche Geltendmachung im Zuge eines Wiederaufnahmeverfahrens würde er sich vorbehalten.

zu 4.

Es würde auf Grund der permanenten Diskussion über die Strahlung von Handymasten wohl hinlänglich bekannt sein, dass ein direkter Kausalzusammenhang zwischen Gesundheitsschäden und Strahlung schwer feststellbar sei. Es sei jedoch unbestritten, dass jene Menschen, die im direkten Strahlungsfeld ständig leben würden, eine entsprechende Schädigung der Gesundheit in Kauf nehmen müssten. Diverse Unterlagen (Untersuchungen



etc.) seien der Behörde bereits in einem umfassenden Ausmaß zur Verfügung gestellt worden und seien solche Entschädigungsleistungen mittlerweile – wie allgemein bekannt – durchaus üblich.

zu 5.

Nein, der Vertrag sei in der vorliegenden Form angewendet worden – siehe zu 1..

zu 6.

Personen, die noch im gegenständlichen Haus wohnen würden:

Barbara N. (Gattin des Berufungswerbers), sowie die beiden Kinder

zu 7.

Andere Personen als die Familie des Berufungswerbers würden nicht in diesem Haus wohnen (siehe auch Punkt 6).

zu 8.

Die Einreichunterlagen seien von der Firma T. an das Stadtamt vor Baubeginn eingereicht worden und würden im Stadtamt aufliegen.

zu 9.

Auch die Reparaturkosten seien bereits im Original am 9. April 2002 bei der Amtspartei vorgelegt worden. In der Beilage noch einmal das Original.

Im Nutzungsvertrag mit der Firma T. sei die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes der gesamten Anlage (dazu zähle auch der Zaun) nach Vertragsende im Jahr 2020 vereinbart worden.

Auf Grund der für die Errichtung der Gesamtanlage notwendigen Arbeiten sei das Fundament von zwei Zaunfedern entfernt worden. Durch diese Baumaßnahme hätte sich das gesamte Fundament und die Stützpfeiler des Gartenzaunes während der Wintermonate so weit gesenkt, dass der Berufungswerber gezwungen gewesen sein würde, eine komplette Neufundamentierung durchführen zu lassen. Als Nachweis seien bei seiner Vorsprache am 9. April 2002 auch die entsprechenden Fotos präsentiert worden.

In der Beilage würde man auch eine Dokumentation auf den Einreichplänen der Firma T. finden. Dabei sei zu sehen, dass der Zaun zur Gänze vor den Umbauarbeiten in korrektem Zustand gewesen wäre. Verglichen mit den Fotos vom schadhaften Zaun nach den Umbauarbeiten!

Auf Grund behördlicher Vorschriften (auch dazu sei bei seiner Vorsprache ein Schreiben des Stadtamtes vorgelegt worden) würde es nicht zumutbar gewesen sein, die Reparatur des Zaunes erst im Jahr 2020 durchführen zu lassen.

Das Stadtamt könne hier insoweit auch als Zeuge genannt werden, denn vor Beginn der Bauarbeiten durch die Firma T. würden keinerlei Probleme mit dem Weg vom Amt bemängelt worden sein. Dabei solle erwähnt werden, dass der Weg von der Gemeinde regelmäßig

befahren werde (Säuberung im Sommer und Räumung im Winter). Sehr wohl aber nachher, wobei dieser Mangel als wesentlicher Mangel eingestuft werden müsse. Der hinter dem Haus vorbeiführende Weg hätte nämlich gedroht, abzustürzen.

Es könne hier sicherlich nicht um Kosten der Lebensführung gehen. Ein direkter Zusammenhang der errichteten Anlage und der Schäden sei eindeutig festgestellt worden. Es hätte keine Schadenersatzleistung der Firma T. auf Grund der vertraglichen Vereinbarung gegeben, wie oben bereits beschrieben worden sei.

Beigelegt wurden die Originalrechnungen über die Zaunreparaturkosten, eine Fotografie von der Zaunansicht vor Beginn der Arbeiten durch die Firma T., sowie die bereits vorliegende Bestätigung der Gemeinde und die gegenständliche Vereinbarung mit den Eltern des Berufungswerbers.

Mit Schreiben vom 8. August 2006 wurden die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens der Amtspartei übermittelt.

Am 30. August 2006 wurde folgender Ergänzungsvorhalt an den Berufungswerber gerichtet:

### **Entschädigungszahlungen**

Im Hinblick auf die ständige Judikatur des VwGH (siehe etwa das Erkenntnis vom 22.2.2000, 99/14/0802) werde davon ausgegangen, dass die Vereinbarung vom 30. Oktober 1999 keinen eindeutigen, klaren, jeden Zweifel ausschließenden Inhalt habe und einem Fremdvergleich nicht standhalten würde.

Dies vor Allem deshalb, da die Leistung von 10.000,00 S pro Jahr als "Entschädigungszahlung" titulierte worden sei.

Nun sei damit aber nicht deutlich fixiert, um welche Art von Entschädigung es sich handle. Diese könne aus den vielfältigsten Gründen zu leisten sein.

Folglich würde auch ein fremder Dritter keinen solchen Vertrag geschlossen haben, der im Hinblick auf zukünftige Schadenersatzforderungen keinerlei Rechtssicherheit gebe.

Zudem sei die Orientierung der Höhe der Entschädigungszahlung an den erzielten Einnahmen nicht nachvollziehbar – für einen fremden Dritten hätte sich diese wohl eher am zu erwartenden Schaden orientieren müssen.

Weiters sei davon auszugehen, dass einem fremden Dritten der Betrag nicht bezahlt werden würde. Wie der OGH in seinem Urteil vom 25.11.2004, 2 Ob 265/04s, ausgeführt habe, stelle die subjektive Besorgnis einer wissenschaftlich nicht erwiesenen Gefährdung keine objektive Beeinträchtigung des Gebrauchs des Gebäudes dar; konkrete Schädigungen würden laut den Angaben des Berufungswerbers ebenso nicht vorliegen.

Es liege der Schluss nahe, dass die Zahlungen privat veranlasst seien.

Mit Schreiben vom 13. September 2006 wurde wie folgt geantwortet:

Auf Grund der vielen negativen Berichte in der Presse wären starke Bedenken seiner Eltern

bezüglich einer Gesundheitsgefährdung hinsichtlich einer Strahlenbelastung bei der Errichtung der T. -Anlage vorhanden gewesen. Diese Bedenken würde jeder fremde Dritte ebenso anführen.

Somit hätte er sich mit seinen Eltern geeinigt, dass durch die Strahlenbelastung ein Betrag von 10.000,00 S pro Jahr als Entgelt für die nachweisliche Strahlenbelastung ausreichend sei. Einem fremden Dritten würde dieser Betrag mit höchster Wahrscheinlichkeit ebenso zu zahlen gewesen, oder aber würde ein Mietentgang für eine allfällige Vermietung der Wohnung mindestens in der gleichen Höhe in Kauf zu nehmen gewesen sein.

Dazu gebe es auch genügend Berichte von heimischen Maklern, dass ein Objekt, welches unmittelbar Strahlung ausgesetzt sei, nur schwer vermittelbar bzw. nur unter Abschlag zu vermieten sei.

Auch würde er klarstellen, dass bei keiner Entschädigungszahlung an seine Eltern die Vermietung der Dachfläche an die Firma T. nicht möglich gewesen sein würde. Somit würde er aber auch keine (zu versteuernden) Mieteinnahmen erzielen habe können.

Mit Schreiben vom 15. September 2006 wurden die obigen Ermittlungsergebnisse der Amtspartei übermittelt.

Mit Schreiben vom 31. Oktober 2006 wurde die Amtspartei ersucht, den Grund für die Vorläufigkeit des Einkommensteuerbescheides bekannt zu geben bzw. zu erläutern, ob dieser noch gegeben sei.

Laut Aktenvermerk vom 2. November 2006, der auf Grund eines Telefonanrufes der Vertreterin der Amtspartei angefertigt worden ist, liege kein Vorläufigkeitsgrund mehr vor. Der Einkommensteuerbescheid würde vorläufig erlassen worden sein im Hinblick auf eine eventuelle Liebhabereibeurteilung der Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Der Bescheid könne endgültig erklärt werden.

Weiters wird auf den Sachverhalt der zum Einkommensteuerbescheid 2001 ergangenen Berufungsentscheidung vom 5. März 2007 verwiesen.

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

## **Einkommensteuer**

### **Angehörigenvertrag**

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

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH (siehe etwa das Erkenntnis vom 10.5.2001, 98/15/0030) ist Voraussetzung, dass diese durch die auf die Erzielung außerbetrieblicher Einkünfte gerichtete Tätigkeit veranlasst sind. Es muss ein wirtschaftlicher Zusammenhang

zwischen der auf Einnahmenerzielung gerichteten außerbetrieblichen Tätigkeit und den Aufwendungen gegeben sein.

Im gegenständlichen Fall ist strittig, ob die geltend gemachten Entschädigungszahlungen in Höhe von 10.000,00 S an die Eltern des Berufungswerbers als Werbungskosten im Zuge der Ermittlung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung abzugsfähig sind.

Fraglich ist, ob diese einen Zusammenhang mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung aufweisen oder privat veranlasst sind.

Wesentlich ist dabei, ob die zwischen dem Berufungswerber und seinen Eltern abgeschlossene Vereinbarung vom 30. Oktober 1999 steuerrechtlich anzuerkennen ist.

Unstrittig stellt der obige Vertrag eine Vereinbarung zwischen nahen Angehörigen iSd Judikatur des VwGH dar.

*Da bei Vereinbarungen zwischen nahen Angehörigen in der Regel der zwischen Fremden bestehende Interessengegensatz fehlt, der aus dem Bestreben der Vorteilsmaximierung jedes Vertragspartners resultiert, liegt die Annahme nahe, dass für eine nach außen hin vorgegebene Leistungsbeziehung unbeschadet ihrer zivilrechtlichen Wirksamkeit in Wahrheit eine familienhafte Veranlassung gegeben ist* (VwGH 22.12.2005, 2002/15/0169). Sie müssen eindeutig sein, um eine klare Abgrenzung zwischen Einkommenserzielung und –verwendung zuzulassen.

Für den Bereich des Steuerrechtes werden Angehörigenvereinbarungen nach der ständigen Judikatur des VwGH (siehe etwa das Erkenntnis vom 22.2.2000, 99/14/0082) nur dann anerkannt, wenn sie (folgende Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen):

- nach außen ausreichend zum Ausdruck kommen (Publizitätswirkung),
- einen eindeutigen, klaren und jeden Zweifel ausschließenden Inhalt haben, und
- zwischen Familienfremden unter den gleichen Bedingungen abgeschlossen worden wären (Fremdvergleich).

Laut den Angaben des Berufungswerbers gibt es zur Vereinbarung vom 30. Oktober 1999 keine Zusätze oder Ergänzungen. Diese würde wie schriftlich festgehalten in Geltung stehen. Nun fehlt es der vorliegenden Angehörigenvereinbarung schon am geforderten eindeutigen Inhalt. Gefordert wird diesbezüglich eine deutliche Fixierung wesentlicher Vertragsbestandteile wie Leistung und Gegenleistung (siehe etwa VwGH vom 4.10.1983, 83/14/0034).

Welche eventuell auftretenden Schädigungen abgedeckt werden sollen, wird nicht definiert. Eine "Entschädigungszahlung" von 10.000,00 S kann sich auf verschiedene mögliche Schäden beziehen. Zum Einen ist es nicht eindeutig, dass es sich hierbei um eine Entschädigung für eventuelle Gesundheitsbeeinträchtigungen handelt, zum Anderen ist auch innerhalb der eventuell zu erwartenden gesundheitlichen Schädigungen keine Unterscheidung getroffen worden.

Folglich ist nicht klar, wofür die so genannte Entschädigungszahlung geleistet worden ist, welche möglichen Forderungen abgedeckt sein würden.

Damit ist aber auch schlüssig nachzuvollziehen, dass ein fremder Dritter einen solchen Vertrag nicht abgeschlossen hätte.

Im Hinblick auf den Fremdvergleich ist von der im allgemeinen Wirtschaftsleben geübten Praxis auszugehen (VwGH 21.3.1996, 95/15/0092).

Ein fremder Dritter hätte nach Ansicht des Senates einen solchen Vertrag schon deshalb nicht geschlossen, weil nicht festgelegt worden ist, wofür die Leistung der "Entschädigung" erfolgt ist, was jedoch wesentlich ist für zukünftige Schadenersatzforderungen.

Der Berufungswerber selbst geht in der Berufungsschrift davon aus, dass es fraglich sei, ob *"ein fremder Dritter überhaupt aufgrund der ungewissen, gesundheitsschädigenden Auswirkungen von Handymasten einen Vertrag dieser Art geschlossen hätte"*.

Zur fehlenden Vereinbarung des Grundes der Entschädigung kommt die nicht nachvollziehbare Berechnung der Höhe der Zahlung.

Dass sich – laut den Angaben des Berufungswerbers – diese an der Höhe der Zahlungen der T. orientieren soll und nicht am Ausmaß einer möglichen Schädigung ist nicht schlüssig.

Von einem fremden Dritten würde wohl eher von einem eventuell zu erwartenden Schaden ausgegangen werden.

Der Vollständigkeit halber wird angemerkt, dass der Berufungswerber die Berechnungsmethode mit 10% der Einnahmen angegeben hat. Nun wurden im Jahr 2000 Einnahmen in Höhe von 91.500,00 S erzielt, im Jahr 2001 jedoch lediglich 45.000,00 S. Die Zahlung in Höhe von 10.000,00 S ist jedoch ident geblieben.

Es liegt somit nahe, dass Bw. einen Fixbetrag willkürlich gewählt hat.

Auffällig ist zudem, dass der Berufungswerber zwar seinen Eltern eine Zahlung zukommen lässt, nicht aber seiner Ehegattin und seinen beiden Kindern, die ebenfalls in dem Gebäude wohnen, auf dem der Handymasten errichtet worden ist.

Weiters ist davon auszugehen, dass einem fremden Dritten der Betrag nicht bezahlt werden würde. Wie der OGH in seinem Urteil vom 25.11.2004, 2 Ob 265/04s, ausgeführt hat, stellt die subjektive Besorgnis einer wissenschaftlich nicht erwiesenen Gefährdung keine objektive Beeinträchtigung des Gebrauches des Gebäudes dar (siehe auch OGH vom 2.8.2005, 1 Ob 146/05k); konkrete Schädigungen liegen laut den Angaben des Berufungswerbers zudem nicht vor.

Es fehlt somit am klaren, eindeutigen, jeden Zweifel ausschließenden Inhalt der Vereinbarung und am Standhalten eines Fremdvergleiches – die durch die ständige Judikatur des VwGH geforderten Kriterien sind nicht erfüllt. Der vorliegenden Vereinbarung liegt eine private Veranlassung zu Grunde.

Der Vollständigkeit halber wird darauf verwiesen, dass Bw. mehrmals angeführt hat, dass der Vertrag mit der T. ohne die Vereinbarung mit seinen Eltern vom 30. Oktober 1999 nicht zustande gekommen sein würde.

Nun widerspricht dies dem Akteninhalt, da zum Einen der Vertrag mit der T. von Bw. am 20. September 1999 unterzeichnet worden ist (von der Firma T. am 21. Oktober 1999), zum Anderen der Einreichplan vom 4. Oktober 1999 von den Eltern des Berufungswerbers eigenhändig unterzeichnet worden ist.

Folglich wurde bereits vor der "Vereinbarung" der Entschädigungszahlung der Vertrag mit der T. abgeschlossen und auch die Eltern des Berufungswerbers in das Verfahren (siehe Einreichplan) eingebunden.

Eine Abhängigkeit der Einnahmenerzielung durch Vermietung und Verpachtung von der Vereinbarung einer Entschädigungszahlung ist daher nicht abzuleiten, die Einwendungen von Bw. diesbezüglich gehen ins Leere.

Die geltend gemachten Zahlungen in Höhe von 10.000,00 S sind daher nicht als Werbungskosten anzuerkennen.

### **Instandhaltung Gartenzaun**

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

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH (siehe etwa das Erkenntnis vom 10.5.2001, 98/15/0030) ist Voraussetzung, dass diese durch die auf die Erzielung außerbetrieblicher Einkünfte gerichtete Tätigkeit veranlasst sind. Es muss ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen der auf Einnahmenerzielung gerichteten außerbetrieblichen Tätigkeit und den Aufwendungen gegeben sein.

Im gegenständlichen Fall ist strittig, ob die geltend gemachten Reparaturkosten Gartenzaun als Werbungskosten im Zuge der Ermittlung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung abzugsfähig sind.

Fraglich ist, ob dieser Zusammenhang mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung nachgewiesen werden konnte oder eine private Veranlassung anzunehmen ist.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass es sich bei Reparaturkosten für den Gartenzaun des privaten Wohnhauses des Berufungswerbers und seiner Angehörigen um solche der privaten Lebensführung iSd § 20 Abs. 1 Z 1 EStG 1988 handelt (siehe auch das Erkenntnis des VwGH vom 26.4.1994, 91/14/0036).

Bei gegenständlichem Zaun handelt es sich nicht um das Vermietungsobjekt – der Handymasten befindet sich laut Vertrag auf der Dachfläche des Hauses, der BTS-Standort hinter dem Haus im Außenbereich. Der Gartenzaun wird somit nicht betrieblich/beruflich genutzt. Der Zweck der Aufwendung ist somit ein privater.

Dass bei Errichtung des Handymasten Arbeiten am Gartenzaun vorgenommen worden sind, ändert daran nach Ansicht des Senates nichts.

Würde die Kausalität der Arbeiten für die schweren Mängel am Zaun dennoch als wesentlich eingestuft werden, kann diese – entgegen den Ausführungen des Berufungswerbers – nicht erblickt werden.

Die eingereichte Bestätigung der Gemeinde geht von mehreren verschiedenen Gründen aus, die "im Laufe der Zeit" zu einer Neigung des Zaunes geführt hätten. Auch die eingereichten Fotos lassen auf keine geschlossene Kausaliätskette schließen.

Wie oben ausgeführt ist es für die Beurteilung der Abzugsfähigkeit der Kosten bedeutungslos, inwieweit ein Zusammenhang der Arbeiten der Firma T. mit dem Schaden am Zaun tatsächlich gegeben war. Dies würde nur für eventuelle privatrechtliche Ansprüche von Bedeutung sein. Für die Einstufung der vorliegenden Ausgaben als privat oder beruflich kann es nicht wesentlich sein, ob der diesen zu Grunde liegende Schaden, selbst, durch einen Mieter eines anderen Objektes oder durch einen Dritten verursacht worden ist.

Dass die Firma T. sich in § 11 des gegenständlichen Vertrages verpflichtet hat, den ursprünglichen Zustand wieder herzustellen, kann sich wohl nur auf das Vermietungsobjekt beziehen, die Renovierung des Gartenzaunes des Berufungswerbers kann davon nicht erfasst sein.

Die Reparaturkosten für Teile des privaten Wohnraumes des Berufungswerbers sind jedenfalls privat veranlasst, daher unter das Abzugsverbot des § 20 Abs. 1 Z 1 EStG 1988 zu subsumieren und nicht als Werbungskosten anzuerkennen.

Die Berufung gegen den Einkommensteuerbescheid war folglich als unbegründet abzuweisen. Da keine Ungewißheit gemäß § 200 BAO vorliegt, war der Bescheid für endgültig zu erklären.

### **Umsatzsteuer**

Da es sich bei den Aufwendungen für die Zaunreparatur wie oben ausgeführt um Kosten der privaten Lebensführung handelt, sind die darauf entfallenden Vorsteuerbeträge iSd § 12 UStG 1994 nicht abzugsfähig.

Die Berufung gegen den Umsatzsteuerbescheid war daher als unbegründet abzuweisen.

Linz, am 5. März 2007