

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des FW, vertreten durch GTW, vom 16. Juli 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes L vom 11. Juni 2008 betreffend Abweisung des Antrages auf Wiederaufnahme des Verfahrens hinsichtlich Einkommensteuer 1999 nach der am 12. und 17. Dezember 2008 in 4020 Linz, Bahnhofplatz 7, durchgeföhrten Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

1. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2007 beantragte der Bw. die Wiederaufnahme des Verfahrens betreffend Einkommensteuer 1999 gemäß § 303 Abs 1 BAO (in eventu Anregung auf amtsweigige Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 303 Abs 4 BAO).

(a) Der Bw. sei an der W. KEG zu 95% beteiligt gewesen. Bei dieser KEG habe man 2002 eine Betriebsprüfung (BP) durchgeföhrt. Die Schlussbesprechung habe am 11. Dezember 2002 stattgefunden. Die Tätigkeit der KEG sei als nicht betrieblich eingestuft worden. Man habe die Tätigkeit in drei Bereiche – Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, Einkünfte aus Kapitalvermögen und Spekulationseinkünfte – zerlegt. Laut Punkt 19 des BP-Berichtes habe der Prüfer die Entnahme von Wertpapieren (Wohnbau Wandelanleihe 1999) ins Privatvermögen als Spekulationseinkünfte behandelt. Diese seien mit 657.131,18 S ermittelt worden.

(b) Die Einstufung der BP sei aus folgenden Gründen unrichtig, die KEG und der Bw. hätten die Wohnbau Wandelanleihe wie folgt angeschafft:

	Depot KEG	Depot Bw.
	Nominale	Nominale
Kauf 21.1.1999	3.250.000,00	
Kauf 27.1.1999		1.000.000,00
Depotübertrag 20.5.1999	800.000,00	-800.000,00
Saldo	4.050.000,00	200.000,00
1.12.1999	-4.050.000,00	4.050.000,00
Stand	0,00	4.250.000,00
Verkauf 26.6.2000		-2.600.000,00
Verkauf 27.6.2000		-1.650.000,00
Saldo		0,00

Die gesamten Anschaffungskosten hätten 4.304.777,78 S betragen, die Verkaufserlöse 3.965.410,66 S. In Summe sei daher ein Verlust von – 339.367,12 S erzielt worden und kein Gewinn. Zudem sei zwischen Anschaffung und Veräußerung mehr als ein Jahr vergangen. Die Versteuerung des von der BP festgestellten Gewinnes sei damit zu Unrecht erfolgt.

(c) Diese Tatsachen seien dem Prüfer offensichtlich nicht bekannt gewesen und erst jetzt anlässlich eines Strafverfahrens des Spruchsenates bei Recherchen bei der H-Bank hervorgekommen. Die Einleitung des Strafverfahrens sei dem Bw. erst am 21. November 2007 zugestellt und die Dreimonatsfrist daher gewahrt worden.

(d) Aufgrund des Grundsatzes der Rechtsrichtigkeit sei eine Wiederaufnahme des Verfahrens betreffend Einkommensteuer 1999 durchzuführen.

2. Mit Bescheid vom 11. Juni 2008 wies das zuständige Finanzamt den Antrag auf Wiederaufnahme ab:

(a) Im Wiederaufnahmeantrag werde angeführt, dass die Depotauszüge erst jetzt, anlässlich eines Strafverfahrens des Spruchsenates, hervorgekommen seien. Die Auszüge seien dem Bw. jedoch bekannt gewesen, da von Seiten der Bank regelmäßig Depotauszüge und Wertpapierabrechnungen erstellt und zur Kenntnis gebracht worden seien (AGB der H-Bank).

Auch könnten Depotbewegungen nicht ohne Einwilligung und Wissen des Bw. stattfinden. Die nun vorgelegten Wertpapierabrechnungen seien mit 1999 bzw 2000 datiert. Zum Zeitpunkt der BP seien die Auszüge dem Bw. bekannt gewesen und hätten dem Prüfer vorgelegt werden können. Dies sei unterlassen worden.

(b) Kein grobes Verschulden liege bei einem minderen Grad des Versehens oder der Nachlässigkeit, somit bei leichter Fahrlässigkeit vor. Leichte Fahrlässigkeit liege dann vor, wenn ein Fehler unterlaufe, den gelegentlich auch ein sorgfältiger Mensch begehe (Ritz, BAO, § 308, Rz 14). Dagegen könne im Fall auffallender Sorglosigkeit des Handelnden von einem minderen Grad des Versehens nicht mehr gesprochen werden. Auffallend sorglos handle, wer die erforderliche und nach den persönlichen Fähigkeiten zumutbare Sorgfalt außer Acht lasse.

Das Nichtvorlegen der Depotauszüge und Wertpapierabrechnungen sei jedenfalls auf grobes Verschulden des Bw. zurückzuführen, weil dieser Kenntnis darüber gehabt habe bzw die Möglichkeit bestanden habe, Auszüge und Abrechnungen von der Bank anzufordern, was jedoch unterlassen worden sei.

Damit lägen keine neu hervorgekommenen Tatsachen oder Beweismittel vor, die ohne grobes Verschulden der Partei nicht hätten geltend gemacht werden können. Die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme seien nicht gegeben.

Der Antrag zur Wiederaufnahme müsse binnen dreier Monate ab Kenntnis vom Wiederaufnahmsgrund eingebracht werden. Diese Frist sei nicht gewahrt, weil es sich um keine neu hervorgekommenen Tatsachen handle.

Die Anregung auf amtswegige Wiederaufnahme könne nicht aufgegriffen werden. Auch hier sei das Hervorkommen neuer Tatsachen oder Beweismittel notwendig.

3. Mit Schreiben vom 16. Juli 2008 legte der Bw. Berufung gegen die Abweisung seines Wiederaufnahmeantrages ein.

(a) Die Depotein- und Ausbuchung iHv 4.050.000,00 S sei als Entnahmewert zur Ermittlung der strittigen Spekulationseinkünfte unterstellt und der Gewinn mit 657.131,18 S ermittelt worden.

(b) Im Zuge eines gegen den Bw. eingeleiteten Strafverfahrens (Verständigung am 21. November 2007) und der nachfolgenden Erhebungen (Einsichtnahme in die bei der H-Bank angeforderten Depotauszüge des relevanten Zeitraumes; Beilagen 1-7; der relevante Depotauszug sei am 12. Dezember 2007 an den Bw. gefaxt worden) habe sich herausgestellt, dass das Ergebnis der BP unrichtig gewesen sei.

Der Bw. habe immer – auch im relevanten Zeitraum – die Belege und die übermittelten Depotauszüge an den damaligen steuerlichen Vertreter (welcher auch mit der Erstellung der

laufenden Buchhaltung betraut gewesen sei) übergeben. Warum die Einbuchung der Anschaffung weiterer Wandelanleihen beim Depot W. KEG per 20. Mai 1999 mit dem Nominale von 800.000,00 S im Rahmen der BP nicht berücksichtigt worden sei, könne nicht mehr eruiert werden. Bis zum November/Dezember 2007 habe der Bw. jedenfalls davon ausgehen können, dass der richtige Bestand am Depot W. KEG der BP zugrundegelegt worden sei. Offenbar sei jedoch dem Prüfer der Auszug damals nicht vorgelegen, sodass man diesen auch nicht verwertet habe.

Dies habe dem Bw. nicht auffallen müssen. Einerseits erfolge eine Prüfung der unternehmerischen Tätigkeit mehrerer Jahre, andererseits resultiere das Ergebnis der BP – die Festsetzung höherer Einkünfte – nicht nur aus dem bloßen Ankauf und der Entnahme der Wandelanleihe, sondern auch aus der Aufspaltung der Einkünfte der KEG in drei Einkunftsarten. Die Ursache bzw. der Ursachenzusammenhang, welcher letztlich zu den Feststellungen der Prüfung und zur Neuberechnung und Festsetzung der Einkommensteuer geführt hätten, sei für den Bw. nicht erkennbar gewesen. Er habe davon ausgehen müssen, dass sämtliche Belege – auch die relevanten Depot-Auszüge – seitens der BP einer rechtsrichtigen Beurteilung zugeführt worden seien, zumal die Abgabenbehörde zur Erforschung und Ermittlung der wahren rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse verpflichtet sei (§ 115 BAO).

(c) Frühestens seit 12. Dezember 2007 stehe fest, dass dem Bericht der BP vom 11. Dezember 2002 hinsichtlich der in Punkt 19 getroffenen Feststellungen, lediglich ein Gesamtnominalwert der Wandelanleihe von 3.250.000,00 S zugrundegelegen sei. Dieser Umstand sei dem Bericht über das Ergebnis der Prüfung vom 11. Dezember 2002 selbst nicht unmittelbar zu entnehmen, weil dort lediglich angeführt sei, dass die Privatentnahme mit dem Buchwert von 3.282.500,00 S verbucht worden sei (Bericht Seite 11). Es sei daher lediglich der Buchwert angegeben, nicht jedoch der Nominalwert. Der dargestellte Buchwert korresponde mit einem Nominalwert von 3.250.000,00 S. Richtigerweise sei jedoch der Gesamtnominalwert der auf diesem Depot liegenden Wandelanleihen zum relevanten Zeitpunkt 4.050.000,00 S gewesen.

(d) Der Bw. sei anlässlich der Prüfung und des Berichtes der BP davon ausgegangen, dass der Buchwert in Höhe von 3.282.500,00 S mit dem wahren Nominalwert iHv. 4.050.000,00 S – wie dargestellt – korresponde, sodass dem Bw. die oben dargestellten Unrichtigkeiten nicht auffielen und nicht auffallen mussten. Letztlich auch deswegen, weil alle relevanten Informationen – insbesondere sämtliche Buchungsbelege – vollständig dem steuerlichen Vertreter zu Buchführungs- und Abschlusszwecken erteilt bzw. übergeben worden seien.

Die Tatsache, dass dem Ergebnis der Prüfung vom 11. Dezember 2002 nicht der richtige Bestand an Wandelanleihen (Depot W. KEG) in Höhe von Nominale 4.050.000,00 S zugrundegelegen sei, wäre erst jetzt bekannt geworden. Dieser Umstand werde durch die zur Vorlage gebrachten Beilagen 1-7 bescheinigt.

Folgende Tatsachen hätte man feststellen müssen:

Wertpapierbestand 1. Januar 1999: Nominale 4.050.000,00 S.

Anschaffungskosten 4.304.777,78 S

Verkaufserlöse 1999: Gesamt 3.965.410,66 S.

Einkünfte aus der Wertpapierspekulation – 339.367,12 S.

Hätte man diese Tatsachen bereits im Rahmen des Abgabenverfahrens berücksichtigt, sei es evident, dass aus dieser Transaktion keine Einkünfte aus Spekulationsgeschäften iHv. 657.131,18 S erzielbar gewesen sind, sodass eine Abgabennachzahlung ausgeschlossen gewesen wäre. Die Behörde hätte einen anderen Bescheid erlassen müssen, nämlich dahingehend, dass aus der Transaktion keine positiven Einkünfte erzielbar sind.

(e) Die Anschaffung und Veräußerung sei auch nicht innerhalb eines Jahres erfolgt, sodass von vorneherein keine Einkünfte aus Spekulationsgeschäften entstehen konnten.

(f) Es lägen daher sehr wohl neue Tatsachen und Beweismittel vor, die rechtzeitig geltend gemacht würden. Im Zusammenhang mit den Depotauszügen habe eindeutig festgestellt werden können, dass der Zugang von Anleihen per 20. Mai 1999 im Nominale von 800.000,00 S von der BP im Bescheid nicht berücksichtigt worden sei (Nominale 4.050.000,00 S).

(g) Von einem groben Verschulden des Bw. sei nicht auszugehen. Dass der Depotauszug vom 20. Mai 1999 dem Betriebsprüfer nicht vorgelegen sei, müsse aus der Sicht des Bw. als unerklärlich bezeichnet werden. Dem Bw. seien bisher niemals Versäumnisse oder auffallende Sorglosigkeiten hinsichtlich der Belegführung vorgeworfen worden. Der Bw. habe immer seinem steuerlichen Vertreter zu Buchführungszwecken sämtliche Belege rechtzeitig übermittelt. Selbst wenn daher tatsächlich seitens des Bw. (gemeint wohl: an den Bw.) der eben angeführte Depotauszug zugestellt, aber nicht an den steuerlichen Vertreter übermittelt worden oder von diesem (trotzdem er ihn erhalten hätte) nicht verbucht worden wäre, könne dies kein dem Bw. vorwerfbare grobe Verschulden iSd § 303 Abs 1 lit. d BAO begründen. Allenfalls einen minderen Grad des Versehens, der gerade keinen Ausschlussgrund für die Wiederaufnahme darstellen solle. Ein grobes Verschulden setze eine auffallende Sorglosigkeit voraus, welche im konkreten Fall nicht anzunehmen sei.

(h) Der angefochtene Bescheid sei rechtswidrig ergangen und die Behörde hätte dem Antrag des Bw. vollinhaltlich stattgeben müssen.

(i) Auch wenn man den vorangegangenen Ausführungen nicht folgen sollte, hätte die Behörde eine Wiederaufnahme von Amts wegen gem. § 303 Abs 4 BAO verfügen müssen, zumal die Frage des Verschuldens dort irrelevant sei.

Für beide Wiederaufnahmearten seien durch die neu hervorgekommenen Tatsachen und Beweismittel iSd § 303 Abs 1 und 4 BAO Umstände gewichtiger Art geltend gemacht worden, welche den betreffenden Bescheid in seinen Grundlagen erschütterten. Der Wiederaufnahme liege der Zweck zugrunde, dass insgesamt ein rechtmäßiges Ergebnis erreicht werden solle, die Wiederaufnahme solle dem Prinzip der Rechtsrichtigkeit zum Durchbruch verhelfen.

Ergebnis des bisherigen Abgabenverfahrens sei jedoch, dass rechtswidrig und tatsachenwidrig Einkünfte aus Spekulationsgeschäften vorgeschrieben worden seien und die Einkommensteuer vom Bw. habe bezahlt werden müssen. Tatsächlich sei aber aus demselben Grund ein Verlust entstanden, sodass schon deshalb keine zusätzliche Einkommensteuer hätte anfallen dürfen.

Gegen den Bw. sei mittlerweile ein Strafverfahren wegen fahrlässiger Abgabenverkürzung eingeleitet worden. Trotz Versuchs der Richtigstellung des Sachverhaltes sei der erkennende Senat vom Bericht der Prüfung vom 11. Dezember 2002 ausgegangen. Dem Bw. sei Fahrlässigkeit – ohne Einvernahme der beteiligten Personen – vorgeworfen worden. Man habe ihm auch vorgeworfen, die Entnahme der Wertpapiere dem steuerlichen Vertreter nicht mitgeteilt zu haben, was jedoch offenkundig unrichtig und aktenwidrig sei.

Ziel des Antrages sei es, die zu Unrecht bezahlte Einkommensteuer zurückzuerhalten, aber auch diesen Umstand im Finanzstrafverfahren geltend zu machen. Nehme man das Abgabenverfahren nicht wieder auf, bezahle der Berufungswerber nicht nur für einen Verlust Einkommensteuer, sondern er könnte auch zu Unrecht wegen fahrlässiger Abgabenverkürzung rechtskräftig bestraft werden, obwohl offenkundig keine Abgabenverkürzung vorliege. Dass dies den Prinzipien der Rechtsrichtigkeit und Rechtmäßigkeit, aber auch dem Prinzip der Gleichmäßigkeit der Besteuerung nicht entsprechen könne, sei evident.

Die steuerlichen Auswirkungen könnten auch nicht als bloß geringfügig angesehen werden. Insgesamt seien 657.131,18 S zu Unrecht besteuert worden. Dies bedeute eine enorme Steuerbelastung für den Bw.

Als Beweis für die vorangegangene Schilderung der Ereignisse werde angeführt:

- Belege 1-7 im Akt
- Einvernahme der damaligen Prüferin

- Einvernahme des damaligen steuerlichen Vertreters des Bw.
- Einvernahme des nunmehrigen steuerlichen Vertreters des Bw.
- Einvernahme des Bw.

Es werde der Antrag auf eine mündliche Berufungsverhandlung gestellt. Der Bescheid des Finanzamtes vom 11. Juni 2008 sei dahingehend abzuändern, dass dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens betreffend Einkommensteuer 1999 vollinhaltlich stattgegeben werde. In eventu sei der Bescheid zu beheben und zur neuerlichen Entscheidung zurückzuverweisen. In eventu werde angeregt, die Berufungsbehörde möge das Verfahren betreffend Einkommensteuer 1999 von Amts wegen wieder aufnehmen.

4. Mit Berufungsvorentscheidung vom 10. September 2008 wurde die Berufung vom 16. Juli 2008 als unbegründet abgewiesen:

(a) Wie bereits im angefochtenen Bescheid ausgeführt, erstelle die H-Bank regelmäßig Depotauszüge und Wertpapierabrechnungen und bringe sie dem Depotinhaber zur Kenntnis. Diese Tatsache werde vom Bw. nicht nur nicht bestritten, sondern in Punkt vier der Berufung dadurch bestätigt, dass er im relevanten Zeitraum Depotauszüge erhalten und diese an den steuerlichen Vertreter übergeben habe.

Auf den Depots der W. KEG und des Bw. hätten im Zeitraum 1999 bis Juni 2000 insgesamt sieben Geschäftsfälle stattgefunden. Für alle Geschäftsfälle lägen Abrechnungen der H-Bank mit dem Auftragsdatum vor. Bestritten werde lediglich die zeitnahe Information hinsichtlich des Auftrages vom 20. Mai 1999. Für das Finanzamt sei jedoch kein Grund ersichtlich, warum die H-Bank, im Widerspruch zu den eigenen AGB und abweichend von den bei allen anderen Geschäftsfällen geübten Gepflogenheiten, eine entsprechende Information unterlassen haben sollte. Im Hinblick auf die bei der Berufung getätigten Aussagen gehe die Finanzverwaltung vielmehr davon aus, dass auch hinsichtlich dieses Geschäftsfalles eine zeitnahe Information durch die H-Bank erfolgt sei.

Selbst wenn der Depotauszug vom 20. Mai 1999 erst im Dezember 2007 übermittelt worden sein sollte, wäre damit für den Bw. nichts gewonnen. Depotbewegungen erfolgten nicht ohne die Einwilligung und das Wissen des Depotinhabers, sondern setzten einen entsprechenden Auftrag voraus. Dasselbe gelte für die Übertragung der Wertpapiere vom Depot des Bw. auf jenes der W. KEG (deren Geschäftsführer der Bw. gewesen sei).

Der als Wiederaufnahmegrund geltend gemachte Umstand sei nicht erst im Zuge des Strafverfahrens hervorgekommen. Dem Geschäftsführer der W. GmbH sei die Anschaffung der weiteren Wohnbau-Wandelanleihe seit dem 20. Mai 1999 bekannt gewesen. Da die Frist des

§ 303 Abs 2 BAO nicht gewahrt worden sei, habe man schon deshalb die Berufung als unbegründet abweisen müssen.

(b) Zum Verschulden sei ergänzend auszuführen:

Es stehe fest, dass dem Bw. der Geschäftsfall vom 20. Mai 1999 bereits im Zeitpunkt der BP bekannt gewesen sei. Der Bw. bestreite auch nicht im relevanten Zeitraum Depotauszüge erhalten zu haben. Die BP habe die ihren Berechnungen zugrundegelegten Daten den Geschäftsunterlagen der W. GmbH bzw des Bw. entnommen. Dies lasse den Schluss zu, dass der Vorgang vom 20. Mai 1999 nicht gehörig aufgezeichnet worden sei. Es sei auch kein Grund dafür ersichtlich, dass die BP verbuchte Vorgänge einfach ignoriert habe. Es wäre Aufgabe des Bw. gewesen, die Berechnungen der BP anhand der Geschäftsunterlagen zu überprüfen. Dies sei ganz offensichtlich nicht erfolgt. Ein derartiges Verhalten müsse als grobes Verschulden an der Nichtgeltendmachung iSd § 303 Abs 1 lit. b BAO gewertet werden.

(c) Ein subjektives Recht auf eine amtswegige Wiederaufnahme nach § 303 Abs 4 BAO bestehe nicht. Dieser stehe auch die Verjährung entgegen. Gemäß § 207 Abs 2 iVm § 209 Abs 1 BAO sei hinsichtlich der Einkommensteuer 1999 Verjährung mit Ende 2005 eingetreten.

(d) Die Anschaffung und die Veräußerung der Wandelanleihen sei sehr wohl innerhalb eines Jahres erfolgt. Maßgebend für die Ermittlung der Spekulationseinkünfte sei die Entnahme durch den Bw. per 1. Januar 1999 und nicht die nachfolgende Veräußerung durch den Bw. im Juni 2000.

5. Mit Schreiben vom 14. Oktober 2008 stellte der Bw. einen Vorlageantrag.

Die Ausführungen in der Berufung halte man vollinhaltlich aufrecht. Der als Wiederaufnahmegrund geltend gemachte Umstand sei erst im Zuge des Strafverfahrens hervorgekommen, weil im Dezember 2007 vom Bw. Kontoauszüge der H-Bank angefordert und von dieser am 12. Dezember 2007 übermittelt worden seien. Nachfolgend habe sich herausgestellt, dass der BP nicht sämtliche Auszüge zugrundegelegt worden und daher nicht Gegenstand derselben gewesen seien.

Unbestritten sei geblieben, dass dem Bw. bisher niemals Versäumnisse – insbesondere eine auffallende Sorglosigkeit – hätten unterstellt werden können.

Ebenso unbestritten sei geblieben, dass der Umstand, dass der Depotauszug der BP nicht zugrundegelegen sei, dem Bw. aus den in der Berufung angeführten Gründen nicht habe auffallen müssen.

Ein grobes Verschulden iS einer auffallenden Sorglosigkeit liege nicht vor. Des weiteren werde auf die Berufung vom 16. Juli 2008 und auf die dort gestellten Anträge verwiesen, welche aufrecht blieben.

6. Am 23. Oktober 2008 wurde die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vorgelegt.

(a) Am 4. Dezember 2008 wurde der Prüfungsfall „W. KEG“ und der Wiederaufnahmeantrag mit der zuständigen Betriebsprüferin besprochen. Die Prüferin stellte zu den vorgelegten Belegen des Wiederaufnahmeantrages fest, sie habe damals die Werte vom Konto der KEG genommen und nichts davon wissen können, dass ein Beleg nicht verbucht worden sei. Der Beleg über die Übertragung der 800.000,00 S sei ihr nicht bekannt gewesen.

Darüber wurde ein Aktenvermerk angefertigt. Dieser wurde in der mündlichen Verhandlung vom 12. Dezember 2008 der steuerlichen Vertretung übergeben.

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2008 wurde zur mündlichen Berufungsverhandlung am 12. Dezember 2008 geladen.

(b) Anlässlich der am 12. Dezember 2008 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde nach Darstellung des Sachverhaltes durch den Sachbearbeiter folgendes besprochen:

Sachbearbeiter: Will das Finanzamt etwas zum Sachverhalt oder zur rechtlichen Würdigung sagen?

Vertreterin des Finanzamtes: Nein, wir haben keine Ergänzung und ersuchen um Erledigung wie in der Berufungsvorentscheidung.

Sachbearbeiter: Gut, dann ist die steuerliche Vertretung am Wort.

Steuerliche Vertretung (JS): Also es stimmt nicht, dass nur sieben Wertpapierverkäufe stattgefunden haben; der Bw. hat ja auch ein Privatdepot gehabt und wesentlich mehr Wertpapiergeschäfte getätigt als sieben. Er kann dann sehr wohl etwas übersehen haben, das muss man ihm zugestehen, dass er etwas übersehen hat. Er war auch steuerlich vertreten und hat sich darauf verlassen, dass der Steuerberater alles richtig macht. Und der hat auch alles richtig gemacht, er hat es mit 0,00 ausgebucht. Er hat keinen Spekulationsgewinn erklärt. Nur die Prüferin ist dann hergegangen und hat gesagt, da ist ein Spekulationsgewinn. Und die hat das völlig falsch gemacht, wie wir jetzt wissen. Also der Vorwurf, der Bw. habe nur sieben Geschäftsvorfälle gehabt, der geht ins Leere, weil er wesentlich mehr gehabt hat, nicht in der KEG, sondern in der anderen Firma und privat. Man muss dem Bw. zugestehen – wenn auch noch der Steuerberater sagt, das stimmt so – dass er den Überblick nicht so gehabt hat.

Steuerliche Vertretung (CD) Ich kann nicht zu allen Transaktionen etwas sagen. Tatsache ist, dass wir im Dezember letzten Jahres draufgekommen sind, dass hier offenbar irrtümlich – aus welchen Gründen immer – das unter den Tisch gefallen ist, aber dennoch versteuert wurde.

Ich erkenne kein grobes Verschulden darin und kann nur auf das verweisen, was hier schriftlich deponiert ist.

Sachbearbeiter: Wesentlich ist nach der Rspr, was hat der Bw. gewusst? Hat er diese Umstände gekannt, nämlich die Umstände von denen der Bw. jetzt spricht. Er sagt, der Depotübertrag ist von der BP nicht beachtet worden. Die Frage ist, hat der Bw. vom Depotübertrag etwas gewusst? Dass er die Wertpapiere gekauft hat, wird man wohl sagen müssen, ja, das wäre das, was man den Bw. heute hätte fragen können, wäre er mitgekommen. Dass er um 800.000,00 S Wertpapiere gekauft hat.....

Steuerlicher Vertreter (JS): ... hat er nicht gewusst.

Sachbearbeiter: Dass er um 800.000,00 S Wertpapiere gekauft hat, hat er nicht gewusst?

Steuerlicher Vertreter (JS): Die BP war 2002, der Kauf war drei Jahre vorher.

Sachbearbeiter: Er muss wohl gewusst haben, dass er um 800.000,00 S Wertpapiere gekauft hat – in seinem Depot, in seinem persönlichen Depot.

Steuerlicher Vertreter: Ob er das 2002 noch gewusst hat, das wage ich zu bezweifeln.

Sachbearbeiter: Es geht einmal darum, ob er gewusst hat, dass er das gekauft hat. Und dann, dass er gewusst hat, dass er die 800.000,00 S an die KEG übertragen hat. Das kann wohl ohne sein Mitwirken nicht geschehen sein.

Steuerlicher Vertreter (JS): Ja, klar.

Sachbearbeiter: Wie hätte denn das ohne ihn geschehen sollen? Das kann nicht ohne den Bw. passieren. Er ist der Geschäftsführer der KEG, es sind seine Konten über die er verfügt. Er ist zu 95% beteiligt, wer hätte das ohne ihn machen sollen? Es ist also mit ihm gemacht worden. Also wusste der Bw. davon, auch vom Übertrag auf die KEG.

Steuerlicher Vertreter (JS): Der Depotübertrag war ja vier Monate nach dem Kauf.

Sachbearbeiter: Es waren ja zwei Vorgänge. Die Behebung auf seinem Konto und der Übertrag. Das soll bedeuten, dass am 20. Mai 1999 insgesamt 800.000,00 S abgegangen und auf die KEG übertragen wurden, davon muss der Bw. gewusst haben.

Steuerlicher Vertreter (CD): Davon werden wir ausgehen können.

Sachbearbeiter: Das ist aber die Frage, um die es geht. Denn um die Kenntnis des Steuerpflichtigen geht es. Wenn er aber davon gewusst hat, kann er nicht der BP vorwerfen, sie habe es nicht miteinbezogen. Er hätte dafür sorgen müssen, dass es am Konto der KEG ordentlich verbucht wird, sodass man es auch ersehen kann. Die 800.000,00 S hat man aber offenbar nicht sehen können. Gesehen hat man nur die 3.250.000,00 S.

Steuerlicher Vertreter (JS): Ja, die 3.250.000,00 S und die 4.050.000,00 S. So eine Wandelanleihe kann ja nicht in fünf Monaten so schnell steigen.

Sachbearbeiter: Das ist wieder eine andere Frage. Dass eine Wandelanleihe in ein paar Monaten nicht so steigt, hätte auch auffallen müssen.

Steuerlicher Vertreter (JS): Ja, das hätte auf alle Fälle auffallen müssen. Aber die Steuererklärung war mit 0,00 ja richtig und die Prüferin hat dann gesagt, da will ich was versteuern und das war ja drei Jahre später.

Sachbearbeiter: Das ändert nichts an den Problemen mit der Wiederaufnahme.

Vertreterin des Finanzamtes: Die Prüferin konnte ja nur das bewerten, was sie in den Büchern gesehen hat. Sie hatte keine Verbuchung von den 800.000,00 S und konnte das dann auch nicht bewerten. Nur weil sie sagen, es ist richtig mit 0,00 versteuert worden.

Steuerlicher Vertreter: Der Steuerberater hat die 3.250.000,00 S eingebucht und wieder ausgebucht, das ist 0,00.

Vertreterin des Finanzamtes: Aber die Übertragung der 800.000,00 S war nicht bucherlich nachvollziehbar.

Sachbearbeiter: Man findet es am Konto nicht.

Vertreterin des Finanzamtes: Eben. Das hat die Prüferin nicht sehen können.

Steuerlicher Vertreter (CD): Der Beleg ist allerdings vorgelegen, weil selbst im Prüfbericht auf diesen Beleg Bezug genommen wird und der Nominalwert als Teilwert herangezogen wurde und daher die Realisierung der 800.000,00 S.

Vertreterin des Finanzamtes: Aber nicht ein Übertrag von 800.000,00 S, dass das eine Anschaffung war.

Steuerlicher Vertreter: Laut einer Bestätigung der Bank wurden die Wertpapiere mit einem Wert von 4.050.000,00 S auf dem Depot ausgebucht und mit demselben Wert am anderen Depot eingebucht.

Sachbearbeiter: Ja, aber dass 800.000,00 S aus der Übertragung da drin stecken, hat die Prüferin nicht wissen können. Das ist nirgends aufgeschienen, es gab keinen Beleg darüber.

Steuerlicher Vertreter (CD): Doch.

Sachbearbeiter: Nein.

Steuerlicher Vertreter (CD): Doch.

Sachbearbeiter: Nein, es gibt im ganzen Arbeitsbogen keinen Beleg der irgendwie darauf hindeuten würde. Aber der Bw. hat es gewusst. Es geht jetzt um die Frage der Wiederaufnahme auf Antrag und die Frage, hat er es gewusst? Es geht nicht um die Prüferin.

Steuerlicher Vertreter (JS): Er hätte es (gemeint: Die Niederschrift) nicht unterschrieben, wenn er es gewusst hätte. Er hätte die Niederschrift nicht unterschrieben. Wenn ich jetzt 600.000,00 S versteuern muss, mache ich mir schon Gedanken.

Sachbearbeiter: Ja, das wäre halt Aufgabe des Steuerberaters gewesen, dass er sich jede Zahl ansieht. Der Bw. kann jedenfalls nicht leugnen, dass er von diesen Vorgängen gewusst hat, die Übertragung der 800.000,00 S von seinem Konto auf das KEG-Konto. Damit hat er diesen Umstand gekannt. Und damit ist nichts Neues hervorgekommen.

Steuerlicher Vertreter (JS): Wie ich als steuerlicher Vertreter – im Dezember des vorigen Jahres – dazugekommen bin, da habe ich mir von der Bank das alles suchen lassen und dann habe ich ihm gesagt, schau her, so ist das gewesen. Er sagte nur „aha“ und hat das offenbar nicht gewusst.

Sachbearbeiter: Vielleicht war das nur „verschüttet.“

Steuerlicher Vertreter (JS): Das weiß ich nicht.

Sachbearbeiter: Es war auf jeden Fall da.

Vertreterin des Finanzamtes: Er hat sich vielleicht nicht mehr erinnert.

Sachbearbeiter: Das ist die entscheidende Frage.

Steuerlicher Vertreter (CD): Wir haben aber auch erst jetzt Kenntnis davon, dass das Finanzamt damals einen Sachverhalt falsch beurteilt hat. Es geht nicht nur um die Kenntnis des Bw.

Sachbearbeiter: Doch.

Steuerlicher Vertreter (CD): Der Beleg ist vollständig.

Vertreterin des Finanzamtes: Aber nur die 4.050.000,00 S. Von den 800.000,00 S war kein Beleg da in der Buchhaltung.

Sachbearbeiter: Auch die Prüferin kann das ja nicht gewusst haben, sonst hätte sie nicht 600.000,00 S versteuern können. Das wäre ja eine grobe Pflichtverletzung gewesen, einen Gewinn zu versteuern, der gar nicht da ist.

Steuerlicher Vertreter (CD): Im Prüfbericht wird Bezug genommen auf Buchwerte 3.250.000,00 S und es wird auf einen Beleg der Bank Bezug genommen, mit einem Wert von 4.050.000,00 S.

Sachbearbeiter: Ja.

Steuerlicher Vertreter (CD): Wenn auf diesem Beleg Nominale 4.050.000,00 S drinnen steht und ich gebucht habe Nominale 3.250.000,00 S, dann gehen mir Nominale 800.000,00 S ab.

Sachbearbeiter: Diese Überlegung hat die Prüferin so nicht angestellt. Sie hat gesagt, der große Betrag ist der Veräußerungsbetrag und der kleine Betrag ist der Buchwert der vom Veräußerungsbetrag abzuziehen ist. Daher hat sie 600.000,00 S versteuert.

Steuerlicher Vertreter (JS): Wenn ich zweimal das Nominale habe, muss ich schauen, wo kommt das her?

Sachbearbeiter: Ja, das hat sie offenbar nicht getan. Sie hätte höchstens auf die Idee kommen können, dass es nicht soviel sein kann.

Steuerlicher Vertreter (JS): Ich habe Nominale Ankauf und habe Übertragung Nominale und das müsste ja gleich sein, also muss ich als Prüferin sagen, ja wo ist denn die Differenz?

Sachbearbeiter: Vielleicht wusste sie davon nichts?

Steuerlicher Vertreter (JS): Na ja, vielleicht.

Sachbearbeiter: Das ändert nichts daran, dass der Bw. eine Wiederaufnahme will. Und da muss für ihn der Umstand neu hervorkommen. Er stützt sich jetzt darauf, dass dies neu ist. Neu ist, dass man damals 800.000,00 S hätte buchen müssen und sie aber nicht berücksichtigt hat und das ist eigentlich nichts Neues für ihn. Denn von den zwei Vorgängen – Ankauf und Verkauf – muss er wissen.

Steuerlicher Vertreter (CD): Es ist neu und ich habe das Gefühl, dass da vieles auch missverstanden wurde. Aus meiner Sicht ist neu, dass diese Transaktion an sich damals nicht berücksichtigt wurde. Nicht die Belege. Dass wir nicht ernsthaft behaupten, dass wir keine Bestätigungen von der Bank erhalten haben, ist doch klar; das wird ja in dieser Berufungsbeantwortung unterstellt, dass wir als Wiederaufnahmegrund behauptet hätten, die Bank hätte derartige Wertpapierabrechnungen nicht erstellt.

Sachbearbeiter: In der Berufung ist viel schwammiges drin, mit „wenn“ und „könnte“ und „wenn ich es erhalten habe“ und „wenn ich es dem Steuerberater weitergegeben habe“ ...

Da braucht man sich nicht wundern, wenn das Finanzamt genauso schwammig zurückschreibt.

Steuerlicher Vertreter (CD): Zu fragen wäre, wo ist der mindere Grad des Versehens und wo ist die grobe Fahrlässigkeit?

Sachbearbeiter: Das ist das Problem. Dahin kommen wir gar nicht; wenn wir keine neue Tatsache haben, brauchen wir auch das Verschulden nicht erörtern. Der VwGH judiziert: Kann der Bw. nicht nachweisen, dass er den Umstand – der zur Wiederaufnahme führen soll – nicht gekannt hat, dann braucht auch das Verschulden nicht erörtert werden.

Steuerlicher Vertreter (JS): Aber für den Bw. war das ja nicht erkennbar. Für ihn war ja klar, dass er nichts versteuern muss. Also hat er das gar nicht erkennen können.

Sachbearbeiter: Das hätte ihm das ja umso mehr auffallen müssen, wenn er zuerst Null erklärt und dann hat er 600.000,00 S Gewinn.

Steuerlicher Vertreter: Das war aber drei Jahre später, da hatte er das nicht mehr parat, für ihn war ja klar, dass er nichts versteuern muss. Das Finanzamt hat ja die KEG zerlegt.

Sachbearbeiter: Bringen wir es noch einmal auf den Punkt: Ich bin ein Steuerpflichtiger der sich nicht auskennt und habe eine Vertretung, die sich auskennt. Ich erkläre Null und dann kommt der Prüfer und findet eine Vorschreibung mit einem Gewinn von 600.000,00 S, das müsste für mich als Steuerpflichtigen bedenklich sein, der Steuerberater dürfte da gar nicht mehr schlafen können.

Steuerlicher Vertreter (CD): Wenn es aber der Steuerberater auch nicht kapiert?

Sachbearbeiter: Ja, dann wird es wohl an ihm hängen bleiben. Da kann sich der Bw. nicht auf den Prüfer ausreden. Er selbst hat ja den Vorgang gekannt. Und was soll das heißen, die Transaktion als solche ist neu?

Steuerlicher Vertreter (CD): Neu ist, dass die Transaktion nicht berücksichtigt worden ist.

Sachbearbeiter: Aber die Transaktion hängt an den Unterlagen, das müsste ja heißen, dass er auch davon nichts gewusst hat.

Steuerlicher Vertreter (CD): Jetzt drehen wir uns im Kreis. Tatsache ist, dass zum damaligen Zeitpunkt wie die BP stattgefunden hat, diese Belege nicht verbucht wurden und nicht vorgelegen sind. Aus welchen Gründen auch immer. Diese wurden bei der Prüfung nicht berücksichtigt, obwohl man bei Einschaltung des Hirnkastls das locker hätte berücksichtigen können. Und jetzt geht der Bw. davon aus, dass alles berücksichtigt und offengelegt wurde, denn warum sollte er die Belege nicht vorlegen? Er geht davon aus, dass alles verbucht und vom Prüfer alles richtig beurteilt wurde. Und jetzt kommen wir im Dezember 2007 drauf, dass gerade diese Transaktion völlig unberücksichtigt gelassen wurde. Nämlich der Übertrag dieser Wertpapiere. Da ziele ich nicht auf die Kenntnis der Transaktion 1999, sondern auf die Kenntnis, dass diese Transaktion der BP zugrundegelegen ist, was sie allerdings tatsächlich nicht war.

Sachbearbeiter: Er glaubte, die BP hat alles berücksichtigt?

Steuerlicher Vertreter (CD): Ja, hätte man alle Belege richtig gewürdig Noch einmal: Ich werfe der Finanzverwaltung gar keine falsche rechtliche Beurteilung vor.

Vertreterin des Finanzamtes: Es gab keinen Transaktionsbeleg in der Buchhaltung. Natürlich kann man sagen, die Depotauszüge hätte man hinterfragen können, aber es hat keinen Transaktionsbeleg gegeben über die 800.000,00 S. Darum hat die BP das auch nicht berücksichtigt.

Steuerlicher Vertreter (JS): Ich gehe laut Prüfbericht ohnehin davon aus, dass die 800.000,00 S nicht da waren. Nur was hilft es, jetzt sind sie da.

Sachbearbeiter: Die Frage lautet, ist seine Kenntnis der Transaktion entscheidend bzw die Nichtkenntnis der Nichtberücksichtigung im Zeitpunkt der Prüfung?

Steuerlicher Vertreter (JS): An der Wiederaufnahme hängt viel dran, weil wir nicht wissen, was mit dem Finanzstrafverfahren passiert.

Sachbearbeiter: Das werden wir hier nicht beurteilen. Wir können nicht das Verhalten der Prüferin beurteilen, wir werden auch das erstinstanzliche Strafverfahren nicht beurteilen. Im weiteren Strafverfahren werden ja wohl auch Beweise berücksichtigt werden.

Wir haben mehrere von ihrer Seite gestellte Anträge auf Befragung von Personen. Es ist die Frage, wie weit die Steuerberatung an diesen Anträgen festhält. Abgeschrieben wurden sie vom Strafakt: Einvernahme Prüferin, steuerlicher Vertreter ehemalig, steuerlicher Vertreter neu und Einvernahme Berufungswerber. Was wird davon noch aufrechterhalten? Darüber muss der Senat befinden.

Steuerlicher Vertreter (JS): Leicht machen wir es dem UFS nicht.

Sachbearbeiter: Leicht machen auch wir es uns nicht, aber wir können es schnell beenden. Die Fakten liegen auf dem Tisch. Sie müssen mir sagen, was sie mit der Einvernahme bezwecken. Heißt das Befragung, heißt das Zeugeneinvernahme?

Steuerlicher Vertreter (JS): Den Bw. kann man sicher noch befragen.

Sachbearbeiter: Sie müssen aber auch dazusagen, was die Einvernahmen noch bringen sollen.

Steuerlicher Vertreter (CD): Sie können ja sagen, dass die Befragung irrelevant ist.

Sachbearbeiter: Wenn sie das aufrechterhalten, müssen sie sagen, wen wir befragen sollen und was uns das bringen soll, worum es geht bei der Einvernahme. Dass der vorherige Steuerberater das übersehen hat, sollen wir ihn das fragen? Der neue Steuerberater wird dazu nicht viel sagen können. Die Prüferin habe ich befragt, mit ihr habe ich gesprochen.

Steuerlicher Vertreter (JS): Das ist der Aktenvermerk.

Sachbearbeiter: Die Prüferin kann auch nicht mehr sagen, als dass sie damals das genommen hat, was sie nehmen konnte. Dann bleibt der Steuerpflichtige.

Steuerlicher Vertreter (JS): Ist das sinnvoll, den Bw. einzuvernehmen?

Sachbearbeiter: Wenn es beantragt wird Es kommt auf die Kenntnis des Steuerpflichtigen an. Wenn er plausibel machen kann, dass er den Umstand nicht gekannt hat. Aber da wird er sich vermutlich hart tun. Er kann auch nicht sagen, das war lediglich 1999. Am 20. Mai 1999 war der Übertrag und dann müsste die Einbuchtung stattfinden. Dass der Bw. viele Wertpapiertransaktionen hatte ist schon klar, aber dann darf er sich nicht über andere beklagen, wenn er viele Wertpapierkonten hat und immer wieder kauft und verkauft. Dass der Bw. die Umstände nicht gekannt hat, wird er schwer widerlegen können.

Steuerlicher Vertreter (CD): Es geht aber nicht darum, ob er das gekannt hat.

Sachbearbeiter: Doch.

Steuerlicher Vertreter (CD): Eine Willenserklärung wird man von ihm damals gebraucht haben, als der Übertrag stattgefunden hat

Sachbearbeiter: Na und dass er nicht gewusst hat, was die BP tut ... die Niederschrift hat er unterschrieben. Was will er sagen? Dass er nicht gewusst hat, was die BP macht? Das ist nicht ganz greifbar.

Steuerlicher Vertreter (JS): Das ist schon denkbar, weil ja der Steuerberater da war. Der macht das für mich.

Sachbearbeiter: Ja, der hätte sich das ansehen müssen.

Steuerlicher Vertreter (CD): Da müssen sie mir einen zeigen, der das macht.

Sachbearbeiter: Das nachprüfen, was der Prüfer gesagt hat?

Vertreterin der Finanzverwaltung: Im Rahmen der Schlussbesprechung war das kein Thema? Ist er nicht hergegangen und hat etwas von einem Übertrag gesagt? Wahrscheinlich wird er das nicht gesagt haben.

Steuerlicher Vertreter (JS): Ich war nicht dabei.

Vertreterin des Finanzamtes: Sonst hätte er ja im Rahmen der Schlussbesprechung noch immer kommen und sagen können, schauen sie, ich habe einen Beleg über 800.000,00 S, das war ein Übertrag vom Privatdepot.

Steuerlicher Vertreter: Wenn Jahre später der Steuerberater ein „Geständnis“ im Finanzstrafverfahren ablegt, dann können sie von ihm nicht erwarten, dass er 2002 den Beleg hatte.

Vertreterin des Finanzamtes: Das weiß ich nicht.

Steuerliche Vertretung (JS): Offensichtlich nicht.

Steuerliche Vertretung (JS): Alle sind davon ausgegangen, dass die Wertpapiertransaktionen vollständig offengelegt worden sind. Wie sonst erklären sie sich, dass der Steuerberater die Gründe nicht hinterfragt hat? Und Jahre später im Namen des Bw. so ein „Geständnis“ abgibt? Im Jahr 2007 kommt er drauf, dass diese zwei Belege gefehlt haben.

Vertreterin des Finanzamtes: Sollten die dem Steuerberater nicht vorgelegen sein?

Steuerlicher Vertreter (CD): Das lässt sich nicht feststellen. Wir gehen davon aus, dass wir alle Belege offengelegt haben. Wo die verloren gegangen sind, weiß ich nicht. Das lässt sich jetzt sechs Jahre später ...

Steuerlicher Vertreter (JS): Zehn Jahre ...

Steuerlicher Vertreter (CD): Zehn Jahre später nicht mehr rekonstruieren. Da nehmen sie mich sicher nicht ernst, wenn ich sage, die hat der Steuerberater oder die hat der Prüfer verloren.

Sachbearbeiter: Die Prüferin kann nichts verloren haben und wenn; hätte sie den Gewinn nicht so feststellen dürfen.

Vertreterin des Finanzamtes: Im Rahmen der Schlussbesprechung – ich war ja nicht dabei – ist keiner da gewesen, der gesagt hat, einen Moment, warum kommt da ein Spekulationsgewinn von 600.000,00 S heraus?

Sachbearbeiter: Sechs Personen waren bei der Schlussbesprechung anwesend.

Steuerlicher Vertreter: Die Wertpapiere waren ja nur ein Punkt.

Vertreterin des Finanzamtes: Ja, aber das war ja ein sehr großer Punkt. Und jetzt sagen sie, das ist viel Geld, was es ja auch ist und bei der Schlussbesprechung war das kein Thema?

Steuerlicher Vertreter (CD): Ich rechne Eurobeträge immer in richtiges Geld um, damit ich mich zurechtfinde, für mich privat.

Vertreterin des Finanzamtes: Aber der Bw. war bei der Schlussbesprechung ja auch dabei. Wenn die Punkte der Niederschrift durchgemacht werden, sagt die Prüferin, aus der Wertpapierveräußerung kommt ein Gewinn von 600.000,00 S heraus und alle sitzen da und sagen nichts?

Sachbearbeiter: Es ist ja sogar mehrmals besprochen worden. Es steht zuerst im Besprechungsprogramm. Dann gibt es die Niederschrift, da ist dann noch einmal eine Abänderung, da sind Zinsen auch noch berücksichtigt. Also der Spekulationsgewinn ist ja mehrmals besprochen worden. Zuerst während der BP, dann erhielt man das Besprechungsprogramm, dann wurde alles noch einmal abgeändert. Das ist also sehr intensiv besprochen worden. Und wenn sich der Bw. dann nicht röhrt, wenn ihm soviel vorgeschrieben wird und er dem nicht nachgeht, warum das so ist.

Steuerlicher Vertreter (JS): Offensichtlich hat er davon nichts gewusst, sonst hätte er da nichts unterschrieben.

Steuerlicher Vertreter (CD): Wenn meine Erwartungshaltung darauf beruht, ich habe alle Belege abgegeben, mein Steuerberater hat alle Belege die ich ihm gegeben habe (einschließlich dieser beiden, die offenbar nicht übergeben wurden – egal) verbucht und er hat sich alles angeschaut

Sachbearbeiter: Dann kann er jetzt nicht kommen und sagen, das ist ein völlig neuer Sachverhalt. Es hätten die 800.000,00 S berücksichtigt werden müssen. Das ist nichts Neues.

Vertreterin des Finanzamtes: Es sind keine neuen Tatsachen, die jetzt hervorgekommen sind. Im Zeitpunkt der Schlussbesprechung war das jedem bekannt.

Sachbearbeiter: Jedenfalls hat er damals gewusst, dass das berücksichtigt werden muss, da kann er jetzt nicht sagen, das ist neu hervorgekommen. Das ist nichts Neues. Er hat geglaubt, dass das berücksichtigt wird, aber als neue Sache kommt das nicht hervor. Das ist nicht etwas, was er nicht kannte, sondern er hat diese Umstände gekannt. Etwas anderes wird er uns nicht erzählen können.

Gut, wir müssen es zu einem Ende bringen. Ich glaube nicht, dass irgend etwas Neues hervorkommen kann. Es kommt auf die steuerliche Vertretung an, was von den Einvernahmen aufrechterhalten wird, dann müssen wir weitermachen.

Steuerlicher Vertreter (JS): Den Bw. würde ich schon gerne einvernehmen.

Steuerlicher Vertreter (CD): Wir können das ja auch mit Schriftsatz machen.

Sachbearbeiter: Wir haben heute eine mündliche Verhandlung.

Steuerlicher Vertreter (JS): Verzichten tue ich auf die Anträge nicht.

Sachbearbeiter: Es ist ein Antrag aus dem Strafakt.

Steuerlicher Vertreter (CD): Inwieweit der Bw. das gewusst hat, da würde ich schon sagen, dass man den Bw. einvernimmt. Da stellt sich die Frage, was der Bw. gewusst hat. Ich möchte, ohne dass er dazu Stellung nimmt, nicht abschließen.

Sachbearbeiter: Dann ist die Verhandlung nächste Woche, da kann er kommen und aussagen.

Steuerlicher Vertreter (JS): Ist ja kein Problem.

Sachbearbeiter: Er war ja geladen und hätte kommen können.

Steuerlicher Vertreter (JS): Er hat mich gefragt, ob er dabei sein muss und ich sagte zu ihm, ich brauche dich heute nicht.

Sachbearbeiter: Die Frage ist, ob man das jetzt als Zeitverzögerung einstufen muss.

Steuerlicher Vertreter (CD): Wir wollen ja was von ihnen und nicht sie von uns, also wenn wir verzögern, dann zum eigenen Nachteil. Sonst verzögert immer der Beklagte, der Kläger braucht nicht verzögern.

Sachbearbeiter: „Sie werden als Partei vorgeladen, ein allfälliger Vertreter „..... also er war ja nicht ausgeschlossen. Er hätte kommen können.

Steuerlicher Vertreter (CD): Er hätte kommen können, ja.

Sachbearbeiter: Es wurde auch angeregt, ihn zu befragen, er hätte kommen können. Gut, dann machen wir das nächste Woche und dann kann der Bw. kommen.

Vertreterin des Finanzamtes: Soll da auch der frühere Steuerberater kommen?

Sachbearbeiter: Also welche Befragungen sollen es sein?

Steuerlicher Vertreter: Der Bw. soll befragt werden, hat er das gewusst oder nicht gewusst? Warum hat er dann zugestimmt, dass er den Gewinn versteuern muss?

Steuerlicher Vertreter (JS): Sollen wir den früheren Steuerberater dabei haben oder nicht?

Steuerlicher Vertreter (CD): Normalerweise macht man keinem die Arbeit leicht, vielleicht müssen wir Beschwerde machen.

Vertreterin des Finanzamtes: Haben sie Kontakt zum früheren Steuerberater?

Sachbearbeiter: Die Sache wäre leicht, wenn das Finanzamt einen Fehler eingesteht und eine Erledigung mit BVE machen würde.

Vertreterin des Finanzamtes: Dazu kann ich jetzt nichts sagen.

Steuerlicher Vertreter (CD): Sagen wir so, den Bw. werden wir brauchen, weil ich die Fragen, die sie uns gestellt haben, nicht in seinem Namen beantworten kann.

Sachbearbeiter: Inhaltlich sehe ich das so, dass es ein Verlust war und kein Gewinn, das ergibt sich aus den Belegen. Wir sprechen mit dem Bw., nächste Woche ist der Termin.

Die Fortsetzung und der Abschluss der mündlichen Verhandlung wurde für Mittwoch, den 14. Dezember 2008 festgesetzt.

7. Im Rahmen der fortgesetzten mündlichen Berufungsverhandlung am 17. Dezember 2008 wurde nach dem Vortrag des Berichterstatters nachstehendes besprochen:

Sachbearbeiter: Der Antrag lautet, dass uns der Bw. erklärt, was er gewusst hat. Meine Fragen an den Bw. – um das abzukürzen – sind relativ kurz gefasst: Ich zeige Belege vor, so den Einkauf der Wandelanleihe 1999 um 800.000,00 S, die dann an die KEG übertragen wurde. Ist Ihnen das bekannt gewesen oder hat das jemand anderer abgeschlossen?

Bw.: Das habe ich abgeschlossen. Sämtliche Wertpapiergeschäfte habe ich in der KEG getätigt, die waren alle rechtmäßig erfasst, die Rechtsgeschäfte in der Buchhaltung und für mich war die Sache erledigt. Wie gesagt, die Buchungen habe alle ich veranlasst.

Steuerlicher Vertreter: Die Übertragung haben sie veranlasst ...

Bw.: Richtig, die habe ich veranlasst.

Steuerlicher Vertreter: Das war steuerrechtlich neutral. Weil ja für die KEG und privat gekauft und dann übertragen wurde. Das war steuerlich zu vergessen, nicht wahr? Die Prüfung war ja drei Jahre später.

Sachbearbeiter: Nicht so schnell, wir sind noch bei diesem Vorgang. Ist das an die KEG übertragen worden? Wie ist das bei der KEG erfasst worden? Denn die Prüferin hat offenbar diesen Betrag nicht gehabt.

Bw.: Alle Geschäfte sind in der KEG erfasst worden.

Sachbearbeiter: Ja, von wem?

Bw.: Vom früheren Steuerberater.

Sachbearbeiter: Aber die Prüferin hat das trotzdem nicht gehabt.

Bw.: Das weiß ich nicht.

Sachbearbeiter: Also war der Vorgang offenbar nicht verbucht.

Bw.: Das weiß ich zuwenig.

Sachbearbeiter: Das muss so gewesen sein.

Bw. Ich habe alle Belege zum Steuerberater hingebbracht und die Sache war für mich erledigt.

Sachbearbeiter: Gut, das waren eigentlich meine Fragen, wenn sie den Bw. noch weiter befragen wollen?

Steuerlicher Vertreter (JS): Es geht um die BP, die war ja drei Jahre später. Und bei der BP wurde dieser Punkt besprochen. War Ihnen das bewusst oder wie war denn das?

Bw.: Ich muss sagen ich bin sechs, sieben Stunden gesessen und habe dem Steuerdialog folgen müssen und habe das zu dem Zeitpunkt nicht mehr gewusst.

Steuerlicher Vertreter (JS): Also, dass da Übertragungen waren, das haben sie nicht gewusst?

Bw.: Die Übertragung habe ich schon gewusst.

Steuerlicher Vertreter: Ich meine bei der BP.

Bw.: Na die ganzen Transaktionen, die ich gemacht habe, hab ich nicht mehr gewusst. Das ist klar.

Steuerlicher Vertreter: Sie haben sich auf die Prüferin verlassen, dass das stimmt, was die sagt?

Bw.: Ja, sicher.

Sachbearbeiter: Gut, sie sind weiter am Wort, ich habe dazu keine Frage.

Bw.: Die Finanzstrafbehörde hat urgirt. Der frühere Steuerberater hat mich immer so nebulos informiert und im November 2007 habe ich dann vom Finanzamt einen Brief zugestellt bekommen. In diesem Brief steht drin, dass er keine Stellungnahme abgegeben hat. Da ist es mir mühsam gelungen in Kontakt zu treten, um zu erfahren worum es da gegangen ist. Ich habe die ganzen Sachen mühsam recherchieren müssen, weil ich das auch alles nicht geglaubt habe. Dadurch bin auch erst draufgekommen, weil die Wandelanleihe nicht soviel ausmachen kann.

Sachbearbeiter: Das Thema haben wir schon debattiert, das ist schon klar.

Steuerlicher Vertreter (CD): Das war dann im November/Dezember 2007. In diesem Zusammenhang haben wir dann auch von der Bank diese Kontoauszüge angefordert. Und zu welchem Zeitpunkt war ihnen dann klar, dass bei der Abgabenprüfung 2002 etwas falsch gelaufen ist?

Bw.: Erst wie mir der Steuerberater das gesagt hat.

Steuerlicher Vertreter (JS): Vor einem Jahr.

Steuerlicher Vertreter (CD): Nur zur Klarstellung, sie sagten vorhin, dass sie diese Transaktionen selbst gebucht hatten. Damit meinten sie nicht die laufende Buchhaltung sondern ..

Bw.: ... den Auftrag.

Steuerlicher Vertreter (CD): Das heißt aus ihrer Sicht waren alle Wertpapiertransaktionen aus 1999 im Jahr 2002 offengelegt?

Bw.: Sicher. Im Detail habe ich es nicht mehr gehabt, ich habe gewusst, dass ich es gekauft habe.

Sachbearbeiter: Zum Finanzamt noch bezüglich einer BVE, da hat es geheißen eine solche ist aus zeitlichen Gründen nicht mehr möglich.

Steuerlicher Vertreter: Aus zeitlichen Gründen?

Sachbearbeiter: Ja, aus Verjährungsgründen. Daher bleibt die Entscheidung beim UFS.

Steuerlicher Vertreter (JS): Ich glaube, sonst haben wir nichts Neues mehr, wir haben ja das letzte Mal schon sehr viel darüber gesprochen.

Sachbearbeiter: Gut, das war ja ohnehin der einzige Antrag der noch aufrecht war.

Steuerlicher Vertreter (JS): Ja.

Sachbearbeiter: Dann ist das Beweisverfahren geschlossen.

8. Folgende Unterlagen bzw Aussagen sind in die rechtliche Würdigung miteinzubeziehen:

(a) Besprechungsprogramm der W. KEG vom 11. Dezember 2002:

Punkt 19: Sämtliche Verkäufe von Wertpapieren seien innerhalb eines Jahres ab der Anschaffung erfolgt. Es lägen daher Einkünfte aus Spekulationsgeschäften gemäß § 30 EStG 1988 vor. Diese seien wie folgt zu ermitteln: Veräußerungserlös abzüglich Anschaffungskosten und Werbungskosten (Einkünfte gemäß § 30 Abs 4 EStG). Die Ermittlung der Einkünfte werde im Anhang vier dargestellt.

Die Wertpapiere der Wohnbau-Wandelanleihe seien per 1. Dezember 1999 vom Bw. in sein Privatdepot übernommen worden, die Privatentnahme sei mit dem Buchwert von 3.282.500,00 S verbucht worden. Entnahmen seien mit dem Teilwert im Zeitpunkt der Entnahme zu bewerten. Laut einer Bestätigung der Bank seien die Wertpapiere mit einem Wert von 4.050.000,00 S vom Depot der W. KEG ausgebucht und gleichzeitig mit demselben Wert am Depot des Bw. eingebucht worden. Dieser Wert werde als Entnahmewert herangezogen (Einkünfte aus Spekulationsgeschäften 1999 mit 732.502,06 S).

Punkt 10: Von einem Kreditbetrag von 6.195.540,00 S seien 3.282.500,00 S für den Wertpapierkauf verwendet worden.

Anlage vier:

1999	Anschaffung	Anschaffung	Veräuße rung	Veräußerung	Werbungs -kosten	Überschuss
	Datum	Kosten	Datum	Kosten		

Stamm-aktien	29.1.1998	490.967,50	28.6. 1999	667.691,05		110.473,55
Wandel-anleihe	21.1.1999	3.282.500,00	1.12. 1999	4.050.000,00 66.250,00	75.370,88	625.879,12
Shares	20.7.1999	386.918,04	13.10. 1999	307.696,55		-79.221,49
						657.131,18

(b) Bericht der BP vom 11. Dezember 2002 betreffend Prüfung bei der KEG:

Die Einkünfte aus Spekulationsgeschäften werden 1999 mit 657.131,00 S festgestellt. Die Anteile betragen 624.274,00 S (Bw.) und 32.857,00 S (Gattin des Bw.).

Über die Berufung wurde erwogen:

1. (a) Dem Antrag einer Partei auf Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 303 Abs 1 lit. b BAO ist statzugeben, wenn ein Rechtsmittel gegen den Bescheid nicht mehr zulässig ist und Tatsachen oder Beweismittel neu hervorkommen, die im abgeschlossenen Verfahren ohne grobes Verschulden der Partei nicht geltend gemacht werden konnten.
- (b) Die Wiederaufnahmegründe sind grundsätzlich dieselben, wie bei der amtswegigen Wiederaufnahme. Tatsachen sind Sachverhaltselemente (mit dem Sachverhalt des abgeschlossenen Verfahrens zusammenhängende tatsächliche Umstände): Zustände, Vorgänge, Beziehungen, Eigenschaften. Selbst innere Vorgänge (soweit sie rational feststellbar sind) können Tatsachen sein (zb. Ansichten, Absichten; die mangelnde Ordnungsmäßigkeit der Buchführung oder die näheren Umstände betreffend die Marktgerechtigkeit des Verhaltens usw.).
- (c) Bei der Wiederaufnahme auf Antrag stellen aber Tatsachen und Beweismittel nur dann taugliche Wiederaufnahmegründe dar, wenn sie im abgeschlossenen Verfahren ohne grobes Verschulden der Partei nicht geltend gemacht werden konnten. Die Kenntnis des Vertreters muss sich die vertretene Partei zurechnen lassen (Ritz, BAO § 303, Rz 27 zu VwGH 29.9.87, 87/11/0205). Nach Ansicht des VwGH ist maßgebend, ob im Zeitpunkt des abgeschlossenen Verfahrens die maßgeblichen Umstände der Partei bekannt waren (VwGH 28.9.1998, 96/16/0158). Im Falle von Beweismitteln muss es sich um solche handeln, die im Zeitpunkt der Erlassung des das Verfahren abschließenden Bescheides bereits existiert haben, aber der Partei zum Zweck der Verwertung noch nicht zur Verfügung gestanden sind. Legt die Partei

nicht dar, dass ihr Unterlagen nicht zur Verfügung standen (sondern sie nur keine Veranlassung sah, diese vorzulegen), dann handelt es sich nicht um neu hervorgekommene Beweismittel (VwGH 26.2.2003, 97/13/0081).

(d) Der Antrag ist gemäß § 303 Abs 2 BAO mit drei Monaten ab Kenntnis des Wiederaufnahmegrundes befristet. Ein verspäteter Wiederaufnahmeantrag ist zurückzuweisen.

(e) Nach Eintritt der Verjährung ist gemäß § 304 BAO eine Wiederaufnahme des Verfahrens ausgeschlossen, sofern ihr nicht ein eingebrochter Antrag gemäß § 303 Abs 1 BAO zugrunde liegt

- innerhalb eines Zeitraumes, bis zu dessen Ablauf die Wiederaufnahme von Amts wegen unter der Annahme einer Verjährungsfrist (§§ 207 bis 209 Abs 2 BAO) von sieben Jahren zulässig wäre oder

- vor dem Ablauf einer Frist von fünf Jahren nach Eintritt der Rechtskraft des das Verfahren abschließenden Bescheides.

2. Der Zurechnung bezüglich des Spekulationsgewinnen lag keine einheitliche und gesonderte Feststellung zugrunde, vielmehr erfolgte die Zurechnung des strittigen Veräußerungsgewinnes direkt an den Bw. Die Regelung des § 252 BAO greift daher in diesem Falle nicht.

3. Die in der Berufung enthaltenen Anträge wurden bis auf einen – nämlich die Befragung des Bw. – nicht aufrechterhalten. In der fortgesetzten mündlichen Verhandlung wurde daher ausschließlich der Bw. befragt.

4. Der Wiederaufnahmeantrag wurde innerhalb der Fristen der §§ 209 und 304 BAO gestellt (Bescheid vom 17. Februar 2003 bzw Abänderung des Bescheides vom 2. Dezember 2003; Wiederaufnahmeantrag vom 20. Dezember 2007) und ist daher rechtzeitig. Eine amtswegige Wiederaufnahme wurde vom Finanzamt nicht in Erwägung gezogen, weil die in § 207 Abs 2 BAO geregelte Frist von fünf Jahren bereits abgelaufen ist.

5. (a) Im gegenständlichen Fall wird zunächst im Wiederaufnahmeantrag jener Umstand vom Bw. als neu hervorgekommen bezeichnet, wonach er selbst um 800.000,00 S Wandelanleihen gekauft, am 20. Mai 1999 vom privaten Depot behoben und am selben Tag an die W. KEG übertragen hat. Dadurch habe sich ein höherer Bestand bei der KEG (statt 3.250.000,00 S gesamt 4.050.000,00 S) und in der Endabrechnung kein Gewinn, sondern ein Verlust ergeben.

Nach den (ursprünglichen) Angaben des Bw. wurden im Zuge des gegen ihn laufenden Strafverfahrens Unterlagen bei der H-Bank angefordert: Im Schreiben vom 13. Dezember 2007 an den Spruchsenat des Finanzamtes wurden im laufenden Strafverfahren gegen den Bw. mehrere Depotauszüge vorgelegt

- Depotauszüge 6012025869 (Ausbuchung KEG 4.050.000,00 S vom 1. Dezember 1999) und 6112001463 (Einbuchung Bw. 4.050.000,00 S vom 1. Dezember 1999) sowie
- Depotauszüge 6112001463 vom 26. und 27. Juni 2000 betreffend Verkäufe vom Privatkonto (s dazu auch Belege 1-7 der Beilage zum Wiederaufnahmeantrag) und
- Depotauszug 17074019 vom 20. Mai 1999 betreffend Einbuchung Wandelanleihe Nominale 800.000,00 S bei der KEG.

Mit Schreiben vom 16. Juli 2008 übermittelte der Bw. an die Berufungsbehörde im Finanzstrafverfahren als Ergänzung eine Wertpapierabrechnung der W. KEG vom 21. Januar 1999 über den Ankauf der verfahrensgegenständlichen Wandelanleihe im Nominalwert von 3.250.000,00 S und einem Kurswert von 3.282.500,00 S (Beweisantrag und Urkundenvorlage; im Wiederaufnahmeverfahren als Beilage 1 ausgewiesen).

(b) Der UFS kann in diesem – im Wiederaufnahmeantrag angeführten – Umstand weder eine neu hervorgekommene Tatsache erblicken, noch handelt es sich um ein neues Beweismittel: Der private Kauf der Wandelanleihe im Ausmaß von 3.250.000,00 S und 800.000,00 S (Summe 4.050.000,00 S) und die (jeweilige) Übertragung an die KEG an sich war dem Bw. schon 1999 bekannt und musste ihm auch bekannt sein, weil die Transaktion derartiger Summen nicht ohne sein Einverständnis durchgeführt werden konnte. Es ist auch davon auszugehen, dass die „nachträglich hervorgekommenen“ Transaktionsbelege dem Bw. schon 1999 zur Verfügung standen. Dies hat der Bw. in der mündlichen Verhandlung grundsätzlich auch bestätigt und ausgeführt, er habe alles an den Steuerberater weitergeleitet.

Der Bw. hat die für das gegenständliche Verfahren bedeutsame Wandelanleihe im Wert von 800.000,00 S privat angekauft, am 20. Mai 1999 vom eigenen Depot behoben und auf das Depot der KEG übertragen. Damit bestand – ungeachtet der Frage, welche Belege dem Bw. zugekommen sind und welche Belege an den Steuerberater weitergeleitet wurden – jedenfalls Kenntnis des Bw. über die Transaktion. Damit liegt aber bezüglich der Umstände auf die sich der Bw. nunmehr in der Wiederaufnahme stützt, keine neue Tatsache und auch kein neues Beweismittel vor, sodass es der Prüfung des Verschuldens nicht bedarf (s auch VwGH 26.2.2003, 97/13/0081). Im übrigen würde eine Verschuldensprüfung zum gleichen Ergebnis wie in Punkt c (nachfolgend) führen.

(c) Soweit die steuerliche Vertretung nunmehr einwendet, dass der Bw. zwar Kenntnis von der Übertragung gehabt, aber nicht gewusst hat, dass der Buchwertabgang bei der Berechnung des Veräußerungsgewinnes nicht berücksichtigt wurde, ist auch diese neue Argumentation nicht glaubwürdig. Die Berufungspunkte wurden bei der Schlussbesprechung ausführlich erörtert. In der Niederschrift zur Schlussbesprechung bei der KEG vom 11. Dezember 2002, bei der der Bw. als Geschäftsführer und Gesellschafter anwesend war, ist

auch ein Anhang enthalten, der die genaue Darstellung des Veräußerungsgewinnes bei der Wohnbau Wandelanleihe enthält. Sowohl die angesetzten Kosten als auch die Erlöse sind dargestellt:

	Datum	Kosten/Erlös
Anschaffung	21.1.1999	-3.282.500,00
Veräußerung	1.12.1999	4.050.000,00
Werbungskosten		-75.370,88
Werbungskosten		-66.250,00
Einkünfte Summe		625.879,12
Sonstige Einkünfte		110.473,55 -79.221,49
Einkünfte aus Spekulationsgeschäften 1999		657.131,18

Somit kannte der Bw. aufgrund seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der KEG und als Beteiligter die genaue Höhe der Abzugsposten. Da beide Übertragungen – jene in Höhe von 3.250.000,00 S und jene in Höhe von 800.000,00 S – dem Bw. bekannt waren, musste er bei Vorstellung des Zahlenwerkes durch die BP auch erkennen, dass die 800.000,00 S nicht enthalten waren.

Hätte der Bw. diesen Umstand aber tatsächlich nicht gekannt, sondern erst im Dezember 2007 davon erfahren (sodass auch § 303 Abs 2 BAO als erfüllt anzusehen wäre) und läge eine neue Tatsache vor, die zu einem anderslautenden Bescheid geführt hätte, so könnte dem Bw. auch dieses Argument nicht zum Erfolg verhelfen:

Ein grobes Verschulden der Partei steht nämlich auch im Fall des Vorliegens neuer Tatsachen der Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 303 Abs 1 lit. b entgegen (Ritz, BAO, § 303, Rz 17 und 26).

Grobes Verschulden liegt vor, wenn jemand auffallend sorglos handelt. Auffallend sorglos handelt, wer die im Verkehr mit Behörden erforderliche und die nach den persönlichen Fähigkeiten zumutbare Sorgfalt außer acht lässt. Das Verschulden des Vertreters ist dem Verschulden des Vertretenen gleichzuhalten (Ritz, BAO, § 308, Rz 15 ff).

Nach dem vorangehend Dargelegten ist festzuhalten, dass die Übertragung der Wandelanleihe an die KEG – deren Nichterfassung letztendlich zur Fehlberechnung der Betriebsprüfung geführt hat – bei der Personengesellschaft zu verbuchen war. Wenn auch letztlich nach nunmehr zehn Jahren nicht mehr geklärt werden konnte, ob der Bw. die Belege nicht weitergegeben hat oder – wie er selbst dies darstellt – die Weitergabe an den Steuerberater erfolgt ist, aber eine Verbuchung aus ungeklärten Gründen unterblieb, ist das Ergebnis dasselbe: Wenn eine Transaktion mit diesen Ausmaßen (800.000,00 S) in der Buchhaltung nicht jenen Niederschlag findet, der es erlaubt, den Ankaufspreis zurückzuverfolgen, hat die dafür zuständige Person auffallend sorglos gehandelt. Dabei spielt es auch keine Rolle, ob das Verschulden an der Nichtverbuchung beim Steuerberater oder beim Bw. zu suchen ist, weil der Bw. als Vertretener für den Vertreter einstehen muss.

Hinzu kommt eine weitere auffallende Sorglosigkeit sowohl des Bw. als auch des Steuerberaters: Obwohl die Betriebsprüferin einen für den Bw. unerwarteten Veräußerungsgewinn von über 600.000,00 S feststellt und die entsprechenden Steuern vorschreibt, fällt auch weiterhin weder dem Bw. noch seinem steuerlichen Vertreter im BP-Verfahren auf, dass die Ursache ein rechnerischer Gewinn aus dem Verkauf der Wandelanleihe ist, der dadurch zustande kommt, dass der Ankauf nicht entsprechend verbucht wurde. Damit ist von einer fortgesetzt auffallenden Sorglosigkeit beider Personen auszugehen. Da die Ergebnisse der BP mehrmals im Rahmen der Prüfung und beim Prüfungsabschluss besprochen wurden, hätte bei entsprechender Nachfrage und Sorgfalt die Nichtverbuchung oder Nichtberücksichtigung des Einganges von 800.000,00 S jedenfalls festgestellt werden können, da es einem Steuerpflichtigen und seinem Steuerberater wohl zumutbar ist, einen aus einer einfachen Einnahmen-Ausgabenrechnung resultierenden Gewinn zahlenmäßig zu überprüfen.

Die beantragte Wiederaufnahme kommt daher wegen Nichtvorliegens neuer Tatsachen oder Beweismittel sowie wegen auffallender Sorglosigkeit des Bw. und seines steuerlichen Vertreters im Betriebsprüfungsverfahren nicht zustande.

Beilage: 1 Anonymisierungsblatt

Linz, am 29. Jänner 2009