

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache M.GmbH, (Bf.) vertreten durch Gosteco Goworek Steuerberatungs-Wirtschaftsprüfungs-u.Consulting GmbH, Zieglergasse 27/2/9, 1070 Wien, über die Beschwerde vom 3. September 2012 gegen den Bescheid des FA Wien 2/20/21/22 vom 09.08.2012, über die Festsetzung von ersten Säumniszuschlägen zu Recht erkannt:

Auf Grund der Beschwerde wird der Bescheidspruch insoweit abgeändert, dass hinsichtlich der Kapitalertragsteuer 2009 als Frist "binnen einer Woche nach Zufließen der verdeckten Gewinnausschüttung" an die Stelle von "12.7.2012" tritt.

Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## **Entscheidungsgründe**

Das Finanzamt Wien 2/20/22/22 hat am 9. August 2012 einen Bescheid über die Festsetzung von ersten Säumniszuschlägen erlassen und gemäß § 217 Abs. 1 und 2 BAO wegen Nichtentrichtung der Kapitalertragsteuer 1-12/2009 in der Höhe von Euro 18.136,63 einen ersten Säumniszuschlag von Euro 362,73, der Umsatzsteuer 2008 in der Höhe von Euro 5.067,83 einen ersten Säumniszuschlag von Euro 101,36 und der Umsatzsteuer 2009 in der Höhe von Euro 17.083,33 einen ersten Säumniszuschlag von Euro 341,67 festgesetzt.

Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 3.9.2012, in der ausgeführt wird, dass bereits im Zuge der Betriebsprüfung ein Antrag auf Abstandnahme von der Festsetzung eines Säumniszuschlages gestellt worden sei, da kein grobes Verschulden vorliege.

Die Umsatzsteuerfestsetzung sei aufgrund einer von der Betriebsprüfung vorgenommenen Entnahme eines Umlaufvermögens ins Privatvermögen erfolgt. Gegen diese Vorgangsweise werde noch Berufung erhoben werden.

Die Berufung wurde mit Berufungsvorentscheidung vom 5.9.2012 abgewiesen und dies damit begründet, dass die Säumniszuschlagsverpflichtung nur den Bestand einer formellen Abgabenschuld voraussetze, die nicht rechtzeitig entrichtet werde.

Einer Berufung gegen den Grundlagenbescheid komme kein Einfluss auf die Festsetzung des Säumniszuschlages zu.

Im Falle einer nachträglichen Herabsetzung oder Aufhebung des Kapitalertragsteuerbescheides bestehe die Möglichkeit der Anpassung eines Säumniszuschlages.

Ein grobes Verschulden sei dann anzunehmen, wenn die für die Einhaltung von Fristen erforderliche und nach den persönlichen Fähigkeiten zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen werde, wenn also eine ungewöhnliche und auffallende Sorgfaltsvernachlässigung vorliege. Der eine Begünstigung in Anspruch Nehmende habe selbst einwandfrei und unter Ausschluss jeden Zweifels das Vorliegen all jener Umstände darzulegen, auf die die abgabenrechtliche Begünstigung gestützt werden könne.

Da die zugrunde liegende fehlerhafte Abgabenermittlung auf einer unvertretbaren Rechtsansicht beruhe, liege ein grobes Verschulden der verspäteten Abgabenermittlung vor.

Dagegen richtet sich der Vorlageantrag vom 13. September 2012, in dem ausgeführt wird, dass am 12. September 2012 Berufung gegen die Bemessungsgrundlagenbescheide eingebracht worden sei. Aus dem Inhalt der Berufung gehe hervor, dass die Abgabenvorschreibung nach der Prüfung nicht auf einem groben Verschulden des Geschäftsführers beruhe, sondern auf der Rechtsmeinung der Betriebsprüfung, die des Erachtens des steuerlichen Vertreters der gesetzlichen Bestimmung zuwiderlaufe.

Der Geschäftsführer habe keine gesetzlichen Entrichtungsfristen versäumt, daher werde um Aufhebung des Bescheides ersucht.

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2015 wurde die Bf. durch das BFG befragt, ob es sich bei der 100%igen Gesellschafterin um die Gattin des Geschäftsführers handle oder in welchem sonstigen Verhältnis Frau H.M. zu dem gleichnamigen Geschäftsführer stehe.

Weiters wurde die Bf. aufgefordert, Beweise zu ihrem Vorbringen in der Berufungsschrift gegen die Feststellungen der Betriebsprüfung zur Kapitalertragsteuer und Umsatzsteuer 2009, dass die beiden verfahrensgegenständlichen Oldtimer hätten verkauft werden sollen, bzw. Teile eines Autos als Ersatzteile hätten verkauft werden sollen, vorzulegen.

Seien diesbezüglich seit Abschluss der Prüfung im Jahr 2012 Änderungen eingetreten, mögen diese bekannt gegeben werden. Seien die Autos oder Teile dieser Autos nunmehr allenfalls verkauft worden, werde um Vorlage von Unterlagen dazu ersucht.

Am 4. März 2016 kam ein Fristverlängerungsansuchen bis 25. März 2016. Zudem wurde mitgeteilt, dass W.M. noch wisse, wer sich für die Autos interessiert habe bzw. mit wem entsprechende Verkaufsverhandlungen geführt worden seien. Er werde diese Personen

ansprechen und sie um ein entsprechendes Schreiben ersuchen. Dafür benötige er jedoch Zeit.

Frau H.M. und Herr W.M. seien zwar nicht geschieden, lebten aber seit 25 Jahren getrennt. Herr W.M. habe vor zwei Jahren die Steuerberatungskanzlei gefragt, ob die GmbH jetzt die Autos verkaufen könne, da sich jemand konkret dafür interessieren würde. Aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit und dem laufenden Verfahren habe ihm der Steuerberater jedoch vom Verkauf abgeraten bis die rechtliche Situation durch Abschluss des Beschwerdeverfahrens geklärt sei.

Nach weiteren Fristverlängerungen wurde am 13. April 2016 ein Schriftsatz eingebracht und darin ausgeführt, dass zwei Schreiben von Herrn S und Herrn K vorgelegt werden, die bestätigen, dass sie an einem Kauf interessiert gewesen wären. Aufgrund unterschiedlicher Preisvorstellungen sei aber das Geschäft nicht abgeschlossen worden.

Dem Schreiben ist eine Bestätigung vom 23.3.2016 beigelegt, mit der J.K. bestätigt, im Jahr 2007 Interesse am Kauf des Bentley B gehabt zu haben. Trotzdem ihm ein zweiter Bentley als "Ersatzteillager" mit angeboten worden sei, sei sein Angebot zu weit unter den Preisvorstellungen der Bf. gelegen, wodurch der Kauf nicht zustande gekommen sei.

Mit Bestätigungsschreiben vom 4.4.2016 hält Herr S fest, dass er im Jahr 2009 bezüglich desselben Bentley in Verkaufsverhandlungen mit der Bf. getreten sei. Die Verhandlungen hätten sich über Wochen gezogen, letztendlich sei der Kauf nicht zustande gekommen, weil die Preisvorstellungen zu weit auseinander gelegen seien.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

*Gemäß § 323 Abs. 38 BAO sind die am 31. Dezember 2013 bei dem unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz anhängigen Berufungen und Devolutionsanträge vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinn des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen. Solche Verfahren betreffende Anbringen wirken mit 1. Jänner 2014 auch gegenüber dem Bundesfinanzgericht.*

*Gemäß § 217 Abs. 1 BAO gilt: Wird eine Abgabe, ausgenommen Nebengebühren (§ 3 Abs. 2 lit. d), nicht spätestens am Fälligkeitstag entrichtet, so sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen Säumniszuschläge zu entrichten.*

*Abs. 2: Der erste Säumniszuschlag beträgt 2% des nicht zeitgerecht entrichteten Abgabebetrages.*

*Abs. 4: Säumniszuschläge sind für Abgabenschuldigkeiten insoweit nicht zu entrichten, als a) ihre Einhebung gemäß § 212a ausgesetzt ist, b) ihre Einbringung gemäß § 230 Abs. 2, 3, 5 oder 6 gehemmt ist, c) ein Zahlungsaufschub im Sinn des § 212 Abs. 2 zweiter Satz nicht durch Ausstellung eines Rückstandsausweises (§ 229) als beendet gilt, d) ihre Einbringung gemäß § 231 ausgesetzt ist.*

*Abs. 5: Die Verpflichtung zur Entrichtung eines Säumniszuschlages gemäß Abs. 2 entsteht nicht, soweit die Säumnis nicht mehr als fünf Tage beträgt und der Abgabepflichtige innerhalb der letzten sechs Monate vor dem Eintritt der Säumnis alle*

*Abgabenschuldigkeiten, hinsichtlich derer die Gebarung (§ 213) mit jener der nicht zeitgerecht entrichteten Abgabenschuldigkeit zusammengefasst verbucht wird, zeitgerecht entrichtet hat. In den Lauf der fünftägigen Frist sind Samstage, Sonntage, gesetzliche Feiertage, der Karfreitag und der 24. Dezember nicht einzurechnen; sie beginnt in den Fällen des § 211 Abs. 2 und 3 erst mit dem Ablauf der dort genannten Frist.*

*Abs. 7: Auf Antrag des Abgabepflichtigen sind Säumniszuschläge insoweit herabzusetzen bzw. nicht festzusetzen, als ihn an der Säumnis kein grobes Verschulden trifft, insbesondere insoweit bei nach Abgabenvorschriften selbst zu berechnenden Abgaben kein grobes Verschulden an der Unrichtigkeit der Selbstberechnung vorliegt.*

Die Bf. hat eine Berufung gegen die Festsetzung von Säumniszuschlägen eingebracht, jedoch in ihrem inhaltlichen Vorbringen nichts dagegen vorgebracht, dass die Vorschreibung von Säumniszuschlägen wegen Nichtentrichtung der Abgaben bei deren Fälligkeit nicht gesetzeskonform erfolgt sei, da die Abgaben entrichtet worden seien.

Es steht somit aus der Aktenlage fest, dass die Kapitalertragsteuer für 1-12/2009 von Euro 18.136,63 nicht binnen einer Woche ab Zufluss der Erträge entrichtet wurde und die Umsatzsteuer 2008 in der Höhe von Euro 5.067,83 und die Umsatzsteuer 2009 in der Höhe von Euro 17.083,33 nicht jeweils bis zum 15. Februar des Nachfolgejahres entrichtet wurden.

Eingewendet wurde im weiteren Verfahren lediglich, dass kein grobes Verschulden an der Unterlassung der Entrichtung bei Fälligkeit vorliege, was als Antrag nach § 217 Abs. 7 BAO zu werten ist.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes tritt bei einem Begünstigungstatbestand die Amtswegigkeit der Sachverhaltsermittlung gegenüber der Offenlegungspflicht des Begünstigungswerbers in den Hintergrund. Wer - wie im gegenständlichen Fall - eine Begünstigung in Anspruch nehmen will, hat also selbst einwandfrei und unter Ausschluss jeden Zweifels das Vorliegen all jener Umstände aufzuzeigen, auf welche die abgabenrechtliche Begünstigung gestützt werden kann (vgl. Fischerlehner, Säumniszuschlag - Liquiditätsengpass, ecolex 2004). Daher hat die Abgabenbehörde nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 25.11.2002, 97/14/0013) im Rahmen ihrer amtswegigen Ermittlungspflicht nur die vom Antragsteller geltend gemachten Gründe zu prüfen, sodass selbst wenn sich der Umstand des fehlenden groben Verschuldens entsprechend dem Vorbringen der Bf. allenfalls aus dem gesamten Akt ergäbe, dies zufolge der erhöhten Behauptungs- und Beweislast der Bf. nicht von Bedeutung wäre.

Grobes Verschulden liegt vor, wenn das Verschulden nicht nur als leichte Fahrlässigkeit zu qualifizieren ist. Leichte Fahrlässigkeit liegt vor, wenn ein Fehler unterläuft, den gelegentlich auch ein sorgfältiger Mensch begeht (VwGH 13.9.1999, 97/09/0134).

Grobe Fahrlässigkeit wird mit auffallender Sorglosigkeit gleichgesetzt. Auffallend sorglos handelt, wer die im Verkehr mit Behörden und für die Einhaltung von Terminen und Fristen

erforderliche und nach den persönlichen Fähigkeiten zumutbare Sorgfalt außer Acht lässt (VwGH 12.5.1999, 99/01/0189).

Wesentliches Merkmal der auffallenden Sorglosigkeit ist die Voraussehbarkeit des Schadens. Wenn sich jemand über grundlegende und leicht erkennbare Vorschriften hinwegsetzt und sein Handeln den Eintritt des Schadens nicht bloß als möglich, sondern als wahrscheinlich erkennen ließ.

Nach der herrschenden Lehre knüpfen Säumnisfolgen ausschließlich an die nicht rechtzeitige Entrichtung von Abgaben an: Die Pflicht zur Entrichtung eines Säumniszuschlages trifft jeden, der - gleichgültig ob ein Verschulden vorliegt oder nicht - eine Abgabe bis zum Fälligkeitstag nicht entrichtet und ein Ansuchen um Zahlungserleichterung nicht rechtzeitig eingebracht hat (Ellinger ua, BAO, § 217 E 28 mwN.). D.h. nur das Fehlen einer groben Fahrlässigkeit am Eintritt der Säumnis im Zusammenhang mit der Entrichtung von Abgaben ist geeignet, die Höhe des Säumniszuschlags zu mindern oder die Grundlage für eine Neufestsetzung zu bilden.

Gegen den Säumniszuschlag 2008 wurde kein begründeter Einwand erhoben, dass kein grobes Verschulden vorliege, ebenso nicht gegen die Nachversteuerung von Erlösen aus Drittländern.

Ein Einwand wurde lediglich hinsichtlich der Entnahme eines Oldtimers aus dem Umlaufvermögen der Bf. und der darauf beruhenden Umsatzsteuernachforderung für 2008 in der Höhe von € 16.000,00 (SZ € 320,00) wegen Eigenverbrauch und der auf diese Entnahme als verdeckte Gewinnausschüttung entfallenden Kapitalertragsteuer von € 18.136,63 (SZ € 362,73) ausgeführt.

Unter Tz 2 des Betriebsprüfungsberichtes wird dazu ausgeführt:

"Bei Überprüfung der Inventuren bzw. bei der Betriebsbesichtigung wurde festgestellt, dass sich 2 Oldtimer, nämlich 2 Bentleys Bj. 53 mit Anschaffungskosten von € 18.168,21 und € 5.285,28 im Umlaufvermögen der Bf. seit dem Jahre 1991 (lt. Fahrzeugbrief) befinden.

Begründet wurde die Zugehörigkeit zum Umlaufvermögen damit, dass die Firma über eine Handelsberechtigung zum Handel mit Automobilen, Motorrädern, etc. seit dem Jahre 1979 verfügt. Ursprünglich war geplant, mit Oldtimern zu handeln - zumindest war es die Intention des Geschäftsführers, beim Ankauf dieser Bentleys diese auch wieder zu veräußern.

(Mündliche) Verkaufsverhandlungen scheiterten an den unterschiedlichen Preisvorstellungen zwischen dem Geschäftsführer und den Interessenten.

Konkrete Werbemaßnahmen über den Wiederverkauf der Oldtimer bzw. detaillierte Verkaufsgespräche oder -notizen über den geplanten Verkauf der Bentleys konnten im Zuge der Prüfung jedoch nicht vorgelegt werden.

Im Zuge der Betriebsbesichtigung wurden neben den 2 Bentleys weitere Oldtimer und Oldtimer—Motorräder auf dem Betriebsgelände der GmbH gesichtet. Daher gelangt das

h.o. Finanzamt zur Auffassung, dass eine konkrete Oldtimer-Sammelleidenschaft des Hrn. W.M. privater Natur vorliegt und daher auch für diese 2 Bentleys eine ernsthafte betriebliche Weiterveräußerung nicht in Betracht gezogen werden kann. Aus o.a. Gründen werden die Bentleys aus dem Umlaufvermögen der GmbH als verdeckte Ausschüttung an den Geschäftsführer Hr. W.M. zum 31.12.2009 entnommen. Der Entnahmewert der Bentleys wurde laut Auskunft des ÖAMTC nach den durchschnittlichen Werten der Verkaufspreise sowie nach den Erhaltungszustandsklassifizierungen der Bentleys angesetzt, wobei für einen Bentley der Erhaltungszustand 2-3 i.H. von € 80.000,-- (Durchschnittswert aus diesen Erhaltungsklassifizierungen) sowie für den anderen Bentley der Erhaltungszustand 5 von € 16.000,-- angesetzt wird, somit insgesamt € 96.000,-- brutto 20 %.

Für die Ausschüttung an den Geschäftsführer Hr. W.M. ist Kapitalertragssteuer i.H. von 25 % (Berechnung: Entnahmewert € 96.000,-- abz. AK € 23.453,49 = € 72.546,51) zu entrichten. Die KeSt wird lt. Antrag des steuerlichen Vertreters von Hr. W.M. getragen. Laut Antrag des steuerlichen Vertreters wird ersucht, in Bezug auf die USt-Zahlung von der Festsetzung von Säumniszuschlägen nach dem § 217 Abs. 7 BAO abzusehen, weil nach Ansicht des steuerlichen Vertreters die Feststellung der Abgabenbehörde, welche zur Festsetzung von Säumniszuschlägen führte, kein grobes Verschulden des Abgabepflichtigen darstellt."

In der Folge wurde jedoch entgegen der Textierung nur der Entnahmewert eines der beiden Oldtimer von € 80.000,00 der Abgabenberechnung und auch der Säumniszuschlagsberechnung zu Grunde gelegt.

In der Berufung gegen die Abgabenvorschreibung vom 12. September 2012 wird wie folgt ausgeführt:

"Namens und auftrags unserer oben angeführten Mandantin erheben wir innerhalb verlängerter, offener Frist das Rechtsmittel der Berufung gegen den Kapitalertragsteuerbescheid 2009, den Umsatzsteuerbescheid 2009 und den Körperschaftsteuerbescheid 2009 und begründen unsere Berufung wie folgt:

Ausgangssituation und Sachverhaltsdarstellung:

Im Zuge der Betriebsprüfung für die Jahre 2007 bis 2009 stellte die Prüfung fest, dass das Unternehmen zwei Oldtimer (Bentleys BJ 53) mit einem Anschaffungswert von EUR 18.168,21 und EUR 5.285,28 in der Inventur und somit als Umlaufvermögen führt.

Die Gesellschaft verfügt über einen Gewerbeschein für Automobilhandel, daher empfanden wir das starke Interesse an diesen Fahrzeugen von Seiten der Betriebsprüfung mehr als befremdlich.

Das Ergebnis des Interesses der Betriebsprüfung an diesen beiden Fahrzeugen war, dass diese einen unseres Erachtens willkürlichen Entnahmewert festlegte und diesen Kapitalertragsteuer und Körperschaftsteuer zum Ende des Betriebsprüfungszeitraums 2009 unterzog.

Die Begründung der Betriebsprüfung für diese Vorgangsweise lag darin, dass auf dem Gelände der Gesellschaft noch andere alte Autos und Motorräder stünden, die sich

nicht im Umlaufvermögen der Gesellschaft befänden und daher auch die beiden oben angeführten Oldtimer dem außerbetrieblichen Bereich der Gesellschaft zuzurechnen seien. Eine weitere Begründung für die Vorgangsweise der Betriebsprüfung bestand darin, dass der Geschäftsführer nicht dokumentarisch nachweisen konnte, dass er dieses Umlaufvermögen in Form der Oldtimer, welche sich schon viele Jahre im Vermögen der Gesellschaft befinden, auch ernsthaft verkaufen möchte.

Auf Basis dieser Begründung kam es in Erstgesprächen zu einem von der BP angenommenen Entnahmewert von EUR 117.000,--. Auf unsere Frage, wie dieser Wert ermittelt wurde, nachdem es lediglich zu einer äußeren Besichtigung der Fahrzeuge im Zuge der Betriebsbesichtigung gekommen sei, erhielten wir die Antwort, dass die BP diesen Wert aus Inseratenangeboten aus dem Internet für derartige Autos abgeleitet habe. Die BP stellte offensichtlich im Zuge unserer Gespräche fest, dass diese Werte nicht als sonderlich seriös ermittelt gelten könnten und kontaktierte daraufhin den ÖAMTC. Dieser teilte der BP auf Basis von Type und Baujahr fünf verschiedene Erhaltungszustände mit und die BP notierte zum jeweiligen Erhaltungszustand die vom Öamtc bekanntgegebenen Werte.

Wie bereits oben erwähnt kannte die BP den Erhaltungszustand der Autos nicht und setzte den Entnahmewert mit letztendlich EUR 96.000,-- fest.

Die so unterstellte verdeckte Gewinnausschüttung wurde dem Geschäftsführer der Gesellschaft zugerechnet.

Begründung unserer Berufung:

Von einer verdeckten Gewinnausschüttung spricht man, wenn dem Gesellschafter Vermögensvorteile zugewendet werden, die ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis haben — dann liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass Herr W.M., dem die verdeckte Gewinnausschüttung durch die BP zugerechnet wurde, Geschäftsführer der Gesellschaft, nicht aber Gesellschafter ist.

Verdeckte Ausschüttungen dienen der Entflechtung und Abgrenzung der steuerrelevanten Sphären der Einkommenserzielung von der steuerneutralen Sphäre der Einkommensverwendung einer Kapitalgesellschaft.

In Bezug auf die Definition von verdeckten Ausschüttungen lassen sich folgende Teilaspekte unterscheiden:

Verdeckte Ausschüttungen sind

- 1) Zuwendungen von Vermögensvorteilen außerhalb einer offenen Gewinnausschüttung
- 2) durch eine Körperschaft (Kapitalgesellschaft)
- 3) an ihre Anteilsinhaber oder gleichzuhaltende Personen
- 4) die durch das Gesellschafterverhältnis veranlasst sind und
- 5) Die Vermögenszuwendung erfolgt mit Wissen und Wollen der Kapitalgesellschaft.

Die KStR fassen die Voraussetzungen für eine verdeckte Ausschüttung wie folgt zusammen:

- Es bedarf einer Eigentums- oder sonstigen gleichwertigen Nahebeziehung zwischen Vorteilsempfänger und Körperschaft

- Es muss das objektive Tatbild der Bereicherung des Anteilsinhabers oder einer ihm nahe stehenden Person zu Lasten der Körperschaft erfüllt sein
- Es muss weiters das subjektive Tatbild einer auf Vorteilsgewährung gerichteten Willensentscheidung erfüllt sein.

Betrachtet man diese Kriterien und Voraussetzungen einer verdeckten Gewinnausschüttung im Hinblick auf unseren Fall, drängen sich folgende Fragestellungen auf:

- 1) Worin bestand laut BP die Zuwendung von Vermögensvorteilen an den Geschäftsführer?
- 2) Wodurch wurde das objektive Tatbild der Bereicherung des Geschäftsführers zu Lasten der Gesellschaft erfüllt?
- 3) Inwiefern wurde das subjektive Tatbild einer auf Vorteilsgewährung gerichteten Willensentscheidung erfüllt?

Nach dem sich diese Fragen in Bezug auf unseren Fall nicht im Sinne einer verdeckten Ausschüttung beantworten lassen, müssen wir davon ausgehen, dass die BP bei Festlegung eines Entnahmewertes unter Vorschreibung der Kapitalertragsteuer etc. von einer sog. indirekten verdeckten Ausschüttung ausging.

Bei einer indirekten verdeckten Gewinnausschüttung geht es um die Vorenthaltung von Erträgen aus gesellschaftsrechtlicher Veranlassung d.h. ein „Zuwenig“ an Einnahmen einer Körperschaft, auf die sie zugunsten eines Anteilsinhabers verzichtet.

Die BP ging also offensichtlich davon aus, dass der Geschäftsführer der Gesellschaft Einnahmen vorenthielt, weil er nicht dokumentativ nachweisen konnte, dass er Verkaufsgespräche führte und diese Verkaufsgespräche aber aufgrund unterschiedlicher Preisvorstellungen scheiterten.

Weiters argumentiert die BP, dass dieses „Zuwenig“ an Einnahmen der Gesellschaft dem Geschäftsführer insofern zu Gute kam, als er dadurch seiner (lt. BP) Sammelleidenschaft frönen konnte.

Wie oben erwähnt, wurde dem Geschäftsführer durch die BP Sammelleidenschaft von Oldtimern unterstellt, weil auf dem Gelände auch andere alte Autos standen (= keine Oldtimer per Definition), die keinen Verkaufswert mehr haben, u.a. weil deren Benzinverbrauch zu hoch ist. In Anlage übermitteln wir Ihnen eine Liste besagter alter Autos und Motorräder.

Die Auslegung und Interpretation der BP einer indirekten verdeckten Gewinnausschüttung entspricht unseres Erachtens nach nicht den gesetzlichen Vorgaben.

Definition eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers:

Herr W.M. hat vor Jahren diese beiden Oldtimer erworben, wobei der eine als Ersatzteillager dient, weil er davon ausging, dass sich dieses Geschäft positiv entwickeln würde.

Dem war aber in den ersten Jahren nach Anschaffung nicht so, als er feststellen musste, dass seine Preisvorstellungen nicht mit denen der potentiellen Käufer übereinstimmten. Er hatte aber ein Gespür für die Entwicklung auf dem Oldtimermarkt und beließ diese beiden Fahrzeuge im Umlaufvermögen, um der Gesellschaft die Geschäftschancen auf



dem Oldtimermarkt weiterhin einzuräumen; Wohlgermerkt der Gesellschaft und nicht ihm als Geschäftsführer.

Eine Körperschaft bzw. deren Organe können zwar aus ertragsteuerlicher Sicht grundsätzlich frei entscheiden, ob und welche Geschäfte sie eingehen; dies beinhaltet natürlich auch zahlreiche Fehlentscheidungen, d.h. profitable Geschäfte werden nicht gemacht, verlustbringende Geschäfte werden hingegen abgeschlossen. Das Rechtsinstitut der verdeckten Ausschüttung rechtfertigt es NICHT, einer Körperschaft ein Rechtsgeschäft „aufzudrängen, das die Körperschaft unter keinen Umständen abgeschlossen hätte (siehe KStR 2001 Rz 958).

Während in Zeiten von Finanz— und Wirtschaftskrisen die Aktienindices immer wieder steil nach unten gehen und gingen, hat sich in diesen vergangenen 10-15 Jahren der Oldtimerindex stetig aber kontinuierlich nach oben entwickelt (siehe Beilage). In den letzten 10 Jahren stieg der DOX um 73 Prozent.

Es dürfte auch der Finanzverwaltung nicht entgangen sein, dass seit 2008 signifikantes Geld- und Wertpapiervermögen in Sachwerte umgeschichtet wurden, da diese eher geeignet erschienen, einen Werterhalt zu sichern (z.B. Immobilien, Kunstgegenstände, Edelmetalle, Juwelen usw.). Gerade heute gilt diese Überlegung bei der latenten und unkontrollierten Schuldenauslagerung an „virtuelle Schutzschirme“ mehr denn je. Welchen Sinn hätte eine Realisierung von Sach— in Geldwerten, wenn völlig unklar bleibt, wie sich ein solcher Geldwert zukünftig entwickeln wird?

Da jetzt zu der Finanz— und Wirtschaftskrise auch noch bekannter Weise eine Währungskrise hinzutrat, war und ist die Entscheidung des Geschäftsführers, diese beiden Oldtimer bisher NICHT zu verkaufen, die beste Entscheidung für die Gesellschaft gewesen. Die Preise werden weiter steigen in Zeiten, in denen Menschen auf Sachwerte setzen und nicht auf Währungen oder Wertpapiere (welche nicht den Wert besitzen, welchen sie verbriefen).

Auf Basis obiger Ausführungen stellen wir den Antrag die vorgenommene Entnahme der beiden Oldtimer zurückzunehmen im Kest, Ust und Köst Bereich für das Jahr 2009."

Der verfahrensgegenständliche Oldtimer Bentley soll sich nunmehr, folgt man dem Vorbringen der Bf., seit 25 Jahren im Umlaufvermögen der Bf. befinden. Außer den beiden Bestätigungen, dass es in den Jahren 2007 und 2009 Verkaufsgespräche gegeben habe, liegen keinerlei Nachweise dafür vor, dass dieses Auto tatsächlich als Handelsware im Geschäftsbetrieb der Bf. fungieren hätte sollen.

Dies widerspricht gänzlich der Wirtschaftsgebarung eines Autohandelsunternehmens ein Auto über ein viertel Jahrhundert lang nicht auf den Markt zu bringen!

Verdeckte Gewinnausschüttungen gehören nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den kapitalertragsteuerpflichtigen Kapitalerträgen im Sinne des § 93 Abs. 2 Z 1 lit. a EStG 1988 (vgl. z.B. VwGH 31.05.2011, 2008/15/0153 u.a.).

Für die Zurechnung einer verdeckten Gewinnausschüttung an den Gesellschafter kommt es darauf an, ob, wann und in welcher Höhe ihm (bzw. einer nahestehenden Person) ein vermögenswerter Vorteil zugeflossen ist. An diesen nach § 19 Abs. 1 EStG 1988 zu

bestimmenden Zeitpunkt des Zuflusses knüpft auch der Kapitalertragsteuerabzug an (vgl. VwGH 09.07.2008, 2005/13/0020, VwGH 25.11.2009, 2008/15/0039 u.a.).

Gesellschafterin der Firma ist die Gattin des Geschäftsführers W.M., damit besteht sehr wohl auch ein Nahebezug zur begünstigten Person.

Das BFG ist somit zu dem Schluss gekommen, dass der verfahrensgegenständliche Bentley nicht dem Umlaufvermögen der Gesellschaft zuzurechnen ist, sondern eine verdeckte Gewinnausschüttung an W.M. vorliegt und auch grobes Verschulden hinsichtlich der Nichtabfuhr der auf die Vorteilsgewährung entfallende Kapitalertragsteuer und der auf die Entnahme entfallenden Umsatzsteuer gegeben ist.

Hinsichtlich der Höhe der zur Nachforderungsberechnung angesetzten Werte besteht eine Bindungswirkung an den Abgabenbescheid.

Die Beschwerde war daher spruchgemäß abzuweisen.

Nach § 217 Abs. 8 BAO gilt: Sollte es bei Abschluss des Rechtsmittelverfahrens zur Abgabenvorschreibung zu einer nachträglichen Herabsetzung der Abgabenschuld kommen, hat die Berechnung der Säumniszuschläge unter rückwirkender Berücksichtigung des Herabsetzungsbetrages zu erfolgen.

### **Zulässigkeit einer Revision**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig, da das Erkenntnis nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Einer Rechtsfrage kommt grundsätzliche Bedeutung zu, wenn das Erkenntnis von vorhandener Rechtsprechung des VwGH abweicht, diese uneinheitlich ist oder fehlt.

Da die Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht erfüllt sind, ist eine ordentliche Revision nicht zulässig.

Wien, am 12. Mai 2016