



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Stb Dkfm Diether Brunnbauer & Partner OEG, gegen die Bescheide des Finanzamtes Linz betreffend Umsatzsteuer 1997 und Körperschaftsteuer 1997 und 1998 vom 30. Juli 2002 entschieden:

(1) Die Berufung gegen die Umsatzsteuer 1997 wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

(2) Der Berufung gegen die Körperschaftsteuer 1997 und 1998 wird teilweise Folge gegeben.

Die Bemessungsgrundlagen und die festgesetzten Abgaben betragen:

	Bemessungsgrundlage		Abgabe	
Jahr	Art	Höhe	Art	Höhe
1997	Einkommen	-5.639.922,00 S	Körperschaftsteuer	23.750,00 S
			Abgabenschuld	1.725,98 €
1998	Einkommen	0,00 S	Körperschaftsteuer	50.000,00 S
			Abgabenschuld	3.633,64 €

Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof

muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

Entscheidungsgründe

1. Bei der Bw. wurde vom 17. Januar 2000 bis zum 22. November 2002 eine Betriebsprüfung durchgeführt. Diese stellte unter anderem folgendes fest:

Mit 19. Februar 1994 habe das geprüfte Unternehmen der Firma H. GmbH den Auftrag über die Baumeisterarbeiten für das neue Betriebsgebäude erteilt. Dieselbe Firma sei auch mit den Bauarbeiten für das Personalhaus betraut worden. Als Gesamtfertigstellungstermin für das Fabrikationsgebäude sei die 36. Woche im Jahr 1994 vereinbart worden.

Unbestritten sei, dass durch einen Subunternehmer der Fa. H. GmbH Estrichflächen im Betriebsgebäude in mangelhafter Qualität (zu geringe Festigkeit) und mangelhafter Dicke ausgeführt worden seien. Seitens der Auftragnehmerin seien in vielen Bereichen diese Mängel behoben worden, nicht jedoch in allen Räumen, insbesondere dort, wo eine Entfernung nicht mehr möglich gewesen oder aufgrund der aktuellen Nutzung als nicht notwendig angesehen worden sei. Die Fertigstellung des Bauwerkes dürfte (nach Ansicht der Betriebsprüfung) erst zu Anfang 1995 erfolgt sein. Die H. GmbH habe mit 20. Februar 1995 Schlussrechnungen hinsichtlich des Betriebsgebäudes und des Personalhauses gelegt. Mit 27. November 1995 habe man eine Nachtragsrechnung zu diesen Bauvorhaben gelegt. Diese Rechnung sei von der Bw. nicht gebucht worden. Nach dem Abzug der Teilzahlungen (inclusive der geltend gemachten Skonti) seien zum 28. Februar 1995 am Kreditorenkonto 14.472.255,90 S unbezahlt offen geblieben, die zuzüglich der Rechnung vom 27. November 1995 in Höhe von 150.070,70 S brutto nicht bezahlt worden seien.

Die H. GmbH habe mit 30. Januar 1996 unter der GZ 34 Cg xx/xxb eine Klage beim LG Linz gegen das geprüfte Unternehmen auf Zahlung der noch offenen fälligen Entgeltsforderungen, samt Nachtragsrechnung aus den bezeichneten Aufträgen in der Höhe von 9.550.910,64 S eingebracht. Die Differenz zur offenen Verbindlichkeit ergebe sich einerseits aus den vom

Architekten vorgenommenen Rechnungskorrekturen und andererseits aus vertraglich vereinbarten Nachlässen und Haftrücklässen.

In Schilling	Betriebsgebäude	32.587.602,00	6.517.520,40	39.105.122,40
	Personalhaus	3.468.400,00	693.680,00	4.162.080,00
		36.056.002,00	7.211.200,40	43.267.202,40
Zahlungen (incl. Skonti)				-28.794.946,50
Offen per 28. Februar 1995				14.472.255,90
	Nachtragsarbeiten	125.058,92	25.011,78	150.070,70
Architektenabschlag und Nachlass				- 3.255.064,35
Haftrücklässe				- 1.816.381,46
				9.550.880,79

Vom geprüften Unternehmen sei diese Klage in allen Punkten (Klagebeantwortung vom 5. März 1996) bestritten worden. Neben den Differenzen bezüglich der Berechnung der vertraglichen Nachlässe und Skonti, sei die Klage der H. GmbH aus weiteren Gründen bestritten worden bzw. habe man Gegenforderungen gestellt. In der Klagebeantwortung vom 5. März 1996 werde unter anderem dargelegt, dass die Estriche in unbrauchbarer Qualität und mangelnder Dicke ausgeführt worden seien. Die klagende Partei habe zwar in vielen Bereichen diese Mängel behoben, aber nicht in jenen Räumen, die verfliesen worden seien (Keller und Erdgeschoss). Dort weise der Estrich an vielen Stellen nicht die bedungene Dicke und Beschaffenheit aus, was zwar möglicherweise bei der derzeitigen Dicke noch zu keinen Schäden führe, aber die Haltbarkeit des Estrichs beeinträchtige. Daneben habe man weitere geringfügige Mängel eingewendet. Weiters habe man eine Vertragspönale für die verspätete Lieferung und darüberhinausgehende Schadenersatzansprüche aus dem Lieferverzug als Gegenforderung eingewendet. Diese Ansprüche habe man wie folgt begründet: Durch mit Rechnungen nachgewiesene Mehraufwendungen im Zuge der Beseitigung der mangelhaften Estriche (zB Rechnung über 179.752 DM vom 31. Januar 1995 für die nochmalige Verlegung der Bodenbeläge), für entgangene Gewinne aus Geschäften die man nicht in der ursprünglich

vereinbarten Art habe durchführen können, für Zinsverluste und Personalmehrkosten. In Summe seien über 29.000.000 S zuzüglich 20% Umsatzsteuer geltend gemacht worden.

Die Klägerin habe mit vorbereitetem Schriftsatz vom 3. April 1996 beantragt, das Klagebegehren um 12.034,62 S auszudehnen und habe die Rechnungs differenzen dargestellt. Den Einreden der Bw. sei der Höhe und dem Grunde nach widersprochen worden. Die H. GmbH führte an, man habe die Estriche entsprechend dem Leistungsverzeichnis und der Ausschreibung ausgeführt, diese sei aber mangelhaft bzw. widersprüchlich hinsichtlich der geforderten Estriche gewesen. Weiters seien die erforderlichen Erhär tungszeiten bei den nachfolgenden Bodenbelagsarbeiten nicht eingehalten worden. Diese habe die Fa. S & K KG im Auftrag der Bw. durchgeführt. Die beklagte Parte habe daher das Auswechseln der Estriche zu vertreten und die klagende Partei behalte sich die Verrechnung der Behebungskosten von rund 6.000.000 S vor. Ein Anspruch auf Pönale(zahlung) sei nicht gegeben, da es bereits während der Bauphase zu erheblichen Verzögerungen des Zeitplanes aufgrund von Behinderungen durch andere Firmen gekommen sei. Bezüglich darüber hinaus gehender Forderungen für Schäden aus dem Lieferverzug werde festgestellt, dass aufgrund der Bestimmungen des Werkvertrages und der vereinbarten Ö-Normen ein Schadenersatz bei Verzug nur zu leisten sei, wenn ein Vertragspartner den Verzug verschuldet habe. Ein über die Vertragspönale hinausgehender Schaden sei nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Auftragnehmers zu ersetzen. Seitens der H. GmbH werde aber bestritten, dass ihrerseits ein Verschulden am Verzug, grobe Fahrlässigkeit oder ein Vorsatz vorliege, da ein massives Verschulden des bauleitenden Architekten und der von der Bw. beauftragten Firma S & K KG gegeben sei, welches man dem Auftraggeber zuordnen müsse.

Mit 4. April 1996 habe die Bw. einen weiteren Schriftsatz erstellt, mit welchem die Schadenersatzansprüche durch ein Gutachten betraglich auf 21.431.189 S (exclusive Umsatzsteuer) modifiziert worden seien.

Mit Datum vom 25. Oktober 1996 habe man einen außergerichtlichen Vergleich mit folgendem Inhalt abgeschlossen (Auszug): Es bestehe ein Prozess über eine Entgeltforderung der Firma H. GmbH über 9.550.914,64 S. Die Bw. verpflichte sich einen Betrag von 2.500.000 S an die Firma H. GmbH zu bezahlen. Weiters verpflichte sie sich, den Haftrücklass von 1.800.000 S gegen Vorlage einer Bankgarantie einer namhaften österreichischen Bank durch die Firma H. GmbH zur Auszahlung zu bringen. Von diesen beiden Beträgen (insgesamt 4.300.000 S) sei die Bw. berechtigt, im Verrechnungswege die Rechnung der Firma S & K KG (Böden und Fußboden samt Heizung im Ausmaß von 1.300.000 S) in Abzug zu bringen. Insgesamt sei daher ein Zahlungsausgleich von 3.000.000 S binnen 14 Tagen ab Unterfertigung der

Vereinbarung zu leisten. Im Falle einer Mehrwertsteuernachforderung der Finanzverwaltung in Bezug auf die Rechnung der S & K KG, sei die Bw. berechtigt, den Betrag der H. GmbH in Rechnung zu stellen, diese könne ihrerseits den Betrag beim Finanzamt geltend machen. Die Bw. erkläre ausdrücklich, dass die H. GmbH ihre Leistungen auftragsgemäß erbracht habe, die Übernahme der Leistungen erfolge am 7. Februar 1995 und es beginne mit diesem Zeitpunkt die dreijährige Gewährleistungsfrist (Werkvertrag vom 19. Februar 1994). Die Bw. verzichte für Vergangenheit und Zukunft auf die Geltendmachung von Ansprüchen aus der Tatsache der Nichtbenutzbarkeit von Räumlichkeiten aufgrund der bisherigen Sanierung oder künftiger Sanierungsmaßnahmen und Gewährleistungsmaßnahmen. Sämtliche Ansprüche aus der Klage zu 34 Cg xx/xxb seien endgültig abgegolten und verglichen. Ausgenommen seien die Gewährleistungsansprüche des Werkvertrages vom 19. Februar 1994 und jene Schadenersatzansprüche der Bw., auf welche im gegenständlichen Vergleich nicht ausdrücklich verzichtet worden sei. Im Verfahren trete ewiges Ruhen ein.

Das geprüfte Unternehmen habe die vom Architekten vorgenommenen Rechnungskorrekturen und die vertraglich vereinbarten Abschläge als Kürzung der Anschaffungskosten bzw. als Entgeltsminderung verbucht. Die danach verbleibenden offenen Beträge aus dem Werkvertrag seien aufgrund des abgeschlossenen Vergleiches in Höhe von 7.063.173,72 S als echter Schadenersatz ohne Vorsteuerkürzung (als außerordentlicher Ertrag) verbucht worden. Der im Vergleich anerkannte Ersatz der Rechnung der Firma S & K KG (Sitz in der BRD) im Ausmaß von 1.300.000 S sei hingegen als Kürzung der Anschaffungskosten verbucht worden. Da in dieser Rechnung keine Umsatzsteuer ausgewiesen sei, komme es zu keiner Änderung der Vorsteuer. Die genannten Buchungen seien im Wirtschaftsjahr 1996/1997 erfolgt.

Das Finanzamt Perg habe am 27. August 1998 einen Fragenvorhalt an die Bw. gesandt, in welchem um Auskunft bezüglich der steuerlichen Gestaltungen ersucht wurde. Der Vorhalt sei am 2. September 1998 beantwortet worden. Es sei aufgrund einer Fehlleistung eines Subunternehmers der Firma H. GmbH zu Bauverzögerungen gekommen, die daraus resultierenden Nachteile seien in der Folge Gegenstand eines Schadenersatzprozesses gewesen, der 1996/97 durch Vergleich beendet worden sei. Ca 14.000.000 S seien offen gewesen, diese hätte die Bw. für Schadenersätze zurückbehalten. Die vom Architekten vorgenommenen Masse- und Preiskorrekturen seien anschaffungskostenmindernd eingebucht worden (Kürzung IFB und Vorsteuern). Alles was aus dem Titel Schadenersatz geltend gemacht worden sei, habe man als außerordentlichen Ertrag ausgewiesen. Die Böden der Firma S & K KG seien seinerzeit von der Bw. doppelt bezahlt worden, in den Baukosten enthalten und würden jetzt anschaffungskostenkürzend verbucht. Die Bauleistung der

H. GmbH sei im ursprünglich vereinbarten Ausmaß erbracht und auch so verbucht worden. Der Ersatz der Kosten durch die Bauverzögerung in Höhe von 7.000.000 S, sei im Jahr der Klärung sofort erfolgswirksam verbucht worden. Diese Beträge hätten zu keiner Veränderung der Werthaltigkeit des Gebäudes geführt, eine Minderung der Anschaffungskosten sei nicht gerechtfertigt. Weitere Unterlagen habe man nicht vorgelegt.

Das Finanzamt habe die Umsatzsteuer und die Körperschaftsteuer 1997 erklärungsgemäß veranlagt.

Die Betriebsprüfung habe Erhebungen bei der H. GmbH durchgeführt. Dabei sei ein Fax der Bw. an die H. GmbH vom 22. Oktober 1996 gefunden worden, in welchem die Bw. den nachfolgenden Passus in den Vergleichstext aufnehmen wollte: "Abgesehen von dem bereits ausdrücklich genannten, im Verrechnungswege abzugsfähigen Betrag von 1.300.000 S für den defekten Fußboden, stellt auch der weitere Verzicht der H. GmbH über 7.050.910,64 S keine Minderung der eingeklagten Entgeltforderung für die Bauleistung dar, sondern die vergleichsweise Anerkennung aller Gegenforderungen der Bw. für sämtliche aus der Nichtbenutzbarkeit von Räumlichkeiten bereits entstandenen oder künftig noch eintretenden Nachteile (abgesehen von weiteren Mängelbehebungskosten). Somit wird auch durch die Vertragsparteien klargestellt, dass die vergleichsweise anerkannten Gegenforderungen der Bw. zur Gänze als Schadenersatz einen Nettobetrag darstellten, der mangels Leistungsaustausch keiner Umsatzsteuerpflicht unterliegen könne. Sollte jedoch seitens der Finanzverwaltung hinsichtlich dieser Vergleichsbeträge oder eines Teiles hiervon die Finanzverwaltung rechtskräftig der Bw. entweder Umsatzsteuer vorschreiben oder eine Vorsteuerrückrechnung fordern, so verpflichte sich die H. GmbH zu den Vergleichsbeträgen gegen entsprechende Rechnungslegung durch die Bw, die vorgeschriebene Umsatzsteuer zusätzlich an die Bw. zu entrichten".

Die Firma H. GmbH habe auf das Fax am 22. Oktober 1996 wie folgt geantwortet: "Wir nehmen Bezug auf ihr Telefax vom 22. Oktober 1996 und teilen ihnen mit, dass die Formulierung gemäß dem von ihnen übermittelten Zusatz nicht dem Willen der am Vergleich beteiligten Parteien entspricht und daher nicht akzeptiert werden kann. Wir ersuchen sie um umgehende Unterfertigung der ihnen bereits übermittelten Vereinbarung, vor allem im Hinblick darauf, dass sie die sofortige Überweisung von 3.000.000 S zugesagt haben (ständiger Zinsverlust für die Firma H. GmbH) und wir andererseits den vereinbarten Haftbrief zur Übermittlung bereits vorliegen haben.

Am 25 Oktober 1996 sei daraufhin vom geprüften Unternehmen der angeführte Vergleich unterzeichnet worden und daher rechtswirksam.

Im Zuge der Erhebungen habe die H. GmbH dargelegt, dass nicht unerhebliche Teile der Estrichflächen nicht getauscht worden seien. Insbesondere in Räumlichkeiten in denen aufgrund installierter Maschinen eine Entfernung nicht mehr möglich gewesen und in denen die Estrichqualität (trotz mangelhafter Ausführung) als ausreichend angesehen worden sei, habe man keine Sanierung durchgeführt. Weiters sei nach Ansicht der H. GmbH aufgrund des Vergleiches klar, dass neben dem Schadenersatz in Höhe von 1.300.000 S nur Entgeltsminderung vereinbart worden sei, da mit Ausnahme dieser Kostenübernahme keine weiteren Gegenforderungen im Vergleich anerkannt worden wären.

Die Bw. habe mit 19. Februar 2002 bzw. 18. März 2002 umfangreiche schriftliche Stellungnahmen übermittelt. Bei den mangelhaften (nicht getauschten) Estrichflächen habe es sich lediglich um 1.612,30 m² (von insgesamt 10.006,11 m² Gesamtfläche) gehandelt, aufgrund der Schlussrechnung könne darauf nur ein anteiliges Entgelt von 408.782,54 S entfallen. Für die Mängel könne ein Wertabschlag von 25% angenommen werden, es ergebe sich daraus eine Entgeltsminderung von 102.195,64 S und eine Vorsteuerkürzung von 20.439,13 S. Aufgrund des Vergleiches wäre aber selbst dieser Abschlag nicht denkbar, weil hinsichtlich der ausgetauschten Estrichflächen ausdrücklich Gewährleistung seitens der H. GmbH abgegeben worden sei (Punkt vier letzter Satz des Vergleiches). Die Gewährleistung habe sogar eine bessere Qualität als üblich, weil sie an arbeitsfreien Tagen durchzuführen sei, sodass ein Abschlag wegen Minderqualität nicht möglich sei. Es bleibe daher kein Betrag für eine Entgeltsminderung. Zudem sei aus dem Gerichtsakt ein Gutachten über eine Schadenssumme aus Lieferverzug in Höhe von rund 21,5 Millionen S, dem nur ein Nettoauftragswert von 408.782,54 S wegen strittiger Qualität gegenüberstehe. Der Forderungsverzicht von 7.063.173,72 S könne nicht in einen Preisnachlass wegen Qualitätsmängel umgedeutet werden, es seien überhaupt nur Preisdifferenzen von 781.656,97 S strittig gewesen. Weitere im Prozessverlauf vorgebrachte Qualitätsmängel seien nur Schutzbehauptungen gewesen, die von der H. GmbH bestritten und in der Folge auch nicht mehr aufrechterhalten worden seien. Lediglich die Umsatzsteuer für Schadenersätze wegen Lieferverzug sei strittig gewesen, die Firma H. GmbH habe nicht zusätzlich Umsatzsteuer zahlen wollen. Die Firma H. GmbH könne auch nicht einseitig behaupten, die Schadenersätze für die Nichtbenutzbarkeit der Räumlichkeiten seien keine Vergleichsgrundlage gewesen und könne auch nicht darauf abzielen eine einseitige Schadensminimierung dadurch zu erreichen, dass man den Schadenersatz als Preisminderung auslege, um sich die Vorsteuer zurückzuholen. Nur geringe Flächen (also ein geringer und unwesentlicher Teil) seien nicht in die bedungene Qualität ausgebessert worden. Nach

logischen Denkgesetzen wäre bestenfalls eine Entgeltsminderung von etwa 5% des Auftragsvolumens hinsichtlich des Estrichs denkbar. Es sei unlogisch in einem Vergleich einerseits eine ordnungsgemäße Leistungserbringung festzustellen (mängelfrei) und andererseits auf Schadenersatz von mehr als 220% des Klagsbetrages zu verzichten und dafür eine Preisminderung von rund 7.000.000 S zu gewähren. Der Kläger habe auf 7.000.000 S verzichtet, weil er strittige Schadenersatzansprüche von über 21.000.000 S abwehren können. Sichere 3.000.000 S Restkaufpreis seien dem Kläger lieber gewesen, als möglicherweise eine Rückzahlung von Anzahlungen wegen der hohen Schadensbeträge. Eine einseitige Umdeutung der Schadenersätze sei ein missbräuchlicher Willkürakt.

Rechtliche Würdigung der Fakten durch die Betriebsprüfung: Die Estriche seien mangelhaft ausgeführt worden. Es sei auch nicht von der Bw. auf Schadenersatz geklagt worden, sondern die H. GmbH habe eine Klage auf Zahlung der ausstehenden Forderungen eingebracht. Von der Bw. seien Gegenforderungen unterschiedlichster Art eingewendet worden. Einrede der Bw. sei zudem gewesen, dass der Estrich an vielen Stellen nicht saniert worden sei und dies einen vereinbarungswidrigen Zustand darstellen würde, sodass die Haltbarkeit der Flächen beeinträchtigt sei. Die H. GmbH habe sämtliche Ansprüche der Bw. dem Grunde und der Höhe nach bestritten. Auch die Verschuldensfrage sei ungeklärt. Diese sei aber von rechtlicher Relevanz für die Frage, ob und in welchem Ausmaß Schadenersatz zustehe (sofern das Verschulden bei der H. GmbH gelegen sei). Gerichtlich sei diese Frage aber nicht geklärt worden. Zu berücksichtigen sei, was die Parteien im Vergleich vereinbart hätten. Maßgeblich sei, welche Forderungen von der jeweiligen Gegenseite anerkannt und auf welche Forderungen verzichtet worden sei. Insgesamt werde ein Zahlungsausgleich von 3.000.000 S vereinbart, über die darüber hinausgehenden Gegenforderungen der Bw. werde im Vergleich keine Aussage getroffen. Es werde aber festgestellt, dass die H. GmbH ihre Leistungen auftragsgemäß erbracht habe und das Werk am 7. Februar 1995 übergeben worden sei. Auf weitere Ansprüche (wegen Nichtbenutzbarkeit von Räumen) verzichte die Bw. für die Zukunft (Ausnahme Sanierungsansprüche beim Fußboden). Mit diesem Vergleich seien sämtliche gegenseitigen Ansprüche aus dem Auftragsverhältnis mit Ausnahme der Gewährleistungsansprüche (und der mentalreservierten Schadenersatzansprüche) abgegolten worden. Hätte die H. GmbH auch die übrigen Gegenforderungen anerkannt, wäre anzunehmen, dass diese im Vergleich (entsprechend der vereinbarten 1.300.000 S) betraglich ebenfalls quantifiziert und als Gegenverrechnungen auf die ausstehenden Werklohnforderungen angeführt worden wären. Auch sei der von der Bw. vorgeschlagene Zusatz zum Vergleich von der Fa. H. GmbH abgelehnt worden, in welchem der Verzicht über

die 7.000.000 S nicht als Minderung der Entgeltsforderung angeführt sei. Der Schadenersatz von 1.300.000 S sei als Entgeltsminderung verbucht worden, obwohl er im Vergleich einen Schadenersatz darstelle. Weitere Schadenersätze seien im Vergleich nicht genannt und könnten daher auch nicht anerkannt worden sein. Die Bw. habe sogar auf die Geltendmachung weiterer Schadenersatzansprüche verzichtet, es könnten daher solche Beträge (die umzudeuten seien) gar nicht vorliegen. Die Bewertung von Schäden aus Gewährleistungsmängeln müssten nicht den Rechnungsbeträgen entsprechen, sodass die Argumentation, eine Entgeltsminderung in dieser Höhe sei nicht möglich, ins Leere gehe. Beide Parteien hätten vereinbart, dass ein Teil der offenen Forderungen im Ausmaß von 7.063.000 S nicht mehr zu bezahlen sei, eine Gegenforderung von 1.300.000 S anerkannt werde und auf den verbleibenden Forderungsbetrag aufzurechnen sei. Dafür sei vom Auftraggeber anerkannt worden, dass die Leistung auftragsgemäß erbracht worden sei und auf die Geltendmachung sämtlicher Schadenersatzansprüche verzichtet werde. Es liege daher nach Ansicht der Betriebsprüfung eine Entgeltsänderung vor, die zu einer Korrektur der Anschaffungskosten und Vorsteuern führe. Die Argumentation der Bw. negiere den abgeschlossenen Vergleich.

Die bisherigen Buchungen seien zu korrigieren. Der anerkannte Ersatz von 1.300.000 S stelle echten Schadenersatz dar und mindere die Anschaffungskosten nicht. Eine Korrektur der Vorsteuer sei diesbezüglich nicht notwendig. Der Betrag von 7.063.173,72 S stelle 1996/97 eine nachträgliche Entgeltsminderung dar und führe zur Korrektur der Vorsteuern und der Anschaffungskosten. Auch der IFB sei zu berichtigen. Die Aufteilung erfolge im Verhältnis der zum Zeitpunkt der Fertigstellung geltend gemachten IFB-Beträge. Die Entgeltsminderungen seien teilweise im Umsatzsteuerbescheid 1996 zu berücksichtigen, soweit die Minderung bereits 1995/96 festgestanden sei. Dies sei hinsichtlich jener Beträge der Fall, die bereits in der Klage vom 30. Januar 1996 nicht mehr von der H. GmbH eingeklagt worden seien. Die Vorsteuern 1996 und 1997 seien entsprechend zu berücksichtigen. Da im Vergleich mit Ausnahme des Haftrücklasses keine Aussagen darüber getroffen worden seien, auf welcher der offenen Forderungen die Zahlungen anzurechnen seien, werde die Aufteilung auf das Betriebsgebäude und das Personalhaus entsprechend dem Verhältnis der zum Zeitpunkt der Vergleichsausfertigung offenen Verbindlichkeiten vorgenommen.

Dies führt zu folgenden Änderungen in der Bilanz:

(1) Vorsteuer

Punkt 12a	Änderung Vorsteuer
-----------	--------------------

Brutto	7.063.173,72
Netto	5.885.978,10
Umsatzsteuer	1.177.195,62
Änderung Vorsteuer 96/97	1.177.195,62

(2) Änderung der Anschaffungskosten:

	Offene Verbind- lichkeit		Änderung brutto	Änderung netto
Betriebsgebäude	10.100.115,00	88,88%	-6.278.075,72	-5.231.729,77
Personalhaus	1.263.059,00	11,12%	-785.098,00	-654.248,33
	11.363.174,00		-7.063.173,72	-5.885.978,10

(3) Kürzung der Anschaffungskostenminderung Betriebsgebäude um 1.300.000 S.

(4) Änderung der IFB-Berechnung durch Aufteilung der Änderung der Anschaffungskosten im Verhältnis der bisherigen Aktivierungen.

2. Gegen die aufgrund der Betriebsprüfung ergangenen Bescheide wurde mit Schreiben vom 26. September 2002 Berufung eingelegt.

(a) Berufung gegen den Umsatzsteuerbescheid für 1997:

Gegen obgenannten Umsatzsteuerbescheid für 1997 (Wiederaufnahme gem. § 303 (4) BAO) vom 30. Juli 2002 zugestellt am 7. August 2002 wurde innerhalb offener Frist das Rechtsmittel der Berufung eingebracht. Gemäß dem am 5. September 2002 eingereichten Antrag sei eine Erstreckung der Rechtsmittelfrist bis zum 30. September 2002 beantragt worden.

Das Berufungsbegehren laute auf Erhöhung der abzugsfähigen Vorsteuer um 1.177.195,62 S bzw. 85.550,14 € und somit auf eine Erhöhung der Umsatzsteuergutschrift um die genannten Beträge.

Zur Begründung werde angeführt:

Anlässlich der abgabenrechtlichen Betriebsprüfung sei seitens der Abgabenbehörde eine nach Meinung des Abgabepflichtigen eindeutige Schadenersatzleistung in Höhe von 7.063.173,72 S in eine Entgeltsminderung mit Vorsteuerkorrektur umgedeutet und die anteilige 20%ige Umsatzsteuer mit 1.177.195,62 S als Vorsteuerkürzung herausgerechnet worden. Wie im

folgenden noch ausführlich darzulegen sei, entspreche diese Umdeutung einer Schadensersatzleistung in eine Preisminderung mit Vorsteuerkorrektur in keiner Weise dem Sachverhalt oder einer denkmöglichen Rechtsauslegung. Zum Sachverhalt werde zunächst auf die Ausführungen der Betriebsprüfung zu Punkt 12 und 13 der Niederschrift verwiesen, es müssten jedoch andererseits Ergänzungen und Richtigstellungen vorgenommen werden, weil die Abgabenbehörde völlig unzutreffende Schlussfolgerungen daraus abgeleitet habe. Unbestrittene Tatsache sei lediglich, dass das Bauwerk auftragsgemäß in der 36. Woche 1994 hätte fertiggestellt werden müssen, während die tatsächliche Fertigstellung erst Anfang des Jahres 1995 erfolgt sei.

Laut abgeschlossenem Vergleich auf den in der Folge noch näher einzugehen sei, habe man einvernehmlich festgestellt, dass die Leistungen durch Übergabe und Übernahme am 07. Februar 1995 abgeschlossen worden seien und ab diesem Zeitpunkt auch die dreijährige Gewährungsfrist beginne.

Somit liege zunächst als Sachverhalt völlig unbestritten ein erheblicher Lieferverzug des Generalunternehmers, der H. GmbH vor.

Weiters völlig unbestritten sei die Tatsache, dass der Lieferverzug dem Abgabepflichtigen einen enorm hohen Schaden verursacht habe und ab dem Zeitpunkt, zu dem die ersten Schadensfolgen bereits absehbar waren, die noch offenen Rechnungen aus der Werkleistung der H. GmbH aus diesem Grunde nicht mehr bezahlt worden seien.

Aufgrund dieser Nichtbezahlung der restlichen Baurechnungen habe schlussendlich die H. GmbH am 30. Jänner 1996 eine Klage beim Landesgericht Linz auf Zahlung der noch offenen fälligen Entgeltsforderungen eingebracht.

Unbestritten sei weiters, dass die H. GmbH durch einen Subunternehmer im Betriebsgebäude Estrichflächen in mangelhafter Reißfestigkeit ausgeführt habe. Unrichtig sei jedoch, dass die Estrichflächen auch in mangelhafter Dicke ausgeführt worden seien. Dies habe man zwar zunächst auch noch im Prozess behauptet, es entspreche jedoch laut Auskunft des Architekten nicht den Tatsachen, da die Reißfestigkeit einer Estrichfläche nicht von der Estrichdicke abhängig sei. Richtig sei weiters, dass seitens der H. GmbH der beanstandete Mangel der zu geringen Reißfestigkeit in vielen Bereichen behoben worden und eine Erneuerung der Estrichfläche lediglich in jenen Bereichen unterblieben sei, in denen aufgrund der aktuellen Nutzung keine Notwendigkeit hierzu bestanden habe. Unbestritten sei, dass es sich bei den nichtgetauschten Estrichflächen um lediglich 10.006,11 m² gehandelt habe und auf diese Flächen aufgrund der Schlussrechnung lediglich ein anteiliges Entgelt von

408.782,54 S entfalle. Unbestritten sei weiters, dass für diese nichtgetauschten Estrichflächen mit dem obgenannten Auftragswert im Zuge des dann abgeschlossenen Vergleiches eine qualitativ verbesserte Gewährleistung seitens der H. GmbH abgegeben worden sei, insofern als sich die Firma verpflichtet habe, allenfalls erforderliche Mängelbehebungen möglichst an arbeitsfreien Tagen durchzuführen. Die Inanspruchnahme einer solchen qualitativ erhöhten Gewährleistung würde der H. GmbH erhöhte Mängelbehebungskosten verursachen und sie habe sich dazu nur deshalb bereit erklärt, weil in diesen Bereichen nach menschlichem Ermessen kaum mit einem Gewährleistungsfall gerechnet werden müsse.

Außerdem sei unbestritten, dass laut Gerichtsakt ein Sachverständigen-Gutachten über eine Schadenssumme aus Lieferverzug in der Höhe von 21.500.000,00 S ersichtlich sei, dem lediglich ein Nettoauftragswert von 408.782,54 S wegen allenfalls strittiger Qualität gegenüber stünde. Bestritten habe die H. GmbH allerdings den Schaden der Höhe nach sowie auch ein Verschulden an dem Schaden.

Da im Wesentlichen in dem Prozess der H. GmbH auf Zahlung des restlichen Werklohnes nur im geringsten Ausmaß Einwendungen des Beklagten wegen Minderqualität denkbar gewesen seien, andererseits jedoch die H. GmbH bei fortgesetztem Prozess trotz Anerkennung der Rechtmäßigkeit des Werkleistungslohnes Gefahr gelaufen wäre, durch Richterspruch über Verschulden an Schadensfolgen aus dem Lieferverzug gänzlich leer auszugehen und sogar noch eine Gegenklage der Bw. auf Schadenersatz über den offenen Werklohn hinaus riskiert habe und das Verfahren möglicherweise noch Jahre gedauert hätte, sei von beiden Parteien nach einem relativ kurzen Gerichtsverfahren ein außergerichtlicher Ausgleich angestrebt worden.

Völlig unrichtig und logischen Denkgesetzen widersprechend sei jedoch die Begründung der Abgabenbehörde, dass deswegen weil eine gerichtliche Klärung der Verschuldensfrage über die Lieferverzugschäden nicht stattgefunden habe und auch weil im Vergleich über das Verschulden nicht abgesprochen worden sei, schlüssig eine Entgeltminderung als vereinbart angenommen werden müsse. Auch auf Grund der Tatsache, dass der Bw. keinen Schadenersatzprozess geführt habe, könne nicht gegenteiliges angenommen werden.

Hierzu dürfte zunächst einmal logisch und unbestritten sein, dass ein außergerichtlicher Vergleich nur möglich sei, bevor eine gerichtliche Klärung stattgefunden habe. Gerade das liege ja in der Natur eines Vergleiches, ein Gerichtsverfahren mit aufwändiger Klärung von Sachverhalts- und Rechtsfragen erheblich abzukürzen. Ergänzend solle noch darauf verwiesen werden, dass nicht nur aus Gründen der Prozessökonomie, sondern auch schon zwingend

aufgrund der Prozessordnung ohne abgeschlossenen Vergleich das Gerichtsverfahren in 3 Stufen wie folgt hätte verlaufen müssen:

Klärung der Ordnungsmäßigkeit der vom Kläger erbrachten Leistungen hinsichtlich der ausständigen Werklöhne.

Klärung der Verschuldensfrage des Klägers hinsichtlich Schadensfolgen aus dem Lieferverzug sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach.

Festlegung eines zur Zahlung fälligen Differenzbetrages.

Da rechtsstreitig wie bereits angeführt, nur eine Estrichfläche mit Auftragsvolumen von 408.782,54 S war und allenfalls noch Preisdifferenzen hinsichtlich der Berechtigung von Skontoabzügen über 781.656,97 S strittig gewesen seien, wären bei Fortführung des Gerichtsverfahrens maximal Werkleistungsforderungen in Höhe von 1.190.439,51 S als strittig einer Schadenssumme aus Lieferverzug von 21.431.189,00 S gegenübergestanden. Ein vernünftig denkender Kaufmann wäre in einem Vergleich nicht bereit gewesen, wegen eines strittigen Werklohnes von 1.200.000,00 S auf rund 7.000.000,00 S zu verzichten, wenn er nicht die Kürzung um Schadenersatzleistungen zumindest bis zur Höhe des gesamten offenen Honorars von mehr als 9.500.000,00 S befürchten hätte müssen.

Aber selbst diesfalls hätte man noch theoretisieren können, wie steuerlich ein zivilrechtlicher Vergleich zu würdigen wäre, der beispielsweise gelaute hätte, die H. GmbH erkläre sich freiwillig bereit, auf 7.000.000,00 S Werklohn dann zu verzichten, wenn sich im Gegenzuge der Bw. als beklagte Partei bereit erkläre, auf sämtliche Schadenersatzansprüche aus dem Lieferverzug zu verzichten. Hier hätte man allenfalls diskutieren können, ob diese Vereinbarung in dieser Form auch umsatzsteuerrechtlich wirksam werden würde, obwohl sie den wirtschaftlichen Sachverhalt krass verzerre. Die Finanzverwaltung hätte allerdings insofern keinen Nachteil, als beide Streitparteien in der Unternehmerkette seien und eine allfällige umsatzsteuerrechtliche Entgeltminderung des Klägers beim Beklagten zu einer Vorsteuerkürzung führen würde bzw. bei Anerkennung als Schadenersatz der Kläger eben keine umsatzsteuerrechtliche Entgeltminderung hätte und es beim Beklagten zu keiner Vorsteuerkürzung käme. Diese rechtstheoretisch vielleicht interessante Frage müsse hier jedoch gar nicht näher untersucht werden, weil der tatsächlich abgeschlossene Vergleich keine derartige Vereinbarung enthalte, obwohl die Abgabenbehörde dies gerne in diese Richtung deuten möchte.

Zur näheren Begründung müsse somit auf den Vergleichstext im Detail eingegangen werden. Im Vertragspunkt zwei verpflichte sich zunächst der Bw. als beklagte Partei im Hinblick auf

eine Klagssumme von 9.550.000,00 S einen Betrag von 2.500.000,00 S zu bezahlen, abzüglich 1.300.000,00 S im Verrechnungswege für die Rechnung der Firma S & K KG für die Wiederherstellung des Fußbodens samt Heizung. Hierdurch ergebe sich eine Zahlungsverpflichtung für den Bw. von 1.200.000,00 S zuzüglich weiterer 1.800.000,00 S gegen Vorlage der entsprechenden Bankgarantie. Schlussendlich sei in dem zitierten Vertragspunkt auch noch vereinbart, dass im Falle einer Mehrwertsteuernachverrechnung zu Lasten des Bw. in Bezug auf die Rechnung der S & K KG, der Bw. berechtigt wäre, diesen Betrag der H. GmbH zusätzlich in Rechnung zu stellen, die ihrerseits dann diesen Betrag beim Finanzamt geltend machen könne. Dieser Zusatz sei eine reine Vorsichtsmaßnahme gewesen, weil die ursprünglich zu ersetzende Leistung keiner Umsatzsteuer unterlegen sei. In Vertragspunkt drei erkläre der Bw. als beklagte Partei ausdrücklich, dass die H. GmbH ihre Leistungen auftragsgemäß erbracht habe (damit werde ja doch grundsätzlich die volle Berechtigung hinsichtlich des eingeklagten Werklohnes bestätigt). Allerdings werde in diesem Vertragspunkt anschließend festgehalten, dass die Übernahme der Leistungen erst am 07. Februar 1995 erfolgt sei und ab diesem Zeitpunkt die dreijährige Gewährleistungsfrist beginne (somit sei im Vergleich eindeutig und zweifelsfrei auch der Lieferverzug festgehalten). Im Vergleichspunkt vier verzichte schließlich der Bw. als beklagte Partei für die Vergangenheit und Zukunft auf die Geltendmachung sämtlicher wie immer gearteter und namenhabender Ansprüche aus der Tatsache der Nichtbenutzbarkeit der Räumlichkeiten, die sich aufgrund der Fußbodensanierung bisher ergeben hätten oder aufgrund künftiger Sanierungsmaßnahmen und Gewährleistungsmaßnahmen hinsichtlich des Fußbodens ergeben würden.

Weiters werde noch festgehalten, dass bei auftretenden künftigen Gewährleistungsansprüchen hinsichtlich Sanierung des Fußbodens, sich diese Ansprüche lediglich auf die Mängelbehebung beziehen würden, jedoch die Sanierungsmaßnahmen möglichst an arbeitsfreien Tagen durchzuführen seien (daraus sei keinesfalls abzuleiten, dass der Vergleich hierdurch zu einer Vereinbarung auf Preisminderung werde). Der ausgesprochene Verzicht auf Schadenersatz wegen Lieferverzug oder wegen künftiger Nichtbenutzbarkeit bei allenfalls erforderlichen neuerlichen Sanierungsmaßnahmen, habe nur deswegen rein technisch erfolgen müssen, weil ansonsten mit dem Vergleich nur ein Schadenersatz bis 7.063.173,72 S abgedeckt sei und nach abgeschlossenem Vergleich des Bw. wegen darüber hinaus gehender Schadensfolgen aus dem Lieferverzug nachträglich die H. GmbH hätte klagen können. Es gehe also schlüssig daraus hervor, dass das Recht der Bw. rund 7.063.000,00 S weniger zu bezahlen eine pauschale Abgeltung der Schadensfolgen darstelle und dem Grunde nach auch gar nichts anderes sein könne.

In Vertragspunkt fünf werde noch vereinbart, dass sämtliche wie immer gearteten gegenseitigen Ansprüche aus der Klage endgültig abgegolten und verglichen seien (auch dies sei ein Indiz, dass eben in erster Linie der Schadenersatz verglichen worden sei).

Betragsmäßig zusammengefasst ergebe sich somit aus der vergleichsweisen Bereinigung der Klage seitens der H. GmbH, dass hierdurch in erster Linie die Schadensfolgen bereinigt und abgegolten worden seien. Insgesamt seien durch den Vergleich strittige Honorarforderungen in Höhe von 1.190.439,51 S und Schadenersatzforderungen von netto 21.431.189,00 S zuzüglich 20 % Umsatzsteuer von 4.286.237,80 S, somit insgesamt Schadensfolgen von brutto 25.717.426,80 S verglichen worden, was in der Wertrelation 4,42 % strittiger Werklohn gegenüber 95,58 % strittige Schadensfolgen aus Lieferverzug bedeute. Ohne konkrete Aufgliederung im Vergleich, wären schlimmstenfalls 4,42% der vom Beklagten nichtentrichteten Summe als auf Entgeltminderungen fallend im Sinne einer Verhältnisrechnung zu würdigen. Keinesfalls von einer Wertrelation abweichend könnte einseitig in voller Höhe zunächst der Gesamtstreitbetrag aus Werklohn von 1.190.439,51 S als Entgeltminderung betrachtet werden, weil das Gericht selbst bei Feststellung mangelhafter Qualität auf den Werklohn in der Regel nur Abschläge von rund maximal 25 % für allfällige Minderqualität vornehme und ein Wert 0,00 S nur bei völliger Unbrauchbarkeit der Werkleistung anzusetzen wäre. Wären die Böden jedoch unbrauchbar gewesen, hätte der Bw. den Vergleich wegen existenzbedrohender Gefährdung der Betriebsgrundlagen gar nicht annehmen können.

Was letztendlich die Behauptung betreffe, dass im Vergleich abgesehen von den 1.300.000,00 S für die Fußbodenreparatur ausdrücklich keine Schadenersatzleistung (in welcher Höhe auch immer) genannt sei, so müsse darauf verwiesen werden, dass die H. GmbH, möglicherweise gestützt auf ältere Literaturmeinungen die zwischenzeitig durch die Rechtssprechung überholt seien, bei pauschalitem Schadenersatz aus Lieferverzug eine Entgeltminderung erblickt und dadurch eine Schadensminimierung durch Umsatzsteuer-rückverrechnung vom Entgelt erhofft habe. Sie sei daher nicht bereit gewesen, sollte auch die Finanzverwaltung zu einer derartigen Beurteilung kommen, zusätzlich noch Umsatzsteuer abzugelten. Umgekehrt habe der Bw. das Ansinnen der H. GmbH abgelehnt im Vergleich festzuhalten, es handle sich beim Nachlass um eine Entgeltminderung. Somit habe sich bei Abfassung des Vergleiches weder die H. GmbH hinsichtlich einer schriftlichen Fixierung als reine Entgeltminderung, noch der Bw. hinsichtlich 100%iger Schadenersatzleistung durchsetzen können. Nicht zu leugnen sei, dass die ältere Literatur eine Vertragsstrafe wegen Lieferverzug als Entgeltminderung betrachte. Diese Literaturmeinungen erscheinen jedoch

aufgrund der zwischenzeitig erfolgten Rechtssprechung in mehrfacher Weise überholt. So werde zunächst auf das EuGH-Urteil vom 1.7.1982, Rs C-222/81 verwiesen, mit dem Leitsatz: "Verzögert sich die Vertragserfüllung, weil der Schuldner verspätet leistet, können Vertragsstrafen (§ 1336 ABGB) anfallen. Diese teilen nicht das umsatzsteuerliche Schicksal der Hauptleistung. Sie treten neben die Hauptleistung und beruhen auf einem eigenen Rechtsgrund. Ihre Bezahlung stellt echten Schadenersatz dar".

Weiters werde verwiesen auf die Verwaltungsgerichtshof-Entscheidung vom 26.3.1992, 90/16/0217, ÖStZB 1993, 153, (zur Grunderwerbsteuer) mit dem Leitsatz, dass die Vertragsstrafe im Zweifel Schadenersatz und keine Preisminderung darstelle. Gemäß § 1336 Abs. 1 ABGB sei eine Konventionalstrafe eine zwischen den vertragsschließenden Teilen getroffene Übereinkunft, dass für den Fall des entweder gar nicht oder nicht auf gehörige Art oder zu spät erfüllten Versprechens, anstatt des zu vergütenden Nachteiles ein bestimmter Geld- oder anderer Betrag entrichtet werden solle. Die Konventional-(Vertrags)-Strafe sei ein pauschalierter Schadenersatz, der an die Stelle des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung, Verzuges oder Schlechterfüllung trete. Die Vertragsstrafe sei daher nicht mit einer Preisminderung gleichzusetzen, wenngleich sie allenfalls gegen das vertragliche Entgelt (hier: den Kaufpreis) aufgerechnet werden könne.

Schlussendlich widerspreche es auch logischen Denkgesetzen, dass eine Baulichkeit wegen Schadensfolgen aus einem Lieferverzug um die Schadensabgeltung billiger werde, wenn im Vergleichswege eine erhöhte Gewährleistung zugesagt werde. Lediglich im Verzicht von Gewährleistungsmaßnahmen könnte eine Entgeltminderung (Anschaffungskostenminderung) erblickt werden.

Aus all den genannten Gründen werde daher um aufrechte Erledigung der Berufung höflichst gebeten. Für den Falle der Abweisung der Berufung in erster Instanz werde schon jetzt die Vorlage an die Abgabenbehörde zweiter Instanz beantragt. Weiters werde diesfalls gem. § 284 BAO vorsorglich schon jetzt die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

(b) Berufung gegen die Körperschaftsteuerbescheide 1997 und 1998:

Gegen die beiden obgenannten Abgabenbescheide und zwar gegen den Körperschaftssteuerbescheid für 1997 und gegen den Körperschaftssteuerbescheid für 1998 beide mit Bescheid-datum 30. Juli 2002 und beide zugestellt am 7. August 2002 werde innerhalb offener Frist das Rechtsmittel der Berufung eingebracht. Die Rechtsmittelfrist sei gemäß gesondertem Antrag vom 2. September 2002 bis zum 30. September 2002 erstreckt worden.

Das Berufungsbegehren laute wie folgt:

Für die Wirtschaftsjahre 1996/97 und 1997/98 wäre jeweils eine Kürzung der Abschreibung um 222.354,00 S wieder rückgängig zu machen. Die durch die Betriebsprüfung gekürzte Abschreibung wäre wieder zu berücksichtigen. Darüber hinaus laute das Berufungsbegehren hinsichtlich des Wirtschaftsjahres 1996/97 auf Rückgängigmachung einer erfolgserhöhenden Streichung von Investitionsfreibeträgen im Betrage von 1.159.190,21 S wegen angeblicher nachträglicher Berichtigung der Anschaffungskosten.

Die Berufungsbegehren werden folgendermaßen begründet:

Anlässlich der abgabenrechtlichen Betriebsprüfung habe sich im Wirtschaftsjahr 1996/97 rechtswirksam der an die Baufirma noch zu zahlende Restbetrag aufgrund eines abgeschlossenen Vergleiches gemindert. Der Vergleich stelle nach Meinung des Abgabepflichtigen eine Schadensvergütung für den von der Baufirma verschuldeten Lieferverzug dar und es könne die Abgeltung von Schadensfolgen aus Lieferverzug denkunmöglich zu einer Minderung von Anschaffungskosten führen.

Anlässlich der abgabenrechtlichen Betriebsprüfung habe jedoch die Finanzverwaltung den aufgrund des Vergleiches vom Abgabepflichtigen nicht mehr zu zahlenden Betrag als nachträgliche Minderung der Anschaffungskosten betrachtet und entsprechend erfolgswirksam die geltend gemachten Investitionsfreibeträge gekürzt, sowie auch die geltend gemachte Abschreibung.

Die nähere Begründung hierzu sei der mit gleicher Post eingebrachten Berufung gegen den Umsatzsteuerbescheid 1997 zu entnehmen und es stehe die positive Erledigung dieser Berufung in engem Zusammenhang mit der umsatzsteuerrechtlichen Beurteilung des Sachverhaltes. Nach positiver Erledigung der Berufung gegen den Umsatzsteuerbescheid wäre dann entsprechend das Berufungsbegehren gegen die Körperschaftssteuerbescheide zu berücksichtigen.

3. Am 9. Dezember 2002 übermittelte die Betriebsprüfung eine Stellungnahme zur Berufung an das zuständige Finanzamt:

Zu den oben angeführten Berufungen werde wie folgt Stellung genommen:

Die Berufungen richteten sich inhaltlich gegen die Feststellung der Großbetriebsprüfung, dass der vom o.a. Unternehmen bisher als Schadenersatz behandelte Vergleichsbetrag in der Höhe von 7.063.173,72 S nicht als solcher anerkannt worden sei.

Nicht berufen habe man gegen die Feststellung der Betriebsprüfung, dass die bisher als Entgeltsminderung behandelte, im Vergleich anerkannte Gegenforderung in der Höhe von 1.300.000 S echten Schadenersatz im Sinne des UStG darstelle.

Nachfolgend werde auf die Berufungen im einzelnen eingegangen:

(a) Umsatzsteuerbescheid 1997:

Die in der Berufung angeführte, strittige Vorsteuerkürzung von 1.177.195,62 S bzw. 85.550,14 € sei betraglich richtig dargestellt.

Zum Sachverhalt und zur rechtlichen Würdigung werde auf die ausführliche Darstellung in der Niederschrift vom 22. November 2001 zu Punkt 12 und Punkt 13 (Seite 12 bis 22) verwiesen.

Zu den in der Berufung angeführten Ausführungen werde wie folgt Stellung genommen, wobei auf Sachverhaltselemente, die unbestritten seien, nicht weiter eingegangen werde.

Die Bw. habe, wie in der Berufung dargestellt, offene Rechnungen der H. GmbH nicht mehr bezahlt, da seitens eines Sublieferanten der H. GmbH im Betriebsgebäude Estrichflächen in unzureichender Qualität hergestellt worden seien, wobei für die steuerrechtliche Beurteilung unbeachtlich sei, ob es sich um mangelhafte Reißfestigkeit oder mangelhafte Dicke handle. Diese mangelhaften Estrichflächen seien von der H. GmbH zum größten Teil ausgetauscht worden.

Die in der Berufung angeführten Flächenaufstellungen und wertmäßigen Berechnungen seien identisch mit denen der Vorhaltsbeantwortung des Unternehmens vom 18. März 2002 (Arbeitsbogen Seite 1286 bis 1307).

Die Abstimmung dieser Flächenangaben mit jenen, die bei der H. GmbH erhoben worden seien (Arbeitsbogen Seite 1264 bis 1270 bzw. 1311 bis 1313) habe Differenzen ergeben, denen im Prüfungsverfahren nicht weiter nachgegangen worden sei.

Festzuhalten sei, dass die gesamte Estrichfläche lt. Schlussrechnung 10.006,11 m² betrage. Die ausgetauschten Estriche umfassten laut Aufstellung der Bw. eine Fläche von 3.495,19 m², die der nicht getauschten Estriche 1.612,30 m².

Laut Aufstellung der H. GmbH hätten die getauschten Flächen 3.853,33 m² betragen, jene der nicht getauschten Estriche 4.521,08 m².

Die Differenzen zur Gesamtestrichfläche dürften darin begründet sein, dass in der Schlussrechnung auch die Estrichflächen, die nicht im Keller- und Erdgeschoss eingebaut wurden, berücksichtigt seien. Ob bzw. inwieweit die über die 1.612,30 m² hinausgehenden, nicht

ausgetauschten Estrichflächen des Keller- und des Erdgeschosses mangelbehaftet gewesen seien, wäre aus keiner der Aufstellungen ersichtlich.

Die in der Berufung genannte qualitativ verbesserte Gewährleistung, die seitens der H. GmbH im Vergleich abgegeben worden sei, laute gem. Punkt vier letzter Satz des Vergleiches wie folgt (Vergleich im Arbeitsbogen Seite 1110 bis 1111):

"..Sollte die Firma G. gegenüber der H. GmbH ein Sanierungsanspruch des Fußbodens zustehen, so beschränkt sich dieser ausschließlich auf die Mängelbehebung, wobei sich die H. GmbH verpflichtet, allfällige Sanierungsmaßnahmen in Absprache mit der Fa. G. möglichst an arbeitsfreien Tagen durchzuführen."

Die von der Bw. angeführte Begründung, dass sich die H. GmbH zu dieser Erklärung nur deshalb bereit erklärt habe, weil in diesen Bereichen nach menschlichem Ermessen kaum mit einem Gewährleistungsfall gerechnet werden müsste, sei eine reine Vermutung seitens der Berufungswerberin.

Hinsichtlich des in der Berufung auf Seite 3 angeführten Sachverständigen-Gutachtens laut Gerichtsakt sei klarzustellen, dass es sich hierbei um ein von der Bw. in Auftrag gegebenes Privatgutachten handle (vorbereitender Schriftsatz vom 4. April 1996, Arbeitsbogen, Seite 1252 bis 1263).

Dieses Gutachten diene der Aktualisierung der in der Klagebeantwortung der Bw. (Klagebeantwortung vom 5. März 1996, Arbeitsbogen Seite 1122 bis 1136) unter Punkt 8 lit. a bis g in Einrede gestellten Gegenforderungen. Im Gutachten seien die Gegenforderungen aus dem oben angeführten Punkt der Klagebeantwortung mit 21.431.189 S vorbehaltlich Umsatzsteuer festgestellt worden.

Unbestritten sei auch die Tatsache, dass die H. GmbH nicht nur die unter Punkt 8 der Klagebeantwortung vom 5. März 1996, sondern sämtliche von der Bw. in Einrede gestellten Gegenforderungen sowohl dem Grunde, als auch der Höhe nach zur Gänze bestritten habe (vorbereitender Schriftsatz und Streitverkündung vom 3. April 1996, Arbeitsbogen Seite 1137 bis 1151 bzw. Klagebeantwortung vom 5. März 1996, Arbeitsbogen, Seite 1122 bis 1136).

Die Darstellung der Gründe für den Abschluss des Vergleiches, auf Seite drei der Berufung, stelle die Meinung des berufungswerbenden Unternehmens dar und sei nicht verifizierbar.

Von der Bw. werde weiters ausgeführt, dass bei Fortführung des Gerichtsverfahrens maximal eine Werklohnleistung in der Höhe von 1.190.439,51 S strittig gewesen wäre und dieser eine Schadenssumme aus Lieferverzug von 21.431.189,00 S gegenübergestanden sei. Kein

vernünftig denkender Kaufmann sei in einem Vergleich bereit, wegen eines strittigen Werklohns von rund 1.200.000 S auf rund 7.000.000 S zu verzichten, wenn er nicht die Kürzung der Werklohnforderung um die Schadenersatzleistungen befürchten müsse.

Es sei anzumerken, dass dieser von der Bw. errechnete Betrag (der bestenfalls strittigen Werklohnleistung) seitens der Betriebsprüfung nicht überprüft worden und aus den vorliegenden Unterlagen nicht ersichtlich sei, dass dieser Betrag Verhandlungsbasis zwischen den beiden Vergleichsparteien war.

Auch sei die Argumentation der Berufungswerberin insofern zu hinterfragen, als es umgekehrt nicht verständlich sei, dass jemand auf seinen Schadenersatzanspruch von rund 21.431.189 S verzichte und sich mit nur rund 7.000.000 S zufrieden gebe, wenn man sich der Durchsetzbarkeit der Ansprüche derart sicher sei (wie die Bw).

Die Ausführungen des berufungswerbenden Unternehmens, dass die Abgabenbehörde schlüssig eine Entgeltsminderung als vereinbart angenommen habe, weil eine gerichtliche Klärung der Verschuldensfrage nicht stattgefunden habe und auch im Vergleich über das Verschulden nicht abgesprochen worden sei, könne in dieser Form nicht aus der Niederschrift abgeleitet werden.

In der Niederschrift auf Seite 18 sei von der Betriebsprüfung ausgeführt worden, dass, entgegen der Behauptung in der Vorhaltsbeantwortung an das Finanzamt, die Bw. keinen Schadenersatzprozess geführt habe (Ergänzungsvorhalt vom 27. August 1998 und Vorhaltsbeantwortung Arbeitsbogen Seite 1103 bis 1105), sondern dass die H. GmbH auf Zahlung des offenen Werklohnes geklagt habe (Klage vom 30. Januar 1996, Arbeitsbogen Seite 1118 bis 1121).

Von der Bw. seien daraufhin Gegenforderungen unterschiedlichster Art in Einrede gestellt worden. Insbesondere (Klagebeantwortung vom 5. März 1996, Arbeitsbogen Seite 1122 bis 1136): Skontoabzüge, Mängelrügen (Punkt fünf), Pönale wegen Lieferverzug (Punkt sechs), Ersatz der Kosten der S & K KG für die Wiederherstellung der Böden über umgerechnet 1.287.028,40 S, diverse Mehraufwendungen aufgrund der Einschaltung von Sachverständigen, des Architekten und des Rechtsvertreters (Punkt 7 lit. a bis lit. g) und Ersatz von entstandenen Schäden aufgrund der Fertigstellungsverzögerung (Punkt 8 lit. a bis lit. g, laut Punktation in der Klagebeantwortung).

In der Niederschrift werde weiters festgestellt, dass sämtliche der angeführten Gegenforderungen (und nicht nur die Qualitätsmängel, wie in der Stellungnahme der Bw. vom 19. Februar 2002 dargestellt) von der H. GmbH sowohl dem Grunde als auch der Höhe

nach zur Gänze bestritten worden seien (vorbereitender Schriftsatz und Streitverkündung vom 3. April 1996, Arbeitsbogen, Seite 1137 bis 1151).

In der Niederschrift sei darauf hingewiesen worden, dass für die zivilrechtliche Beurteilung ob und in welchem Ausmaß Schadenersatz zu bezahlen sei, die Verschuldensfrage von erheblicher Relevanz wäre und dass diese wichtige Frage strittig gewesen und auch nicht geklärt bzw. im Vergleich nicht darüber abgesprochen worden sei.

Aus dieser Tatsache habe die Betriebsprüfung, entgegen der Darstellung der Bw., nicht den Schluss gezogen, dass eine Entgeltsminderung als vereinbart anzunehmen sei. Vielmehr sei festgestellt worden, dass für die steuerliche Beurteilung des Vergleiches der von beiden Parteien vereinbarte Vertragsinhalt maßgeblich zu sein habe.

Es treffe auch nicht zu, dass seitens der Betriebsprüfung undifferenziert eine Qualifikation der umsatzsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage vorgenommen worden sei. Tatsache sei, dass die Betriebsprüfung die im Vergleich anerkannte Gegenforderung der Bw. in der Höhe von 1.300.000 S entgegen der bisherigen steuerlichen Beurteilung durch die Bw. als Schadenersatz angesetzt habe.

Dieser Betrag sei von der Fa. G. bisher als Entgeltsminderung verbucht worden.

Auf Seite 4 der Berufung werde von der Bw. zur Begründung der Berufung auf den Vergleichstext im Detail eingegangen.

Unbestritten sei, dass der Vergleich (Vergleich Punkt eins, Arbeitsbogen, Seite 1110) zur Bereinigung des beim Landesgericht Linz anhängigen Prozesses über die restliche Entgeltsforderung der H. GmbH in der Höhe von 9.550.914,64 S zwischen den beiden Parteien abgeschlossen worden sei.

Unbestritten sei auch, dass in Punkt zwei des Vergleiches die beiden Parteien dahingehend übereingekommen seien, dass die Bw. sich verpflichtet habe, einen Betrag von 2.500.000 S und gegen Vorlage einer Bankgarantie den Haftrücklass in der Höhe von 1.800.000 S (der in der offenen Forderung von 9.550.000 S noch nicht enthalten sei) an die H. GmbH zu bezahlen.

Von diesem Betrag, so habe man vereinbart, sei die Bw. berechtigt die Gegenforderung aufgrund der Wiederherstellung der Monileböden samt Heizung durch die S & K KG im Ausmaß von 1.300.000 S in Abzug zu bringen.

Nicht angeführt werde in der Berufung die darauf folgende Textpassage: "Sodass insgesamt ein Zahlungsausgleich aus dem restlichen Werklohn und Haftrücklass im Ausmaß von 3.000.000 S durch die Bw. ...zu leisten ist."

Auf die in der lit. d zu Punkt zwei des Vergleiches angeführte Verrechnungsmöglichkeit der Umsatzsteuer aus der angeführten Rechnung sei nicht weiters einzugehen. Diese Vereinbarung sei in der Sache nicht von Bedeutung, da (wie auch in der Berufung dargestellt) in der besagten Rechnung zu Recht keine Umsatzsteuer ausgewiesen sei.

Im Punkt zwei des Vergleiches werde somit vertraglich geregelt, dass zusätzlich zum ausstehenden Werklohn bei Vorlage der Bankgarantie der bisher (zu Recht) zurückbehaltene Haftrücklass von 1.800.000 S an die H. GmbH zur Ausbezahlung gelangen solle. Weiters, dass hinsichtlich des ausstehenden Werklohns von 9.550.914,64 S eine Zahlung von 2.500.000 S zu leisten sei. Von diesen beiden zu zahlenden Beträgen sei die Gegenforderung der Bw. im Ausmaß von 1.300.000 S anzurechnen und folglich mit der Zahlung von insgesamt 3.000.000 S durch die Bw. der restliche Werklohn und der Haftrücklass ausgeglichen.

Der restliche Werklohn sei nicht zu bezahlen.

Ungewöhnlich sei, dass die im gerichtlichen Verfahren eingewendete Gegenforderung aufgrund der Rechnung der S & K KG im Vergleich dezidiert anerkannt werde, dass aber die nach Ansicht der Bw. mit diesem Vergleich ebenso anerkannten Gegenforderungen aus den eingewendeten Schadenersätzen nicht erwähnt würden.

Dies sei umso bemerkenswerter, als neben diesen Schadenersatzforderungen und der im Vergleich ausdrücklich anerkannten Gegenforderung noch eine Vielzahl unterschiedlichster Gegenforderungen in Einrede gestellt würden. Diese aber seien der Interpretation der Bw. folgend nicht vom Vergleich umfasst. Jedenfalls werde in der Berufung auf diese übrigen Gegenforderungen nicht eingegangen. Auch hätte sonst eine entsprechende Aufteilung der Vergleichssumme vorgenommen werden müssen.

Im Punkt drei des Vergleiches erkläre die Bw. ausdrücklich, dass die H. GmbH ihre Leistungen auftragsgemäß erbracht habe, die Übernahme der Leistung mit 7. Februar 1995 erfolgt sei und mit diesem Zeitpunkt die dreijährige Gewährleistungsfrist des Werkvertrages vom 19. Februar 1994 beginne.

Dieser Vertragspunkt werde von der Bw. in der Berufungsbegründung so verstanden, dass damit grundsätzlich die volle Berechtigung hinsichtlich des eingeklagten Werklohnes bestätigt und eindeutig und zweifelsfrei auch der Lieferverzug festgehalten worden sei.

Da in diesem Punkt auf die auftragsgemäße Leistung verwiesen werde, sei es zweckmäßig auf die im Auftrag vereinbarten Leistungen einzugehen.

Im Auftrag vom 19. Februar 1994 (Arbeitsbogen Seite 1106 bis 1109) erteile die Bw. aufgrund der Leistungsbeschreibung und des Leistungsverzeichnisses und des Angebotes vom 23. Dezember 1993 der H. GmbH den Zuschlag für die Baustelle. Die Bruttoauftragssumme werde mit 36.321.398,40 S vereinbart.

Als Gesamtfertigstellungstermin werde die 36. Kalenderwoche 1994 vereinbart.

Im Auftrag sei somit nicht nur der Umfang und die Art der Arbeiten, sondern auch der Gesamtfertigstellungstermin, der Werklohn und die Verpflichtung der H. GmbH die Arbeiten termingerecht auszuführen, vertraglich vereinbart worden.

Wenn nun im Vergleich die erbrachten Leistungen ausdrücklich als auftragsgemäß erbracht erklärt würden und die Übergabe mit 7. Februar 1995 einvernehmlich festgelegt werde, sei damit nicht eindeutig und zweifelsfrei der Lieferverzug (wie in der Berufung argumentiert werde) festgehalten. Vielmehr spreche diese Vereinbarung für eine Modifizierung des ursprünglichen Auftrages.

Die Argumentation der Bw. sei insofern widersprüchlich, als damit einerseits die erbrachte Leistung als dem Auftrag entsprechend angesehen, aber gleichzeitig ein sehr wesentlicher Teil der erbrachten Leistung als nicht auftragsgemäß bezeichnet werde.

In der Berufung habe man weiters angeführt, dass die Bw. im Punkt vier des Vergleiches für die Vergangenheit und die Zukunft auf die Geltendmachung sämtlicher wie immer gearteter und namenhabender Ansprüche aus der Tatsache der Nichtbenutzbarkeit der Räumlichkeiten, die sich aufgrund der Fußbodensanierung bisher ergeben hätten oder aufgrund künftiger Sanierungs- und Gewährleistungsmaßnahmen hinsichtlich des Fußbodens ergeben würden, verzichte.

Sollte der Bw. gegenüber der H. GmbH ein Sanierungsanspruch des Fußbodens zustehen, so beschränke sich dieser ausschließlich auf die Mängelbehebung, wobei sich die H. GmbH verpflichte, allfällige Sanierungsmaßnahmen in Absprache mit der Bw. möglichst an arbeitsfreien Tagen durchzuführen.

Dieser zeitlich und kausal umfassende Verzicht der Bw. auf sämtliche Schadenersatzansprüche gegenüber der H. GmbH, aufgrund der Nichtbenutzbarkeit der Betriebsräumlichkeiten infolge der Fußbodensanierung (also aufgrund der Lieferverzögerung ausgelöst durch den mangelhaften Estrich), werde in der Berufung seitens der Bw. als rein vertragstechnischer

Zusatz erklärt, ohne den im Vergleich nur ein Schadenersatz bis 7.063.173,72 S abgedeckt gewesen wäre und nach abgeschlossenem Vergleich die Bw. darüber hinausgehende Schadensfolgen aus dem Lieferverzug nachträglich hätte einklagen können.

Nach Ansicht der Bw. gehe daher aus dem Vergleich schlüssig hervor, dass das Recht der Bw. rund 7.063.000 S weniger zu bezahlen, eine pauschale Abgeltung der Schadensfolgen darstelle und dem Grund nach auch gar nichts anderes sein könne.

Ein weiteres Indiz, dass in erster Linie der Schadenersatz verglichen worden sei, wäre nach Meinung des berufungswerbenden Unternehmens die Vereinbarung im Punkt fünf des Vergleiches.

Dieser werde in der Berufung wie folgt (allerdings unvollständig) zitiert:

".... wird schlussendlich noch vereinbart, dass sämtliche wie immer geartete gegenseitige Ansprüche aus der Klage endgültig abgegolten und verglichen sind."

Der in der Berufungsschrift nicht angeführte, unmittelbar folgende zweite Satz des Punkt fünf laute:

"Ausgenommen sind die Gewährleistungsansprüche des Werkvertrages vom 19. Februar 1994 und jene Schadenersatzansprüche der Bw., auf welche im gegenständlichen Vergleich nicht ausdrücklich verzichtet wurde. Im Verfahren 34 Cg xx/xx b tritt ewiges Ruhen ein."

Es sei keineswegs schlüssig nachvollziehbar, warum aus der Formulierung des Punktes vier des Vergleiches eindeutig geschlossen werden könne, dass von beiden Vertragsparteien vereinbart worden sei, entgegen dem eindeutigen Vergleichstext, nicht auf sämtliche Schadenersatzansprüche zu verzichten, sondern nur auf jene, die über den Betrag von 7.063.173,72 S hinausgehen.

Auch aus Punkt fünf sei nicht ableitbar, dass der nicht zu bezahlenden Werklohn die teilweise Anerkennung der Schadenersatzforderungen darstellen solle.

Es treffe zwar zu, dass man vereinbart habe, dass alle gegenseitigen Ansprüche aus der Klage mit diesem Vertrag verglichen seien. Als Ausnahme habe man vereinbart, dass neben den Gewährleistungsansprüchen auch jene Schadenersatzansprüche nicht umfasst seien, auf die die Bw. nicht ausdrücklich verzichtet habe.

Da mit Ausnahme der im Punkt zwei ausdrücklich anerkannten Gegenforderung in der Höhe von 1.300.000 S im Punkt vier auf die Geltendmachung sämtlicher Ansprüche aus der Nichtbenutzbarkeit aufgrund der Fußbodensanierung für die Vergangenheit und die Zukunft seitens der Bw. verzichtet worden sei, wäre auch aus Punkt fünf des Vergleiches nicht

ersichtlich, dass ein Schadenersatz von 7.063.173,72 S zuzüglich dem Ersatz von 1.300.000 S vereinbart worden sei.

Wie aus dem Schriftverkehr der Bw. mit ihrem Rechtsvertreter vom 1. Oktober 1996 hervorgehe, sei der Passus im Punkt fünf im übrigen aus folgenden Überlegungen im Vergleich angeführt: "Der Punkt fünf schränkt die verglichenen Ansprüche auf jene zu Punkt eins der Klage ein. Ich darf darauf aufmerksam machen, dass aber auch im Punkt drei der Klage noch andere Aufträge erwähnt sind. ..Um hier nichts offen zu lassen sollte daher der Einleitungssatz des Punktes fünf wie folgt lauten: "Mit diesem Vergleich sind sämtliche wie immer gearteten gegenseitigen Ansprüchen aus dem in der Klage zu 34 Cg xx/xx b beschriebenen Auftragsverhältnis endgültig abgegolten und verglichen" (Arbeitsbogen Seite 1115 bis 1116).

In diesem Zusammenhang sei auch darauf hinzuweisen, dass es sich beim vorliegenden Vertrag um eine zweiseitige Vereinbarung handle und unabhängig vom Wortlaut des Vertrages auch darauf abzustellen sei, was die beiden Vergleichsparteien vereinbaren wollten.

Ein wesentlicher Hinweis darauf, was als vereinbart gelten sollte, sei das im Zuge von Erhebungen im Betriebsprüfungsverfahren vorgelegte Schreiben der Bw. an die H. GmbH, das auch in der Niederschrift auf Seite 20 angeführt werde (Fax vom 22 Oktober 1996 der Bw. an die H. GmbH, sowie Antwortfax mit selbigem Datum, Arbeitsbogen Seite 1218 bis 1220).

Von der Bw. werde darin die Änderung des Vergleiches im Punkt zwei, also in jenem Punkt, in dem über den Zahlungsausgleich hinsichtlich des noch offenen Werklohnes bzw. über die anzuerkennenden Gegenforderungen abgesprochen werde, durch Anfügen des folgenden Zusatzes angeregt:

"Punkt zwei als letzter Absatz einfügen: Abgesehen von dem bereits ausdrücklich genannten, im Verrechnungswege abzugsfähigen Betrag von 1.300.000 S für den defekten Fußboden, stellt auch der weitere Verzicht der H. GmbH über 7.050.910,64 S keine Minderung der eingeklagten Entgeltforderung für Bauleistungen dar, sondern die vergleichsweise Anerkennung aller Gegenforderungen der Bw. für sämtliche aus der Nichtbenutzbarkeit von Räumlichkeiten bereits entstandenen oder künftig noch eintretenden Nachteile (abgesehen weiterer Mängelbehebungskosten), siehe hierzu Punkt vier.

Somit wird durch die Vertragsparteien klargestellt, dass die vergleichsweise anerkannten Gegenforderungen der Bw. zur Gänze als Schadenersatz einen Nettobetrag darstellen, der mangels Leistungsaustausch keiner Umsatzsteuerpflicht unterliegen kann. Sollte jedoch seitens der Finanzverwaltung hinsichtlich dieser Vergleichsbeträge oder eines Teiles hiervon

die Finanzverwaltung rechtskräftig der Bw. entweder Umsatzsteuer vorschreiben oder eine Vorsteuerrückrechnung fordern, so verpflichtet sich die H. GmbH zu den Vergleichsbeträgen gegen entsprechende Rechnungslegung durch die Bw. die vorgeschriebene Umsatzsteuer zusätzlich an die Bw. zu entrichten."

Seitens der H. GmbH sei am gleichen Tag ebenfalls mittels Fax wie folgt geantwortet worden: "Wir nehmen Bezug auf Ihr Telefax vom 22. Oktober 1996 und teilen Ihnen mit, dass die Formulierung gemäß dem von Ihnen übermittelten Zusatz nicht dem Willen der am Vergleich beteiligten Parteien entspricht und daher nicht akzeptiert werden kann. Wir ersuchen Sie um umgehende Unterfertigung der Ihnen bereits übermittelten Vereinbarung, vor allem auch im Hinblick darauf, dass Sie die sofortige Überweisung von 3.000.000 S zugesagt haben (ständiger Zinsverlust für die H. GmbH) und wir andererseits den vereinbarten Haftbrief bereits vorliegen haben."

Mit 25. Oktober 1996 wurde von der Bw. eben dieser Vertrag (aber ohne den Zusatz) unterzeichnet und daher wirksam.

Es sei für die Finanzverwaltung nicht verständlich, warum im vorliegenden Vertrag zwischen den beiden Parteien eine Vereinbarung getroffen worden sein sollte, die inhaltlich keine Erwähnung gefunden habe und außerdem von einem der beiden Vertragsparteien ausdrücklich abgelehnt worden sei.

Nachdem für beide Vertragsparteien (auch aufgrund des angegebenen Schriftverkehrs) zweifelsfrei klar gewesen sein müsse, dass der über die 1.300.000 S hinausgehende Verzicht der H. GmbH auf den ausstehenden Werklohn nicht die vergleichsweise Anerkennung der übrigen Gegenforderungen der Bw. darstelle, hätte die Bw. den Vertrag nicht abschließen dürfen, wenn sie mit diesem Inhalt nicht einverstanden gewesen wäre.

So sei aber von beiden Seiten ein Vertrag abgeschlossen worden, demzufolge mit der Bezahlung von 2.500.000 S aus dem offenen Werklohn zuzüglich der Auszahlung des Haftrücklasses von 1.800.000 S und der Anrechnung von Gegenforderungen in der Höhe von 1.300.000 S auf den restlichen offenen Werklohn verzichtet worden sei.

Im Gegenzug seien von der Bw. ausdrücklich die erbrachten Leistungen nachträglich als auftragsgemäß erklärt worden. Als Übergabetermin sei einvernehmlich der 7. Februar 1996 vereinbart und seitens der Bw. sei auf die Geltendmachung sämtlicher wie immer gearteter und namenhabender Ansprüche für die Vergangenheit und die Zukunft aus der Nichtbenutzbarkeit der Räumlichkeiten aufgrund der Fußbodensanierung verzichtet worden.

Es sei daher, wie auch bereits in der Niederschrift dargestellt, im Vergleich von beiden Parteien, mit Ausnahme der anerkannten Gegenforderung der Bw., eine nachträgliche Modifizierung der ursprünglich vereinbarten Leistungen und des Entgeltes vereinbart worden. Somit sei aber der nicht zu bezahlende Werklohn, mit Ausnahme der anerkannten Gegenforderung, als Minderung der umsatzsteuerlichen Bemessungsgrundlage zu behandeln.

Nach Darstellung der Bw. wären, ohne konkrete Aufgliederung im Vergleich, schlimmstenfalls 4,42 % der von ihr nicht entrichteten Summe als auf die Entgeltsminderung fallend im Sinne einer Verhältnisrechnung zu würdigen. Davon wäre jedoch nach Ansicht des berufungsführenden Unternehmens maximal ein Abschlag von höchstens 25 % vorzunehmen. Wie bereits zuvor dargestellt, sei nach Ansicht der Betriebsprüfung ein Ersatz von Kosten in der Höhe von 1.300.000 S und darüber hinausgehend kein Schadenersatz im Vergleich vereinbart. Wäre dem so gewesen, so hätte im Vergleich eine entsprechende Vereinbarung bzw. eine entsprechende Aufgliederung, wie die einzelnen Gegenforderungen im Verhältnis anerkannt werden, enthalten sein müssen. Im vorliegenden Fall würde jedoch das Risiko der nach Ansicht der Bw. möglichen und unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten des zweiseitigen Vertrages auf einen an diesem zivilrechtlichen Vertrag unbeteiligten Dritten, nämlich der Republik Österreich, abgewälzt werden. Im übrigen sei in der Darstellung der Bw. nicht nachvollziehbar, warum die im Gerichtsverfahren in Einrede gestellten Schadenersatzforderungen von 21.431.189 S zuzüglich 20 % Umsatzsteuer zu berechnen seien, da sowohl nach dem UStG 1972 als auch nach dem UStG 1994 echter Schadenersatz keinen Leistungsaustausch darstelle.

Auf Seite sechs der Berufung werde ausgeführt, dass die H. GmbH nicht bereit gewesen sei, die Umsatzsteuer zusätzlich abzugelten, falls die Finanzverwaltung zu der Beurteilung komme, dass nicht umsatzsteuerrechtlicher Schadenersatz, sondern eine Änderung der umsatzsteuerlichen Bemessungsgrundlage vorliege. Weiters werde behauptet, dass "umgekehrt die Bw. jedoch das Ansinnen der H. GmbH abgelehnt hat im Vergleich festzuhalten, dass es sich beim Nachlass um eine Entgeltsminderung handle. Somit konnte sich bei Abfassung des Vergleiches weder die H. GmbH hinsichtlich einer schriftlichen Fixierung als reiner Entgeltsminderung, noch die Bw. hinsichtlich 100%igem Schadenersatz durchsetzen."

Dazu sei anzuführen: Wenn damit die Ablehnung des bereits weiter oben angesprochenen Zusatzes zu Punkt zwei (Arbeitsbogen Seite 1218) gemeint sei, hätte man seitens der H. GmbH nicht nur die Weiterverrechnung einer eventuellen Umsatzsteuer (im übrigen gegen Ausstellung einer gesonderten Rechnung, die die H. GmbH zum Vorsteuerabzug berechtigt hätte) negiert, sondern insbesondere die Forderung der Bw., die über den Betrag von

1.300.000 S hinausgehende Minderung der eingeklagten Entgeltforderung als vergleichsweise Anerkennung aller Gegenforderungen vertraglich zu vereinbaren, ausdrücklich abgelehnt.

Weiters sei festzuhalten, dass hinsichtlich der umgekehrten Ablehnung des angeführten Ansinnens der H. GmbH ein solchen Ansinnen bzw. die Ablehnung eines solchen weder bei der Bw. im laufenden Betriebsprüfungsverfahren, noch bei den Erhebungen bei der H. GmbH erwähnt oder vorgelegt worden sei.

In der Berufung sei das EuGH-Urteil Rs C-222/81 vom 1. Juli 1982 in der Weise zitiert worden, man habe festgestellt, dass anfallende Vertragsstrafen aufgrund von Verzögerungen der Vertragserfüllung (§ 1336 ABGB) nicht das Schicksal der Hauptleistung teilten, sondern echten Schadenersatz darstellten.

Hierzu sei festzuhalten, dass in dem angesprochenen Urteil des EuGH nicht über die umsatzsteuerrechtliche Beurteilung von Konventionalstrafen wegen mangelhafter Vertragserfüllung im Sinne des § 1336 ABGB abgesprochen worden sei, sondern über die Einbeziehung der vom Zivilgericht zuerkannten Verzugszinsen (§ 1333 ABGB), weil die Zahlung des Entgeltes für die Leistung nicht zum Fälligkeitstermin, sondern verspätet erfolgt sei (EuGH Rs C-222/81, Arbeitsbogen Seite 1347 bis 1350).

Weiters sei festzuhalten, dass es sich bei den in der Berufung angeführten Fällen entweder um gerichtlich zugesprochene Vertragsstrafen oder um von beiden Vertragsparteien unbestrittene bzw. anerkannte Vertragsstrafen handle.

Zur Meinung der Bw., dass es logischen Denkgesetzen widerspräche, dass eine Baulichkeit wegen Schadensfolgen aus einem Lieferverzug um die Schadensabgeltung billiger werde, wenn im Vergleichsweg eine erhöhte Gewährleistung zugesagt sei, wäre anzumerken: Wie bereits ausgeführt, sei nach Ansicht der Betriebsprüfung mit Ausnahme des Betrages von 1.300.000 S die im übrigen von der Betriebsprüfung (entgegen der bisherigen Behandlung des Unternehmens) als Schadenersatz angesehen würden, im Vergleich keine weitere Schadensabgeltung, sondern eine Modifizierung des Entgeltes vereinbart worden.

Es widerspreche nach Ansicht der Betriebsprüfung nicht logischen Denkgesetzen, wenn die Vertragsparteien aufgrund nicht zeitgerechter Lieferung nachträglich eine Minderung des Entgeltes vereinbarten und dafür der Leistungsempfänger auf die Geltendmachung sämtlicher Gegenforderungen, die sich aus der Lieferverzögerung ergeben haben verzichte und die Leistung nachträglich als auftragsgemäß erklärt werde.

(b) Körperschaftsteuer 1997 und 1998, zugestellt am 5. August 2002:

Diese Berufungen richteten sich dem Grunde nach gegen die gleiche Feststellung der Betriebsprüfung wie sie in Bezug auf die Umsatzsteuer 1997 getroffen worden sei und sie seien daher analog zu jener gegen den Umsatzsteuerbescheid 1997 zu behandeln.

Die dargestellten Beträge seien deckungsgleich mit jenen der Betriebsprüfung.

4. Die Bw. übersandte am 16. Januar 2003 eine Gegendarstellung zur Stellungnahme der Betriebsprüfung an das Finanzamt:

Zu der am 16. Dezember 2002 zugestellten Stellungnahme der Betriebsprüfung werde die nachstehende Gegenäußerung wie folgt eingebracht:

Zunächst halte der Prüfer fest, dass die mangelhaften Estrichflächen von der H. GmbH zum größten Teil ausgetauscht worden seien. Dies sei insoferne zu berichtigen, als man tatsächlich die beanstandeten mangelhaften Estrichflächen zur Gänze ausgetauscht habe. Die nicht ausgetauschten Flächen seien nicht mangelhaft gewesen. Der Prüfer irre auch, wenn er vermeine, es sei für die rechtliche Beurteilung gleichgültig, ob es sich um "mangelhafte Reißfestigkeit oder mangelhafte Dicke handle". Eine erforderliche Mindestdicke habe man nämlich hinsichtlich der gesamten Estrichfläche keinesfalls unterschritten und es sei insoferne keinerlei Mangel vorgelegen. Die Frage der Reißfestigkeit der Estrichfläche habe mit der Dicke überhaupt keinen ursächlichen Zusammenhang und es könne ein dickerer Estrich sogar eine geringere Reißfestigkeit aufweisen. Die tatsächliche Reißfestigkeit und die erforderliche Reißfestigkeit seien technisch relativ schwer im voraus feststellbar und es hänge die erforderliche Reißfestigkeit ursächlich mit der geplanten und tatsächlichen Beanspruchung zusammen.

An den nicht ausgetauschten Estrichflächen sei die erforderliche Reißfestigkeit gegeben gewesen und es seien somit im Laufe des Rechtsstreites zwischen der H. GmbH und der Bw. alle Flächen mit mangelhafter Reißfestigkeit saniert und ausgetauscht worden.

Insoferne habe der Prüfer richtig gehandelt, als er die vom Architekten der Bw. geprüfte Aufstellung hinsichtlich einer nicht getauschten Estrichfläche von 1.612,30 m² und einer angeblich von der H. GmbH bekannt gegebenen nicht getauschten Estrichfläche von 4.521,08 m² und somit eine Abweichung um 2.908,78 m² nicht näher untersucht und einer solchen Abweichung offenkundig keine Bedeutung beigemessen habe. Der Prüfer habe es auch verabsäumt, der Bw. diese Abweichung bekanntzugeben und so sei dem Abgabepflichtigen im Prüfungsverfahren auch die Möglichkeit verwehrt worden, fehlerhafte Behauptungen aufzuklären. Der Prüfer stelle nunmehr lediglich Vermutungen über die Abweichungen an und ergänze dies mit der weiteren Vermutung, dass aus keiner Aufstellung

ersichtlich sei, ob und inwieweit die über 1.612,30 m² hinausgehenden nicht getauschten Estrichflächen des Keller- und Erdgeschosses mangelhaft seien.

Der Architekt der Bw. habe laufend die Ausbesserung der mangelhaften Estrichflächen bis zu deren gänzlicher Mängelbehebung überwacht und es seien nach deren Behebung keine weiteren Beanstandungen seitens der Bw. erfolgt. Die Aufstellung über das Ausmaß der nicht getauschten Flächen sei auf Wunsch des Prüfers erstellt worden und man habe darauf verwiesen, dass die nicht getauschte Fläche mängelfrei gewesen sei.

Dass nunmehr der Prüfer vermute, dass möglicherweise ein unbekannter Teil der nicht getauschten Estrichfläche mit Mängeln behaftet sein könne und von diesem auch angebliche Abweichungen hinsichtlich der nicht getauschten Estrichfläche nicht näher geprüft worden seien, lasse nur den Schluss zu, dass die diesbezüglichen Vermutungen des Prüfers für die rechtliche Würdigung des Sachverhaltes völlig bedeutungslos sein müssten. Warum, könne die Bw. nicht ergründen.

Vom Prüfer unbestritten habe die H. GmbH im Vergleich eine qualitativ verbesserte Gewährleistungszusage abgegeben. Dass diese nur deshalb abgegeben worden sei, weil nach menschlichem Ermessen kaum mit einem Gewährleistungsfall gerechnet werde, sei eine reine Vermutung der Bw. Diese Feststellung der Bw. könne aber nur die einzig logische Schlussfolgerung sein und sei nicht als bloße Vermutung abzuqualifizieren. Ansonsten hätte die Firma H. GmbH mit der Zusage zusätzliche Kosten in Kauf nehmen müssen und diese handelsrechtlich durch Rückstellungen zu berücksichtigen gehabt.

Das Sachverständigengutachten sei ein von der Bw. in Auftrag gegebenes Privatgutachten und die Gegenforderungen seien sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach zur Gänze vom Kläger bestritten worden. Trotzdem könnten sich die Gründe für den Abschluss des Vergleiches nicht logischen Denkgesetzen entziehen.

Fragen des Prüfers könnten unschwer aufgeklärt werden: Auch ein von der Bw. in Auftrag gegebenes Privatgutachten eines gerichtlich beeideten Sachverständigen dürfe keine groben Unrichtigkeiten enthalten. Im Prinzip habe auch ein Gerichtsgutachten keine "höhere Qualität". Das Problem der Ermittlung der tatsächlich erlittenen Schadenshöhe aus Lieferverzug liege lediglich in der Höhe der entgangenen Deckungsbeiträge aus möglich gewesenem Geschäftsaufträgen bei zeitgerechter Fertigstellung. Hier müsse sowohl ein Privatgutachter, als auch ein Gerichtsgutachter von gewissen Annahmen über die Höhe verlorener Zusatzaufträge ausgehen. Die Schlussfolgerungen seien rechentechnisch in beiden Fällen objektivierbar. Ein Privatgutachter werde schon aus Vorsichtsgründen den

höchstmöglichen denkbaren Umsatzausfall annehmen. Ein von der Firma H. GmbH beauftragter Gutachter hätte wahrscheinlich wesentlich niedrigere Umsatzausfälle als Grundlage genommen. Hätte ein dritter (vom Gericht bestellter) Gutachter über die wahrscheinlichsten Umsatzausfälle urteilen müssen, wäre ohne weiteres ein Verlust von nur 10.000.000 S bis 15.000.000 S denkbar gewesen.

Da die Fa. H. GmbH den Schaden nicht nur der Höhe, sondern auch dem Grunde nach bestritten habe, wäre auch die Verschuldensfrage gerichtlich abzuklären gewesen. Hier hätte die Bw. bei fortlaufendem Prozess unter Umständen riskiert, ein gewisses Mitverschulden am Lieferverzug zugesprochen zu bekommen, wodurch sie dann einen auf etwa 10.000.000 S bis 15.000.000 S reduzierten Schadensbetrag nur anteilig (zB. zur Hälfte) ersetzt bekommen hätte. Bei Weiterführung des Prozesses über Jahre mit enormen Kosten wären ihr dann vielleicht nur 5.000.000 S bis 7,500.000 S zugesprochen worden.

Aus Wirtschaftlichkeitsgründen sei ein sicherer Vergleich auf 1/3 des denkmöglich höchsten Schadenersatzes bei vollem Alleinverschulden des Klägers günstiger, als unter enormen Zusatzkosten einen vielleicht geringfügig höheren Betrag ersetzt zu bekommen. Umgekehrt gelte dies auch für das maximal strittige Werkleistungshonorar der Fa. H. GmbH von 1.190.439,51 S. Vergleichsweise wäre hier etwa ein sicheres 1/3 (rund 400.000 S). Die Akzeptanz von sicheren 7.000.000 S sei somit hinreichend aufgeklärt, wenn unter enormen Prozesskosten vielleicht nur 5.400.000 S bis 7,900.000 S erstritten werden könnten. Das enorme Überwiegen der Schadensfolgen mit rund 94,7% gegenüber strittigen Werkleistungsmängeln mit rund 5,3% bleibe unverändert bestehen. Von streitigen 22,600.000 S entfielen 21,400.000 S ausschließlich auf mögliche Schadensfolgen.

Die weiteren Ausführungen können wie folgt kurz zusammengefasst werden:

(a) Warum die Schadenersatzforderungen mit 20% Umsatzsteuer zu rechnen seien, werde im Kommentar von Ruppe (Anmerkung 159 zu § 1 UStG 1994) beantwortet: Von der umsatzsteuerrechtlichen Rechtsfrage, ob eine Schadenersatzleistung Umsatzsteuer auslöse, sei die zivilrechtliche Rechtsfrage zu unterscheiden, ob der Anspruch im Hinblick auf einen allfälligen Vorsteuerabzug einschließlich Umsatzsteuer oder netto zu berechnen sei. Die Umsatzsteuer sei stets in einem gesonderten Rückersatzprozess geltend zu machen.

(b) Die Formulierungen im Vergleich besagten keinesfalls, dass der nicht zu bezahlende Betrag von 7.000.000 S einen Nachlass von Werklohn darstelle, sondern dies sei lediglich die Summe, die durch die Einrede der Schadensverursachung gegenverrechenbar gewesen wäre.

Aus verständlichen Gründen habe sich die H. GmbH geweigert, dies im Vergleiche ausdrücklich schriftlich festzuhalten.

(c) Es bestehe seitens der Bw. die Befürchtung, dass bei der H. GmbH rechtskräftig eine Umsatzsteuerberichtigung nicht mehr möglich gewesen sei und nunmehr die Umsatzsteuer durch die Bw. eingefordert werde. Die Finanzverwaltung habe dieser Befürchtung im Verfahren aber widersprochen.

(d) Der Prüfer zitiere in der Stellungnahme den Vergleich mit dem Satz: " Der restliche Werklohn ist nicht zu bezahlen". Dieser Text sei im Vergleich jedoch tatsächlich nicht enthalten. Möglicherweise sei dies eine Meinungsäußerung des Prüfers, dass logischerweise der eingeklagte Restbetrag nicht zu bezahlen sei, weil in einem Prozess auf Werklohn vergleichsweise beiderseits nur ein reduzierter Betrag zur Zahlung vereinbart wurde.

(e) Der letzte Absatz auf Seite fünf der Stellungnahme stelle nur eine Privatmeinung dar. Aus der einvernehmlichen Festlegung der Übergabe mit 7. Februar 1995 könne keinesfalls eine Novation oder Modifikation des ursprünglichen Auftrages abgeleitet werden.

(f) Die Reduzierung der Zahlungsverpflichtung sei wegen der erlittenen Schäden aus dem Lieferverzug erfolgt (umsatzsteuerrechtlich Schadenersatz).

(g) Breiten Raum widme der Prüfer der Ablehnung des Abänderungsvorschlages des Vergleichstextes durch die H. GmbH. Nach kurzer Prozessdauer sei die Angelegenheit zur "Chefsache" erklärt worden. Um den Vergleich völlig zweifelsfrei und unstreitig als Schadenersatz umsatzsteuerrechtlich klarzustellen, habe der Steuerberater der Bw. den Abänderungsvorschlag unterbreitet, der an die H. GmbH weitergeleitet worden sei und nur der Ergänzung und Klarstellung der Vergleichsschrift dienen sollte. Da die H. GmbH zu dieser Klarstellung nicht bereit war, sei die ursprüngliche Vergleichsfertigung von der Bw. unterzeichnet worden, um den Prozess kostengünstig abzuschließen, in der Meinung, dass aus dem unterfertigten Vergleichstext klar hervorgehen müsste, dass der Zahlungsverzicht wirtschaftlich wegen der einredeweise vorgebrachten Schadensfolgen erfolgt sei.

(h) Wenn der Prüfer vermerke, es sei ungewöhnlich, dass die 1.300.000 S dezidiert anerkannt, die anderen Schadensfolgen aber unerwähnt geblieben seien, so sei zu bemerken, dass die im Vergleich ausdrücklich angeführte Schadensreparatur der einzige Schadensfall aus Mängelbehebungen durch Dritte sei und die restlichen Schadensfolgen zur Gänze aus Lieferverzug resultierten. Die Bw. habe sich für den Fall absichern wollen, dass diese Schadenersatzleistung unverständlicherweise Umsatzsteuer auslösen sollte. Eine über die 1.300.000 S hinausgehende Vereinbarung betreffend Schadenersatz hätte der Vergleich nicht

enthalten müssen. Dies wäre im fortgesetzten Gerichtsverfahren nur kostenaufwendig gewesen und hätte die Ertragsbesteuerung von beiden Streitparteien erheblich verringert.

(i) Die Bw. sei sogar körperschaftsteuerrechtlich benachteiligt worden. Der als Schadenersatz zugesprochene Betrag sei eine durch Drittfirmen erfolgte Reparaturannahme, die keinem Vorsteuerabzug unterlegen sei. Die Bw. habe sie zunächst am Baukonto aktiviert, weil es hätte strittig sein können, ob bauliche Verbesserung oder notwendige Mängelbehebung vorliege. Nach der Anerkennung als Schadensbehebung sei die erfolgte Aktivierung wieder storniert worden, weil der Estrich durch eine Schadensreparatur nicht wertvoller werden könne. Warum der Prüfer die anerkannte Schadensreparatur aktiviert habe (mit IFB und Afa-Erhöhung) und andererseits um einen außerordentlichen Ertrag von 1.300.000 S das körperschaftsteuerpflichtige Ergebnis erhöht habe, sei dem Bw. völlig unklar. Die Bw. habe damit gerechnet, dass die Berufungsbehörde von sich aus diesen Fehler berichtige. Die Aktivierung einer Schadensreparatur sei auch handelsrechtlich unzulässig.

(j) Bezüglich der Aussage, dass eine Entgeltsminderung nach nicht zeitgerechter Lieferung den Denkgesetzen entspreche, werde auf Ruppe, UStG-Kommentar, zweite Auflage, verwiesen. Der Verzicht der H. GmbH sei hier aufgrund des tatsächlich eingetretenen Schadens in Höhe von mindestens 7.000.000 S entstanden. Aber selbst die Literaturmeinung Ruppes sei umstritten und EuGH und VwGH (Erk. vom 26.3.1992, 90/16/0217) hätten in der Vertragsstrafe im Zweifel Schadenersatz und keine Preisminderung angenommen. Eine gegenteilige Literaturmeinung habe nur dann Berechtigung, wenn eine solche Strafe wegen Lieferverzug ohne konkrete Schadensfolgen für den Werkbesteller anfalle. Im vorliegenden Fall habe aber das Pönale nur den Sinn, dass sich der Geschädigte aufwendige Nachweise über die tatsächliche Schadenshöhe erspare. Zudem sei der Schaden über die Pönalbeträge hinausgegangen. Wirtschaftlich würden daher hier nur Schadensfolgen abgegolten.

(k) Wenn der Prüfer vom EuGH-Urteil Rs C-222/81 als unpassende Zitierung ausgehe, müsse er auch Abschnitt eins der Umsatzsteuerrichtlinien (Punkt 1.1.1.7.3.1) bemängeln, wo dieser Rechtsspruch wortgleich zitiert werde. Möglicherweise wolle jedoch der Prüfer zum Ausdruck bringen, dass das BMF ebenso irre, wie die Bw., und dass dieses unzutreffende Schlussfolgerungen ziehe.

(l) Um nochmals hervorzuheben, wie gering das gesamte Auftragsvolumen der Estricharbeiten im Verhältnis zu den Schadensfolgen und den dadurch bedingten Preisnachlässen gewesen sei, lege die Bw. Wert auf eine "Anlage 2", in der die gesamten Baukosten aufgelistet und verglichen würde zwischen Angebotssumme und (nicht korrigierter und korrigierter) Endrechnung. Durch diese Aufstellung werde auch nachgewiesen, dass der Bau im

ursprünglich angebotenen Umfang, in der bedungenen Qualität und Menge ausgeführt worden sei. Für einen Preisnachlass fehle daher sachlich und rechtlich die Grundlage, da ein gültiger Bauauftrag unterfertigt worden sei. Es sei daher nur um den Ersatz von Kosten und Schäden aus der verspäteten Fertigstellung gegangen.

Aus der Anlage 2 ergäben sich folgende Summen:

Korrigierte Endrechnung	31.416.100,16
nicht korrigierte Rechnung	33.945.318,46
Angebot	31.528.992,00
Differenz	112.981,83

Text Anlage 2: "Die obenstehende Aufstellung wurde aus der korrigierten Schlussrechnung einerseits und dem Leistungsverzeichnis andererseits ermittelt. Aus der Aufstellung ergibt sich, dass der Bau mit 31,5 Millionen Schilling angeboten und mit 31,4 Millionen Schilling abgerechnet wurde. Hievon sind jeweils 4% Nachlass laut Bauauftrag abzuziehen.

Verschiebungen ergeben sich bei den Betonarbeiten zu den Fertigteilen. Weitere Verschiebungen ergeben sich dadurch, dass man in der Phase der Bauausführung nach günstigeren Möglichkeiten suchte und so Positionen aus dem Leistungsverzeichnis nicht ausgeführt und durch Nachtragsanbote und Aufträge ersetzt wurden. Es ist dadurch nachzuweisen, dass der Bau im ursprünglich angebotenen Umfang, in der bedungenen Qualität und Menge ausgeführt wurde. Für einen Preisnachlass fehlt im vorliegenden Fall die Grundlage, sowohl sachlich, als auch rechtlich, da ein gültiger Bauauftrag unterfertigt wurde. Bei den Auseinandersetzungen mit der H. GmbH ging es ja auch nicht um Qualitätsmängel, die im Klagsverfahren eingewendet wurden, sondern immer um Ersatz von Kosten und Schäden, die die F. G. durch die verspätete Fertigstellung erwuchsen.

5. Mit Schreiben vom 30. April 2003 legte die Betriebsprüfung erneut eine Stellungnahme zur Gegenäußerung vor (Auszug):

(a) Die im Vergleich anerkannte Gegenforderung in Höhe von 1.300.000 S für den Ersatz der Kosten der Wiederherstellung der Bodenbeläge sei von der Betriebsprüfung als echter Schadenersatz angesehen und daher als außerordentlicher Ertrag behandelt worden. In der Gegenäußerung zur Stellungnahme werde das Berufungsbegehren nun auf diesen Punkt der Feststellung ausgeweitet.

Die 1.300.000 S stellten einen Kostenersatz dar, den die Bw. habe aufbringen müssen, nachdem der ursprüngliche Belag unbrauchbar geworden sei. Die Kosten für den ursprünglichen Bodenbelag und jene für die nochmalige Aufbringung seien vom geprüften Unternehmen aktiviert worden. Mit Vergleichsabschluss sei der Betrag als Minderung der Verbindlichkeit gegenüber der Fa. H. GmbH und andererseits als Minderung der Anschaffungskosten verbucht worden. Die Anschaffungskosten für jenen Teil des Bodenbelages, der aufgrund der Estrichsanierung unbrauchbar geworden sei, habe man nicht als Buchwertabgang gebucht. Dieses Sachverhaltselement sei der Betriebsprüfung bei der Rückgängigmachung der Anschaffungskostenminderung aufgrund des Vergleichsabschlusses nicht bekannt gewesen.

Dadurch seien die Kosten für den Bodenbelag irrtümlicherweise zweimal als Anschaffungskosten berücksichtigt worden, während der entsprechende Aufwand aus dem Abgang des unbrauchbar gewordenen Bodenbelages unberücksichtigt geblieben sei. In diesem Punkt sei der Berufung stattzugeben. Folgende Änderungen würden daraus resultieren:

Änderung AK des Betriebsgebäudes 96/97	- 1.300.000 S
Änderung Afa 96/97	+ 52.000 S
Änderung Afa 97/98	+ 52.000 S
Änderung IFB 96/97	+ 117.000 S
Diese führen zu folgender Änderung des steuerlichen Gewinnes/Verlustes	
1996/97	- 1.131.000 S
1997/98	+ 52.000 S

(b) Aufgrund der Vergleichsformulierung sei die Betriebsprüfung zum Ergebnis gekommen, dass außer dem Kostenersatz von 1.300.000 S keine weiteren von der Bw. in Einrede gestellten Schadenersatzansprüche vereinbart worden seien und man die offene Werklohnforderung von rund 9,550.000 S auf eine Zahlungsverpflichtung von 2.500.000 S vermindert habe. Dies gehe aus dem Vergleich schlüssig hervor, auch wenn darüber keine ausdrückliche Erklärung enthalten sei. Auch der Abänderungsvorschlag der Bw. zu diesem Vergleich sei gewürdigt worden. Der Vorschlag einer Anerkennung der zivilrechtlichen

Schadenersatzansprüche sei von der H. GmbH ausdrücklich (als nicht dem Willen der Vertragspartner entsprechend) abgelehnt worden.

Der Frage, in welcher Höhe und in welchem Ausmaß eine Qualitätsminderung vorgelegen habe bzw. in welchem Verhältnis diese zur Summe der in Einrede gestellten Schadenersatzforderung gestanden sei, habe nur untergeordnete Bedeutung.

(c) In der Gegenäußerung werde in Bezug auf die nicht getauschten Estrichflächen im Ausmaß von 1.612,30 m² festgehalten, dass sämtliche beanstandeten Estrichflächen zur Gänze ausgetauscht und die angeführten nicht ausgetauschten Flächen mängelfrei seien. Dieser Darstellung widerspreche sowohl die Ausführung in der Berufung zu diesem Thema, als auch die Vorhaltsbeantwortung der Bw. vom 18. März 2002. Dieser liege ein Schreiben des Architekten vom 11. März 2002 bei, in dem auf Seite zwei ausgeführt werde (Arbeitsbogen Seite 1290), dass es sich bei der Fläche von 1.612,30 m² um Estrichflächen handle, die fehlerhaft seien, nicht der geforderten Qualität entsprächen und nicht getauscht worden seien.

(d) In der angesprochenen neueren Judikatur, derzufolge Vertragsstrafen und Verzugszinsen als echter Schadenersatz anzusehen seien (EuGH Rs C 222/81 und BFH vom 4.5.1994, BStBl 1994 II 589), komme klar zum Ausdruck, dass die entsprechenden Ansprüche von den am umsatzsteuerpflichtigen Grundgeschäft beteiligten Vertragsparteien unzweifelhaft und unbestritten als zivilrechtliche Schadenersatzansprüche vereinbart und geleistet worden seien. Die Entscheidung, dass keine Entgeltsänderung, sondern Schadenersatz (im umsatzsteuerlichen Sinne) vorliege, werde damit begründet, dass die zusätzlichen Zahlungen aufgrund der vertraglichen Vertragsstrafenvereinbarung bzw. der zivilrechtlichen Schadenersatzverpflichtungen geleistet worden seien. Derartige Zahlungen beruhten daher auf einem eigenen Rechtsgrund und wirkten nicht als modifizierte Erfüllung des Hauptgeschäftes, obwohl sie wirtschaftlich mit der abzugeltenden Leistung zusammenhingen. Im gegenständlichen Fall habe man zwar der Klage auf Zahlung des Werklohnes diverse Gegenforderungen (Schadenersatz) in Einrede gestellt, sämtliche Gegenforderungen seien aber von der H. GmbH bestritten worden. Im außergerichtlichen Vergleich sei mit Ausnahme des Kostenersatzes von 1.300.000 S keine der in Einrede gestellten Schadenersatzforderungen anerkannt worden. Es sei auch keine Vereinbarung getroffen worden, dass ein Verzicht auf Restentgelte als vereinbarter Schadenersatz anzusehen sei. Im Gegenteil habe die Bw. auf wie immer geartete (Schadenersatz-) Ansprüche verzichtet.

Dem Argument der Bw., dass einem Preisnachlass sachlich und rechtlich jede Grundlage fehle, da der Bau in der bedungenen Qualität und Menge ausgeführt worden sei, werde entgegnet,

dass wesentlicher Bestandteil des Bauauftrages auch der Fertigstellungstermin der vereinbarten Bauleistung gewesen sei (Arbeitsbogen Seite 1106). Dieser im ursprünglichen Bauauftrag vereinbarte Termin habe nicht eingehalten werden können. Es liege daher hinsichtlich des Fertigstellungstermines (sofern die Leistungen ordnungsgemäß erbracht worden sind) eine Modifizierung des ursprünglichen Auftrages vor. Aus diesem Grund sei eine Entgeltsänderung sachlich und rechtlich begründet.

Entscheidend sei, ob ein zivilrechtlich zustehender bzw. vertraglich vereinbarter Anspruch auf Schadenersatz vorliege. Die damit zusammenhängende rechtliche Würdigung könne nicht mit Hilfe der wirtschaftlichen Betrachtungsweise erfolgen. Hier liege ein über den im Vergleich anerkannten Schadenersatzanspruch von 1.300.000 S hinausgehender Anspruch nicht vor, zumal die Bw. über sämtliche Ansprüche aus der Nichtbenützbarkeit der Räumlichkeiten verzichtet habe.

6. Am 18. Juni 2003 wurde die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vorgelegt:

(a) Am 28. Juli 2003 wurde ein Vorhalt an die Bw. übermittelt. Darin wurde einerseits auf die bestehende Judikatur zur Frage der Entgeltsminderung verwiesen und andererseits ein Erörterungstermin angekündigt.

(b) Am 7. August 2003 wurde beim Unabhängigen Finanzsenat mit den Vertretern der Bw. (Dkfm B., Herr F.) und den Vertretern der Amtspartei ein Erörterungstermin abgehalten. Folgende Niederschrift wurde dabei aufgenommen: Der Referent trägt die bisherigen Verfahrensergebnisse, sowie den bisher festgestellten Sachverhalt vor.

(1) Dkfm B.: Unbestritten ist das Entstehen eines erheblichen Schadens für die Firma aus dem bezeichneten Auftrag zur Errichtung des Betriebsgebäudes. Die Bw. hat fällige Baurechnungen deshalb nicht mehr bezahlt, weil der Schaden höher war, als die Restzahlung. Es wurde auf Zahlung des restlichen Werklohnes geklagt. Seitens des Klägers wurde ausgeführt: Die Leistung ist ordnungsgemäß erbracht, es besteht kein Verschulden an einem etwaigen Lieferverzug. Dagegen wurden hohe Schäden von der Bw. in Einrede gebracht (mit einem Gutachten, das Schäden in zweistelliger Millionenhöhe dokumentierte). Daneben hat man aus prozesstechnischen Gründen noch andere Schutzbehauptungen aufgestellt (macht aber vom Anteil her nur 5% aus). Es war damit zu rechnen, dass keine Seite sofort den Prozess verlieren wird, daher verließ man den Prozessweg und einigte sich außergerichtlich. Auszulegen ist die Vergleichsurkunde. Man kann herauslesen, dass die Bw. um rund 7.000.000 S weniger zahlen musste (Differenz zur eingeklagten Summe). Im Vergleich war

keine Rede davon, dass es eine Entgeltsminderung, noch dass es eine Schadensabgeltung war.

(A) Umsatzsteuer: Ist ein Anspruch ohne Umsatzsteuer oder eine Preisminderung entstanden?

Herr F.: Im Vergleich ist enthalten, dass die Zahlung für den Werklohn und den restlichen Haftrücklass war.

UFS: In den 9.000.000 S war der Haftrücklass noch nicht enthalten. Das wurde schon in der Berufung behauptet: Dass der Schadensbetrag miteinbezogen werden muss, weil er höher ist, als die offene Zahlungssumme.

Dkfm B.: Das Auftragsvolumen des strittigen Estrichbodens betrug 1/3 dessen was später weniger gezahlt worden ist. Kein vernünftig Denkender lässt soviel nach. Im Vergleich wird Schadenersatz für eine Reparaturzahlung angenommen und man nimmt umgekehrt an, alles andere kann kein Schadenersatz sein. Das hat aber einen Grund. Die Schadensbehebung hat ein deutscher Unternehmer vorgenommen der keine Betriebsstätte hat. Daher war keine Umsatzsteuer ausgewiesen. Man war sich nicht sicher, ob das Umsatzsteuer auslösen könnte und hat daher eine Vergütungsklausel aufgenommen. Die Zusage hat dem Kläger auch nichts gekostet.

Mag. S.: Zur Umsatzsteuer wurde das bereits dargestellt, wir kommen zu keiner anderen Rechtsansicht.

Prüfer: Im Vergleich werden die 2.500.000 S als Zahlungsausgleich für den restlichen Werklohn angeführt. Die Anführung des Schadenersatzbetrages von 1.300.000 S weist auch darauf hin, dass die 7.063.000 S nicht Schadenersatz sind. Verzichtet wird weiters auf sämtliche Ansprüche aus der Nichtbenützbarkeit der Räumlichkeiten. Grundsätzlich hat mit dem Vergleich die Bw. auf sämtliche Schadenersatzansprüche verzichtet. Ob Schadenersatz vorliegt, wird im Vergleich nicht dezidiert ausgeführt. Es kann dann aber nicht nachträglich Schadenersatz vereinbart sein.

Herr F.: Im Vergleich bezieht man sich auf den Prozess, das gehört aber mitberücksichtigt.

Dkfm B.: Beide Seiten verzichten und vergleichen sich bis auf den Restbetrag.

Herr F.: Bestätigt wurde, dass die Leistungen auftragsgemäß erbracht wurden.

Prüfer: Leistungen – das betrifft auch den Zeitpunkt der Leistungserbringung.

Herr F.: Die Verschuldensfrage ist geklärt.

Prüfer: Die ist meiner Meinung nach nicht geklärt, sondern sie wurde prozessrechtlich nicht festgestellt.

Dkfm B.: Gerichtlich wurde ein Verschulden nicht eindeutig festgestellt. Es gibt aber keinen vernünftigen Grund anzunehmen, dass es etwas anderes war, als ein Ausgleich für Schäden. Die Frage ist ob man das als Schadenersatz interpretieren kann oder nicht.

Prüfer: Entscheidend ist, was vertraglich vereinbart wurde.

Dkfm B.: Zitiert wurde ein Erkenntnis, das besagt, im Zweifel ist von Schadenersatz auszugehen.

UFS: Um das Erkenntnis anzusprechen – im Vergleich steht nicht drinnen, dass eine Vertragsstrafe in Höhe der 7.063.000 S vorliegt.

Weiters ist allgemein zu sagen: In den bekannten Judikaten kommt es nur auf eines an: Wird im Vergleich erkennbar die ursprüngliche Forderung gemindert (ist also weniger zu bezahlen, als ursprünglich vereinbart), liegt eine Entgeltsminderung vor. Wird dezidiert ein Schadenersatzbetrag vereinbart, liegt keine Entgeltsminderung vor. Im vorliegenden Fall wurde ein Prozess auf Zahlung einer Forderung durch Vergleich dergestalt beendet, dass eine bestimmte Zahlung (in niedrigerer Höhe als ursprünglich vereinbart) ausgemacht wurde. Daher wurde das Entgelt vermindert.

Verwiesen wird weiters auf den BFH-Entscheid vom 16.1.2003, VR 72/01, wo ebenfalls bei einer mangelhaften Lieferung Schadenersatz eingewendet wurde, aber in einem Vergleich die Erledigung aller wechselseitigen Forderungen aus der Lieferung ausgesprochen wurde. Der BFH hat auch diesen Vorgang als Entgeltsminderung gewertet.

(B) Ertragsteuer:

Dkfm B.: Ertragsteuerlich fehlt den bisher angefochtenen Bescheiden hinsichtlich Körperschaftsteuer und Energieabgabenvergütung (ENAV) jegliche taugliche Begründung. Bei der Körperschaftsteuer stützt man sich auf eine umsatzsteuerrechtliche Beurteilung wie Schadenersatz aussieht. Dabei kennt die Umsatzsteuer nicht einmal den Begriff. Für die Ertragsteuer kann davon nichts abgeleitet werden. Dass Wirtschaftsgut wird doch nicht um 7.000.000 S billiger bei Abgeltung wegen Schäden. Ein Lieferverzug in Millionenhöhe kann nicht zur Anschaffungskostenminderung führen. Daran hängen IFB, Abschreibung und Energieabgabe.

Prüfer: Die ENAV geht mit dem Umsatzsteuerrecht konform.

Dkfm B.: Auch die Kammerumlage wäre zu prüfen gewesen. Wenn Entgeltsminderung gegeben ist, müsste die Kammerumlage auch weniger werden (basierend auf der Vorsteuer).

Prüfer: Verweist hinsichtlich der Ertragsbesteuerung auf Doralt und die Ausführungen zur Vertragsstrafe.

Dkfm B.: Um Schnellbaukosten ging es nicht, sondern um massive Schäden. Daher: Kann im Ertragsteuerrecht durch Vereinbarung Schadenersatz durch Anschaffungskostenminderung abgegolten werden?

UFS: Es geht immer um dasselbe Problem – wenn es eine Entgeltsminderung war, ist sie es auch im Ertragsteuerrecht. Verwiesen wird auf das BFH vom 26.3.1992, IV R 74/90.

Prüfer: Schadenersatz hätte ausgemacht werden müssen.

UFS: Das wurde nicht vereinbart und in den Judikaten führt das zur Entgeltsminderung, siehe BFH und Lehre. Dazu kommt, dass auch von der Lieferfirma die umsatzsteuerrechtlichen Konsequenzen bereits gezogen wurden. Da kann ein Schluss auf die gewollte Vereinbarung gezogen werden.

Prüfer: Was zivilrechtlich vereinbart wurde, muss auch steuerrechtlich gelten.

(2) UFS: Die Berechnungsgrundlagen wie sie von der Betriebsprüfung angesetzt wurden, werden nicht bestritten (Ausnahme: Kosten für den Bodenbelag)?

Dkfm B.: Grundsätzlich nicht. Der IFB wurde nach Maßgabe des Baufortschrittes gekürzt.

Herr F.: Ich bin mir nicht sicher, ob eine (unrichtige) Kürzung des 30%igen IFB drin war.

Der Betriebsprüfer erläutert in der Folge die Berechnungsgrundlagen und die Nichtmiteinbeziehung des 30%igen IFB.

Dkfm B.: Gekürzt wurde verhältnismäßig bei den gesamten Anschaffungskosten.

UFS: Das müsste grundsätzlich richtig sein.

(3) Der Antrag auf mündliche Verhandlung wird zurückgezogen.

7. Folgende Aussagen und Beweismittel sind für die rechtliche Würdigung zusätzlich heranzuziehen:

(a) Auftrag der Firma G. an die Fa. H. GmbH zur Errichtung eines Betriebsneubaues vom 19. Februar 1994 (Auszug):

Bauvorhaben Betriebsneubau Firma G., Auftrag an die Fa. H. GmbH als Auftragnehmer.

Aufgrund der Leistungsbeschreibung und des Leistungsverzeichnisses des Auftraggebers und des Angebotes vom 23. Dezember 1993 wird hiermit der Zuschlag erteilt.

Angebot	30.870.392,00
Nachtragsangebot	+ 658.600,00
Summe	31.528.992,00
Nachlass	- 1.261.160,00
Summe	30.267.832,00
20% Mehrwertsteuer	+ 6.053.566,40
Endsumme	36.321.398,40

Punkt 1: Sie verpflichten sich unter ausdrücklicher Anerkennung der in diesem Auftrag festgelegten Vorschriften termingemäß auszuführen.

Punkt 13: Nachstehende Termine werden vereinbart: Baubeginn 1. Februar 2004,
Gesamtfertigstellung: 36. Woche 1994

(b) Gutachten Ing. E.M. vom 15. Dezember 1994 (Auszug):

Gutachten über Güteeigenschaften von Beton- und Estrichbodenplatten im Betriebsneubau im Auftrag der Firma G.:

(1) Bodenplatten in den Betriebsetagen: ... Die Prüfwerte liegen weit unter dem geforderten Wert (Druckfestigkeit von 30 N/mm² (B 300)), daher beurteilt der Sachverständige die Bauteilprüfung als nicht bestanden.

(2) Oberflächen-Abreißfestigkeiten (Keller- und Erdgeschoss):

Aufgrund der negativen Oberflächenhaftzug-Prüfergebnisse muss der Sachverständige die Bauteilprüfung als nicht bestanden beurteilen.

(3) Oberflächen- Abreißfestigkeiten im Obergeschoss:

In allen Räumen der Büroetage entsprechen die gemessenen Prüfwerte und der Sachverständige beurteilt die Bauteilprüfung als bestanden.

(4) Stichprobenweise Dickenprüfungen der Bodenplatten im Erd- und Kellergeschoss:

Die Dickenprüfungen zeigen erhebliche Ausführungsabweichungen. Innerhalb der einzelnen Raumflächen befinden sich inselförmige Großflächen mit Minderdickem in einer Bandbreite

von mindestens 5,0% bis 66,6% der Solldicken laut Raumlisten. Der Sachverständige beurteilt diese Gegebenheiten als handwerkliche Ausführungsmängel, die weit über der Toleranzgrenze (3 bis 5%) liegen.

(5) Gesamtbeurteilung: Das hergestellte Werk weist gravierende Mängel auf. Im Sinne der ÖNORM A 2060 handelt es sich um "wesentliche behebbare Mängel".

(c) Klage der H. GmbH gegen die Firma G. vom 30. Januar 1996 (Auszug):

Mit Auftrag vom 1. Februar 1994 beauftragte die beklagte Partei (Firma G.) die klagende Partei mit den Baumeisterarbeiten für die neue Fleischfabrik. Weiters wurde die klagende Partei mit den Bauarbeiten für das Personalhaus beauftragt, wobei diese Auftragserteilung mündlich erfolgte. Dieser Auftrag wurde analog dem Auftrag hinsichtlich der Fleischfabrik abgerechnet. Die Auftragserweiterung I umfasst den Lageranbau und den weiteren Kelleranbau.

Die derzeit fällige Forderung errechnet sich wie folgt:

Schlussrechnung 5062163/2201067 (Fleischfabrik) über 36.105.122,40 S	8.158.385,13
Schlussrechnung betreffend Personalwohnhaus	1.263.059,33
Rechnung über den Kellerausbau	129.466,18
	9.550.910,64

Da die beklagte Partei trotz Fälligkeit der Rechnungen keine Zahlungen vorgenommen hat, beantragt die klagende Partei zu erlassen nachstehendes Urteil: Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution 9.550.910,64 S samt 7% Zinsen zu bezahlen und die Kosten dieses Verfahrens zu ersetzen.

(d) Klagebeantwortung der Firma G. vom 5. März 1996 (Auszug):

Die beklagte Partei ... bestreitet das Klagsvorbringen ... und bringt vor:

(1) Mangels Unterfertigung der Schlussrechnungsprotokolle durch die klagende Partei hat der Architekt die Schlussrechnungen noch nicht an den Bauherren weitergeleitet

(2) Der Subunternehmer der klagenden Partei hat die Estriche in unbrauchbarer Qualität und mangelnder Dicke ausgeführt. Die klagende Partei hat zwar in vielen Bereichen diese

Mängel behoben, nicht jedoch in jenen Räumen, die verflies sind, das ist insbesondere im Keller und Erdgeschoss des Gebäudes.

Außerdem liegen folgende Mängel vor: Im Bereich der Fensterbrüstungen innenseitig im Obergeschoss starke Ausblühungen in Folge von Durchfeuchtungen....; Fußböden weisen Risse auf...

(3) Gemäß Auftrag vom 1. Februar 1994 war für die Gesamtfertigstellung die 36. Woche 1994 vereinbart, welche am Freitag, den 9. September 1994 endete. Die klagende Partei hat ihre Arbeiten (ohne dass diese mängelfrei fertiggestellt worden wären) am 20. Dezember 1994 beendet.

Infolge mangelfreier Fertigstellung des Werkes ... läuft die Pönale weiter und beträgt ... 15.981.416 S. Auch dieser Betrag wird hilfsweise als Gegenforderung eingewendet.

(4) Durch die rechtswidrige und schuldhafte Verzögerung in der Fertigstellung ist der beklagten Partei zusätzlich Schaden entstanden: Verzögerter Verkauf des Betriebes 1.020.883 S, Zinsen für die Finanzierung von Investitionen in der neuen Betriebsstätte 2.916.666 S, Mitarbeiterkosten während der Verzögerung 5.466.666 S, Lieferverpflichtungen in den Ostblock 15.261.750 S, nicht erfüllte Specklieferverpflichtung 234.000 S und 1.848.000 S, Einbußen im EU-Raum 2.133.333 S, Entgang von Lieferungen in islamische Länder 1.000.000 S).

(e) Privatgutachten des Dr. M. (Auszug) betreffend die von der Firma G. erlittenen Schäden (Auftrag vom 29. Februar 1996):

Das Gutachten kommt zu einer Gesamtschadenssumme von 24.915.279 S.

(f) Schreiben der Rechtsanwälte der Bw. vom 1. Oktober 1996 an die Firma G. (Auszug):

Der Punkt V schränkt die verglichenen Ansprüche auf jene zu Punkt 1 der Klage ein. Ich darf darauf aufmerksam machen, dass aber auch im Punkt 3 der Klage noch andere Aufträge erwähnt sind, nämlich Personalwohnhaus und Kellerausbau. Um hier nichts offen zu lassen, sollte daher der Einleitungssatz des Punktes V wie folgt lauten:

“ Mit diesem Vergleich sind sämtliche wie immer gearteten gegenseitigen Ansprüche aus dem in der Klage zu 34 Cg xx/xxb beschriebenen Auftragsverhältnissen endgültig abgegolten und verglichen.”

Das würde allerdings auch bedeuten, dass sie aus den Aufträgen betreffend Personalwohnhaus und Kellerausbau keine weiteren Ansprüche mehr ableiten könnten.

(g) Schreiben der Bw. vom 22. Oktober 1996 und Antwortschreiben der H. GmbH vom 22. Oktober 1996:

Fax der Bw:

Als letzten Absatz (gemeint: in der abzuschliessenden Vereinbarung) einfügen: Abgesehen von dem bereits ausdrücklich genannten, im Verrechnungswege abzugsfähigen Betrag von 1.300.000 S für den defekten Fußboden, stellt auch der weitere Verzicht der H. GmbH über 7.050.910,64 S keine Minderung der eingeklagten Entgeltforderung für Bauleistungen dar, sondern die vergleichsweise Anerkennung aller Gegenforderungen der Firma G. für sämtliche aus der Nichtbenützung von Räumlichkeiten bereits entstandenen oder künftig noch eintretenden Nachteile (abgesehen weiterer Mängelbehebungskosten). Siehe hierzu Punkt IV. Somit wird auch durch die Vertragsparteien klargestellt, dass die vergleichsweise anerkannten Gegenforderungen der Firma G. zur Gänze als Schadenersatz einen Nettobetrag darstellen, der mangels Leistungsaustausches keiner Umsatzsteuerpflicht unterliegen kann. Sollte jedoch seitens der Finanzverwaltung hinsichtlich dieser Vergleichsbeträge oder eines Teiles hiervon die Finanzverwaltung rechtskräftig der Firma G. entweder Umsatzsteuer vorschreiben oder eine Vorsteuerrückrechnung fordern, so verpflichtet sich die H. GmbH zu den Vergleichsbeträgen gegen entsprechende Rechnungslegung durch die Firma G. die vorgeschriebene Umsatzsteuer zusätzlich an die Fa. G. zu entrichten.

Antwortfax der Fa. H. GmbH:

Wir nehmen Bezug auf ihr Telefax vom 22. Oktober 1996 und teilen ihnen mit, dass die Formulierung gemäß dem von ihnen übermittelten Zusatz nicht dem Willen der am Vergleich beteiligten Parteien entspricht und daher nicht akzeptiert werden kann.

Wir ersuchen sie um umgehende Unterfertigung der ihnen bereits übermittelten Vereinbarung, vor allem auch im Hinblick darauf, dass sie die sofortige Überweisung von 3.000.000 S zugesagt haben (ständiger Zinsverlust für die Firma H.) und wir andererseits den vereinbarten Haftbrief zur Übermittlung bereits vorliegen haben.

(h) Vereinbarung vom 25. Oktober 1996, abgeschlossen zwischen der H. GmbH und der Firma G. wie folgt:

(1) Zwischen den Vertragsparteien behängt zu 34 Cg xx/xxb beim Landesgericht ein Prozess über eine restliche Entgeltforderung der Fa. H. GmbH in der Höhe von 9.550.914,64 S. Zur Bereinigung dieses Prozesses kommen die Vertragsteile überein, nachstehenden Vergleich abzuschließen:

(2) Die Firma G. verpflichtet sich, einen Betrag von 2.500.000 S an die Fa. H. GmbH zu bezahlen.

Weiters verpflichtet sich die Firma G. den Haftrücklass in Höhe von 1.800.000 S gegen Vorlage einer Bankgarantie einer namhaften österreichischen Bank durch die H. GmbH an diese zur Auszahlung zu bringen.

Von den von der Firma G. zu leistenden Zahlungen von 2.500.000 S und 1.800.000 S ist die Firma G. berechtigt, im Verrechnungswege die Rechnung der Firma S & K KG bezüglich der Monileböden für die Wiederherstellung des Fußbodens samt Heizung, im Ausmaß von 1.300.000 S in Abzug zu bringen, sodass insgesamt ein Zahlungsausgleich aus restlichem Werklohn und Haftrücklass im Ausmaß von 3.000.000 S von der Firma G. binnen 14 Tagen ab Unterfertigung dieser Vereinbarung zu leisten ist.

Für den Fall, dass durch die Abgabenbehörde eine Mehrwertsteuernachverrechnung zu Lasten der Firma G. in Bezug auf die Rechnung der Firma S & K KG erfolgen sollte, ist die Firma G. berechtigt, diesen Betrag der Firma H. GmbH in Rechnung zu stellen, die ihrerseits dann diesen Betrag beim Finanzamt geltend machen kann.

(3) Die Firma G. erklärt ausdrücklich, dass die Firma H. GmbH ihre Leistungen auftragsgemäß erbracht hat. Die Übernahme der Leistungen der Firma H. GmbH erfolgte am 7. Februar 1995 und beginnt mit diesem Zeitpunkt die dreijährige Gewährleistungsfrist gemäß Punkt 00.60.06 des Werkvertrages vom 19. Februar 1994.

(4) Die Firma G. verzichtet für die Vergangenheit und Zukunft auf die Geltendmachung sämtlicher wie immer gearteter und namenhabender Ansprüche aus der Tatsache der Nichtbenützbarkeit von Räumlichkeiten, die sich aufgrund der Fußbodensanierung bisher ergeben haben und/oder aufgrund künftiger Sanierungsmaßnahmen und Gewährleistungsmaßnahmen hinsichtlich des Fußbodens ergeben werden. Sollte der Firma G. gegenüber der Firma H. GmbH ein Sanierungsanspruch des Fußbodens zustehen, so beschränkt sich dieser ausschließlich auf die Mängelbehebung, wobei sich die Firma H. GmbH verpflichtet, allfällige Sanierungsmaßnahmen in Absprache mit der Firma G. möglichst an arbeitsfreien Tagen durchzuführen.

(5) Mit diesem Vergleich sind sämtliche wie immer gearteten Ansprüche aus der Klage zu (den in) 34 Cg xx/xxb beschriebenen Auftragsverhältnissen endgültig abgegolten und verglichen. Ausgenommen sind Gewährleistungsansprüche gemäß Punkt 00.60.06 des Werkvertrages vom 19. Februar 1994 und jene Schadenersatzansprüche der Firma G., auf welche im

gegenständlichen Vergleich nicht ausdrücklich verzichtet wurde. Im Verfahren 34 Cg xx/xxb tritt ewiges Ruhen ein.

Über die Berufung wurde erwogen:

1. Die in der obigen Sachverhaltsdarstellung angeführten Umstände und Ermittlungsergebnisse sind (soweit sie nicht ausdrücklich in den nachfolgenden Punkten als strittig angeführt und gewürdigt werden) der rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen.
2. Unstrittig ist im vorliegenden Berufungsfall folgender Sachverhalt: Die Bw. erteilte der Fa. H. GmbH den Auftrag für einen Betriebsneubau. Im Gefolge dieses Auftrages traten einerseits Mängel auf, andererseits kam es zu zeitlichen Verzögerungen bei der Errichtung des Baues (welche teilweise durch die Auftraggeberin und teilweise durch die H. GmbH verursacht wurden).

In weiterer Folge hielt die Auftraggeberin Gelder zurück, sodass die H. GmbH auf Zahlung der ausstehenden Forderungen klagen musste (Klage vom 30. Januar 1996 auf Zahlung von 9.550.910,64 S). Die Bw. wendete ein, es seien ihr durch die mangelhafte und verspätete Ausführung Schäden in Höhe von rd. 25.000.000 S entstanden.

Der Prozess wurde durch eine Vereinbarung zwischen den Streitparteien vom 25. Oktober 1996 beendet, die folgenden Inhalt hatte:

- (I) Ewiges Ruhen des Verfahrens sollte betreffend der restlichen Entgeltforderung über 9.550.914,64 S eintreten, wenn die Bw. 2.500.000 S und den Haftrücklass von 1.800.000 S binnen 14 Tagen zahle, wobei sie 1.300.000 S für bereits (an die Fa. S. & K. KG) bezahlte Wiederherstellungskosten in Abzug bringen könne.
- (II) Mehrwertsteuernachverrechnungen in Bezug auf die Rechnung S. & K. KG könnten der H. GmbH in Rechnung gestellt werden.
- (III) Die Bw. erkläre ausdrücklich, dass die Fa. H. GmbH ihre Leistungen auftragsgemäß erbracht habe. Am 7. Februar 1995 beginne die dreijährige Gewährleistungsfrist.
- (IV) Die Bw. verzichte für Vergangenheit und Zukunft auf Ansprüche aus der bisherigen Nichtbenützbarkeit von Räumlichkeiten oder künftiger Sanierungen bzw. Gewährleistungen.
- (V) Sämtliche gegenseitigen Ansprüche aus der Klage seien abgegolten und verglichen, ausgenommen jene Gewährleistungen und Schadenersatzansprüche auf die im Vergleich nicht verzichtet worden sei.

3. Seitens der Bw. wurde die Nichtzahlung des restlichen Forderungsbetrages von 7.063.173,72 als "Schadenersatz" des Auftragnehmers eingestuft, während die Betriebsprüfung darin eine Leistungsminderung erblickte, welche zur Kürzung der Vorsteuer und zu einer Minderung der Anschaffungskosten (mit den entsprechenden steuerlichen Auswirkungen) führen müsse.

4. Ändert sich die Bemessungsgrundlage für einen steuerpflichtigen Umsatz iSd. § 1 Abs. 1 Z 1 UStG 1994, so hat der Unternehmer, der den Umsatz ausgeführt hat, den dafür geschuldeten Steuerbetrag zu berichtigen, während der Unternehmer, an den der Umsatz ausgeführt wurde, die Vorsteuer korrigieren muss (§ 16 Abs. 1 UStG 1994). Wird hingegen eine Ersatzleistung erbracht, weil ein Schaden verursacht wurde, liegt kein Entgelt für eine Leistung und damit kein Leistungsaustausch vor.

5. Maßgeblich für die Entscheidung der Frage, ob eine Leistungsentgeltsminderung oder ein Schadenersatz vorliegt, ist die Vereinbarung vom 25. Oktober 1996 und deren Auslegung. Zu verweisen ist diesbezüglich auf das VwGH-Erkenntnis vom 21.6.1994, 94/14/0037: Ein Rechtsstreit (auf Schadenersatz) zwischen einem Architekten und mehreren Bauherren wurde außergerichtlich verglichen. Der leistende Architekt (Beklagter) verpflichtete sich einerseits (zur Vermeidung weiterer gerichtlicher Streitigkeiten), an die vier geschädigten Bauherrenehepaare (Kläger) jeweils 50.000 S zu leisten und andererseits eine Generalklausel zu unterfertigen, wonach keiner vom anderen Teil mehr etwas zu fordern habe und diese Erklärung auch offene Honorarforderungen (200.000 S) des Beschwerdeführers aus dem Werkvertrag betreffe. Der VwGH qualifizierte die Zahlung der vier mal 50.000 S als Schadenersatzzahlungen, mit welchen der Schadenersatzprozess abgeschlossen worden sei. Den Verzicht auf offene Honorare in Höhe von ebenfalls 200.000 S sah er dagegen als Entgeltsminderung an, weil im Vergleich keine Rede davon war, dass die noch offenen Honorarforderungen mit weitergehenden Schadenersatzansprüchen der Kläger kompensiert worden seien. Der VwGH führte zudem aus, dass die Frage, ob die Minderung des Architektenhonorars aus dem Titel des Schadenersatzes oder nur aus der Gewährleistung (oder beiden Titeln) abzuleiten sei, für die Änderung der Bemessungsgrundlage ohne Bedeutung sein müsse. Die Schlussfolgerung aus diesem Erkenntnis, dass nämlich alleine entscheidend ist, für welchen Zweck eine Zahlung bestimmt war, kann unbeschadet auf den gegenständlich zu entscheidenden Fall übertragen werden.

Umsatzsteuer:

Folgende Überlegungen führen dazu, dass der Betrag von 7.063.173,72 S als Minderung des Leistungsentgeltes anzusehen ist:

(a) Die Bw. hat selbst keinen Schadenersatzprozess geführt, vielmehr liegt eine Klage auf Leistung des ausstehenden Entgelts seitens der Auftragnehmerin H. GmbH vor. Diese Klage (und nicht ein Schadenersatzprozess) wurde (wie aus dem Vergleich eindeutig hervorgeht) von der Bw. durch die Zahlung von 3.000.000 S beendet. Dadurch hat aber der Auftragnehmer auf die Restzahlung verzichtet (zwischen Klage auf Zahlung, Vereinbarung und Restzahlung besteht ein eindeutiger Zusammenhang). Aus allen vorliegenden Judikaten (sowohl des VwGH als auch des BFH) geht (wie vormals schon erwähnt) hervor, dass Zahlungen aufgrund von Schadenersatzprozessen oder darauf folgenden Vergleichen Schadenersätze begründen, umgekehrt aber die verminderte Zahlung von Entgelten im Gefolge von Prozessen über ausstehende Forderungen als Entgeltsminderungen anzusehen sind.

(b) Die im Prozess vorgebrachten Einwendungen der Bw., wonach ein über den Klagsbetrag hinausgehender Schade angerichtet worden sei und die Minderzahlung als Schadenersatz zu werten sei, sind zwar aus der Sicht des geschädigten Unternehmens bedeutsam und folgerichtig, für die hier anstehende Beurteilung aber nicht von Bedeutung, weil sie in den Vergleich keinen Eingang gefunden haben. In die bezeichnete Vereinbarung wurde nämlich eine ausdrückliche Klausel über die Verrechnung von Schadenersatzforderungen mit Forderungen aus der Bauleistung nicht aufgenommen. Somit kann die Minderzahlung auch nicht mit einem Schadenersatz verknüpft werden.

(c) Zudem wollte die Bw. im Vorfeld der Vertragsserrichtung folgende Klausel in den Vergleich aufnehmen (Auszug): "Abgesehen von dem bereits ausdrücklich genannten, im Verrechnungsweg abzugsfähigen Betrag von 1.300.000 S für den defekten Fußboden, stellt auch der weitere Verzicht der H. GmbH über 7.050.914,64 S keine Minderung der eingeklagten Entgeltforderung für Bauleistungen dar, sondern die vergleichsweise Anerkennung aller Gegenforderungen der Bw. für sämtliche aus der Nichtbenutzung von Räumlichkeiten bereits entstandenen oder künftig noch eintretenden Nachteile. Somit wird auch durch die Vertragsparteien klargestellt, dass die vergleichsweise anerkannten Gegenforderungen der Bw. zur Gänze als Schadenersatz einen Nettobetrag darstellen, der mangels Leistungsaustausch keiner Umsatzsteuerpflicht unterliegen kann." Die H. GmbH teilte zu diesem Ansinnen der Bw. am 22. Oktober 1996 mit, die Formulierung gemäß dem übermittelten Zusatz entspreche nicht dem Willen der am Vergleich beteiligten Parteien und könne daher nicht akzeptiert werden. Um Unterfertigung der Vereinbarung und Überweisung

des vereinbarten Betrages werde ersucht. Der bezeichnete Passus wurde in die Vereinbarung aufgrund der ausdrücklichen Weigerung der H. GmbH auch nicht mehr aufgenommen. Damit hat auch die Auftragnehmerin klargestellt, dass sie die Annahme eines Schadenersatzes bzw. eine Aufrechnung ihrer Forderung mit einem Schadenersatz nicht akzeptiert, sodass eine derartige Vereinbarung dem Vertragstext des Vergleiches schon aus diesem Grund nicht entnommen werden kann.

Die Auftragnehmerin (H. GmbH) hat 1996 zudem eine Umsatzsteuerkürzung vorgenommen, da sie von einer Entgeltsminderung in Höhe von rund 7.000.000 S ausgegangen ist, sodass auch die umsatzsteuerliche Behandlung des Geschäftsfalles bei der H. GmbH mit der Rechtsposition der Finanzverwaltung übereinstimmt (wenngleich dieses Faktum für sich alleine noch keinen Nachweis für eine Entgeltsminderung darstellt).

(d) Auch die weiteren Passagen der Vereinbarung sprechen für eine Minderung des Leistungsentgeltes: Verzichtet wird auf gegenseitige Ansprüche, insbesondere auf Schadenersatz. Demzufolge bleibt aber nur jener Betrag, auf den nicht verzichtet wurde (nämlich die 1.300.000 S aus der Zahlung an die Fa. S. & K KG) für einen Schadenersatz übrig, wie bereits die Betriebsprüfung ausführlich dargelegt hat.

(e) Zu verweisen ist neben der schon erwähnten Rechtsprechung des VwGH auch auf die BFH-Rechtsprechung. Der BFH-Entscheidung vom 16. Januar 2003, V R 72/01, liegt folgender Fall zugrunde: K bestellte für ein Sägewerk eine Maschine um 885.500 DM und zahlte 130.000 DM (zuzüglich MWSt) an. Der Restbetrag von 640.000 DM wurde nach Inbetriebnahme fällig. Nach dem Auftreten von Mängeln forderte K in einem Schreiben Schadenersatz in Höhe von 440.000 DM. Klägerin und Beklagte schlossen einen Vergleich zur Vermeidung von gerichtlichen Auseinandersetzungen: Darin wurde festgestellt, dass alle wechselseitigen Forderungen aus dem Vertrag über die Lieferung und Montage der Sägewerksmaschine erledigt seien. Es bestehe Einigkeit, dass die Maschine in das Eigentum der Klägerin übergegangen sei. Das Finanzamt nahm in der Folge eine Minderung der Bemessungsgrundlage für die Lieferung um 640.000 DM an, K verneinte dies.

Der BFH stellte fest, nur die wirklich vereinnahmte Gegenleistung sei die "letztendliche" Bemessungsgrundlage. Die Generalklausel im Vergleich über die Erledigung aller wechselseitigen Forderungen aus dem Vertrag über die Lieferung bedeute, dass das ursprüngliche Entgelt um 640.000 DM gemindert worden sei. Welche zivilrechtlichen Folgen das Schreiben (betreffend Schadenersatz) von K habe, sei für die Bestimmung des "letztendlich" bezahlten Entgeltes nicht maßgeblich. Umsatzsteuerrechtlich mache es keinen Unterschied, ob der Besteller eines Werkes, das sich als mangelhaft erweise, das Werk

behalte und statt der Minderung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlange. Für die Beurteilung komme es auch nicht darauf an, wie die Rechtslage wäre, wenn die Klägerin zunächst die von ihr geschuldete Vergütung in voller Höhe gezahlt und erst danach aufgrund aufgetretener Mängel von der Beklagten Schadenersatz verlangt hätte.

Der bezeichnete BFH-Fall ist für den gegenständlich zu entscheidenden Berufungsfall ebenfalls von Bedeutung. In beiden Fällen wird nämlich der Schadenersatz (nur) gegen die Forderung eingewendet (nicht aber gesondert eingeklagt), es erfolgt aber im Vergleich keine ausdrückliche Aufrechnung der Forderung aus dem Schadenersatz mit der Leistungsforderung. Vielmehr wird jeweils im Vergleich festgehalten, dass die Forderungen gegenseitig erledigt seien, was zu einer Entgeltsminderung führt.

Auch die weiteren Ausführungen in der Berufungsschrift und in der Gegenäußerung zur Stellungnahme verhelfen der Berufungswerberin nicht zum Erfolg:

(f) Nicht die Betriebsprüfung hat eine Schadenersatzleistung in eine Entgeltsminderung umgedeutet, sondern umgekehrt die Bw. den Verzicht auf ein Entgelt in einen Schadenersatz: Die Klage lautete auf Zahlung eines Werklohnes und der Vergleich hat diesen Prozess (und nicht einen Schadenersatzprozess) bereinigt.

(g) Nicht maßgeblich ist die mit Gutachten festgestellte Schadenssumme von 21.500.000 S, weil eine Aufrechnung mit zahlenmäßig gesicherten Schadenersätzen im Vergleich nicht stattgefunden hat (wobei die Bw. dies auf Seite 4 der Berufung vom 26. September 2002 gegen den Umsatzsteuerbescheid 1997 im ersten Absatz sogar ausdrücklich festhält). Einerseits deswegen, weil die H. GmbH genau dies verhindern wollte, andererseits deswegen, weil die tatsächliche Schadenssumme nicht eindeutig zu ermitteln war. Gibt doch die Bw. selbst zu (Gegenäußerung zur Stellungnahme der Betriebsprüfung, Seite 3, dritter und vierter Absatz), dass der Bw. bei gerichtlicher Feststellung des Schadens die Zuerkennung eines Mitverschuldens drohte und eine vergleichsweise Schadensermittlung für sie vielleicht nur 5.400.000 S bis 7.900.000 S erbracht hätte. Um eine Aufrechnung von Schadenersatz und Werklohnforderung im Vergleich anzunehmen, hätte daher in diesem Schriftstück (abgesehen vom unbestrittenen Wert von 1.300.000 S) zumindest eine schätzungsweise Bemessung dieses Schadens stattfinden müssen, was aber eindeutig nicht geschehen ist (andernfalls ist eine Aufrechnung nicht denkbar). Der Vergleich sollte zudem gerade eine (sehr schwierige) Schadensschätzung vermeiden, sonst hätte man ja den Gerichtsweg weiterverfolgen können.

(h) Wenn die Bw. in der Berufung feststellt, sie habe das Ansinnen der Fa. H. GmbH abgelehnt, im Vergleich festzuhalten, es handle sich beim Nachlass um eine

Entgeltsminderung, so ist ihr entgegenzuhalten, dass zum einen ein derartiges Ansinnen der Firma H. GmbH nirgends festgehalten ist und andererseits die H. GmbH mit Schreiben vom 22. Oktober 1996 deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass der Nachlass keinen Schadenersatz kompensiert. Zudem bedarf es auch keiner derartigen Formulierung im Vergleich (dass nämlich der Nachlass Entgeltsminderung sein soll). Da der Vergleich die Klage auf Zahlung des offenen Werklohnes abschließt, bedeutet ein gegenseitiger Verzicht automatisch einen Verzicht auf Entgelt. Würden damit auch Schadenersatzleistungen abgegolten, so müsste im Gegenteil diese Art der Abgeltung im Vergleich ausdrücklich festgehalten sein. Da der Bw. die Entgeltskorrektur der H. GmbH (Gegenäußerung zur Stellungnahme der Betriebsprüfung, Seite fünf, erster Absatz, letzter Satz) ebenso wie die Ablehnung der von ihr verlangten Klausel bekannt war, kann sie in Bezug auf diese Frage nicht einmal eine wie immer geartete Mentalreservation der Vertragsparteien geltend machen.

(i) Dass eine Vertragsstrafe umsatzsteuerlich von der Hauptleistung zu unterscheiden ist, wird nicht bestritten. Des Verweises auf die EuGH-Entscheidung vom 1.7.1982, Rs C 222/81, bedarf es daher nicht. Dasselbe gilt für die Feststellung des VwGH, wonach Vertragsstrafen grundsätzlich Schadenersatz darstellen (VwGH 26.3.1992, 90/15/0217). Eine Vertragsstrafe wurde im Vergleich aber gerade nicht vereinbart, sodass dieses Argument ins Leere geht.

(j) Die Bw. führt weiters aus, es widerspreche logischen Denkgesetzen, dass eine Baulichkeit wegen Schadensfolgen aus einem Lieferverzug um die Schadensabgeltung billiger werde, wenn im Vergleichswege eine erhöhte Gewährleistung zugesagt werde. Sie stützt sich damit nicht nur auf die von ihr vorgenommene Interpretation des Vergleiches, wonach im Vergleich ein Schadenersatzanspruch (quasi indirekt) geregelt worden sei, sondern führt diese Argumentation weiter, indem sie darauf verweist, dass jedenfalls ein Schaden entstanden sei, der betragsmäßig in Summe höher als eine allfällige Restforderung sei. Da die schadhaften Stellen überwiegend ausgebessert worden seien, wäre für eine Preisminderung in dieser Größenordnung gar kein Platz. Schon aus diesem Grund könne ein Nachlass nur als Abgeltung für einen Schadenersatz gewertet werden (dazu auch in der Gegenäußerung zur Stellungnahme der Betriebsprüfung, Seite drei, Absatz fünf: Die Schadensfolgen würden mit rund 94,7% gegenüber den Werkleistungsmängeln mit 5,3% überwiegen).

Durch diese Argumentation will die Bw. in einer Art von wirtschaftlicher Betrachtungsweise interpretativ eine Abgeltung ihrer Schadenersatzansprüche einführen. Sie übersieht dabei neuerlich, dass derartiges nicht im Vergleich enthalten ist. Der Vergleich beendet die Klage der H. GmbH auf Zahlung des ausstehenden Werklohnes durch Zahlung der Bw. in Höhe von 3.000.000 S. Damit hat die ausführende Gesellschaft (ohne detaillierte Festlegung der

Gründe) auf rund 7.000.000 S ihres Honorars verzichtet. Dieser Verzicht kann nur eine Entgeltsminderung darstellen, weil anderes im Vergleich nicht geregelt ist. Aus diesen Gründen kommt auch der Frage, in welchem Ausmaß Flächen getauscht worden sind und ob hier geringfügige "Abweichungen" aufgetreten sind, ebenso wenig Bedeutung zu, wie einer allfällig "verbesserten" Gewährleistung, weil beide Vorgänge an der Natur des Vergleiches nichts ändern können.

Ertragsteuer:

Das im Bereich der Umsatzsteuer ausgeführte gilt auch für die Ertragsteuer. In der BFH-Entscheidung vom 26.3.1992, IV R 74/90 wird dazu folgendes ausgeführt: Ob eine Minderung der Anschaffungskosten vorliegt, bestimmt sich grundsätzlich nach dem Rechtsverhältnis, aufgrund dessen die als Anschaffungskosten zu beurteilenden Aufwendungen zu erbringen sind. Wenn die zu den Anschaffungskosten führende Zahlungsverpflichtung ganz oder teilweise rückgängig gemacht wird, zB. durch Einräumung eines Preisnachlasses, durch erfolgreiche Geltendmachung von Wandlung, Minderung oder Schadenersatz, kommt eine Herabsetzung der Anschaffungskosten im Sinne des § 255 Abs. 1 Satz 3 HGB in Betracht. Bleibt jedoch die Leistungspflicht des Erwerbers unberührt, liegt keine Anschaffungskostenminderung vor.

Das bedeutet, dass es lediglich darauf ankommt, dass das ursprünglich vereinbarte Entgelt gemindert wird. In diesem Fall liegt eine Entgeltsminderung vor. Nicht entscheidend ist aber der Grund der Entgeltsminderung.

Diese Rechtsposition wird auch von Kommentatoren (so Doralt, EStG-Kommentar, § 6, unter Rz 101: "Daher reduziert auch ein Schadenersatz, der die Zahlungsverpflichtung ganz oder teilweise rückgängig macht, die Anschaffungskosten") vertreten (ebenso in den Einkommensteuerrichtlinien, Rz 2191).

Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates geht aus dem vorliegenden Vergleich eindeutig hervor, dass das ursprüngliche Entgelt um 7.063.000 S gemindert wurde. Damit ist der Vorgang als Anschaffungskostenminderung (mit den vom Betriebsprüfer aufgeworfenen Konsequenzen) zu qualifizieren.

6. Zur Frage des Schadensbetrages von 1.300.000 S führt die Bw. aus, der Prüfer habe die nunmehr anerkannte Schadensreparatur aktiviert und gleichzeitig um einen außerordentlichen Ertrag von 1.300.000 S das körperschaftsteuerpflichtige Ergebnis erhöht. Die Betriebsprüfung gibt dazu an, die Firma habe den Betrag als Minderung der Verbindlichkeit und als Minderung der Anschaffungskosten verbucht. Die Anschaffungskosten für jenen Teil des Bodenbelages,

der aufgrund der Estrichsanierung unbrauchbar geworden sei, wäre nicht als Buchwertabgang ausgebucht worden. Dieses Sachverhaltselement sei der Betriebsprüfung bei der Rückgängigmachung der Anschaffungskostenminderung aufgrund des Vergleichsabschlusses nicht bekannt gewesen. Der Berufung sei in diesem Punkt stattzugeben: Die Anschaffungskosten des Betriebsgebäudes änderten sich um 1.300.000 S, die Afa 96/97 und 97/98 um 52.000 S und der IFB 96/97 um 117.000 S. Dies führe zu Änderungen der jeweiligen Jahresergebnisse von – 1.131.000 S für 96/97 und + 52.000 S für 97/98.

Der Unabhängige Finanzsenat schließt sich dieser von der Bw. beantragten und von der Betriebsprüfung bestätigten Auffassung an. Der neue Gewinn/Verlust bemisst sich wie folgt:

Bilanzergebnis 1997	-4.088.475,00	
Abänderung	-1.131.000,00	
Verlust neu		- 5.219.475,00
Bilanzergebnis 1998	9.197.048,00	
Abänderung	+52.000,00	
Gewinn neu		+ 9.249.048,00

Daraus ermitteln sich nachstehende Einkünfte aus Gewerbebetrieb:

Ergebnis	-5.219.475,00	9.249.048,00
Spende	12.308,00	28.957,00
Repräsentation	38.785,00	62.851,00
Köst	15.000,00	56.023,00
KZ 630, 633	-2.044.369,00	-7.278.688,00
KZ 629	200.314,00	-415.652,00
Ergebnis neu	-6.997.437,00	1.702.539,00

7. Zur Frage der mündlichen Verhandlung: In der Berufungsschrift vom 26. September 2002 betreffend Umsatzsteuer 1997 wurde ein Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung gestellt, die Berufung gegen den Körperschaftsteuerbescheid 1997 und 1998

enthält keinen derartigen Antrag. Der im Bereich der ursprünglichen Senatszuständigkeit gestellte zulässige Antrag (betreffend Umsatzsteuer) würde grundsätzlich gemäß § 323 Abs. 12 BAO auch für den Unabhängigen Finanzsenat (weiter)gelten.

Da der Antrag auf mündliche Verhandlung aber beim Erörterungstermin zurückgezogen wurde, war eine solche Verhandlung für die mangels Antrag auf Senatszuständigkeit nunmehr in den monokratischen Entscheidungsbereich fallende Abgabe nicht mehr durchzuführen.

8. Die zahlenmäßige Darstellung der Betriebsprüfung wurde nicht in Zweifel gezogen.

Aus den bezeichneten Gründen war die Berufung gegen die Umsatzsteuer 1997 im Hinblick auf die erlassene Restforderung von 7.063.173,72 S abzuweisen, bezüglich der Körperschaftsteuer 1997 und 1998 war der Berufung in beiden Jahren teilweise stattzugeben.

Beilage: 2 Berechnungsblätter

Linz, 12. August 2003