



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen der JSKGmbH, in L-Str.85, vertreten durch Bernd Sykora, Steuerberater, 3003 Gablitz, Tullnerbachstrasse 92 A, gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf betreffend Körperschaftsteuer 1996 bis 1999 und Umsatzsteuer 1996, 1997 und 1999 vom 25. Juni 2002 und den Bescheid vom 25.Jänner 2002 betreffend Umsatzsteuer 1998 entschieden:

Die Berufungen betreffend Körperschafsteuer für den Zeitraum 1996 bis 1999, Umsatzsteuer 1996,1998 und 1999 werden als unbegründet abgewiesen.

Die Bescheide betreffend Körperschaftsteuer 1996 bis 1999 und Umsatzsteuer 1996, 1998 und 1999 bleiben unverändert.

Der Berufung betreffend Umsatzsteuer 1997 wird teilweise Folge gegeben.

Der Bescheide betreffend Umsatzsteuer 1997 werden abgeändert.

Die Bemessungsgrundlage und die Höhe der Abgabe sind dem Ende der folgenden Entscheidungsgründe zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

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

Entscheidungsgründe

Die JSKGmbH (Berufungsverberberin, Bw.) betrieb im Prüfungszeitraum am Standort in 3003 Purkersdorf, Linzerstraße 85 einen Immobilienhandel, verbunden mit Errichtung und Vermietung von Immobilien. Die Gesellschaft wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 4.November 1988 mit einem zur Hälfte eingezahlten Mindeststammkapital errichtet, die Geschäftsanteile je zur Hälfte von den damaligen Ehegatten JK und SK übernommen.

Nach Ehescheidung im Jahr 1994 trat JK seine Geschäftsanteile im Juli 1996 an seine geschiedene Ehefrau SK ab, welche seit diesem Zeitpunkt alleinige Gesellschafterin der JSKGmbH ist.

Die Bw. wurde einer die Jahre 1996 bis 1999 umfassenden abgabenbehördlichen Prüfung unterzogen. Laut Prüfungsbericht vom 26.2.2002 wurde u.a. folgendes festgestellt:

1. Gesellschafterverrechnungskonto JK

Tz 27 des Betriebsprüfungsberichtes führt aus, dass das Rechenwerk der Bw. 1996 eine Forderung gegenüber dem ehemaligen Gesellschafter JK in Höhe von öS 1.004.496.- ausweise.

Da laut Angaben der Alleingesellschafterin und Geschäftsführerin im Prüfungszeitraum SK dieser Betrag gegenüber ihrem ehemaligen Ehemann nicht einbringlich zu machen gewesen wäre, sei per 31.12.1996 die aufwandswirksame Abschreibung dieser Forderung erfolgt. Einbringungsmaßnahmen wären nicht gesetzt worden, da diese aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit dem ehemaligen Ehemann als aussichtslos und zwecklos erachtet worden wären.

JK sei laut Firmenbuch mit 17.7.1996 als Gesellschafter der JSKGmbH ausgeschieden. Der Zufluss des abgeschriebenen Betrages sei daher zur Gänze in dessen Zeit als Gesellschafter erfolgt. Faktisch sei damit eine Bereicherung eines Gesellschafters zu Lasten der Gesellschaft erfolgt, weshalb eine verdeckte Ausschüttung gem. § 8 (2) KStG angenommen werde. Verdeckte Ausschüttungen lägen vor, wenn Körperschaften ihren Anteilsbesitzern nicht als Ausschüttung erkennbare Vermögensvorteile zuwenden. Die Bezeichnung, die Form, der Grund und die Höhe einer solchen Zuwendung seien nicht entscheidend

Es wurde daher verdeckte Gewinnausschüttung an JK in folgender Höhe errechnet.

	1996 ÖS
Forderung JK	1.004.496,00

+ Kest	283.320,00
Verdeckte Ausschüttung lt. Bp	1.287.816,00

Die Berufung führt zu diesem Punkt aus, dass es sich bei diesem Verrechnungskonto um ein Darlehen an Herrn JK gehandelt habe, welches dieser aufgenommen habe um seiner krankhaften Spielleidenschaft nachzukommen. Er habe immer wieder beteuert das Geld rückführen zu wollen. Dies in der Form, dass er sich mittels einer selbstständigen Tätigkeit, einer so genannten „NN-Erzeugung“, größere Gewinn erwartet habe. Ergänzend werde noch angemerkt, dass Herr JK Firmenschecks entwendet hätte und mit gefälschter Unterschrift die gegenständlichen Beträge behoben hätte.

Diese Idee (NN-Erzeugung) sei zwar kurzfristig durchgeführt worden, die erwarteten Geldflüsse seien aber ausgeblieben. Die Ehe der Gesellschafter sei bereits 1994 geschieden worden und Frau SK hätte lediglich einmal Unterhaltszahlungen für die beiden Söhne von ihrem geschiedenen Ehegatten erhalten. Dies sei ein weiterer Hinweis auf dessen Zahlungsunfähigkeit. Die Alimentationsansprüche seien an das Jugendamt abgetreten worden und auch diesem sei es aufgrund der Vermögenslosigkeit des Herrn JK nicht möglich gewesen die Unterhaltsansprüche einzutreiben.

Aufgrund dessen sei die „Darlehensforderung“ tatsächlich eine Forderung an einen ehemaligen Gesellschafter, welcher der Gesellschaft unberechtigt, sogar deliktisch Gelder entzogen habe.

In ihrer Stellungnahme zur Berufung führt die Bp an, dass die strittigen Beträge iHv öS 1.004.496.- gänzlich zu einem Zeitpunkt entnommen worden seien, zu dem JK noch Gesellschafterstatus gehabt habe. Die Ausbuchung als uneinbringliche Forderung sei seitens der Bw ohne jedwede Einbringungsmaßnahme erfolgt. Da die Geschäftsführerin der Bw. mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu agieren hat, auch wenn sie aufgrund der ausständigen Alimentationszahlungen gewusst hätte, dass Herr JK Liquiditätsprobleme hätte, hätte sie besonders darauf achten müssen, dass keine Geldmittel an JK fließen. Weiters wäre eine prozessuale Durchsetzung unumgänglich gewesen, um die Argumentation der Bw anerkennen zu können.

Der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung sei somit erfüllt, lediglich hinsichtlich der de facto begünstigten Person könnte aus Sicht der Bp. eine andere Rechtsansicht bestehen, denn man könnte den Sachverhalt auch so interpretieren, dass durch die Forderungsabschreibung ohne vorangegangene Einbringungsschritte gegen den Ex-Ehemann die verdeckte Ausschüttung der Geschäftsführerin der Bw. zuzurechnen sei. Die Begünstigung

von Herrn JK durch seine Ex-Frau würde dann eine Einkommensverwendung seitens Frau SK darstellen.

Die Gegenäußerung zur Stellungnahme der Bp argumentiert, dass JK die Entnahme der Geldbeträge unerlaubterweise tätigte, indem er, da auf den Konten der Bw. nicht zeichnungsberechtigt, zwei Scheckformulare entwendete und mit gefälschter Unterschrift Firmengelder behob. Die von der Bp eingeforderten gerichtlichen Durchsetzungsschritte der Forderung hätten laut Rechtsauskunft etwa öS 150.000.- an Kosten erwarten lassen. Zum Zeitpunkt der Erstellung des Jahresabschlusses 1996 im Jahr 1998 sei der Geschäftsführung bereits klar gewesen, dass Einbringungsmaßnahmen aufgrund der hohen Verbindlichkeiten des Schuldners nur kostenintensiv und erfolglos sein würden. Auch andere Gläubiger wie die A-Bank mit öS 2Mio, die B-Bank mit 0,5 Mio. und das Jugendamt mit 0,2 Mio. hätten ebenfalls das Nachsehen gehabt.

Bis zu seiner erneuten Eheschließung im Jahr 1998 mit Frau VK habe Herr JK immer wieder beteuert, die unrechtmäßig entnommenen Beträge mittels der NN-Erzeugung wieder rückführen zu wollen. Die Eheschließung hätte allerdings Zahlungsunwilligkeit und Zahlungsunfähigkeit nach sich gezogen. Eine Begünstigung des Ex-Ehemannes durch die Gesellschafter-Geschäftsführerin könne daher schon aus diesem Grund nicht angenommen werden.

2. Tz 17 und Tz 28 Verkauf Geschäftslokal - LZ-Str.20a

Nach Tz 28 des Betriebsprüfungsberichtes sei mit Kaufvertrag vom 1.4.1997 das Geschäftslokal 1 in LZ-Str.20a, welches sich im Betriebsvermögen der Bw befand an JK um öS 1.000.000.- verkauft worden. Der Erlös aus diesem Verkauf sei jedoch nicht im Rechenwerk erfasst. Die Geschäftsführung der Bw habe zu diesem Vorgang angegeben, dass der Kaufpreis nie geflossen sei. Da die Bw. ihren Gewinn nach § 5 EStG ermitte, hätte zumindest die Forderung eingebucht werden müssen. Einbringungsmaßnahmen wären seitens der Bw aus Gründen der behaupteten Vermögenslosigkeit von Herrn JK nie gesetzt worden.

Weiters sei mit selbigem Datum 1.4.1996 seitens JK dessen Hälfteneigentum an der im Privatvermögen befindlichen Liegenschaft L-Str.85, mittels Schenkung an die Gesellschafter-Geschäftsführerin der Bw. (SK) übergegangen.

Aus der Sicht der Betriebsprüfung (Bp.) sei somit faktisch ein Gegengeschäft erfolgt, bei welchem die Gesellschafter-Geschäftsführerin (SK) zu Lasten der Gesellschaft das Geschäftslokal entnommen habe um es gegen den im Besitz ihres ehemaligen Ehegatten stehenden Grundstücksanteil an der Liegenschaft L-Str.85 zu tauschen. Der Hälftanteil an der genannten Liegenschaft sei ins Privatvermögen von Frau SK übergegangen. Dieses Tauschgeschäft sei auch von Herrn JK bestätigt worden.

Die Betriebsprüfung nahm daher mangels anderer Parameter eine verdeckte Gewinnausschüttung in der Höhe des vereinbarten Kaufpreises von öS 1 Mio. an zugunsten von Frau SK an.

	1997 ÖS
Entnahme Geschäftslokal	1.000.000,00
+ Kest	333.333,33
Verdeckte Ausschüttung lt. Bp	1.333.333,33

Von dem Gesamtobjekt in welchem sich auch das an JK veräußerte Geschäftslokal befände, sei bis 1996 ein Anteil von 64% der geltend gemachten Vorsteuer aufgrund unecht befreiter Erlöse (Umsätze von Grundstücken § 6 Abs 1 Z 9 lit a UStG 1994) durch die Bw. gem. § 12 Abs 11 UStG berichtigt worden

Das Objekt sei nie vermietet worden, es seien daher keine steuerpflichtigen Umsätze bewirkt worden.

Die Vorsteuer des Gesamtobjektes LZ-Str.20a habe betragen:

1993	6.278,00 öS
1994	350.967,00 öS
1995	241.300,00 öS
1996	120.871,00 öS
Gesamt daher	719.416,00 öS

Bislang wären 351/549 d.s. 64% somit 460.426,00 öS berichtigt worden. Aufgrund des Verkaufes des Geschäftslokals an JK werde eine weitere Berichtigung von 106/549 d.s. 19,3 % somit gerundet 19% und 136.89,00 öS gem. § 12 Abs 11 UStG im Zuge der Betriebsprüfung vorgenommen.

Zu diesen Punkten führt die Berufung aus, dass um die erwähnte NN-Erzeugung beginnen zu können, der Exgatte JK die Geschäftsführerin der Bw durch psychoterrorähnliche Maßnahmen zum Verkauf des Geschäftslokals genötigt habe, da er selbst mittels des Eigentumslokals eine entsprechende Kreditverschaffungsmöglichkeit gegenüber seiner Bank erworben habe.

Die Berufung führt aus, dass letztlich aus heutiger Sicht nicht nur die betroffenen Banken sondern auch die Bw betrogen worden wäre. Es sei daher zu keiner Einbuchung eines Erlöses gekommen, der letztlich wieder wertüberichtigen gewesen wäre.

Das von der Bp. behauptete Gegengeschäft habe nie stattgefunden, denn der Wert des Hälfteneigentums an der Liegenschaft L-Str.85 sei mit Schulden belastet gewesen. Der Termin sei deshalb beim Notar am selben Tag wahrgenommen worden. Da es sehr schwierig gewesen sei mit Herrn JK Termine festzulegen. Auf keinem der Verträge befindet sich ein Hinweis auf den Tausch, bzw. der Berichtigung der Forderung aus dem verkauf des Geschäftslokals mittels Tausch. Ein Tausch könne überdies nicht angenommen werden, da dieser Personenidentität voraussetzen würde.

Hinsichtlich der Eintreibungsversuche der Bw. werde auf den Strafakt bei der StA St.Pölten, xxxxxxxx verwiesen. Inhalt der Strafanzeige sei, dass der Exgatte der Geschäftsführerin der Bw. die Kinder zum Diebstahl von Wertgegenständen, die sich als Sicherstellung betreffend des Kaufpreises LZ-Str.20a , im Besitz der Geschäftsführerin und Mutter befunden hätten, missbraucht hätte. Diese Gegenstände hätten nach ordnungsgemäßer Entrichtung des Kaufpreises an den Exgatten retourniert werden sollen. Die mündliche Bestätigung seitens Herrn JK sei unglaublich da aus seinem gesamten geschäftlichen Verhalten den Aussagen keine Glaubwürdigkeit geschenkt werden könne. Er habe deshalb so reagiert weil aus heutiger Sicht dies für ihn die bessere Lösung wäre.

Von der Bp wird zu diesem Berufungspunkt in der Stellungnahme ausgeführt, dass wenn die Veräußerung tatsächlich durch psychoterrorähnliche Maßnahmen erzwungen worden wäre seitens der Geschäftsführerin Strafanzeige hätte erstattet werden müssen. Ein Zusammenhang zum angeführten und im Betriebsprüfungsverfahren nicht vorgelegten Strafakt der StA St.Pölten, xxxxxxxx, könne nach Ansicht der Bp nicht hergestellt werden.

Dass in den vorliegenden Verträgen kein Hinweis auf ein Tauschgeschäft zu finden sei, sei steuerrechtlich nicht relevant, da für steuerliche Belange die wirtschaftliche Betrachtungsweise ausschlaggebend wäre.

Im Hinblick auf die Belastung des Hälftenanteils der übernommenen Liegenschaft L-Str.85 führt die Stellungnahme der Bp aus, dass Frau SK besonderes Interesse gehabt haben müsse, diesen Anteil zu erwerben, da ihr Ex-Ehemann diesen Anteil ansonsten an einen fremden Dritten hätte veräußern können.

Die Höhe des Verkehrswertes der Liegenschaft könne nur durch eine Sachverständigengutachten festgestellt werden. Da das genannte Grundstück mit einer Grundfläche von 1068 m² in Zentrumsnähe gelegen sei und sich auf dem Grundstück ein nutzbares Gebäude befinden sei ein Verkehrswert von rund 6 Mio. öS durchaus möglich und plausibel. Die Bp stelle daher folgende Rechnung an, welche die Annahme eines Gegengeschäfts rechtfertige. Ein gegenteiliges Gutachten sei nicht vorgelegt worden.

Verkehrswert Grundstück samt Gebäude	öS 6.000.000.-
abzüglich Belastungen	öS -4.000.000.-
ergibt	öS 2.000.000.-
davon die Hälfte	öS 1.000.000.-

Abgesehen von dieser Argumentation stehe fest, dass die Bw. über Veranlassung der Gesellschafter-Geschäftsführerin in Höhe des Wertes des Geschäftslokals LZ-Str.20a geschädigt worden sei. Mangels anderer Parameter habe die Bp daher den Wert laut Kaufvertrag für die Berechnung der verdeckten Gewinnausschüttung in Ansatz gebracht.

In der Gegenäußerung zur Stellungnahme führt die Bw. aus, dass der Zwang zum Verkauf darin bestanden habe, dass JK unzählige Male erklärt habe, eben dieses Lokal als Existenz- und Erfolgsgrundlage im Eigentum zu benötigen, um eine Kreditfinanzierung der Banken für die NN-Erzeugung zu erhalten und aus den erwarteten Gewinnen den Kaufpreis des Lokals abdecken zu können. Eine Strafanzeige wegen des „Psychoterrors“ sei auf anwaltlichen Rat unterlassen worden, da die erhobenen Vorwürfe in einem Strafverfahren nicht beweisbar gewesen wären.

In einem anderen Punkt sie jedoch Strafanzeige erstattet worden. Von der Geschäftsführerin seien, nach andauernden Bitten, diverse Wertgegenstände von Herrn JK, die eine Sicherstellung seiner Schulden darstellten, herausgegeben worden. Der Vater habe seine mj. Kinder angestiftet ihrer Mutter, der Gesellschafter-Geschäftsführerin der Bw. genau diese treuhändig übergebenen Gegenstände für ihn zu stehlen (siehe dazu den Strafakt der StA St.Pölten xxxxxxxx).

Die Schenkung des Hälftanteils der Liegenschaft L-Str.85 sei nicht im Zusammenhang mit den anderen Geschäften der Bw. gestanden. Es handle sich hiebei um eine andere Rechtspersönlichkeit, daher wäre wohl im Notariatsakt ein entsprechender Hinweis erforderlich gewesen. Herr JK hätte sicher auf einem derartigen Hinweis bestanden, da er dann nicht mehr den Kaufpreis schuldig gewesen wäre.

Ursprünglich sei beabsichtigt gewesen den Hausanteil direkt den Kindern des Ehepaars JK und SK zukommen zu lassen, wovon aber aufgrund des jugendlichen Alters der Kinder Abstand genommen worden sei, da die Gefahr bestanden hätte, dass die Kinder unter Einfluss des Vaters nach Erlangung der Großjährigkeit weitere Belastungen des Hauses vorgenommen hätten.

Zu den Feststellungen der Bp. im Rahmen der Umsatzsteuer wird in der Berufung ausgeführt, dass das gegenständliche Lokal seit seiner Errichtung 1993 bis zu seinem Verkauf 1997 zur Vermietung zur Verfügung gestanden hätte bzw. als Baubüro der Bw bei der Errichtung des Objekts H-str.3 genutzt worden sei. Daher seien nicht 19% der gesamten Vorsteuern zu berichtigen sondern lediglich 5/9tel von 19% von 179.416, sohin 75.938,00 (19% von 719.416,00 d.s. 136.689,00 davon 5/9 d.s. 75.938,00).

In der Stellungnahme zur Berufung wird festgehalten, dass für das gegenständliche Geschäftslokal niemals Mieteinnahmen erzielt worden seien. Die Verwendung als Baubüro hätte ebenfalls nicht nachgewiesen werden können. Gegen diese Verwendung spreche überdies, dass der Bau des Objekts H-str.3 Mitte des Jahres 1996 begonnen worden sei, die Veräußerung des Geschäftslokals bereits am 1.4.1997 erfolgte. Somit hätte ab April kein Baubüro zur Verfügung gestanden, obwohl das Projekt bis dato nicht beendet wäre. Das Baubüro müsse daher, sofern es ein derartiges Büro gegeben habe, an einem anderen Ort gewesen sein (z.B. im Wohnhaus der Gesellschafter-Geschäftsführerin in L-Str.85 oder in einem Baucontainer vor Ort).

In der Gegenäußerung zur Stellungnahme der Bp wird ausgeführt, dass der Betriebsprüfung ein Zuordnungsfehler unterlaufen sei. Das Geschäftslokal 1 sei an Herrn JK verkauft worden, dass Geschäftslokal 2, das die Vorsteuer ausgelöst habe, sei bis 2001 als Baubüro und Lager

genutzt worden, befindet sich immer noch im Besitz der Bw. und werde vermutlich ab 1.12.2002 vermietet werden.

Tz 18 Vorsteuer H-str.3

Die Bp stellt in ihrem Bericht fest, dass im Zuge des Jahresabschlusses und der Erklärungsabgabe 1998 hinsichtlich des Objekts H-str.3 für 100% der Errichtungskosten an Vorsteuern geltend gemacht worden wären. In den Vorjahren und auch in den Umsatzsteuervoranmeldungen für 1998 sei entsprechend der beabsichtigten Verwendung (50% Verkauf, 50% Vermietung) nur die Hälfte der Vorsteuern geltend gemacht worden.

Im Jahr 1998 seien bereits die Wohnungen Top I/4 und Top I/6 insgesamt 9% des Objekts und 1999 die Wohnungen Top II/3 und Top I/7 mit weiteren 13% verkauft worden. Ab 2001 sei mit der Vermietung der Wohnungen begonnen worden. Bei Prüfungsabschluss seien 4 Wohnungen verkauft und 4 Wohnungen vermietet gewesen. Die restlichen Wohnungen seien leer gestanden. Im Zuge der Betriebsbesichtigung habe anhand der Plakate erkannt werden können, dass weitere Wohnungsverkäufe geplant seien.

Da sowohl 1998 und 1999 keine Erlöse aus Vermietung erzielt worden seien und weiterhin Verkaufsabsicht bestünde, halte die Bp an der ursprünglich gewählten Vorgehensweise fest und anerkenne nur 50% der geltend gemachten Vorsteuern.

Vorsteuern laut Erklärung 1998	542.281,00 öS
Hievon 50% Vorsteuern lt. Bp	271.141,00 öS

Die Berufung führt dazu aus, dass die beabsichtigten weiteren Wohnungsverkäufe von der finanziierenden Bank ad absurdum geführt worden seien, bzw. zeige die laufende Vermietung von Wohneinheiten die Änderung des ursprünglichen Vorhabens 50% der Wohnungen zu verkaufen. Das Werbeplakat, worin Wohnungen zum Verkauf stünden, sei noch aus der Vorzeit und könne nicht als Indiz für die derzeitige Nutzung gelten. Tatsache sei, dass keine Wohnungen mehr verkauft würden. Die Kürzung der Vorsteuer sei daher rückgängig zu machen, da sich die wirtschaftlichen Verhältnisse geändert hätten.

Der Umstand dass 1998 und 1999 keine Vermietungseinkünfte erzielt worden seien, sei auf den Umstand zurückzuführen, dass die finanziierende Hausbank zunächst einer Vermietung nicht zugestimmt habe und außerdem noch weitere Adaptierungen nötig gewesen wären.

Die Kürzung der Vorsteuern sei daher nur hinsichtlich der verkauften Objekte folgendermaßen vorzunehmen:

Vorsteuer gesamt	542.281,60 öS
Verkauft 221/980-tel insgesamt 22%	(119.301,00 öS)
1998 9% d.s.	48.805,00 öS
1999 13%	70.496,00 öS

Die Bp. vermeint im Rahmen ihrer Stellungnahme in der Argumentation einen Widerspruch zu erkennen, da einerseits aufgrund der Verhandlungsprotokolle mit der A-Bank argumentiert werde, dass die Wohnungen nicht verkaufbar seien, andererseits dieselbe Bank einer Vermietung 1998 und 1999 aber nicht zugestimmt habe. Unterlagen über ein Verkaufsverbot der Bank seien nie vorgelegt worden.

Dazu führt die Gegenäußerung aus, dass bei Baubeginn der Verkauf von 50% der insgesamt 14 Wohnungen geplant gewesen sei. Deshalb seien in dieser Periode auch nur 50% der Vorsteuern geltend gemacht worden. Während der Bauzeit sei der Immobilienmarkt eingebrochen. Aus kaufmännischer Notwehr sei eine gänzliche Vermietung ins Auge gefasst worden, aber am Einspruch der A-Bank gescheitert, welche auf dem Verkauf bestanden hätte. Die Bank habe dann ihrerseits versucht im Rahmen einer Notgeschäftsführung die Wohnungen zu verkaufen, sei aber ebenfalls nicht erfolgreich gewesen und habe daher dann die Zustimmung zur Vermietung erteilt. Zum Zeitpunkt der Gegenäußerung seien 4 Wohnungen verkauft, 8 Wohnungen vermietet und 2 Wohnungen knapp vor Vermietung.

Tz 29 Warenvorrat

Die Bp. berechnete unter Tz 29 des Berichtes die Warenvorräte an noch nicht verkauften Wohnungen im Objekt H-str.3 unter Beachtung der Vorsteuerkürzungen:

1998	öS
Anschaffungskosten bauliche Investitionen	5.056.732,52
Anschaffungskosten unbebaute Grundstücke	1.370.624,00
Wohnungsvorräte	4.099.120,07
+ 50% der nicht anerkannten Vorsteuern	271.141,00
980/980-tel	10.797.617,59
Verkauf 40/980 am 29.4.1998	- 440.542,80
Verkauf 33/980-tel am 16.12.1998	- 363.879,71
Stand lt. Bp 907/980-tel	9.998.195,08
Zukäufe 1999:	

bauliche Investitionen (Konto 2500)	104.741,00
Bauliche Investitionen (Konto 2510)	317.851,00
+ 50% der Vorsteuern	53.509,00
Restwert 31.12.1999	10.469.296,08
Verkäufe 58/980-tel vom 8.4.1999	- 619.782,33
Verkäufe 68/980-tel vom 14.6.1999	- 726.569,15
Stand lt. Bp 781/980-tel zum 31.12.1999	9.122.944,60

Die Berufung führt zu diesen Berechnungen aus, dass die als Warenvorrat ausgewiesenen Wohnungen unter Berücksichtigung einer jährlichen AfA von 1,5% unter Ausschluss eines Grundanteils einzustellen wären. Eine entsprechende Berechnung werde nachgereicht werden.

In der Stellungnahme verweist die Bp darauf, dass für die Geltendmachung einer AfA das Datum der Inbetriebnahme ausschlaggebend sei. Da die Vermietung erst 2001 begonnen worden sei, stünde AfA auch erst ab diesem Zeitpunkt zu.

Ergänzend verweist die Stellungnahme darauf, dass in die Bilanz 1997 ein um 1.010.796,67 von der Bilanz 1996 abweichender Verlustvortrag übernommen worden sei, welcher bisher nicht aufgeklärt und auch steuerlich noch nicht gewürdigt worden sei. Der Bilanzzusammenhang sei nicht gewahrt, was das Verwerfen der Buchhaltung und eine Zuschätzung oder einen Sicherheitszuschlag rechtfertigen würde.

Die Gegenäußerung kündigt zu letzterem bislang nicht eingelangte Ausführungen an.

Im Zuge der Bearbeitung der Berufung durch den UFS wurde der Bw ein Fragenvorhalt mit mehreren Fragepunkten übermittelt:

Vorhalt: In der Berufung führen Sie aus, dass der Kontostand des Verrechnungskontos auf ein Darlehen zurückzuführen ist, dass Herr JK zur Abdeckung seiner Spielleidenschaft aufnahm. In der Gegenäußerung zur Stellungnahme der Bp ist von entwendeten Scheckformularen und gefälschten Unterschriften die Rede.

Diese Ausführungen stehen zueinander in Widerspruch.

- Sie werden daher ersucht die eingelösten Scheckformulare mit den gefälschten Unterschriften vorzulegen und darzutun aus welchen Umständen die Unterschriftfälschung abgeleitet wird.
- Wie hoch war die Summe der angeblich widerrechtlich abgehobenen Beträge?

c) Weshalb haben Sie keine Strafanzeige wegen dieses Vorganges (widerrechtliche Behebung von Geldern mittels einer gefälschten Unterschrift) erstattet?

d) Haben Sie der kontoführenden Bank mitgeteilt, dass Scheckformulare gestohlen wurden (Diebstahlsanzeige liegt im Akt)?

Warum haben Sie diese Schecks nicht sperren lassen?

Warum haben Sie der Bank nicht nachgewiesen (z.B. verurteilendes Straferkenntnis), dass die Unterschriften gefälscht waren und daher die Auszahlung zu Unrecht erfolgte? Die Bank hätte in diesem Fall den Schaden übernehmen müssen.

e) Haben Sie Herrn JK schriftlich aufgefordert seine Gesellschafterkonto glattzustellen? Wenn ja, legen Sie bitte dieses Schreiben mit Postaufgabeschein vor.

Wenn nein, warum wurde er nicht aufgefordert?

f) Die Ehe der Ehegatten JK und SK wurde 1994 geschieden. Wie hoch war zu diesem Zeitpunkt das Gesellschafterverrechnungskonto von JK ?

g) Weshalb blieb Herr JK noch nach Ehescheidung Gesellschafter?

h) Wann wurde Herrn JK die Zeichnungsberechtigung für die Firmenkonten entzogen und warum?

h) Bitte weisen Sie nach, weshalb die gerichtliche Durchsetzung der offenen Forderungen gegen JK Kosten von öS 150.000.- versucht hätten.

Antwort der Bw:

1. *Gesellschafterverrechnungskonto JK*

Aufklärung des Widerspruches: Herr JK hat nicht EIN Darlehen genommen, sondern laufend Gelder für - wie er es damals formulierte - Aufbau einer neuen Existenz als freier Mensch nach seiner Scheidung benötigt, weswegen das Verrechnungskonto laufend anwuchs (siehe Kontoauszüge anliegend), tatsächlich dürfte es sich dabei jedoch bereits um Gelder handeln, die er aufgrund seiner Sucht verspielte. Bereits im Zuge der Scheidung war es zwar mein Bestreben, ihn aus der gemeinsamen Ges.m.b.H. zu entfernen, damit war er leider nicht einverstanden, da er sich früher oder später Gewinne aus meiner Bautätigkeit erwartete abkassieren zu können. Erst als die Ges.m.b.H. drohte Pleite zu gehen (nicht verkaufbare Geschäftslokale, Baustopp durch Anrainer-Einsprüche gegen die Wohnhausanlage Hauersteigstr.) erklärte er sich zum Ausscheiden bereit.

1 a) Die eingelösten Scheckformulare wurden bei der Bank eingelöst und befinden sich daher auch dort, eine Vorlage meinerseits ist daher nicht möglich. Da ich diese Gelder nicht abgehoben habe, war mir bei Erhalt der Kontoauszüge klar, dass diese entwendet worden waren.

1 b) Soweit erinnerlich wurden ATS 68.000,- und ATS 106.000,- damals behoben. 1 c) Ich habe unverzüglich bei der Gendarmerie Anzeige erstattet.

1 d) Ich habe der Bank unverzüglich die Bestätigung der Gendarmerie über die Diebstahlsanzeige überbracht.

Die Schecks konnten nicht mehr gesperrt werden, da diese bereits eingelöst waren.

Die Bank hat eine Schadensübernahme abgelehnt, ebenso die Haushaltsversicherung. Für eine Haftung wäre ein „Einbruchdiebstahl“ nötig gewesen, es handelte sich jedoch um einen „Einschleichdiebstahl“ ohne Hinterlassung von Einbruchsspuren sowie eine nicht ordnungsgemäße Scheckaufbewahrung meinerseits in den Raum gestellt wurde.

1 e) Herr JK wurde unzählige Male mündlich, schriftlich und per Fax zur Schuldenbegleichung aufgefordert. Briefstücke wurden nicht behoben und kamen zurück (Beilage B samt Einschreibzettel), so mir überhaupt eine Adresse bekannt war, Faxmahnungen wurden unzählige Male an die Nummer zzzz und an vvvv abgesandt, was sich durch die Telefonlisten meines und des empfangenden Anschlusses beweisen lässt, da dies immer von meiner Rufnummer yyyy abgesandt wurde (3 Faxprotokolle anliegend, aber leider verblasst)

f) Die Ehe wurde zwar 1994 geschieden, das Verrechnungskonto des Herrn JK belief sich auf S 449.000,-, Herr JK verweigerte aber den Ausstieg aus der Ges.m.b.H., ebenso die Zurücklegung der Zeichnungsberechtigung und bezeichnete mein Ansinnen als bösartigen Entmündigungsversuch und wurde jedes Mal sehr aggressiv.

g) Bereits im Zuge der Scheidung war es mein Bestreben, ihn aus der gemeinsamen Ges.m.b.H. zu entfernen, womit er leider nicht einverstanden war, da er sich früher oder später Gewinne aus meiner Bautätigkeit erwartete abkassieren zu können. Erst als die Ges.m.b.H. drohte Pleite zu gehen (nicht verkaufbare Geschäftslokale, Baustopp durch Anrainer-Einsprüche gegen die Wohnhausanlage H-str.3 .) erklärte er sich zum Ausscheiden bereit.

h) Ein einseitiger Entzug der Zeichnungsberechtigung eines gemeinsamen Kontos war laut Bank gesetzlich nicht möglich.

h) Kostenfrage: Zur Zeit habe ich eine Mietexecution mit einem Mietrückstand von EUR 1.993,20 beim Gericht gegen einen Mieter anhängig. Bis jetzt musste ich dafür EUR 827,32 als Kostenvorschuss erlegen, also fast 40 Prozent. Die gerichtliche Durchsetzung der Forderungen gegen Herrn K hätte die Ges.m.b.H aufgrund der hohen Forderungen S 150.000,- Kostenvorschuss betragen, das wurde mir vom Anwalt bestätigt. Dieser Vorschuss war in der Ges.m.b.H. nicht vorhanden, sodass die gerichtliche Durchsetzung einerseits aus Geldmangel unterblieb, andererseits aus Vernunftgründen, da die Eintreibbarkeit mit mehr als zweifelhaften Ausgang zu beurteilen war.

2.Verkauf des Geschäftslokals LZ-Str.20a

a) Welche psychoterrorähnlichen Handlungen wurden vom Käufer gesetzt? Legen Sie bitte entsprechende Aufzeichnungen wie Aktenvermerke vor.

b) Wann erfolgte die Verpfändung der Wertgegenstände des Käufers an die Geschäftsführerin der Verkäuferin (laut Gegenäußerung zur Stellungnahme der Bp. erfolgte die Verpfändung erst nach „ andauernden Bitten“)?

c) Um welche Gegenstände handelte es sich?

Welchen Wert hatten die Gegenstände?

- d) Gibt es eine Pfandbestellungsurkunde oder einen schriftlichen Pfandvertrag, wenn nein, gab es zumindest eine von beiden Parteien unterschriebene Liste der übergebenen Gegenstände? Bitte um Vorlage entsprechender Unterlagen.
- e) War eine sukzessive Rückgabe nach Maßgabe der Kaufpreistilgung vereinbart?
- f) Weisen Sie bitte nach, dass die verpfändeten Gegenstände nicht im Rahmen der Aufteilung des ehelichen Vermögens anlässlich der Ehescheidung Frau SK zukamen (z.B. Vorlage des Vergleichs gem. § 55a EheG).
- g) Wann hat die angebliche Entwendung der verpfändeten Gegenstände stattgefunden?

Gibt es zum Strafakt der StA St.Pölten bereits ein Gerichtsurteil?

(Hinweis: Der genannte Strafakt wurde vom UFS Wien von der StA St.Pölten mit 5.3.2007 angefordert)

Antwort der Bw zu 2. Verkauf Geschäftslokal LZ-Str.20a

a) *Ich habe über diese schrecklichen Geschehnisse keine Aktenvermerke angelegt, führe jedoch wie folgt aus und Zeugen an:*

a) Es war ja nicht so, dass Herr K. nach Hause kam und über seine Fehlritte berichtete, im Gegenteil, ich wurde nach Strich und Faden belogen und betrogen. Den schleichenenden Beginn der Spielsucht bekam ich anfangs gar nicht mit und betrachtete es anfänglich in Unkenntnis der Sache wie Schnupfen oder Kreuzweh, welches ja auch wieder vergeht. Dass Spielsucht - ebenso wie Drogen- oder Alkoholsucht - zu massiver Persönlichkeitsänderung und zu schwerst krankhaften Veränderungen im Gehirn führt war mir damals gänzlich unbekannt.

a) Einerseits gab es überzeugende Geschäftsideen (Gründung einer kuk-Manufaktur, Erzeugung von Gipsfiguren-Abdrücken aus der Kaiserzeit, geplanter, weltweiter Vertrieb über Botschaften, Handelskammern, Hotelketten, Antiquitätenhändler etc. mit sehr hohen Gewinnaufschlägen, Aufpeppen von z.B. Kaiserbüste in z.B. Metallicblau, damit es auch in moderne Wohnungen passt, angepeilter Monatsumsatz S 1 Mio.) sowie durchaus glaubhafte Absichten, mit dem Spielunfug aufzuhören (Besuch des Clubs der anonymen Spieler, Beginn einer Psychotherapie bei Psychiater Dr. AN, - Beilage C), andererseits war ich, besonders wenn Herr K. unter Alkoholeinfluss stand, massiven Drohungen und auch körperlichen Attacken ausgesetzt.

a) So auch im Sommer 1994: Herr K. erwischte mich im Badezimmer, im Zuge eines Streites kam es zu Tätilichkeiten. Um die Schmerzen nicht mehr zu spüren, nahm ich Schlafpulver und schliefe leider in der Badewanne ein. Eine Freundin fand mich dort vor und rief die Rettung. Im Spital wurde ich während meines bleiernen Schlafes von den Ärzten fotografiert und diese Verletzungen zu Anzeige gebracht. Vernehmender Polizeibeamter und Zeuge für diesen Vorfall: Rev.Insp. AP, Posten B. Im Falle einer Anzeige wollte Herr JK behaupten, dass ich betrunken durch die Wohnung getorkelt und halt öfter gestürzt sei.

a) Zwei ähnliche Vorfälle wurden durch Fotos meiner Verletzungen von Freundinnen dokumentiert, als Zeugin für die Gewalttätigkeiten kommt auch meine Ex-Schwiegermutter, Frau AW, H in Betracht, welche in Gesprächen auf ihren Sohn einzuwirken versuchte, von Gewalttätigkeiten Abstand zu nehmen und mir später berichtete, dass auch die zweite Frau von Herrn K. weinend von ähnlichen Vorfällen berichtete und sich von ihm getrennt hat.

a) Herr K. tauchte auch öfters auf der Baustelle Hauersteigstr. auf und bedrohte mich wild brüllend mit dem Umbringen und einbetonieren im Fundament, damals kamen mir immer die Bauarbeiter zu Hilfe.

a) Erinnerlich ist auch ein Vorfall, als Herr K. in voller Fahrt auf mich zuraste und mich ein Mitarbeiter geistesgegenwärtig vor dem herannahenden Auto weggerissen hat.

a) Unvergesslich ist mir auch folgender Vorfall: ursprünglich plante ich, abends mit meinem Auto wegzufahren, diese Ausfahrt unterblieb jedoch. Als ich am nächsten Tag in der früh meine Kinder zur Schule bringen wollte, hatte ein Irrer von den fünf Bolzen des Vorderrades vier entfernt und den fünften gelockert. Eigentlich hätte dieser fünfte Bolzen erst bei höherem Tempo brechen dürfen; ich reihte mich jedoch bei der Abfahrt über den Gehsteig sehr abrupt in den fliessenden Verkehr ein, sodass dies gleich bei der Abfahrt geschah. Zum unglaublichen Erstaunen der Tankwarte rollte ich auf der Tankstelle mit diesem Reifendefekt ein, die Tankwarte müssten sich an diesen Vorfall noch erinnern können, da er nach deren Schilderungen einmalig war.

a) Meine Wohnung verfügt über zwei ebenerdige Ausgänge, sodass ich meist einen Fluchtweg offenhatte. Herr K. hat, weil er mich nicht erwischte, zweimal die Einrichtung tw. zertrümmert und wollte im Falle einer Anzeige dann behaupten, dass ich es gewesen wäre, die wieder einen Anfall gehabt hätte, er wollte MICH abführen lassen und mir dann die Kinder wegnehmen, obwohl ich nicht die Kraft gehabt hätte, z.B. den grossen Wohnzimmerschrank umzureißen. Es gibt jedoch einen indirekten Zeugen für Wohnungzertrümmerungen, Herrn HH aus B. Herr HH hatte Herrn K. und seiner zweiten Frau sein Haus in P vermietet, Herr HH erzählte mir schockiert, dass Herr K. sein Haus total verwüstet hatte, so waren z.B. die Küchenkästen aus der Wand gerissen, demoliert und im Haus verstreut, die Türen eingetreten und sogar die schwere Hauseingangstür demoliert.

a) Am schwierigsten war für mich, dass Herr K. überall berichtete, dass ICH geistesgestört geworden sei und der arme Mann laufend Attacken einer Irren, also mir, ausgesetzt sei und meine Kinder gegen mich beeinflusste.

a) Aufgrund meiner eigenen Erfahrungen und als ich in jener Zeit erfuhr ich, dass Herr K. vor meiner Zeit, etwas 1980-81 wegen Körperverletzung bereits rechtskräftig verurteilt worden ist, sah ich mich veranlasst, seine unzähligen Drohungen Ernst zu nehmen. Diese standen immer unter dem Motto, wenn ich ihm seine Zukunft verriesen wolle, würde er mich wegräumen.

2.f.) Die Gegenstände konnten nicht Bestandteil der Scheidungsaufteilung sein, weil sie wurden von Herrn K. erst nach der Scheidung anlässlich der kuk-Manufaktur-Gründung angeschafft. So u.a. eine etwa 100cm grosse Bronzefigur von Kaiser Franz Josef direkt aus dem Dorotheum um soweit erinnerlich S 180.000,- Von dieser Büste (wie auch von allen anderen Figuren) fertigte die damalige Freundin des Herrn K. Abdrücke an, welche dann mit Gips ausgegossen wurden. Herr K. war damals regelmässiger Kunde im Dorotheum und kaufte sehr viele wertvolle Originale aus der Kaiserzeit als Vorlagen für sein geplantes Geschäft ein.

2.g.) Die tatsächlichen Entwendungen fanden in Raten statt: Anfang Dezember 1997 wollte mein kleiner Sohn Seppi ein Wochenende bei seinem Vater verbringen. Sonntags um 1/2 7 Uhr früh (!) brachte er meinen Sohn zurück, als ich noch schlief und bat ihn, ihm die französische Standuhr (18. Jahrhundert, Dorotheumrechnung über S 80.000,- gesehen) aus meinem Wohnzimmer rauszubringen, da ich böse Mutter dem armen Vatert sein Eigentum vorenthielte. Während ich noch schlief, schlepppte mein Sohn die Uhr aus dem Haus. Höhnisch hörte ich, ich möge doch mein eigenes Kind anzeigen, gefolgt von den üblichen Drohungen gegen mich.

2.g.) Besonders perfide ging Herr K. mit meinem grossen Sohn Markus um. 1998 machte sich Herr K. mit grossen Versprechungen, wie Hilfe bei Führerschein, Autokauf, Wohnungssuche etc. an ihn heran. Nach dem Diebstahl der Kaminuhr hatte ich nämlich sämtliche Pfandsachen einerseits in den Safe eingesperrt sowie andererseits im Baubüro ausser Haus in Sicherheit gebracht. Er wirkte so derartig auf meinen Sohn ein und schenkte ihm sogar ein eigenes Handy zum Anrufen, dass sich mein Sohn bereiterklärte, mir bei passender Gelegenheit die Schlüssel zu klauen. Im Frühjahr erwischte mein Sohn

meinen Schlüsselbund und räumte während meiner baubedingten Abwesenheit den Safe aus, in dem sich neben den wertvollen Originalfiguren auch die Liste der Pfandgegenstände befand, rief seinen Vatern an und übergab ihm die Sporttasche voller Wertgegenstände. Herr K. tauschte die Originale gegen Gipsabdrücke aus und schickte meinen Sohn schnell wieder heim, damit er diese im Safe deponiere, mit der Bemerkung, dass ich ohnehin zu dumm sei, den Unterschied zu bemerken.

Dasselbe passierte nochmals, wieder rief mein Sohn seinen „Vater“ an, wieder liess der alles liegen und stehen und war kurzfristig vor Ort, als mein Sohn meine Schlüssel des Baubüros erwischte und ihm die dortigen Pfandgegenstände aushändigte. Herr K. hatte mein Kind schamlosest ausgenützt und belogen, es waren zwar seine Wertgegenstände, was er aber dafür an Schulden zu bezahlen hatte, hat er natürlich meinem Kind nicht erzählt.

2.d.) Es gab eine Liste der verpfändeten Gegenstände, welche gemeinsam mit den Gegenständen aus dem Safe gestohlen wurde.

2.e.) Es war eine monatliche Mindestzahlung von S 20.000,- vereinbart, welche Herr K. jedoch mindestens verdoppeln wollte, sobald das Geschäft angelaufen und in Schwung gekommen sei, bzw. fasste er auch einen Kredit ins Auge, sobald er über eine entsprechende Besicherung verfüge und wollte damit alle Konten glattstellen.

Bei einem angepeilten und absolut glaubhaft dargestellten Jahresumsatz von S 12 Mio. unter Abzug von lediglich ein paar Paletten Gips und ein paar Dosen Lack ergaben sich fantastische Soll-Gewinne. Äusserst glaubwürdig, als das Geschäftslokal Linzerstr. 20a sich mit „Gipsschädeln“ und Figuren zu füllen begann und Herr K. in allen Hotels grosse Schauvitrinen en gros ankaufte und aufzustellen begann (selbst gesehen: Hotel Austria, Gablitz, Schlossrestaurant Mauerbach) - bei so viel unternehmerischen Know-how sollte ich Herrn K. doch nicht wegen irgendwelcher „Kleingelder“ oder „Groscherl beträge“ wie Alimenten in seinen hochfliegenden Plänen stören, sondern nur in Ruhe arbeiten und sein Geschäft anlaufen lassen. Befreit vom Joch der Ehe könne sich dieser Mann endlich entfalten - vorausgesetzt, ich würde ihn nicht bosartig sabotieren oder gar wagen, seinen Plänen im Wege stehen.

2.b.) Es ergab sich eine sukzessive Verpfändung der Gegenstände: Herr K. kaufte sukzessive Originale im Dorotheum ein, fertigte die Gussmodelle für die Duplikate an und verlangte gegen Herausgabe dieser Originale (er zeigte auch immer die Rechnungen vom Dorotheum her) wieder ein „Zwischendarlehen“ aus Ges.m.b.H.- Kreditgeldern (für die er ja mitunterschrieben hatte), welches er unverzüglich wieder glattstellen wollte, sobald die kuk-Manufaktur ins Laufen gekommen sei.

„Mein andauerndes Bitten“ ist so zu verstehen: Herr K. bat ja nicht um Geld, er verlangte es mit Nachdruck. Als Ges.m.b.H.-Gesellschafter hatte er die Kredite mitunterschrieben; er machte mir massivste Vorwürfe, dass ich mich nach der Scheidung mit der Bautätigkeit alleine auf „seine Kosten und seiner Mitunterschrift“ bereichern wolle, während er kein Geld für seine geschäftliche Zukunft hätte, das würde er sich auf gar keinen Fall gefallen lassen, dass ich seiner Zukunft im Wege stünde, das würde er mit allen Mitteln zu verhindern wissen. Wenn er also wieder Geld aus den gemeinsam unterschriebenen Kreditgeldern verlangte, lag es an mir, zu bitten und zu betteln, dass er der Ges.m.b.H. wenigstens Pfandgegenstände überliesse.

Erst später erfuhr ich, dass er auch tatsächlich Kredite aufnahm. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass ich nicht die einzige Dumme in dieser Sache war. Die Geschäftsidee und auch das Gesamtkonzept samt Gewinnkalkulation des Herrn K. war so überzeugend, dass er sich von der BA in Summe S 1.815.000,- sukzessive abholte (eingeklagt Jänner ccccccc LG f.Zivilrechtssachen) sowie die VBP S 450.000,- ebenfalls (vertrauliche Mitteilung der Bank, welche mich kontaktierte, um Informationen über Herrn K. einzuholen) zur Verfügung stellten.

2.c) Da die „Pfandliste“ aus dem Safe mit den Gegenständen mitverschwunden ist, kann ich nur mehr aus dem Gedächtnis etwa angeben, um welche Gegenstände es sich handelt, bzw. habe ich damals die Gipsabdrücke, gegen welche die Originale im Safe ausgetauscht wurden, der Kriminalpolizei als Muster für die Originale übergeben - diese müssten sich noch bei der Polizei befinden, es war eine Sporttasche voller Figuren in verschiedenen Größen, dazuzuzählen ist die französische Kaminuhr, eine Glückwunschpostkarte aus dem 17. oder 18. Jahrhundert (diese brachte Herr K. schon in die Ehe mit, hat sie dann aber als Besicherung übergeben), ebenso wie ein Ölgemälde von k. Wolf entwendet aus dem Baubüro.

2.f.) Scheidungsvergleich anliegend

Anmerkung des UFS: Es wurde nicht der Scheidungsvergleich vorgelegt sondern der Beschuß über die Ehescheidung gem. § 55a EheG

2.g.) Ich habe damals nach Entdeckung der tatsächlichen Entwendungen Strafanzeige erstattet und die Hoffnung gehabt, dass bei der anschliessenden Hausdurchsuchung noch irgendwelche Gegenstände auffindbar gewesen wären, dem war nicht so. Unvergesslich ist mir die Brutalität der Aussage des Herrn K., als ich ihn nach der Beichte meines Sohnes telefonisch zur Rede stellte und ihn zur sofortigen Rückgabe aufforderte, als er sagte:

„Ich werde alles abstreiten, mach Anzeige und lasse Deine eigenen Kinder über die Klinge springen.“ - gefolgt von Beschimpfungen, dass ich eine Rabenmutter sei, wenn ich Anzeige machen würde, er dafür sorgen würde, dass mir die Fürsorge die Kinder wegnehmen würde (was beim Kleinen auch geschah) und den obligaten Drohungen gegen mich.

3. Vorsteuerkorrektur zu Verkauf LZ-Str.20a

Die Gesamtvorsteuern aus der Errichtung des Gebäudes LZ-Str.20a betragen laut Bp-Akt 719.416.-. Auf das veräußerte Geschäftslokal entfallen aufgrund der Größe 19,3% dieser Vorsteuern, welche die Bp im Rahmen des § 12 /10 rückverrechnete.

In der Berufung wird ausgeführt, dass die Vorsteuern für 4 Jahre zuständen, da das Lokal als Baubüro genutzt worden sei und nur der Rest wäre zu berichtigen.

In der Gegenäußerung zur Stellungnahme wird die Argumentation völlig verändert. Es wird ausgeführt, dass nicht das verkauft Lokal 1 das Baubüro gewesen sei, sondern das nicht verkauft Lokal 2 und daher die Vorsteuern nicht zu kürzen wären.

Die Bp hat die Vorsteuern für das Lokal 2 nicht gekürzt sondern nur jenen des verkauften Lokals 1 (109/549-tel des Gesamtgrundstücks) das etwa 19% der Gesamtfläche ausmacht. Das Geschäftslokal 2 umfasst 93/549-tel somit ca. 17%.

Bitte klären Sie diesen Argumentations-Widerspruch auf?

3. Die von der BP vorgenommene Kürzung der Vorsteuer im Objekt LZ-Str.20a entspricht nicht den im Umsatzsteuergesetz festgelegten Kürzungsvorschriften bzw. wurde bereits bei einer Ust.-Nachschau (siehe Beilage) bis 6/1996 eine Berichtigung der Vorsteuern vorgenommen! Die Vorsteuer 7-12/96 treffen bereits den Baubeginn B, H-str.3 Daher Vorsteuersumme S 638.583,24, davon berichtigt für Wohnungsverkäufe 64 % d.s. ATS 408.693,-, übrig blieben 2 Lokale im Erdgeschoss, davon wurde das Lokal 1 (links) an den Exgatten JK um 1 Mio. verkauft. Dieser Kaufpreis wurde nie berichtigt.

Die Kürzung der verbleibenden Vorsteuer von 638.583,24 abzüglich 64 % - 408.693,00 sowie Basis für Kürzung 229.890,24
 $19\% \text{ verkauft per 1.4.97} - 638.583,24 - 19\% = 121.330,77$
 per 1.4.97 9/10 das sind daher 109.197,69 und nicht 136.689,-!

3. Hauersteigstr. 3a:

Da bei der ursprünglichen Verbuchung der Baukosten NUR 50 % der Vorsteuern angesetzt wurden (lässt sich jederzeit belegen!) sind die Vorsteuern für die noch jetzt im Anlagevermögen befindlichen Wohnungen nachzuholen und anzusetzen (Im Jahr 1999 waren dies ATS 440.589,90). Die bereits gekürzte Vorsteuer wurde NOCHMALS um 50 von der BP gekürzt!! Die TZ 18 ist vollkommen falsch !

4. H-str.3

a) Die im Akt vorliegende Spezialvollmacht an die A-Bank (von Ihnen als Vollmacht für die Notgeschäftsführung bezeichnet) trägt nur die Unterschrift des A-Bank Mitarbeiters, eine Unterschrift der Geschäftsführung der JSKGmbH fehlt.

Bitte um Vorlage einer unterschriebenen Vollmacht.

b) Wie viele Wohnungen sind derzeit vermietet und wie viele verkauft? Was ist mit allfälligen leerstehenden Wohnungen geplant?

4.a.) Die Spezialvollmacht, welche mir jede Verfügungsberechtigung wegnahm, musste ich damals sogar notariell unterzeichnen und anschliessend der Bank übergeben, für mich blieb nur die Kopie meiner „Entmündigung“.

Die Vollmacht wurde weder im Original noch in Kopie vorgelegt.

4.b.) Unverändert, da auch die Mitarbeiter der A-Bank keine Wohnung verkaufen konnten, sind nur vier Wohnungen verkauft, die restlichen 10 Wohnungen befinden sich nach wie vor in Eigenbesitz und sind tw. vermietet (derzeit stehen wieder zwei Wohnungen leer und werden gerade von den Spuren der Vormieter befreit, um diese wieder weitervermieten zu können) und über die Mieteinnahmen die Kredite abdecken zu können.

Der Fragenvorhalt des UFS schließt mit folgendem

Hinweis:

In der Stellungnahme zur Berufung weist die Bp auf einen fehlenden Bilanzzusammenhang im Hinblick auf abweichende Verlustvorträge hin. In der Gegenäußerung wird eine gesonderte Stellungnahme zu diesem Hinweis angekündigt. Eine derartige Stellungnahme ist nach der Aktenlage bislang nicht eingelangt.

Zu diesem Punkt wurden neuerlich keine Ausführungen in der Vorhaltsbeantwortung getätigt sondern lediglich ein einem P.S. des Beilageschreibens erwähnt, dass der letzte Punkt noch geklärt werden müsse.

Die Antwort auf den Fragenvorhalt schließt mit folgender Ergänzung:

Abschliessend darf ich bemerken, dass mir Dummheit oder Feigheit oder beides vorzuwerfen ist, jedoch nicht Steuerhinterziehung. Herr K. hat immer betont, die Entnahmen und das Lokal als Geschenk hinstellen zu wollen, da es in seinen Augen wesentlich besser sei, dass ich dafür Steuern zu bezahlen hätte, als er. Heute weiss ich, dass Spielsucht absolut mit Drogen- oder Alkoholsucht gleichzustellen ist, wo auch die engsten Familienangehörigen belogen, bestohlen und betrogen werden und vor nichts und niemanden Halt gemacht wird. Herr K. hat nicht nur meinen Kindern schwersten menschlichen Schaden zugefügt, sondern auch das Leben seiner zweiten Frau (NK KEG 1120 Wien) verwüstet und nicht einmal vor seiner eigenen Nichte RK, 1100 Wien, Inzersdorferstr. und 1220 Wien, Gewerbepark Stadlau (die Tochter seiner verstorbenen Schwester!) haltgemacht, sondern das Naheverhältnis nach dem Tod ihrer Mutter zu ihm als eigenen Onkel schrecklichst ausgenützt und auch dieses arme Mädchen in den Konkurs getrieben, als er sie als Gewerberechtlerin missbrauchte.

Über die Berufung wurde erwogen:

1. Gesellschafterverrechnungskonto:

Nach § 8 Abs. 2 KStG ist es für die Ermittlung des Einkommens ohne Bedeutung, ob das Einkommen im Wege offener oder verdeckter Ausschüttungen verteilt oder entnommen oder in anderer Weise verwendet wird.

Die Körperschaft und ihre Anteilseigner sind zivilrechtlich und idR auch steuerrechtlich zwar als eigenständige Rechts- und Vermögenssubjekte zu behandeln, sodass auf Grund dieses Trennungsprinzips zwischen diesen Subjekten bestehende Rechtsbeziehungen möglich und prinzipiell anzuerkennen sind (Wiesner, SWK 1984, 167; Rz 748 KStR 2001). Allerdings dürfen auch bei Körperschaften verdeckte Ausschüttungen die Einkommensermittlung selbst dann nicht beeinflussen, wenn sie in die äußere Form solcher schuldrechtlicher Beziehungen gekleidet werden (VwGH 27. 5. 1999, 97/15/0067, 0068). Die steuerrechtliche Korrektur der verdeckten Ausschüttung ist somit vor dem Hintergrund zu sehen, dass jeder Steuerpflichtige das von ihm erzielte Einkommen versteuern soll und allenfalls „steuerschonende“ Verschiebungen hintangehalten werden sollen (Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, KStG-Kommentar zu §8 Tz 108).

Demgemäß wird die verdeckte Ausschüttung üblicherweise wie folgt definiert (zB VwGH 26. 9. 2000, 98/13/0107; 29. 1. 2003, 98/13/0055; Rz 749 KStR 2001; vgl. auch Wiesner, SWK 1984, 168 f): alle nicht ohne weiteres als Ausschüttung erkennbare Zuwendungen (Vorteile) an die an einer Körperschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligten Personen, die zu einer Gewinnminderung der Körperschaft führen und die dritten, der Körperschaft fremd

gegenüberstehenden Personen, nicht gewährt werden. Verdeckte Ausschüttungen sind daher alle außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung gelegene Zuwendungen einer Körperschaft an Anteilsinhaber, die das Einkommen der Körperschaft vermindert und ihre Wurzel in der Anteilsinhaberschaft haben (VwGH 29. 1. 2003, 98/13/0055). Die Zuwendung eines Vorteiles an einen Anteilsinhaber kann auch darin gelegen sein, dass eine dem Anteilsinhaber nahe stehender Person begünstigt wird (z.B. Ehegatten oder geschiedene Ehegatten (VwGH 28. 2. 1973, 1192/72; VwGH 26. 9. 2000, 98/13/0157). Verliert ein Anteilsinhaber (nahestehende Person) seine Gesellschafterstellung bzw seine gesellschaftschafterähnliche Stellung, so hat dies auf verdeckte Ausschüttung die ihre Wurzel in der bisherigen Stellung als Anteilsinhaber haben, keinen Einfluss (VwGH 15. 7. 1998, 96/13/0079; Quantschnigg, ÖStZ 1985, 166)

Generell müssen - um von einer verdeckten Ausschüttung sprechen zu können - folgende Voraussetzungen gegeben sein: Zuwendung eines Vorteils; Eigentums- oder Nahebeziehung des Vorteilsempfängers zur Körperschaft; objektives Tatbild, dh Bereicherung des Empfängers zu Lasten der Körperschaft sowie ein subjektives Tatbild, dh auf Vorteilsgewährung gerichtete Willensentscheidung der Körperschaft bzw. ihrer Vertreter.

Dass im gegenständlich strittigen Fall dem Gesellschafter und geschiedenen Ehemann der nunmehrigen Alleingesellschafterin (SK) JK ein Vorteil objektiv in Höhe des nicht rückgezahlten Darlehens zulasten des Vermögens der Gesellschaft zuwuchs ist deutlich aus dem Sachverhalt erkennbar.

Fraglich ist lediglich, ob eine auf Vorteilszuwendung gerichtete Willensentscheidung durch die Gesellschaft vorlag. Dafür bedarf es des Wissens und Wollens der Körperschaft (bzw ihrer maßgeblichen Organe) um eine bestimmte Vorteilszuwendung (VwGH 23. 11. 1977, 410, 618/77). Daher ist ein entsprechenden Verhaltens der Organes erforderlich (VwGH 31. 3. 2000, 95/1570056; Rz 790 KStR 2001), welches allerdings auch schlüssig gesetzt werden kann (VwGH 3. 8. 2000, 96/15/0169). Dulden und Unterlassen des Organes kann einem aktiven Tun nur dann gleichgesetzt werden, wenn wirksame Gegenmaßnahmen - wie eben die effektive Möglichkeit gegen einen z.B. stehlenden Gesellschafter vorgehen zu können - auch wirklich zu Gebote gestanden wären (VwGH 24. 9. 1996, 94/13/0129). Nach der Rechtssprechung reicht es aus, wenn objektive Gesichtspunkte vorliegen, die auf die subjektive Vorteilsgewährungsabsicht schließen lassen (VwGH 14. 9. 1979, 1264/78).

Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly gehen sogar noch weiter und stellen in Frage, ob die subjektive Komponente überhaupt eine eigene Kategorie der Voraussetzungen einer verdeckten Gewinnausschüttung darstellt, da hinter dieser Komponente das Veranlassungsprinzip steckt.

Auffallend ist in diesem Zusammenhang, dass nicht schon im Zeitpunkt der Ehescheidung der beiden Gesellschafter eine Regelung über das Ausscheiden des Gesellschafters JK aus der im gemeinsamen Eigentum stehenden Bw getroffen wurde. Wenn die Geschäftsführerin der Bw anführt, dass Herr JK dem Ausscheiden aus der Gesellschaft bis 1996 nicht zugestimmt habe ist diesem Vorbringen entgegenzuhalten, dass Herr JK seinen Stammanteil von 250.000.- nur zur Hälfte einbezahlt hatte. Er hätte daher aufgefordert werden können seinen restlichen Stammanteil unter Setzung einer Nachfrist einzubezahlen. Bei Nichtentrichtung, welche nach Angabe der Geschäftsführerin SK zu erwarten war, hätte der säumige Gesellschafter aus der GmbH ausgeschlossen werden können.

Durch den Ausschluss des Gesellschafters aus der Gesellschaft wäre auch die Zeichnungsberechtigung auf dem Gesellschaftskonto einseitig lösbar gewesen und somit weitere Abhebungen vom Gesellschaftskonto verhinderbar gewesen. Überdies sind die Angaben der Bw in diesem Punkt widersprüchlich. In der Gegenäußerung zur Stellungnahme der Bp wird angeführt, dass der Gesellschafter JK auf den Firmenkonten nicht zeichnungsberechtigt gewesen wäre und daher Schecks gestohlen habe und die Unterschrift der Geschäftsführerin gefälscht habe um an die Geldbeträge zu gelangen. Im Vorhalt wird ausdrücklich darauf verwiesen, dass sich Herr JK weigerte die Zeichnungsberechtigung zurückzulegen und dieses Ansinnen als „bösartigen Entmündigungsversuch“ ansah. Es wird daher davon ausgegangen, dass die Scheckeinlösung durch JK zu einem Zeitpunkt erfolgte, als er auf den Konten der Bw zeichnungsberechtigt war. Dafür spricht auch das Verhalten der scheckeinlösenden Bank. Die Anzeige wegen Scheckdiebstahl wurde nie weiter verfolgt, was gegen einen Diebstahl spricht. Aus dem vorgelegten Kontoauszug ist überdies erkennbar, dass NACH – angeblich widerrechtlicher - Einlösung zweier Schecks (Nr. 3406, 3405) zwei neue Scheckhefte bestellt wurden und mit dem Scheck Nr. 3414 neuerlich ein Betrag von 35.000.- abgehoben wurde welcher als „Darlehen Hr.JK“ bezeichnet wurde. Das lässt erkennen, dass die Geschäftsführerin der Bw sehr wohl wußte, dass mittels Schecks Geld behoben wurde. Es wurden sogar Schecks nachbestellt. Der behauptete Diebstahl erscheint daher völlig unglaublich.

Der Umstand, dass die Gesellschaft auf diese Möglichkeit des Ausschlusses des Gesellschafters im Zeitpunkt der Ehescheidung verzichtete lässt erkennen, dass das Verbleiben des Gesellschafters JK von der Gesellschaft gewollt war, obwohl er bereits zu diesem Zeitpunkt über ein negatives Verrechnungskonto von über 400.000.- verfügte und keine Handlungen zur Abdeckung seiner Verbindlichkeiten setzte sondern zusätzlich weitere Geldbeträge von den Konten der Bw abhob.

Der VwGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass Vereinbarungen zwischen der Körperschaft und dem Anteilsinhaber jenen Anforderungen entsprechen müssen, wie sie für die steuerliche Anerkennung von Vereinbarungen zwischen nahen Angehörigen gefordert werden (ua. VwGH 14. 12. 2005, 2002/13/0001; 26. 7. 2006, 2004/14/0151).

Die steuerliche Anerkennung von Vereinbarung zwischen „Nahestehenden“ wird demnach davon abhängig gemacht (VwGH 22. 2. 2000, 99/14/0082), dass die Vereinbarungen nach außen ausreichend zum Ausdruck kommen müssen (Publizität), einen eindeutigen, klaren und jeden Zweifel ausschließenden Inhalt haben und auch zwischen „Fremden“ (dh Nicht-Anteilsinhabern) unter den gleichen Bedingungen abgeschlossen worden wären (Fremdvergleich). Diese Merkmale müssen kumulativ vorliegen.

Zur Frage der Publizität ist festzuhalten, dass je höher die Beteiligung, desto strenger werden die Anforderungen an Klarheit und Eindeutigkeit einer Vereinbarung (VwGH 19. 3. 1985, 84/14/0174). Betrachtet man das Rechtsverhältnis zwischen der Bw und ihren Gesellschaftern (JK und SK, letztere ab 1996 als Alleingesellschafterin) ist zu erkennen, dass offenbar keinerlei Vereinbarungen zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern über die Gewährung und die Verzinsung von Darlehen vorlagen. Die Gesellschafter waren vielmehr beide auf dem Gesellschaftskonto zeichnungsberechtigt und behoben gleichermaßen Beträge für private und betriebliche Aufwendungen. Im Rahmen des Rechnungswesens erfolgte dann eine Zuordnung zu den Verrechnungskonten bzw den Aufwandskonten der Gesellschaft. Schon allein aus diesem Grund kann von einer verdeckten Gewinnausschüttung wegen mangelnder Publizität ausgegangen werden.

Was den Inhalt einer Vereinbarung zwischen Körperschaft und Anteilseigner betrifft, ist erforderlich, dass die für deren Zustandekommen wesentlichen Bestandteile mit genügender Deutlichkeit fixiert sein müssen (VwGH 4. 10. 1983, 83/14/0034). Unklare Vereinbarungen gehen somit zu Lasten der Körperschaft (VwGH 23. 5. 1978, 1943, 2527/77) und sprechen somit prima facie für das Vorliegen einer verdeckten Ausschüttung. Im vorliegenden Fall bestehen keine unklaren Vereinbarungen sondern gar keine Vereinbarungen im Hinblick auf die Maximalhöhe des Gesellschafterdarlehens und die Rückzahlungsmodalitäten vor. Die bis zum Ausscheiden des Gesellschafters JK vom Gesellschaftskonto von ihm behobenen Beträge waren daher jedenfalls als verdeckte Ausschüttungen bei ihm anzusehen.

Für das dritte Kriterium nämlich die Angemessenheitsprüfung kann auch die Figur des „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers“ bzw „Geschäftsleiters“ herangezogen werden. Sie richtet sich also primär an das Verhalten von (Gesellschafter-) Geschäftsführern. Ein entsprechender Sorgfaltsmaßstab ist handelsrechtlich § 84 Abs 1 erster Satz AktG bzw § 25 Abs 1 GmbHG entnehmbar. So sind nach § 25 Abs 1 GmbHG die Geschäftsführer der

Gesellschaft gegenüber verpflichtet, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden. Die handelsrechtliche Judikatur sieht die Verwendung von Gesellschaftsmitteln für eigene Zwecke des Geschäftsführers als unzulässig an (OGH, RdW 1986, 97) - die Parallelle zur abgabenrechtlichen verdeckten Ausschüttung ist diesbezüglich klar erkennbar (Bauer/Quatschnigg/Schellmann/Werilly, KStG-Kommentar, § 8 Tz 178). Es wird daher darauf abgestellt, ob die Körperschaft den Vorteil bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (Geschäftsführers) auch einem „Nichtanteilsinhaber“ unter sonst gleichen Umständen gewährt hätte. Aufgabe eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters ist es, unmittelbar im unternehmerischen Interesse der Körperschaft und damit nur mittelbar im Interesse der Gesellschafter, nicht aber unmittelbar im Interesse einzelner Gesellschafter zu handeln (BFH-28. 11. 1991, I R 13/90, BStBl II 1992, 359). Ein mit diesen Merkmalen ausgestatteter Geschäftsleiter wird eine Vermögensminderung bzw. verhinderte Vermögensmehrung gegenüber einer Person, die nicht Anteilsinhaber ist, unter sonst gleichen Umständen nicht hinnehmen (BFH 7. 12. 1988, BStBl 1989 II 248). Er hat dafür zu sorgen, dass der Körperschaft ein angemessener Gewinn verbleibt.

Betrachtete man das Vorbringen der Bw in diesem Lichte ist festzustellen, dass die erfolgte Vermögensminderung ihren Ursprung in den privaten Verhältnissen der Gesellschafter und der Geschäftsführerin der Bw hat. Die Interessen der Gesellschaft traten bei dem vorliegenden Sachverhalt völlig in den Hintergrund. Die in der Vorhaltsbeantwortung angeführten Umstände, die eine zwangsweise Vermögensverminderung der Bw darstellen sollen, sind über weite Strecken nicht beweisbare Behauptungen, die ihren Ursprung in der scheidungsbedingten emotionalen Belastung der Gesellschafter zu haben scheinen. Zeugeneinvernahmen aus dem familiären Umfeld der Gesellschafter scheinen nicht dazu angetan den Sachverhalt deutlicher in Erscheinung treten zu lassen, weshalb von der Einvernahme der angebotenen Zeugen Abstand genommen wurde. Die geschilderten häuslichen Umstände zeigen zwar eine massive Verstimmung der Ehegatten an, sind jedoch nicht geeignet die Referentin davon zu überzeugen, dass die Geschäftsführerin der Bw nicht in der Lage gewesen wäre, den Vermögensschaden von der Gesellschaft abzuwenden (siehe die obigen Ausführungen zum möglichen Ausschluss des Gesellschafters JK bzw. die Löschung der Zeichnungsberechtigung auf dem Gesellschaftskonto). Die erfolgten Strafanzeige wegen Diebstahls bzw. Scheckfälschung führten zu keiner Verurteilung des Angezeigten, weshalb davon ausgegangen wird, dass diese Straftaten nicht begangen worden waren, sondern die Gegenstände bzw. Geldbeträge mit Wissen und Billigung von SK an Herrn JK übergeben wurden. Auch wenn diese Billigung allenfalls nur deswegen erfolgte um neuerlichen emotionalen Belastungen zu entgehen.

Die Bw versucht nie im Klagewege die ausstehende Forderungen gegen den Gesellschafter einzutreiben. Auch wenn mit dieser Klage Pauschalkosten verbunden gewesen wären, hätte die Bw auf diese Weise einen rechtskräftigen Exekutionstitel erlangen können. Diese Vorgehensweise wäre bei einem fremden Schuldner mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gewählt worden. Wie sich aus der Vorhaltsbeantwortung erkennen lässt werden seitens der Bw auch weitaus geringe Schulden Dritter eingeklagt. „*Zur Zeit habe ich eine Mietexekution mit einem Mietrückstand von EUR 1.993,20 beim Gericht gegen einen Mieter anhängig*“. Es wäre daher zu erwarten, dass bei einer Verbindlichkeit in Millionenhöhe ein fremder Dritter ebenfalls geklagt werden würde. Die Kosten für das Gerichtsverfahren treffen im Falle eines Obsiegens des Klägers den Beklagten und können daher nicht als Argument wider eine Klage herangezogen werden.

Auch andere Eintreibungsmaßnahmen konnten nicht nachgewiesen werden. Die vorgelegt wurde lediglich die Kopie eines Briefkuverts samt Einschreibzettel vom 11.Juni 1999. Der Inhalt des Schreibens wurde nicht bekannt gegeben. Neben dem Umstand, dass dieses Briefkuvert keinerlei Beweis über versuchte Eintreibungsmaßnahmen darstellen kann, ist festzuhalten, dass die strittige Forderungsabschreibung bereits im Geschäftsjahr 1996 erfolgte und daher allfällige Mahnschreiben im Jahr 1999 damit nicht in Zusammenhang gebracht werden können. Hinzu kommt, dass die Bw in ihrer Berufung ausdrücklich anführt, dass keine Eintreibungsmaßnahmen gesetzt worden seien, da diese aufgrund der bisherigen Erfahrungen als aussichtslos erachtet worden seien.

Wenn die Bw weiters ausführt, dass der ausgeschiedene Gesellschafter die Verbindlichkeiten nicht hätte begleichen können und man daher auf die Geltendmachung im Klagswege verzichtet habe ist überdies anzumerken, dass damit auch auf die Möglichkeit eines Konkursantrages betreffend JK verzichtet wurde. Eine derartig großzügige Haltung gegenüber Schuldern ist im Fremdvergleich nach den Erfahrungen des täglichen Lebens vor allem auch dann nicht anzunehmen, wenn der Gläubiger zu Bedeckung seiner eigenen Verbindlichkeiten auf diese Beträge angewiesen ist.

Spätestens beim Ausscheiden des Gesellschafters im Juli 1996 wäre zu erwarten gewesen, dass Vereinbarungen über die Rückzahlung der noch offenen Verbindlichkeiten getroffen worden wären. Solche Vereinbarungen existieren jedoch nicht, sondern gab sich die Bw mit den Beteuerungen des ausscheidenden Gesellschafters zufrieden, mit einem neu aufzuziehenden Unternehmen in Zukunft seine Schulden abdecken zu wollen. Festzuhalten ist, dass die Bw dem ausscheidenden Gesellschafter auch noch Betriebsgrundlagen für dieses Unternehmen verkaufte und den Kaufpreis kreditierte (siehe unten Geschäftslokal LZ-Str.20a). Diese Vorgehensweise ist im Fremdvergleich völlig undenkbar.

Da JK sein Gesellschafterverrechnungskonto in Höhe von öS – 1.004.496,00 im Zeitpunkt seines Ausscheidens nicht auffüllte und auch seitens der Bw keinerlei Maßnahmen zur Eintreibung der ausstehenden Beträge getätigt wurden, liegt mangels einer eindeutigen Vereinbarung und mangels Fremdvergleiches eine verdeckte Ausschüttung an JK vor. Da die Kest vom ehemaligen Gesellschafter JK nicht übernommen wird, ist sie als zusätzliche Gewinnausschüttung in Höhe von öS 283.320,00 zu erfassen und die Berufung in diesem Punkt abzuweisen.

2. Verkauf Geschäftslokal LZ-Str.20a

Unstrittig ist, dass die Bw am 1.4.1997 dem Gesellschafter JK ein Geschäftslokal an der Adresse LZ-Str.20a um öS 1.000.000.- verkaufte und diesen Erlös nicht ins Rechenwerk aufnahm. Der Kaufpreis für das Geschäftslokal wurde nie entrichtet. Eine Anfechtung des Rechtsgeschäftes wegen Zwang erfolgte nicht.

Mit selbem Tag übertrug JK seinen im Privatvermögen befindlichen Hälftenanteil an der Ehewohnung in L-Str.85 schenkungsweise an die Gesellschafter-Geschäftsführerin der Bw SK.

Dass zwischen diesen beiden Rechtsgeschäften eine innere Verbindung besteht wurde zwar seitens des Finanzamtes angenommen, konnte aber nicht bewiesen werden. Es wird daher von zwei voneinander unabhängigen Rechtsgeschäften ausgegangen.

Gemäß § 7 Abs 3 KStG ist der Gewinn der Bw aufgrund der Rechtsform nach § 5 EStG zu ermitteln. Für im Firmenbuch eingetragene Steuerpflichtige sind gemäß § 5 EStG die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung maßgebend. Erträge aus Veräußerung von Umlaufvermögen sind daher im Zeitpunkt ihres Entstehens gewinnwirksam zu erfassen.

Der Verkauf der Liegenschaftsanteile an JK ist daher im Jahr 1997 als Ertrag zu erfassen. Der Umstand, dass der Kaufpreis nicht entrichtet wurde, führt dazu, dass im entsprechenden Ausmaß eine Forderung einzustellen gewesen wäre.

Die Nichteintreibung der Forderung erfolgte ebenso wie die oben ausführlich dargestellte Nichteintreibung des Gesellschafterdarlehens aus Gründen, die im privaten Umfeld der Gesellschafterin lagen. In diesem Fall tritt jedoch noch hinzu, dass die Bw zum Zeitpunkt des Verkaufes bereits wusste, dass JK in wirtschaftlichen Schwierigkeiten war und außerdem ein noch unberichtigtes Gesellschafterdarlehen hatte, auf welches er keinerlei Rückzahlungen leistete. Ein Verkauf an einen nicht der alleinigen Gesellschafterin nahestehenden fremden Dritten würde in dieser wirtschaftlichen Situation ohne zusätzliche Sicherheitsleistung in Höhe des Kaufpreises keinesfalls erfolgen. Beteuerungen eines fremden Käufers mithilfe des zu kaufenden Objektes seine wirtschaftliche Lage sanieren zu wollen und dann alle seine

Schulden zu begleichen, würden bei einem fremden Dritten im üblichen Geschäftsverkehr keinesfalls für die Kreditierung des Kaufpreises ausreichen.

Auch bei diesem Vertrag wurde es überdies unterlassen die Zahlungsmodalitäten festzulegen, was wie oben ausgeführt, der Anerkennung eines Vertrages zwischen nahen Angehörigen entgegensteht. Die behauptete Vereinbarung von monatlichen Zahlungen von 20.000.- erscheint schon deshalb unglaubwürdig, weil die Bw immer wieder ausführt, dass JK in Geldnöten war und deshalb auch Gesellschafterdarlehen in Anspruch nahm. Wie hätte der daher diese Kaufpreisraten finanzieren können? Ausserdem hätte in diesem Fall die Forderung im Rechenwerk der Bw Aufnahme finden müssen, was aber laut Bw deshalb unterblieb, da aus früheren Erfahrungen mit Herrn JK anzunehmen war, dass er die Verbindlichkeit nicht begleichen würde. Die Behauptung, dass ein Umsatz von öS 12.000.000.- glaubwürdig nachgewiesen wurde und aufgrund des geringen Wareneinsatzes mit entsprechend hohen Gewinnen zur Bedeckung der Verbindlichkeiten zu rechnen war, kann in keiner Weise nachvollzogen werden. Es ist der Referentin des UFS nicht erklärlich wie mit nachgemachten Gipsfiguren ein Umsatz von öS 1.000.000.- im Monat erzielt werden soll. Selbst bei Annahme eines Kaufpreises von öS 500.- (was für eine nachgemachte Gipsfigur als Souvenir ein hoher Preis zu sein scheint) müssten monatlich zwei tausend Stück verkauft werden. Ein Kaufmann kann unmöglich davon ausgehen, dass eine derartige Berechnung glaubwürdig erscheint und aufgrund dieser Berechnung einen Kaufpreis für ein Geschäftslokal kreditieren. Überdies erwähnt die Bw selbst, dass Herr JK das Eigentumslokal als Besicherung für eine weiteren Bankkredit benutzen wollte. Im Verkehr mit fremden Dritten wäre doch anzunehmen, dass die Verkäuferin selbst, die den Kaufpreis kreditiert, diesen Kredit im Wege einer im Grundbuch eingetragenen Hypothek sicherstellt und nicht einem anderen Gläubiger einen besseren Pfandrang zukommen lässt.

Die behauptete sicherungsweise Übereignung wertvoller Gegenstände bis zum Zeitpunkt der Entrichtung des Kaufpreises wurde nie nachgewiesen. Auch in diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass keinerlei Vereinbarung mit Außenwirkung getroffen wurde. Es wurde keine Zusammenstellung der angeblich übereigneten Gegenstände vorgelegt, nicht nachgewiesen wem die Gegenstände gehörten und ob sie tatsächlich existierten. Der angebliche Diebstahl der Gegenstände durch die Kinder über Anstiftung des JK wurde angezeigt, das Strafverfahren jedoch eingestellt. Es ist daher davon auszugehen, dass ein derartiger Diebstahl nicht stattgefunden hatte. Die Angaben der Bw sind in diesem Punkt nicht nachvollziehbar.

Die Ausführungen der Bw in der Vorhaltsbeantwortung betreffend den angeblichen Zwang zum Abschluss des Rechtsgeschäftes und dem damit verbunden angeblich versuchtem vorsätzlichen Herbeiführen eines Verkehrsunfalles bzw Diebstahl wertvoller Gegenstände sind

- letzteres angesichts der behaupteten wirtschaftlichen Notlage des Unternehmens - vollkommen unglaublich (z.B. werden wertvolle Ölgemälde nicht in einem Baubüro aufbewahrt) und konnten auch in keiner Weise belegt werden. Durch die Nichtvorlage des abverlangten Scheidungsvergleichs konnte auch nicht festgestellt werden, ob die angeblich gestohlenen Gegenstände der Geschäftsführerin der Bw zukamen oder deren geschiedenen Ehemann. Strafanzeigen erfolgten für die angeblichen Straftaten nur zum Teil (die behauptete Körperverletzung wurde offenbar auch vom behandelnden Arzt nicht angezeigt, weshalb diese Behauptung vom UFS in Zweifel gezogen wird), führten aber auch im Fall der Anzeige zu keiner gerichtlichen Verurteilung des Angezeigten, weshalb auch hier davon ausgegangen wird, dass keine strafbaren Handlungen gesetzt wurden. Überdies wird bemerkt, dass der beigeschaffte Akt der StA St. Pölten xxxxxxxx aus dem Jahr 1999 stammt, die Veräußerung des Geschäftslokals jedoch im Jahr 1997 erfolgte. Daraus ergibt sich, dass die Veräußerung in keinem Zusammenhang mit den angeblichen und unbewiesenen Straftaten steht. Ergänzend ist festzuhalten, dass zu dieser Aktenzahl kein Strafverfahren gegen JK eingeleitet wurde. Der Zeitpunkt der behaupteten Körperverletzung lag laut Vorhaltsbeantwortung im Jahr 1994 und konnte daher auch nicht mit der Veräußerung des Geschäftslokals in Zusammenhang stehen.

Auch die übrigen behaupteten „psychoterrorähnlichen“ Maßnahmen wie die angebliche Anstiftung der Kinder zum Diebstahl ereigneten sich nach Angaben der Geschäftsführerin (lt. Vorhaltsbeantwortung Dezember 1997 und Anfang 1998) NACH erfolgtem Verkauf.

Wie im Sachverhalt festgehalten wurde seitens der Bw gar nicht versucht das Rechtsgeschäft wegen Zwang gemäß § 870 ABGB im Klagswege rückabzuwickeln.

Die oben getroffenen Aussagen zur verdeckten Ausschüttung treffen vollinhaltlich auch auf diesen Teil des Sachverhaltes zu. Wie oben ausgeführt, können verdeckte Ausschüttungen auch dann vorliegen, wenn der Vorteil einer einem Gesellschafter nahestehenden Person zugewendet wird. Wie ebenfalls oben ausgeführt sind geschiedene Ehepartner als nahestehende Personen anzusehen. Die Gesellschaft hätte einem Dritten, der nicht in einem Naheverhältnis zur alleinigen Gesellschafterin stand das Grundstück unter den gegebenen Bedingungen verkauft. Da der wirtschaftliche Vorteil war zwar JK zugekommen, dies jedoch auf Betreiben und im Interesse der alleinigen Gesellschafterin und Geschäftsführerin, wobei die Motivation für diese Vorteilszuwendung im privaten Bereich von Frau SK lag und der sicherheitslosen Kreditierung des Kaufpreises kein betrieblicher Sinn unterstellt werden kann. Die Gesellschafterin wollte offenbar die Existenzgründung ihres Exmannes unterstützen, was im Hinblick auf Unterhaltsforderungen der Kinder auch sinnvoll erscheint. Die verdeckten Ausschüttung in Höhe des nicht entrichteten Kaufpreises von öS 1,000.000.- zuzüglich 33,333 % Kest öS 333.333,33 ist daher der Gesellschafterin SK zuzurechnen.

Ändern sich bei einem Gegenstand, den der Unternehmer in seinem Unternehmen als Anlagevermögen verwendet oder nutzt, in den auf das Jahr der erstmaligen Verwendung folgenden vier Kalenderjahren (bei Grundstücken 9 Kalenderjahren) die Verhältnisse, die im Kalenderjahr der erstmaligen Verwendung für den Vorsteuerabzug maßgebend waren (§ 12 Abs. 3 UStG), so ist gemäß § 12 Abs 10 UStG für jedes Jahr der Änderung ein Ausgleich durch eine Berichtigung des Vorsteuerabzuges durchzuführen. Bei der Berichtigung, die jeweils für das Jahr der Änderung zu erfolgen hat, ist für jedes Jahr von einem Zehntel der gesamten auf den Gegenstand, die Aufwendungen oder Kosten entfallenden Vorsteuer auszugehen; im Falle der Veräußerung oder der Entnahme ist die Berichtigung für den restlichen Berichtigungszeitraum spätestens in der letzten Voranmeldung des Veranlagungszeitraumes vorzunehmen in dem die Veräußerung erfolgte.

Der Verkauf des Geschäftslokals an den Gesellschafter JK erfolgte unter Inanspruchnahme der Befreiung des § 6 Abs 1 Z 9 lit a. Das Geschäftslokal umfasste 19% des gesamten Gebäudes für dessen Errichtung laut den Ausführungen der Bw , die sich auch mit dem Zahlenmaterial der Bp decken insgesamt öS 638.583,24 geltend gemacht worden waren. Die Vorsteuerbeträge von Juli 1996 bis Dezember 1996 in Höhe von öS 79.910,99 betrafen bereits die Errichtung des Objektes H-str.3, weshalb sie nicht in die Bemessungsgrundlage für die Vorsteuerberichtigung aus Anlass der Veräußerung des Geschäftslokals 1 einzubeziehen sind. Unstrittig ist, dass das Geschäftslokal 1, welches in der Folge an Herrn JK verkauft wurde, nie vermietet wurde. Eine Nutzung zur Erzielung anderer umsatzsteuerpflichtige Umsätze im Jahr 1996 konnte zwar nicht nachgewiesen werden, wird aber als möglich angenommen. Aus diesem Grund wird für das Jahr 1996 eine anteilige Vorsteuer anerkannt und nur eine Berichtigung der Vorsteuer von 9/10 vorgenommen.

Die Vorsteuerberichtung 1997 hinsichtlich des Geschäftslokals LZ-Str.20a ist wie folgt zu ermitteln und der Berufung in diesem Punkt teilweise statzugeben.

Vorsteuern gesamt	öS 638.693,00
19% für das verkaufte Lokal	öS 121.330,77
9/10 tel = zu kürzender Betrag	öS 109.197,69

3. H-str.3a

An der Adresse H-str.3a errichtete die Bw ab Juni 1996 ein Wohngebäude mit insgesamt 14 Wohneinheiten samt Garagen. Aus dem Akteninhalt ergibt sich, dass ursprünglich geplant war, die Hälfte der insgesamt 14 Wohneinheiten zu vermieten und die andere Hälfte zu

verkaufen. Dementsprechend machte die Bw in den Veranlagungsjahren 1996 und 1997 von sich aus nur 50 % der gesamten anfallenden Vorsteuern geltend.

Aus den Umsatzsteuervoranmeldungen ist ersichtlich, dass die Bw für das Jahr 1998 als Vorsteuern öS 270.801,00 geltend machte. Eine Jahressteuererklärung für 1998 wurde im Zuge der Betriebsprüfung abgegeben und in dieser Vorsteuern von 542.281,60 beantragt. nicht abgegeben. Der Behauptung der Bw, dass es sich bei diesem Betrag um die bereits um 50% gekürzten Beträge handelt, kann nicht gefolgt werden. Im Rahmen der monatlichen Umsatzsteuervoranmeldungen erfolgte offenbar tatsächlich die Anmeldung von 50% der Vorsteuern in der Jahreserklärung werden jedoch die gesamten Vorsteuern beantragt. Das ist auch daran erkennbar, dass laut Bilanz zum 31.12.1997 die im Bau befindliche Anlage H-str.3 mit einem Aktivum von öS 2.711.943,27 und in der Bilanz zum 31.12.1998 mit einem Aktivum von öS 5.155.532,52 ausgewiesen ist. Die zuaktivierten Baukosten betrugen daher öS 2.443.589.-. 20% dieser zuaktivierten Baukosten betragen knapp öS 500.000.-. Es ist daher davon auszugehen, dass die geltend gemachten öS 542.281,60 die gesamten Vorsteuerbeträge des Jahres 1998 umfassen. Aus dem Arbeitsbogen der Bp Bl. 119 ist überdies erkennbar, dass die Gesamtvorsteuern öS 542.281,60 betragen hatten.

Für das Jahr 1999 wurden seitens der Bw im Rahmen der UVA öS 31.140.- an Vorsteuern geltend gemacht, im Zuge der Betriebsprüfung wurden Vorsteuern in Höhe von öS 53.509.- anerkannt, was wieder genau der Hälfte der in der Buchhaltung der Bw erfassten Gesamtvorsteuern für das Objekt im Jahr 1999 entspricht (Bl 120 Bp-Bericht).

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

Bewirkt der Unternehmer neben Umsätzen, die zum Ausschluss vom Vorsteuerabzug führen, auch Umsätze, bei denen ein solcher Ausschluss nicht eintritt, so hat der Unternehmer gemäß § 12 Abs 4 die Vorsteuerbeträge nach Maßgabe des § 12 Abs. 1 und 3 UStG in abziehbare und nicht abziehbare Vorsteuerbeträge aufzuteilen. An Stelle einer Aufteilung nach § 12 Abs. 4 UStG kann der Unternehmer gemäß § 12 Abs 5 UStG die Vorsteuerbeträge nach dem Verhältnis der zum Ausschluss vom Vorsteuerabzug führenden Umsätze zu den übrigen Umsätzen in nicht abziehbare und abziehbare Vorsteuerbeträge aufteilen, oder nur jene Vorsteuerbeträge nach dem Verhältnis der Umsätze aufteilen, die den zum Ausschluss vom Vorsteuerabzug nach Abs. 3 leg.cit. führenden Umsätzen oder den übrigen Umsätzen nicht ausschließlich zuzurechnen sind.

Im Zuge der Betriebsprüfung wurde ein Vorsteuerbetrag von 50% der Gesamtvorsteuern anerkannt. Damit folgte die Bp der von der Bw in den Vorjahren gewählten und korrekten Vorgehensweise die Aufteilung der Vorsteuern nach dem Verhältnis der geplanten Verwendung vorzunehmen. Die Behauptung der Bw, dass der von ihr beantragte Betrag von öS 542.282,00 bereits den um 50% gekürzten Vorsteuern entspricht, erweist sich als unzutreffend.

In den Jahren 1998 und 1999 wurden insgesamt 4 Wohnungen verkauft, seither erfolgten keine Verkäufe mehr. Vermietungen erfolgten erstmals ab 2001. Aus einem im Akt befindlichen Schreiben der Bw an die finanzierende Hausbank und aus dem Vorbringen der Bw geht hervor, dass die Bank bis 2001 keinen über die geplanten 50% hinausgehenden (somit 7 Wohneinheiten betreffenden) weitergehenden Vermietungen zustimmte. Im Gegenteil wurde seitens der finanzierenden Bank selbst versucht die noch nicht verkauften Wohneinheiten zu veräußern. Eine Verwendungsänderung für die noch nicht verkauften aber ursprünglich zum Verkauf bestimmten zusätzlichen 3 Wohneinheiten konnte daher frühestens zum Zeitpunkt der Zustimmung der Bank zu weiteren Vermietungen ab dem Jahr 2001 vorliegen. Keinesfalls jedoch bereits im Streitzeitraum.

Eine Änderung des Verhältnisses der steuerpflichtigen und damit zum Vorsteuerabzug berechtigenden Umsätze und der unecht steuerfreien Umsätze konnte im Streitzeitraum aufgrund der tatsächlichen Umstände noch nicht eingetreten sein, weshalb auch keine weitergehenden Vorsteuerbeträge anerkannt werden können und die Berufung in diesem Punkt abzuweisen war.

Eine Vorsteuerkürzung betreffend die verkauften Wohnungen hat zu unterbleiben, da für diese Gebäudeteile von vornherein keine Vorsteuern in Anspruch genommen worden waren.

Hinsichtlich des Berufungsbegehrens, die noch im Betriebsvermögen der Bw befindlichen nicht verkauften Gebäudeteile im Streitzeitraum eine Abschreibung für Abnutzung (AfA) von 1,5% unter Ausscheidung eines Grundanteiles vorzunehmen ist auszuführen:

Gemäß § 7 EStG sind bei Wirtschaftsgütern, deren Verwendung oder Nutzung durch den Steuerpflichtigen zur Erzielung von Einkünften sich erfahrungsgemäß auf einen Zeitraum von mehr als einem Jahr erstreckt (abnutzbares Anlagevermögen), die Anschaffungs- oder Herstellungskosten gleichmäßig verteilt auf die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer abzusetzen (Absetzung für Abnutzung). Gemäß §16 Abs 1 Z 8 EStG können bei Gebäuden, die der Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung dienen, ohne Nachweis der Nutzungsdauer jährlich 1,5% der Bemessungsgrundlage als Absetzung für Abnutzung geltend gemacht werden.

Wie sich aus dem Gesetzestext ergibt ist eine AfA jedoch erst ab Beginn der Nutzung zur Erzielung von Einkünften zulässig. Aus dem Sachverhalt ergibt sich unstrittig, dass im Streitzeitraum noch keine Nutzung zur Erzielung von Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung erfolgte. Eine Absetzung für Abnutzung kann daher nicht geltend gemacht werden.

Die Berechnungen zur Bewertung des Warenvorrates durch die Betriebsprüfung sind daher sowohl rechtlich als auch rechnerisch richtig. Angekündigte Ausführungen des Bw zu diesem Punkt wurden nicht eingebbracht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Berechnung der Umsatzsteuer 1997

	öS	€
Gesamtbetrag der Umsätze	1.027.543,33	74.674,48
davon steuerfrei	-1.000.000,00	-72.672,83
Gesamtbetrag der steuerpflichtigen Umsätze	<u>27.543,33</u>	<u>2.001,65</u>
davon 20%	5.508,67	400,33
abziehbare Vorsteuer	-340.248,91	-24.726,85
Vorsteuerberichtigung	109.197,69	7.935,71
Gutschrift	-225.542,55	-16.390,82
bisherige Gutschrift	<u>-334.740,00</u>	<u>-24.326,50</u>
Steuer laut Berufungsentscheidung	109.197,45	7.935,69

Wien, am 14. Mai 2007