



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Senat 15

GZ. RV/3070-W/08,
miterledigt RV/2271-W/08

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat **hat** durch den Vorsitzenden Dr. Christian Lenneis und die weiteren Mitglieder ADir. RR Erich Radschek, Christian Schuckert und Felicitas Seebach im Beisein der Schriftführerin FOI Ingrid Pavlik **über die Berufungen** des T und der K, beide wohnhaft in der Schweiz, vertreten durch Dr. Peter Ozlberger, Rechtsanwalt, 3830 Waidhofen a. d. Thaya, Rosensteinstraße 4, gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg, vertreten durch Hofrat Mag. Franz Zaussinger,

1. vom 26. Juni 2008 gegen die Bescheide vom 28. April 2008 betreffend

Umsatzsteuerfestsetzung für die Zeiträume 4-6/2006, 7-9/2006 und 10-12/2006 sowie

2. vom 25. August 2008 gegen die Bescheide vom 22. Juli 2008 betreffend

- Aufhebung (§ 299 BAO) des Umsatzsteuerbescheides 2007 (vom 2. Juli 2007) und
- Umsatzsteuer 2007

nach der am 9. März 2011 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung **entschieden**:

Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Kaufvertrag vom 06.04.2006 (wirksam am 10.04.2006) erwarben die in der Schweiz ansässigen Bw (Eheleute) insgesamt 30/1014 (= jeweils 30/2028) Anteile verbunden mit Wohnungseigentum an Wohnung 3+Einlagerungsraum 3 sowie insgesamt 8/1014 (= je 8/2028) Anteile verbunden mit Wohnungseigentum an KFZ- Abstellplatz 3 unten, jeweils der Liegenschaft*, von der Firma -GmbH um den Gesamtkaufpreis von netto € 147.900,00 zuzüglich 20% Umsatzsteuer (€ 29.580,00). Zum Zweck der Feststellung von Einkünften aus der Vermietung und Verpachtung des Objektes bildeten die Bw eine steuerlich erfasste Miteigentumsgemeinschaft (MEG), welche Unternehmerfunktion ausüben sollte und die umsatzsteuerrechtliche Beurteilung als eigenes Rechtssubjekt beanspruchte.

Dem Kauf lag ein zur Gänze (120%) fremdfinanziertes „Vorsorgewohnungsmodell“ zu Grunde, welches die Finanzierung des Kaufes mit einem endfälligen, während der Laufzeit nicht rückzahlbaren Kredit vorsah. Der Kapitalaufbau des Tilgungsträgers erfolgte mittels Einmalerlag aus dem Vorsteuerguthaben und einer (nach damaliger Aktenlage vermeintlichen) Eigenleistung zu Vertragsbeginn.

Neben dem Gesamtkaufpreis hatten die beiden Käufer folgende Kauf- und Finanzierungsnebenkosten zu tragen (in €):

Kaufpreis netto		147.900,00
20% USt		29.580,00
KP brutto		177.480,00
Kaufnebenkosten:		
Notar (inkl. USt: 779,20)	4.782,20	
Grunderwerbsteuer	6.211,80	
Eintragungsgebühr	1.774,80	12.768,80
Finanzierungsnebenkosten:		
Bearbeitungsgebühr	4.725,41	
Pfandbestellungsurkunde	2.268,19	
Devisenspesen, Kontoeröffnung	5.292,45	12.286,05
Gesamtfinanzierungsbedarf		202.534,85

Im Zuge des Wohnungskaufes machte die MEG die Vorsteuern aus dem Wohnungskauf geltend. Wegen des Verdachtes auf Vorliegen einer Liebhabereibetätigung wurde für den Zeitraum April bis Dezember 2006 eine Außenprüfung gemäß § 147 BAO durchgeführt. Dem Bericht über das Prüfungsergebnis (25.04.2008, AB-Nr. 226060/07) sind die oben teilweise (*Notar*) korrigierten sowie folgende weitere Feststellungen zu entnehmen:

Der damalige steuerliche Vertreter, hatte dem Finanzamt folgende Beweismittel vorgelegt:

Kaufvertrag und Rechnung;
 Rechnung des Notars;
 Prognoserechnungen I und II (ohne Sondertilgung) und III (mit Sondertilgung);
 Mietvertrag für Top 3 (*Anm. UFS: Mietvertrag für den Abstellplatz nicht aktenkundig*);
 Kreditzusage;
 „Betriebskostenaufstellung“ (= Abrechnungsübersicht für die Bw 2006, 2007);
 Modellrechnung;
 Selbstauskunft für Kreditvertrag;
 Nachweis Geldmittel/Einkommen.

Die **Prognoserechnung I** sah eine jährliche Indexsteigerung (nach VPI 2000) der Wohnungsmieten im ersten Jahr (2007) mit 1,36 % und in den Folgejahren mit 2,5% vor und valorisierte die Betriebskosten im gleichen Prozentsausmaß. Kreditzinsen wurden auf Basis der Kreditsumme (€ 200.000,00) mit 2,5% p. a. angesetzt, eine Sondertilgung nicht berücksichtigt. Von den Netto- Anschaffungskosten wurde ein nicht abschreibungsfähiger Anteil für Grund und Boden von 20% ausgeschieden. Aus der Vermietung von Top 3 erwartete die Prognoserechnung I einen laufenden Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten erstmals im Bewirtschaftungsjahr 11 (= 2016) und einen Gesamtüberschuss erstmals im Jahr 18 (= 2023). Innerhalb von 20 Jahren (bis 2027) sollte das prognostizierte Gesamtergebnis +€ 8.741,78 betragen.

Eine später eingereichte Prognoserechnung II enthielt in beiden Varianten höhere Kreditzinsansätze. Die Variante ohne Sondertilgung versprach im Jahr 9 (=2014) erstmals einen positiven Jahresüberschuss, im Jahr 20 (=2025) einen Gesamtüberschuss der Einnahmen von +€ 143,94. In einer davon abweichenden Variante wurde die Kreditsumme ab 2017 vermindert um eine Sondertilgung von € 20.000,00 berücksichtigt, außerdem wurden in diesen Prognoserechnungen ab dem Jahr 2008 Boni aus Zinsbewirtschaftung iHv € 1.900,00 als Einnahmen angesetzt, wodurch sich unter der Annahme einer Sondertilgung (Progn III) bereits im 18. Jahr (2023) ein geringfügiger Gesamtüberschuss, im 22. Jahr (2027) ein solcher von + € 9.714,32 ergeben sollte.

Mietzinse

Laut dem schon am 27.07.2000 mit dem Bestandnehmer abgeschlossenen Mietvertrag war für Top 3 ein Hauptmietzins von ATS 3.824,00 (entspricht € 277,90) netto zuzüglich Betriebskosten und USt vereinbart worden, welcher zwischenzeitlich eine Indexanpassung erfuhr und ab Jänner 2007 € 365,81 betrug, was bei einer Nutzfläche von 30,00 m² einem Mietzins von € 12,19/m² entsprach. Die Anpassung war vereinbarungsgemäß jährlich auf Basis des VPI vorzunehmen. Der Mietvertrag für die Wohnung war beginnend mit 15.08.2000 auf unbestimmte Dauer abgeschlossen, ein Kündigungsverzicht des Mieters für die Dauer von 3 Jahren ab Mietbeginn vereinbart worden.

Mieterpool

Zum Ausgleich von Leerstehungen hatten die Vermieter (Bw) für Top 3 einen gleichfalls nach dem VPI wertgesicherten Pauschalbetrag von € 0,45/m² = € 13,50 monatlich an den dafür geschaffenen **Mieterpool** zu entrichten. Infolge Leerstehung ausfallende Mieten sollten aus diesem Pool ersetzt werden.

Betriebskosten, sonstiger Aufwand, Instandhaltungen

Entsprechend der Vorschreibung durch die Gebäudeverwaltung waren für die gegenständlichen Objekte (Top und Stellplatz) im Jahr 2006 **Betriebskosten** von monatlich € 95,77 zu entrichten. Die Prognoserechnungen valorisierten diesen Betrag alljährlich mit 2,5%. Kosten für **sonstigen Aufwand** bzw. für innerhalb von 20 Jahren voraussichtlich anfallende **Instandhaltungen** fanden in der Prognoserechnung keine Berücksichtigung.

Finanzierungskosten

Zur Deckung der Investitionskosten (*siehe Berechnung oben*) nahmen die Bw einen einmal ausnutzbaren **endfälligen Fremdwährungskredit** in CHF im Gegenwert von € 200.000,00 in Anspruch. Laut Kreditvertrag waren die Zinsen an den LIBOR bzw. SMR/EURIBOR (+1,5 % Aufschlag) gebunden. Bei Kreditaufnahme hatte der Zinssatz 2,75% betragen und war bis zum 25.04.2008 (Berichtsdatum) um rund 1,6 Prozentpunkt gestiegen. Weder die individuelle Modellrechnung noch der Kreditvertrag sahen die in Prognoserechnung III eingebaute vorzeitige **Sondertilgung** nach 10 Jahren Kreditlaufzeit vor. Laut e- Mail des damaligen steuerlichen Vertreters vom 18.03.2008 entfiel jedoch die Zusendung eines angekündigten Schriftverkehrs zur Sondertilgung, „da keine Sondertilgung vorgesehen ist“.

Während der in den Jahren 2006 und 2007 angefallene Kreditzinsenaufwand (€ 4.267,55 bzw. € 8.036,51) in den Prognoserechnungen II und III des steuerlichen Vertreters berücksichtigt war, blieb der diesbezügliche Prognoseansatz für die Jahre ab 2008 mit jeweils € 5.000,00 (Progn III: ab 2017 € 4.500,00) hinter den 2007 und 2008 tatsächlich angefallenen Zinsen (laut Erklärung 2008: € 9.448,28) deutlich zurück. In der Prognoserechnung fanden zudem

die sonstigen Finanzierungskosten (Darlehensprovision, Wechselspesen, Pfandbestellungsurkunde) keine Berücksichtigung.

Die Kreditrückzahlung sollte laut Vertrag aus dem Endkapital des **Tilgungsträgers** (= Wertpapiersparplan der Kreditgeberin) mit einem hiefür ausreichenden Endwert erfolgen. Der Tilgungsträger war zu Beginn mit € 51.765,00 („Eigenkapital“ und USt) dotiert worden. Das Kreditinstitut hatte sich ein hypothekarisches Pfandrecht an den Liegenschaftsanteilen sowie die Verpfändung von VB- Fondssparanteilen bzw. des Kontoguthabens, jeweils laut gesonderter Vereinbarung (*diese nicht aktenkundig*) gesichert.

Nach Darstellung der Rechtslage (§ 2 Abs 2 und Abs 3 EStG 1988, § 2 UStG 1994 und Liebhabereiverordnung idF BGBl 1993/33 = kurz: L-VO II) würdigte der Prüferbericht die streitgegenständliche Betätigung an Hand einer adaptierten Prognoserechnung wie folgt:

Mietzinse

Der Indexanpassung mit 2,5% laut Prognoserechnungen werde gefolgt (*Anm. UFS: mit entsprechenden Wertansätzen auf der Aufwandseite; siehe unten*).

Prognosezeitraum

Der Prognosezeitraum beginne mit 2006 als dem Jahr 1 und nicht mit dem Jahr 2007.

Betriebskosten, Mieterpool

Die Wertansätze laut Prognoserechnung seien nicht zu verändern.

Zukünftige Instandhaltungs- /Instandsetzungskosten

In der Prognoserechnung fehlende Ansätze für künftige Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten seien nach ständiger Rechtsprechung des VwGH in einer realitätsnahen Vorschau zu berücksichtigen. Eine zur Finanzierung derartiger Aufwendungen geschaffene Rücklage sei von den Objekteigentümern mit einem Fixbetrag monatlich zu dotieren. Wirtschaftlich betrachtet handle es sich dabei um Vorauszahlungen für im Prognosezeitraum (20 Jahre) zu erwartende Sanierungsmaßnahmen. In der nun adaptierten Prognoserechnung würden solche Aufwendungen, die wie angenommen im 15. Jahr ab Investition anfielen (das Wohnhaus sei 6 Jahre vor dem Objekterwerb der Bw errichtet worden), mit 3% der bis dahin erzielten Mieteinnahmen angesetzt (€ 2.900,00).

Finanzierungskosten

Dem beworbenen Modell zufolge sollten die Mieteinnahmen sämtliche anfallende Kosten einschließlich der Kreditzinsen abdecken. Mögliche bzw. wahrscheinliche Unterdeckungen könnten monatliche Zuzahlungen erforderlich machen. Von einer Sondertilgung werde im Modellprospekt nicht gesprochen.

Der bei Kreditabschluss maßgebliche Zinssatz von 2,75% sei mittlerweile (Berichtsdatum) um rund 1,6 Prozentpunkte gestiegen. Ziehe die Prognoserechnung für die langfristige Entwicklung des VPI in Bezug auf die Mieten einen längeren Zeitraum (20 Jahre) heran, so habe dies auch für die Verzinsung des Kredites zu gelten. Die Zinsen für einen Kredit in Schweizer Franken seien daher bei einem ähnlich langen Beobachtungszeitraum mit mindestens 3,5% zu berücksichtigen.

Sondertilgung

*Anm. UFS: Eine Darstellung der Berichtsausführungen entfällt hier, da – wie der steuerliche Vertreter bereits am 18.03.2008 via e- Mail der Außenprüferin bekannt gegeben hatte – eine Sondertilgung **nicht geplant** war und weil eine solche augenscheinlich auch **nicht durchgeführt** worden ist.*

Die sonstigen Finanzierungskosten in Höhe von € 12.286,05 seien verteilt auf die Kreditlaufzeit in die Prognoserechnung aufwandseitig aufzunehmen.

Zusammenfassend gelangte die Prüferin im Bericht auf Basis der Prognosekorrekturen zu erwartbaren negativen Gesamtergebnissen im Zeitraum 2006 – 2027 von -€ 82.167,00 (Variante ohne Sondertilgung), -€ 74.467,00 (mit Sondertilgung) bzw. -€ 28.085,00 (laut Prognose III, aber verändert in der Position Zinssatz Kredit 3,5 %). Sie sah dadurch die Annahme von Liebhaberei bestätigt und empfahl dem Finanzamt, ein Feststellungsverfahren gemäß § 188 BAO nicht durchzuführen, Einkünfte nicht festzustellen und mangels Unternehmereigenschaft der MEG den Vorsteuerabzug zu versagen, die gemäß § 11 Abs 14 UStG auf Grund der Rechnungslegung geschuldete Umsatzsteuer aber festzusetzen.

Gegen die Bescheide betreffend die Festsetzung von Umsatzsteuer für 4-6/2006, 7-9/2006 und 10-12/2007, mit denen das Finanzamt der Prüferempfehlung folgte, erhoben die Bw fristgerecht Berufung, beantragten die Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung vor dem gesamten Berufungssenat und begründeten ihr Rechtsmittel wie folgt:

Die Abgabenbehörde habe eine unrichtige rechtliche Würdigung vorgenommen. Tatsächlich sei die „vorgelegte Vermietung & Verpachtungstätigkeit“ im gegenständlichen Objekt als Einkunftsquelle „anzusetzen“ und daher die Vorsteuer (= der Vorsteuerabzug) zur Gänze zu gewähren.

1. Es sei gelungen, eine Zinsbewirtschaftung anzuwenden, wodurch sich „klarerweise“ der Zinsaufwand „erheblich“ verringern und somit im vorgeschriebenen Zeitraum von 20 Jahren ein positives Ergebnis erreichen lasse. Dem als Beweismittel beigefügten, mit 6. Mai 2008

datierten Schreiben der Firma S an die Fa. V, ist wörtlich zu entnehmen (Normaldruck hier fett wiedergegeben):

„Bezug nehmend auf unser letztes Gespräch möchten wir hier nochmals festhalten, dass die von uns vorgeschlagene Vermögensverwaltung prinzipiell nach folgenden Rahmenbedingungen agiert:

(Zeile 4, Schwachdruck: „Das Vermeiden von Risiken steht im Vordergrund des Kreditmanagements!“)

Basis des Managements ist ein endfälliges Darlehen, welches auch in Fremdwährung geführt werden kann. Das Darlehen bei der kreditgewährenden Bank ist dabei der Risikoausgleich für das Wechselkursmanagement und die Derivativspekulationen. Durch das ‚Pooling- Verfahren‘ bei ausgewählten Vertragsbanken können Kleinkreditnehmer jene Möglichkeiten nutzen, die üblicherweise nur institutionellen Investoren vorbehaltene sind.

Oberstes Ziel ist es, durch das Kreditmanagement den Gegenwert der Kundendarlehen stabil zu halten oder zu senken. Um den Zinsvorteil zu nutzen, werden in Marktphasen, die für Fremdwährungskredite geeignet sind, die Darlehen in zinsgünstige Fremdwährungen geführt. In jenen Marktphasen, in welchen die Wechselkurse zu steigenden Kreditständen führen würden, werden Fremdwährungsdarlehen gewechselt. Der Einstieg in zinsgünstige Fremdwährungen erfolgt gemäß einer mittelfristigen Strategie und ausschließlich bei dazu geeigneten Einstiegsniveaus. Zusätzlich werden Casherträge auf ‚kreditgedeckter Basis‘ mittels Währungsspekulationen bei der kreditgewährenden Bank erwirtschaftet (Option-Selling). Diese cashwirksame Ertragskomponente dient zum Aufbau eines Sicherheitspuffers von 5% der Kreditsumme.

Darüber hinaus stehen diese zusätzlichen Casherträge aus den Derivaten für Zinszahlungen oder Tilgung zur Verfügung. Das Modell ist sehr gut für jene Kreditnehmer geeignet, die das Management eines Fremdwährungsdarlehens auslagern und zusätzliche Erträge aus ihrer Finanzierung erwirtschaften möchten. Die Kunden sollten in jedem Fall über grundlegendes Wissen und/oder Erfahrung im Bereich Fremdwährungen verfügen und ausreichendes Risikobewusstsein und Risikofähigkeit aufweisen, um Schwankungen an den Währungsmärkten ohne Beeinträchtigung der finanziellen oder persönlichen Lebensqualität zu verkraften.

(nächste Zeile: „Ertragsziele in % der Kreditsumme：“)

Mögliche Währungsgewinne:	0-2 % p.a.
Mögliche Erträge aus Derivaten:	1-2 % p.a.

Kosten:	
Agio:	1 %
Management:	0,2 % p.a.
Erfolgsgebühr:	15%
Zuzügl. gesetzlicher Umsatzsteuer	

Die Erfolgsgebühr wird nach dem Niedrigstwertprinzip berechnet (nur für neue Erträge aus der Summe der Derivatgeschäfte und des Währungsmanagements pro Quartal). Die Spesen werden nur bei positiven Casherträgen aus den Derivaten verrechnet.

Wenn man die Ergebnisse der Kredit- / Zinsbewirtschaftung der von uns vorgeschlagenen Vermögensverwaltung aus den vergangenen Quartalen auf die uns von Ihnen übermittelten Daten appliziert, kommt man zu folgendem Bild:

(angenommenes) Kreditvolumen		190.762,73			
	Kreditbewirtschaftung		Kredit	Summe	
	Brutto	Netto	Zinsen		
Q1/07				-1.717,91	-1.717,91
Apr 07	0,34%				
Mai 07	0,36%				
Jun 07	0,31%				
Q2/07	1,01%	0,63%	1.204,58	-1.757,63	-553,15
Jul 07	0,75%				
Aug 07	1,59%				
Sep 07	0,47%				
Q3/07	2,81%	2,11%	4.020,13	-1.949,27	2.070,86
Okt 07	0,73%				
Nov 07	0,63%				
Dez 07	0,24%				
Q4/07	1,60%	1,12%	2.127,39	-2.005,57	121,82
Jan 08	0,22%				
Feb 08	0,13%				
Mrz 08	0,11%				

Q1/08	0,46%	0,18%	344,14	-2.075,56	-1.731,42
Summe			7.696,13	-9.499,94	-1.803,81

Wir hoffen Ihnen den für Sie notwendigen Gesamtüberblick geschaffen zu haben und stehen jederzeit bereit die nötigen Prozesse bei Ihnen aufzusetzen. Über einen Terminvorschlag Ihrerseits würden wir uns sehr freuen."

(Nach Grußformel und Unterschrift des Bearbeiters, in Kleindruck:)

„DISCLAIMER

Die oben genannten Informationen stellen weder ein Angebot, eine Aufforderung noch eine Empfehlung zum Abschluss eines Managementantrages dar. Trotz aller Sorgfalt bei der Erstellung dieser Informationen, kann weder eine Zusicherung und/oder Garantie hinsichtlich Genauigkeit, Richtigkeit oder Vollständigkeit bzw. für ein bestimmtes Handelsergebnis gegeben werden. Historisch positive Werte schließen Verluste in Zukunft nicht aus.“

2. Die Bw hätten in der Prognoserechnung (III) eine Sondertilgung angegeben und die entsprechenden Finanzmittel und Einkünfte bzw. finanziellen Möglichkeiten (*gemeint: Einkommensnachweise*) zur Sondertilgung dargelegt.

Das Finanzamt legte die Berufung ohne weitere Zwischenerledigung dem UFS vor.

Für das Jahr 2007 war am 2. Juli 2008 auf Grund der über FINANZOnline elektronisch eingebrochenen Erklärung ein erklärungskonformer Umsatzsteuerbescheid 2007 ergangen, die dort vorgeschriebene Zahllast von € 451,23 hatte sich aus der Differenz zwischen der Umsatzsteuer aus Vermietungsentgelten zu 10 % (€ 447,85) und 20 % (€ 264,36) abzüglich geltend gemachter Vorsteuer (€ 260,98) ergeben. Mit Bescheid vom 22. Juli 2008 hob das Finanzamt diesen ungeprüft ergangenen Bescheid gemäß § 299 BAO auf und erließ zugleich einen neuen Umsatzsteuerbescheid für 2007, in welchem es – der rechtlichen Beurteilung im Prüferbericht vom 25.04.2008 folgend – die Umsatzsteuer (irrtümlich € 712,20 statt richtig 712,21) ohne Abzug von Vorsteuern festsetzte.

Die Bw erhoben gegen diese Bescheide jeweils gesondert Berufung, beantragten die Festsetzung der Umsatzsteuer für 2007 wie erklärt und verwiesen begründend auf die Berufung gegen Umsatzsteuerfestsetzungen für Zeiträume 4-12/2006. Außerdem beantragten sie die Abhaltung einer mündlichen Berufungsverhandlung vor dem gesamten Berufungssenat.

Das Finanzamt legte auch diese Berufungen ohne weitere Zwischenerledigung dem UFS vor.

Die Umsatzsteuererklärungen für 2008 und 2009 wurden beim Finanzamt körperlich eingebbracht, inzwischen wurde die Liegenschaft (der Liegenschaftsanteil) zwangsversteigert und der in der hier strittigen Umsatzsteuervorschreibung (€ 31.735,44 samt Kosten des Exekutionsantrages = € 32.633,84) bestehende Forderungsbetrag der betreibenden Partei (Rep. Ö. vertr. d. Finanzprok., diese vertr. d. d. Finanzamt Wien 9/18/19 Klosterneuburg) durch Meistbotverteilungsbeschluss des Gerichtes vom 29.09.2010 aus dem Versteigerungserlös von € 106.000,00 zur gänzlichen Berichtigung durch Barauszahlung zugewiesen. Der Restbetrag (Hyperocha) wurde den verpflichteten Parteien (= Bw) zugewiesen. Eine Zuweisung an die Pfandgläubigerin (Bank) unterblieb gemäß § 224 EO wegen Nichtanmeldung ihrer Kreditforderung aus dem Titel ihres Höchstpfandrechtes.

Der Referent im UFS ersuchte die Bw, einen in einem EWR-Staat (außerhalb des Fürstentums Liechtenstein) wohnhaften gemeinsamen Zustellungsbevollmächtigten namhaft zu machen, worauf die Bw den oben im Spruch angeführten Dr. Peter Ozlberger als ihren gemeinsamen Zustellungsbevollmächtigten benannten.

Sodann ersuchte der Referent die Bw, ihre Bewirtschaftungsergebnisse bis einschließlich Oktober 2010 detailliert unter Beifügen der Rechnungen bzw. Belege offen zu legen und eine allfällig schon erfolgte Sondertilgung des Kredites zu dokumentieren sowie – da noch in Unkenntnis der Versteigerung – die etwa schon erfolgte Veräußerung/Versteigerung des Objektes bekannt zu geben und vollständig zu dokumentieren. Gleichzeitig lud er die Parteien des Verfahrens zur beantragten mündlichen Berufungsverhandlung vor dem gesamten Senat.

Vorhalt und Ladung beantworteten die Bw durch ihren neu bestellten Zustellungsbevollmächtigten wie folgt:

Es handle sich bei dem beworbenen (und investierten) Modell um einen groß angelegten Betrug. Den Bw sei es unter Vortäuschung falscher Tatsachen schmackhaft gemacht worden. Man hätte ihnen versprochen, sie könnten ohne jede Anzahlung und ohne laufende Zahlungen eine Wohnung erwerben Dies sei möglich durch sehr niedrige (Kredit-) Zinsen, die jedenfalls durch die Einnahmen gedeckt wären, und durch den Vorteil einer möglichen Refundierung der Kaufpreis-Umsatzsteuer (als Vorsteuerabzug). Nur manche Anlegern (auch den Bw) sei erklärt worden, dass sie in einer Hochzinsphase für kurze Zeit ganz geringe Zuzahlungen im Ausmaß von bis zu € 100 (in anderen Fällen bis € 220) leisten müssten. Man habe dafür eine Reserve eingebaut. Die vorgesehenen Eigenmittel würden zum Teil durch die USt- Refundierung, zum anderen Teil durch einen vom Verkäufer beigesteuerten Betrag (meist 15% von der Kaufpreissumme) beigesteuert. Dieser Teil solle zunächst vom Verkäufer an den

Modellvertreiber gezahlt werden und dann an die Kunden als Darlehen fließen. Aber auch dieses Darlehen könne durch die Mieteinnahmen bedient werden. Den Kunden (Bw) sei ein fertiges Paket präsentiert worden, das auch die Finanzierung und Steuerberatung inkludiere. Die Anleger hätten also nur mehr unterschreiben müssen. Ihnen seien jedoch folgende Umstände verheimlicht worden:

- Den hoffnungslos überhöhten Kaufpreis habe man den Bw mit der erwarteten künftigen Immobilienpreissteigerung in Wien erklärt. Die ausländischen Anleger hätten dies nicht angezweifelt. Verschwiegen habe man ihnen, dass die Voraussetzungen für eine Refundierung der USt – gehe man nur von den schriftlichen Kreditverträgen aus – nicht unbedingt vorlagen. Das mündliche Versprechen, dass die Mieteinnahmen alle Kosten decken würden, habe in den schriftlichen Verträgen keinen Niederschlag gefunden.
- Sodann widmete sich der Schriftsatz ausführlich der angeblich betrügerischen Vorgehensweise von in der Strafanzeige namentlich angeführten Organen der genannten Banken. Diese hätten die fertigen Pakete für den Verkauf der Wohnungen zusammen mit den Vertretern der verkaufenden Gesellschaften geschnürt, und dies im vollen Wissen um die völlige Überhöhung der Kaufpreise; trotzdem habe man 120% der Investition kreditiert, wohl aus reinem Gewinnstreben (Kreditgebühren, Zinsen). Es folgen Ausführungen zur strafrechtlichen Qualität dieses Vorgehens. Die Banken hätten, so der Schriftsatz weiter, Kreditzinsen nur insoweit verlangen dürfen, als diese durch die Mieteinnahmen gedeckt sind. Den Bw stehe wegen des überhöhten Kaufpreises ein (eingeklagter? dies bleibt offen) Schadenersatzanspruch von € 46.653,55 zu.
- Wenn nun ohne Eigenmittel nach 25 Jahren eine Eigentumswohnung lastenfrei erworben werde und die Kreditkosten jedenfalls durch die Mieteinnahmen gedeckt seien, könne keine Liebhaberei vorliegen.
- Anders als andere Banken, die gegenüber ihren Kreditnehmern eingelenkt hätten, habe die hier Kredit gewährende Bank unter anderem die Bw (als Kreditnehmer) auf Erfüllung ihrer Kreditverbindlichkeiten geklagt, das Verfahren ruhe derzeit jedoch, bis „ein anderes Verfahren entschieden ist“.

Nach Anführung von Beweismitteln, nämlich:

- Gerichtsakten zur erwähnten Klage (einen anderen Klienten betreffend);
- Gerichtsakten zu gleich gelagerten, schon bis zur Beweisaufnahme gediehenen Verfahren;
- Strafanzeige an die Staatsanwaltschaft und
- Informationsblätter des Schweizer Modellvermittlers,
- Meistbotverteilung (Beschluss) des Gerichtes und
- Schriftverkehr mit dem Anwalt der Gläubigerbank beantragten die Bw, ihrer Berufung Folge zu geben.

In der am 9. März 2011 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde ergänzend ausgeführt

Steuerlicher Vertreter:

Das Modell war so aufgebaut, dass 120 % des Kaufpreises fremdfinanziert wurden, nämlich auch die Umsatzsteuer. Allerdings gab es drei Tilgungsträger.

Bezüglich der – auch in diesem Fall aufgebauten – Tilgungsträger ist zu sagen, dass de facto eine Überfinanzierung stattgefunden hat. Wenn man die als Eigenkapital zu wertenden Beträge (gemeint: Zinsgutschriften auf den Tilgungsträgern) einbezieht, so ergibt sich innerhalb des Zeitraumes von 20 Jahren sehr wohl ein Gesamtüberschuss. Festzuhalten ist weiters, dass bei dem vorliegenden Modell jedenfalls nicht sämtliche Zinsen angesetzt werden dürfen.

Mag. Zaussinger:

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass eine Trennung zwischen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung und Einkünften aus Kapitalvermögen stattzufinden hat. Eine Saldierung etwaiger Erträge aus anderen Einkunftsarten kann wegen des Grundsatzes der Subsidiarität nicht mit Einkünften aus Vermietung und Verpachtung erfolgen. Daraus ergibt sich, dass die Zinsen sehr wohl auf Basis einer Fremdfinanzierungsquote von 120 % anzusetzen sind. Die bisher gelegten Prognoserechnungen und Erklärungen, die diesen Gedanken nicht aufgegriffen haben, sind daher nicht zu korrigieren.

Steuerlicher Vertreter:

Es war so, dass der Initiator des Modells im vollen Wissen und Einverständnis mit den Banken zugesichert hat, dass die Kreditrückzahlungen mit den Mieteinnahmen gedeckt werden. Auf Grund dessen ist es schon deshalb ausgeschlossen, dass dieses Modell als Liebhaberei zu beurteilen ist.

Zu wenig beachtet wurde bislang die umsatzsteuerliche Seite des Falles; zu verweisen ist auf die Judikatur des EuGH, wonach betreffend Umsatzsteuer die gesamten Umstände, unter denen der Unternehmer das Wirtschaftsgut bewirtschaftet, zu berücksichtigen sind. In Rechnung zu stellen ist dabei, dass eine andere Beurteilung allenfalls in den Fällen Platz greifen kann, in denen der Bereich der Lebensführung berührt ist, im konkreten Fall allerdings eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt. Die Trennung in verschiedene Einkunftsarten mag für die Einkommensteuer gelten, ist aber nicht für die Umsatzsteuer relevant.

Mag. Zaussinger:

Dem ist zu entgegnen, dass die umsatzsteuerliche Betrachtung in aller Regel der einkommensteuerlichen folgt, wobei allerdings zu ergänzen ist, dass bei Tätigkeiten gemäß § 1 Abs 1 Liebhabereiverordnung eine unternehmerische Tätigkeit von vorneherein unterstellt wird.

Steuerlicher Vertreter

In diesem Fall hat keine Umschichtung vom Tilgungsträger auf den Kredit stattgefunden. Allerdings sind nicht alle Schuldzinsen ergebniswirksam zu berücksichtigen, weil diese teilweise auch mit der Dotierung von Tilgungsträgern in Zusammenhang stehen.

Ich rege ferner an, mit der Entscheidung des Falles zuzuwarten, bis das endgültige Urteil im Verfahren der Bank gegen meinen Mandanten ergangen ist. Auch verweise ich auf die im Namen meines Mandanten erstattete Strafanzeige an die Staatsanwaltschaft Wien (siehe vorbereitender Schriftsatz zu dieser Verhandlung), welche die Anzeige nun prüft und einen gerichtlich beeideten Sachverständigen beauftragt hat, der die Vorgangsweise der Bank und des Modellvertreibers/Liegenschaftsverkäufers untersuchen soll.

Über die Berufung wurde erwogen:

Die gegenständliche Tätigkeit: Bewirtschaftung eines Wohnungseigentumsobjektes mit auftretenden Verlusten, unterfällt der Norm des § 1 Abs 2 Z 3 Liebhabereiverordnung BGBl 1993/33 idF BGBl II 1997/358 (kurz: L-VO) und erfährt zunächst die dort geregelte Annahme von Liebhaberei. Die Annahme von Liebhaberei kann aber gemäß § 2 Abs 4 L-VO ausgeschlossen sein. Liebhaberei liegt (nur) dann nicht vor, wenn die Art der Bewirtschaftung oder der Tätigkeit in einem „absehbaren“ Zeitraum einen Gesamtüberschuss der Einnahmen über die Werbungskosten erwarten lässt. Andernfalls ist das Vorliegen von Liebhaberei ab Beginn der Betätigung so lange anzunehmen, als die Art der Bewirtschaftung oder der Tätigkeit nicht im Sinne des vorstehenden Satzes geändert wird. Bei Betätigungen im Sinne des § 1 Abs 2 Z 3 L-VO gilt als absehbarer Zeitraum ein solcher von 20 Jahren ab Beginn der entgeltlichen Überlassung, höchstens von 23 Jahren ab dem erstmaligen Anfallen von Aufwendungen (Ausgaben). Da die Bw eine bereits vermietete Eigentumswohnung samt Kfz-Stellplatz erworben haben, ist zu prüfen, ob ihre Betätigung – unter Ausblenden der schon erfolgten Veräußerung im Wege einer Zwangsversteigerung – innerhalb von 20 Jahren ein positives Gesamtergebnis erwarten lässt.

Die Bw haben zur Untermauerung ihres Vorbringens, dass die Art der Bewirtschaftung bereits nach 19 Jahren (ohne Sondertilgung) bzw. nach 16 Jahren (mit Sondertilgung) der Betätigung einen (wenn auch geringfügigen) Totalüberschuss der Einnahmen über die Werbungskosten erwarten lasse, zwei Varianten einer **Prognoserechnung neu** vorgelegt:

- Hinsichtlich des **Kreditzinsenaufwandes** ist darin die Kreditsumme laut Kreditvertrag mit € 200.000,00 berücksichtigt. Allerdings wenden Bw in ihren Prognosen jeweils einen durchschnittlichen Kreditzinssatz von 2,5% p. a. an (Jahreszinsaufwand: € 5.000), während die Außenprüferin in ihren Kontrollrechnungen jeweils von durchschnittlich 3,5% ausgeht. Eine Indexierung der Mieteinnahmen und Aufwendungen mit den auf Grund statistischer Unterlagen angenommenen 2,5% begegnet im Hinblick auf die Entwicklung in dem vor 2006 liegenden 20 jährigen Zeitraum keinen Bedenken des UFS. Eine solche langfristige Betrachtung erscheint freilich auch hinsichtlich der künftig erwartbaren Kreditzinssätze sachlich gerechtfertigt. Die aus heutiger Sicht extrem hohen Inflationswerte vor 1993 (1989/7,8%; 1990/9,0%; 1991/8,4%; 1992/6,4%; bis Ende 1994 absinkend auf 4,1%) entsprechen zwar nicht dem durchschnittlichen Niveau der Jahre 1993-2005, so dass das Finanzamt von einer vollen Berücksichtigung zu Recht Abstand genommen hat. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass abweichend von den Jahren 2009 und 2010 zukünftig wieder deutlich höhere Inflationswerte und (wegen erwartbarer Anhebung der Leitzinssätze) auch höhere Kreditzinssätze der Geschäftsbanken Platz greifen werden, so dass aus der Einbeziehung der *hier undokumentiert gebliebenen* niedrigen Echtdaten der Jahre 2009 und 2010/1. Quartal 2011 (die Inflation ist, nach Tiefstwerten bis 2010, inzwischen auf den Jännerwert von 3% gestiegen, Zinssatzerhöhungen können bei weiter steigender oder auf 2,8%-3,0% sich einpendelnder Inflation wieder erwartet werden) für einen diese Daten mitberücksichtigenden durchschnittlichen Wertansatz auf Sicht von weiteren 15 Jahren (bis 2026) prognostisch nichts gewonnen ist. Im Übrigen haben die Bw bis zum Schluss der mündlichen Berufungsverhandlung durch ihren steuerlichen Vertreter nichts gegen den Durchschnittzinssatz von 3,5% vorgebracht. Ob aber nun dieser oder ein geringfügig niedrigerer (3,15%) Zinssatz oder gar nur jener in den Prognosevarianten II der Bw (2,5%) sachgerecht ist – keiner der Ansätze führt, wie unten gezeigt wird, die Berufung zum Erfolg.
 - Es werden nämlich beginnend mit 2008 **Boni aus Zinsbewirtschaftung** iHv € 1.900,00 p. a. Ertrag verbessernd angesetzt. Die Bw leiten **allein daraus** ein positives Gesamtergebnis im Jahr 2026 (21. Jahr) von +€ 2.090,25 bzw. (unter der Annahme einer Sondertilgung von € 20.000 im Jahr 2016) von +€ 7.090,25 ab und könnten ohne diese Einnahmenansätze (2008 – 2026: € 36.100,00) gar kein positives Gesamtergebnis darstellen.
- Ein Vertrag über die Zinsbewirtschaftung wurde seitens der Prüferin (Mail vom 18. März 2008) abverlangt, aber im gesamten Verfahren nicht beigebracht. Die prognostisch veranschlagten Kreditzinsen folgen in den Jahren 2006 und 2007 dem tatsächlich angefallenen Zinsenaufwand, bleiben jedoch für die Folgejahre mit jeweils gerundeten Beträgen von € 5.000,00 (ohne Sondertilgung bis 2027) bzw. € 4.500,00 (ab 2017-2027 bei Annahme einer Sondertilgung 2016) gleich; diese Werte erweisen sich für das Jahr 2008 als völlig

unrealistisch (laut Feststellungserklärung: € 9.448,28). Die Jahresresultate einer angeblich vereinbarten Zinsbewirtschaftung erscheinen angesichts des beträchtlichen Risikopotenzials von Finanzderivaten (Swap-, Switch- und Optionsgeschäfte; siehe den oben wiedergegebenen *Disclaimer* im S- Schreiben.) völlig unrealistisch. Im Übrigen konnte weder eine mit der Prognoserechnung übereinstimmende konstante Performance dieser Finanzdienstleistung noch der Abschluss eines entsprechenden Zinsbewirtschaftungsvertrages (welchen Inhaltes immer) nachgewiesen werden. Nur ein innerhalb des laufenden Anschaffungskredites von der Bank selbst aufgestelltes Konstrukt von Zins- Swap- oder Devisengeschäften zu Gunsten der Kreditnehmer/Bw könnte eine Gegenrechnung mit den Schuldzinsen innerhalb ein und derselben Ergebnisermittlung rechtfertigen, mangels Nachweisführung scheidet dies hier von Vorneherein aus.

- Eine Sondertilgung „Ende 10. Jahr (=2016)“ findet Aufwand mindernd Berücksichtigung: Eine Sondertilgung war jedoch laut Vorbringen des steuerlichen Vertreters im Verlauf der Außenprüfung gar nicht vorgesehen, eine schriftliche „Bestätigung“ der Bw gibt es nicht. Die Prüferin hat schon in ihrem Bericht zutreffend aufgezeigt, dass von einer planmäßigen vorzeitigen Teilabstattung des Anschaffungskredites im Hinblick auf den klaren Wortlaut des Kreditvertrages (Aufbau von zwei Tilgungsträgern, Endfälligkeit der Kreditschuld) keine Rede sein kann. Aber selbst unter Berücksichtigung einer Sondertilgung gelangt das Finanzamt zu einem negativen Gesamtergebnis. Ohne den Ansatz der Boni aus Zinsbewirtschaftung vermögen nicht einmal die Prognosen der Bw binnen 22 Jahren ab Tätigkeitsbeginn einen positiven Gesamtüberschuss darzustellen.

- Finanzierungsnebenkosten bleiben unberücksichtigt: Prüferin und Finanzamt haben diese Kosten verteilt auf die Kreditlaufzeit prognostisch angesetzt und befinden sich damit im Recht.

- Zukünftige Instandhaltungs- und Instandsetzungsaufwendungen werden nicht veranschlagt: Die Prüferin hat auch dieses Manko durch einen entsprechenden Aufwandsansatz ausgeglichen, der UFS hegt gegen dessen Höhe keine Bedenken. Auf diese, realitätsnahen Werten entsprechenden, Korrekturansätze in der Prüferprognose sind die Bw nicht eingegangen.

In der Prognoserechnung neu/Variante ohne Sondertilgung bleiben die Korrekturansätze des Außenprüfers (abgesehen vom Zinsaufwand für den vollen Kreditbetrag) weiterhin unberücksichtigt; nur die Sondertilgung wird nicht mehr (der erhoffte Zinsbewirtschaftungserfolg aber sehr wohl) angesetzt. Nach knapp mehr als 19 Jahren soll sich demzufolge ein Gesamtüberschuss von + € 143,94, unter der Annahme einer Sondertilgung nach 16 Jahren ein solcher in Höhe von + € 267,43 ergeben.

Eine, wie die Prüferin zutreffend festgestellt hat, **planwidrige** Sondertilgung und die offenkundig erst im Steuerstreit geborene Idee einer Zinsbewirtschaftung (angeblich ab 2008) mit hochriskanten Derivaten (beides weder präzisiert noch dokumentiert) haben in der für den Streitzeitraum relevanten Prognoserechnung keinen Platz: Bei Betätigungen iSd § 1 Abs 2 L-VO kommt es regelmäßig auf die konkrete Art der Bewirtschaftung im jeweiligen Zeitraum an; spätere Verbesserungsmaßnahmen gewinnen gemäß § 2 Abs 4 L-VO als Änderung der Bewirtschaftungsart erst ab den Zeitpunkt steuerliche Bedeutung, in dem sie tatsächlich gesetzt worden sind.

Den Bw ist es mit den von ihnen beigebrachten (adaptierungsbedürftigen) alternativen Prognoserechnungen somit nicht gelungen, den Eintritt eines positiven Gesamtüberschusses binnen eines „absehbaren“ Zeitraumes von 20 Jahren darzutun, sodass die Annahme von Liebhaberei nicht ausgeschlossen ist, sondern im Sinne der Prüfer- Prognose bestätigt erscheint.

Eine mit dem gegenständlichen Finanzierungsmodell und einem unionsrechtlich argumentierbaren *Unternehmer*-begriff begründete Zusammenschau der erwarteten *Zinserträgnisse auf den Tilgungsträgern* und der mit Kreditkosten belasteten Vermietungsergebnisse – ein solches Ansinnen ist dem neuen Vorbringen in der mündlichen Berufungsverhandlung schlüssig zu entnehmen – findet überdies weder im Gesetz noch im Gemeinschaftsrecht Deckung:

Zutreffend hat der Vertreter der Amtspartei auf die in § 2 Abs 3 EStG 1988 normierten **Einkunftsarten** hingewiesen, deren systematische Einordnung (laut Amtsvertreter: „Subsidiarität“) im Bereich der Einkommensbesteuerung von natürlichen Personen, welche nicht *betriebliche Einkünfte* iSd § 2 Abs 3 Z 1-3 EStG beziehen, keine Rechtsgrundlage dafür bietet, außerbetriebliche Einkünfte aus **Kapitalvermögen** (§ 2 Abs 3 Z 5, Ermittlung nach **§ 27**) und Einkünfte aus **Vermietung und Verpachtung** (§ 2 Abs 3 Z 6, Ermittlung nach **§ 28**) in einer – hier gar nicht vorgelegten! – „integrierten“ Prognoserechnung zu einer einzigen Einkunftsart (gemeint: Vermietung und Verpachtung) zu verbinden, um so die Annahme von Liebhaberei hinsichtlich der Vermietungstätigkeit als widerlegt darzustellen. Denn das steuerpflichtige Einkommen ist gemäß § 2 Abs 2 EStG ausgehend vom Gesamtbetrag der (in Abs 3 aufgezählten) **Einkünfte** zu ermitteln. So ist es etwa einer steuerpflichtigen natürlichen Person (sei sie allein oder in einer schlichten Personenvereinigung tätig) verwehrt, Zinsgutschriften auf einem Sparbuch oder Konto mit den durch fremdfinanzierte Anschaffung eines außerbetrieblich genutzten Vermietungsobjektes verursachten Kreditzinsen gegen zu rechnen, wie es auch unzulässig ist, Einkünfte aus Spekulationsgeschäften (§ 2 Abs 3 Z 7 iVm § 30) in die Rentabilitätsrechnung einer ohne diesen Erfolg Verlust bringenden Vermietungstätigkeit (§ 28) einzubeziehen. Diese nach

Einkunftsarten getrennte Erfassung von Betätigungsergebnissen (im Wege der Veranlagung) bzw. von Kapitalerträgen (durch Steuerabzug an der Quelle) gilt nach Maßgabe der speziellen Vorschriften gemäß § 98 Abs 1-3 EStG auch für im Inland beschränkt Steuerpflichtige wie die Bw. Dass die *ertragsteuerlichen* Vorschriften der LVO einer Prüfung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht zu unterziehen wären, wird von den Bw nicht behauptet und ist auch sonst nicht ersichtlich.

Die angefallenen und prognostizierten Kreditzinsen sind daher nicht um auf den Tilgungsträgern erwirtschaftete bzw. erhoffte Zinsgutschriften zu vermindern; sie sind vielmehr im vollen, laut Kreditvertrag vorgeschriebenen Umfang (Basis: die zugrunde liegende Kreditschuld) anzusetzen und bilden die Hauptursache für den erlittenen bzw. aus Sicht des ursprünglichen Engagements zu erwartenden (zunächst bewusst in Kauf genommenen) Gesamtverlust. Dass und inwiefern aus einer externen Zinsbewirtschaftung (der die Tilgungsträger verwaltenden Bank oder eines anderen einschlägigen Dienstleistungsunternehmens) irgendwelche Erträge den Bw unmittelbar Zinslast mindernd zugute gekommen wären, wird nicht mehr behauptet. Dass Erträge aus bankinternen Bewirtschaftungsmaßnahmen zur vorzeitigen Teilliquidation der Kreditschuld (Zinsaufwand mindernd) verwendet worden wären (Umschichtung vom Tilgungsträger auf den Kredit), wurde vom steuerlichen Vertreter in der Berufungsverhandlung verneint und findet in den Prognoserechnungen, abgesehen von der in einer Berechnungsvariante angenommenen Sondertilgung 2016, auch keinen Niederschlag.

Unter Hinweis auf schwedende Zivilprozesse (Klagen einer Bank gegen andere Anleger) und auf die noch laufende Prüfung einer gemeinschaftlich erstatteten Strafanzeige zahlreicher Anleger (gegen Organe von Banken und des Modellvertreibers) durch die Staatsanwaltschaft Wien (Sachverständigengutachten wurde in Auftrag gegeben) hat der zustellungsbevollmächtigte Vertreter Dr. Ozlberger beantragt, mit der Berufungsentscheidung zuzuwarten, bis der erhobene Vorwurf einer bewussten Täuschung/Übervorteilung der falsch informierten Anleger zivil- und strafrechtlich geklärt ist. Der Senat konnte diesem Verlangen aus folgenden Gründen nicht entsprechen:

- Im gegenständlichen Fall haben die Anleger (= Bw) Wohnung und Kfz- Stellplatz um einen Kaufpreis erworben, dessen Angemessenheit und Annehmbarkeit sie ausdrücklich außer Streit stellten (siehe Vertrag vom 11. Oktober 2006, Pkt II letzter Satz: „**(...) erklären ausdrücklich für den Fall, dass ein Unterschied zwischen dem Kaufpreis und dem wahren gemeinen Wert der vertragsgegenständlichen Liegenschaftsanteile bestehen sollte, dass ihnen der wahre Wert durch Erkundigungen bekannt war, sie sich jedoch dennoch bei dem genannten Kaufpreis geeinigt haben.**“).

- Dass ihnen die gegenständliche Wohnung nicht gezeigt worden war oder sie diese wegen dauernder Abwesenheit von Wien vor Abschluss des Kaufvertrages nicht besichtigt hatten,

mag sein, stellt aber nach Auffassung des Senates keinen von den Bw unbeeinflussbaren, daher für sie unvermeidbaren äußereren Umstand (*arg „unüberprüfbare Täuschung“*) dar: Im Vertrag sind Top- und Stellplatz-Nummer eindeutig identifiziert, und der Verkäufer haftet weder für ein bestimmtes Ausmaß noch – von Satz- und Lastenfreiheit abgesehen - für eine besondere Beschaffenheit der vertragsgegenständlichen Liegenschaftsanteile (Kaufvertrag, Punkt V, 1. Satz).

- Auch das Argument, man wäre über die Ertragsaussichten der Vermietung falsch oder unzulänglich informiert worden, führt die Berufung oder auch nur den schlüssig geäußerten Vertagungswunsch nicht zum Erfolg: Der Verkäufer hatte erklärt, dass das Wohnungseigentumsobjekt (bereits) vermietet ist. Die Käufer (Bw) erklärten, dass ihnen der bei der (genannten) Hausverwaltung aufliegende Mietvertrag vollinhaltlich bekannt ist und sie bereit sind, in alle Rechte und Pflichten des Verkäufers aus diesem Vertrag vollinhaltlich einzutreten (ebenda, Punkt V, 2. – 4. Satz). Die vereinbarte Netto- Miete und die Überwälzung der Betriebskosten entsprachen durchaus den Gepflogenheiten und dem Preisgefüge am freien Wohnungsmarkt. Von einer irregeleiteten Annahme über die Ertragskraft des Objektes kann daher auf Seiten der Bw keine Rede sein.

- Die Bedingungen des Kreditvertrages waren gemäß der am 11. Oktober 2006 unterfertigten Kreditvereinbarung (Zeichnung des Dokuments durch die Bank am 6. Oktober 2006) eindeutig festgelegt. Eine bindende Zusage von wem immer, dass die erzielbaren Mieteinnahmen die gesamte Zinsenbelastung aus der endfälligen Kreditschuld abdecken würden – und die Schuldzinsen damit gedeckelt wären – findet sich weder in diesem Dokument noch in anderer Schriftform. Ob Derartiges den Bw von Organen der Kredit gewährenden Bank (wie behauptet) mündlich versprochen wurde, ist in diesem Verfahren schon deshalb irrelevant, weil die **Datierung** eines derartigen angeblich mündlichen Versprechens (aus dem Wortlaut der jüngsten Eingabe des steuerlichen Vertreters ist zu schließen: wohl eher **vor** als nach dem Abschluss des schriftlichen Kreditvertrages; die Klauseln über umfassende Rechtsbelehrung der Kreditnehmer bieten keinen Hinweis auf eine parallele mündliche Zusage gegenteiligen Inhalts) gänzlich unterblieb.

Zum einen stünde eine solche mündliche Kulanz- Zusage in eklatantem Widerspruch zum Wortlaut des Kreditvertrages, der die Abdeckung der Kreditschuld (nicht der laufenden Zinsen; vgl. dazu den Vertragspunkt **Abschlussposten**, wonach die Bw für entsprechende Deckung der jeweils zu Quartalsende fälligen Zinsen zu sorgen hätten) aus dem auf Tilgungsträgern angesammelten Kapital samt dort abreifenden Haben- Zinsen endfällig vorsieht. Ein Forderungsverzicht, soweit der Tilgungsträgererfolg hinter der endfälligen Kreditschuld zurück bleibt, wurde nicht vereinbart; vielmehr haften die Anleger, abgesehen von der Sicherstellung durch zwei Deckungswechsel und mittels der im Grundbuch

eingetragenen Höchstbetragshypothek, auch mit ihrer verpfändeten Ablebensversicherung sowie mit den verpfändeten Lohn- und Gehaltseinkünften für den ausständigen endfälligen Kreditbetrag. Eine bindende Zusage, auf ungedeckte Restschuldbeträge zu verzichten, widersprüche auch der Modellbeschreibung, wo darauf hingewiesen wird, dass in der Variante **Fremdfinanzierung** Differenz ausgleichende monatliche Zuzahlungen auf die Dotierung der Tilgungsträger (Mieteinnahmen und Anfangskapital) erforderlich sein könnten. Die Bw selbst räumen ein, über allfällig erforderliche Zuzahlungen in die Tilgungsträger – angeblich nur bis zu einem Betrag von € 100,00 monatlich in Hochzinsphasen – informiert worden zu sein: Ihre Annahme, dass ihnen die Deckelung der Kreditzinsen mit den Mieteinnahmen (unklar auch, ob vor oder nach Abzug der Einschüsse in den Mietenpool) garantiert worden sei, erscheint angesichts dieses Beratungsdetails nicht nachvollziehbar. Die Bw bestätigten außerdem im Kreditvertrag, über die

- AGB der Bank;
 - Allgemeinen Bedingungen für Kredite an Verbraucher;
 - Zusätzlichen Bedingungen für Multicurrency- Fremdwährungskredite an Verbraucher; und
 - Zusätzlichen Bedingungen für Verbraucherkredite mit Tilgungsträgern
- vollständig informiert worden und damit einverstanden zu sein.

Zum anderen wurden Schuldzinsen vereinbart, welche in Verbindung mit den übrigen Aufwendungen (AfA, Betriebskosten, Finanzierungsnebenkosten, Einschüsse in den Mietenpool, langfristig erwartbare Instandhaltungs-/Instandsetzungsaufwendungen) die erwartbaren Mieteinnahmen insgesamt ohne weiteres übersteigen konnten. Ob die Bw dieses strukturelle Ertragsdefizit selbst erkannten und einen Teil der Kreditschuld inzwischen auf welche Weise immer getilgt haben, geht aus dem Berufungsvorbringen nicht hervor und wurde auch nicht dokumentiert. Eine Umschichtung von den Tilgungsträgern auf das Kreditkonto fand jedenfalls nicht statt. Dass es sich bei einer allfälligen Teiltilgung um eine planwidrige, für die Beurteilung der Tätigkeit im Streitzeitraum unbeachtliche (allenfalls *pro futuro* relevante) Änderung der Bewirtschaftungsart handeln würde, erscheint nach den diesbezüglich zutreffenden Prüferfeststellungen begründet.

Obgleich nicht mehr von entscheidungswesentlicher Bedeutung, ist den Bw entgegen zu halten, dass eine derart hochgradige, marktunübliche Fremdfinanzierung von Eigentumswohnungen, deren Mieteinnahmen die Zinsenbelastung *nur nach eigenem Vorbringen der Bw* durch das Tilgungsträgerkapital am Ende der Kreditlaufzeit decken sollen, zu keiner steuerlichen Einkunftsquelle führen kann: Denn zusätzliche, zwangsläufig erwachsende und im Kreditvolumen nicht mitfinanzierte Aufwendungen wie z. B. AfA, Finanzierungsnebenkosten, Betriebskosten, Instandhaltungsreserve und Mietenpooleinschüsse sind in dieser groben Überschlagsrechnung noch nicht berücksichtigt und müssen zu einem Gesamtverlust führen.

Die Bw haben sich, konfrontiert mit mehreren Möglichkeiten der Finanzierung ihres Engagements, für jene Extremvariante entschieden, welche mit einer USt- Gutschrift aus dem Vorsteuerabzug als **einziges** „Eigenleistung“ der Anleger (selbst das „Eigenkapital“ stammte aus einem auf Tilgungsträger eingezahlten Darlehen der Modellvertreiber) operiert und den wirtschaftlichen Erfolg der Vermietung gänzlich von Umständen abhängig macht, die einem vorsichtigen und steuerrechtlich beratenen „Kaufmann“ (Anleger) als unwägbar erscheinen mussten:

- ungewisse Entwicklung der an den LIBOR-CHF gebundenen Zinsenbelastung bis 2026;
- unrealistische Prognoserechnung, die mit starrer günstiger Zinsenbelastung und rasch steigenden Mieteinnahmen rechnet;
- Ausblenden der Regelungen des EStG 1988 und der Liebhábereiverordnung samt der dazu ergangenen reichhaltigen Rechtsprechung des VwGH.

Dieses Vorgehen zeugt von oberflächlicher Befassung mit den wirtschaftlichen Parametern der Investition, von einer unrealistischen Einschätzung der Ertragsaussichten (es sei denn, man plante ohnedies, die Wohnung nach Ablauf von 10 Jahren zu veräußern oder einer privaten Nutzung zuzuführen, ohne je eine ertragfähige Einkunftsquelle geschaffen zu haben) und von blankem Unwissen über die rechtlichen Voraussetzungen, unter denen hierzulande im Abgabenverfahren die Anerkennung einer derartigen Betätigung als Einkunftsquelle mit Vorsteuerabzug zu erlangen ist. Zu ignorieren, dass in Österreich unter dem Regime der Liebhábereiverordnung bereits Investitionsmodelle mit weit geringerer Fremdfinanzierungsquote als hier von den Abgabenbehörden geprüft wurden und vor den Höchstgerichten gescheitert sind, stellt ein sorgloses Vorgehen dar, für welches u. a. die Bw nun ziemlich spät die Vertragspartner (vor allem die Kreditgläubigerin) verantwortlich machen, während es das bewusst eingegangene Verlustmodell war, mit welchem die Republik Österreich im Wege des beträchtlichen Vorsteuerabzuges in hunderten von Fällen als erhoffter Mitfinanzierer massiv zur Kasse gebeten wurde. Dass die Bw – im Verbund mit anderen Anlegern – vier Jahre nach dem verunglückten Engagement 2009 Strafanzeige erstattet und sich der Kreditforderung ihrer Bank (wann immer; wohl aber erst nach 2007) unter Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen widersetzt haben, ist in Anbetracht des Streitzeitraumes ein reichlich später Rettungsaufwand mit ungewisser Erfolgsaussicht vor den Gerichten. Sollten in Zukunft *wider Erwarten* strafgerichtliche Feststellungen im Sinne der Anzeige rechtskräftig getroffen werden (eine Anklage durch die StA ist keineswegs sicher; das Durchlaufen der Instanzen nach einem Ersturteil kann viele Jahre dauern; noch länger kann das laut Vorbringen der Bw unterbrochene Verfahren vor dem Zivilgericht dauern), die eine für das Abgabenverfahren relevante Vorfrage welcher Art immer lösen, so stehen die Aufrollungsmöglichkeiten der BAO zur Verfügung. Mit der Entscheidung konnte der Senat daher nicht zuwarten. Einen zum Aufschub der Entscheidung allenfalls berechtigenden Vorfragentatbestand vermag der Senat in dem vor dem Zivilgericht anhängigen Streithema

(sind die Bw als Kreditschuldner verpflichtet, die gesamten Zins- und Kreditforderungen der Bank zu erfüllen? sind ihre Konsumentenschutzrechte verletzt worden? wurden sie ohne ihr zumutbares Wissen übervorteilt? wurden sie über das steuerrechtliche Schicksal der Investition getäuscht oder unzulänglich informiert?) nach dem oben Gesagten nicht zu erkennen. Im Übrigen ist hinsichtlich der Frage der Umsatzsteuerpflicht der streitgegenständlichen Betätigung Sofortbeurteilung geboten.

Der Vorsteuerausschluss bei Vorliegen von Liebhaberei (§ 2 Abs 5 UStG 1994 iVm § 1 Abs 2 und § 6 L-VO II) wurde vom VwGH (siehe E 2006/15/0318 vom 23.09.2010 und dort referierte frühere Rechtsprechung) als eine mit Art 13 Teil B Buchstabe b der Sechsten MwSt-Richtlinie vereinbare „unechte“ Umsatzsteuerbefreiung mit Vorsteuerausschluss angesehen. Der VwGH erkennt dem eine liebhabereiartige Vermietung von privat nutzbarem Wohnraum betreibenden Wirtschaftssubjekt zwar entgegen dem Wortlaut des § 2 Abs 5 UStG 1994 „Unternehmer-“ Eigenschaft im Sinne der 6. MwSt Richtlinie zu; dies bedeutet aber nicht, dass damit immer auch ein einziger ertragsteuerlicher *Betrieb* bzw. eine einzige *Einkunftsquelle* vorliegt. So kann zum Beispiel eine natürliche Person (ein Zusammenschluss natürlicher Personen) im Rahmen ihres Unternehmens mehrere von einander unabhängige Betriebe führen, deren Jahresergebnisse getrennt zu ermitteln sind und die hinsichtlich ihrer Eignung zur Einkunftsquelle auch eine je eigene Beurteilung erfahren können. Dass Zinsen und andere Kapitaleinkünfte eines privaten Anlegers keinen umsatzsteuerlichen Tatbestand erfüllen und den besonderen Vorschriften der §§ 27 bzw. 98 Abs 1 Z 5 unterliegen, sei nur angemerkt.

Gemäß § 2 Abs 5 Z 2 UStG 1994 gilt eine als Liebhaberei iSd § 1 Abs 2 L-VO eingestufte Betätigung nicht als unternehmerische Tätigkeit (Abschnitt II, L-VO, § 6). Da die Annahme von Liebhaberei nach den vorstehenden Erwägungen des Senates bestätigt ist, unterliegt die Betätigung – auf Grund unechter Steuerbefreiung – auch nicht der Umsatzsteuer, so dass die geltend gemachten Vorsteuern vom Abzug ausgeschlossen sind. Die Bw haben allerdings in den Mietverträgen betreffend Wohnung und Kfz-Stellplatz das Bestandentgelt zuzüglich Umsatzsteuer (10% bzw. 20%) vereinbart und die in den Mietzinsvorschreibungen (= Rechnungen) gesondert ausgewiesene Umsatzsteuer wie erklärt vereinnahmt. Sie schulden diese Steuer daher im Grunde des § 11 Abs 14 UStG 1994.

Wenn die Bw in ihrer Berufung gegen den Aufhebungsbescheid des Finanzamtes (§ 299 BAO) ins Treffen führen, ihre Betätigung sei bei richtiger rechtlicher Würdigung des Sachverhaltes als steuerliche Einkunftsquelle und unternehmerische Betätigung anzuerkennen, und der aufgehobene Umsatzsteuerbescheid für 2007 daher wieder in den Rechtsbestand zu erheben, so sind sie auf die vorstehenden Ausführungen zur Beurteilung der Vermietung als steuerlich unbeachtliche Liebhaberei im geprüften Zeitraum hinzuweisen: Mangels Änderung der Bewirtschaftungsart im Folgejahr 2007 hatte sich die Betätigung nicht in eine Einkunftsquelle

(§ 2 Abs 4 L-VO) und unternehmerische Betätigung mit Vorsteuerabzugsberechtigung gewandelt. Der Ausschluss vom Vorsteuerabzug entsprach daher weiterhin dem Gesetz. Da nun aber der Umsatzsteuerbescheid für 2007 im FINANZonline- Verfahren unbesehen erklärungsgemäß ergangen war und den zutreffenden Feststellungen des Finanzamtes für den unmittelbar voran gegangenen Zeitraum 4-12/2006 in seinem Spruchwortlaut (Vorsteuerabzug trotz Liebhaberei-Annahme iSd § 1 Abs 2 L-VO) zuwider lief, durfte das Finanzamt von dem ihm eingeräumten Ermessen („kann“) Gebrauch machen, diesen Bescheid rechtswidrigen Inhalts vor Ablauf eines Jahres nach seiner Bekanntmachung (§ 97 BAO) zu beheben und durch einen neuen Bescheid rechtsrichtigen Inhalts zu ersetzen (§ 299 Abs 1 iVm § 302 Abs 1 BAO). Die Vorgangsweise des Finanzamtes entsprach daher dem Gesetz.

Wien, am 5. April 2011