



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
SENAT 1

GZ. RV/1992-W/05,
miterledigt RV/1993-W/05

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Fa. B.L.-, Beteiligungs- und Verwertungs GmbH, xs, vertreten durch die Fa. Mercuria Wirtschaftstreuhand GmbH, 1040 Wien, Klagbaumgasse 8, vom 4. Februar 2005 gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf vom 19. November 2004, vertreten durch Dr. Walter Klang,

- 1) betreffend Umsatzsteuer für die Jahre 1998 und 1999,
- 2) sowie Körperschaftsteuer für die Jahre 1998 bis 2000,
- 3) sowie Haftung für Kapitalertragsteuer gemäß § 95 Abs. 2 EStG 1988 für die Jahre 1998 und 1999,

im Beisein der Schriftführerin Andrea Newrkla nach der am 14. Oktober 2010 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in W. Der Betriebsgegenstand bzw. Art der Tätigkeit der Bw. ist Autohandel, Vermietung und Diverses.

Handelsrechtliche Geschäftsführer der Bw. waren:

JZ: vom 24. Juli 1998 bis 27. April 1999 (Zeitraum der geprüften Jahre, Lebensgefährtin von R.K.)

BD: vom 19. März 1999 bis 23. März 2002 (Zeitraum der geprüften Jahre)

H: vom 14. Februar 2002 bis 18. November 2004 (= Gattin von R.K.)

R.K.: seit 8. November 2004, Namensänderung auf R.B.

Alleingesellschafter war bis 27. April 1999 JZ, ab diesem Tag die B.L.C. mit Sitz in Florida/USA.

Bei der Bw. erfolgte für die Jahre 1998 bis 2000 eine abgabenrechtliche Prüfung gemäß § 147 Abs. 1 Bundesabgabenordnung (BAO), wobei folgende Feststellungen getroffen wurden:

Einkunftsquellen, Gewerbebetrieb

| Zeitraum | 1.1.-31.12.1998 | 1.1.-31.12.1999 | 1.1.-31.12.2000 |
|---|-----------------|-----------------|-----------------|
| | ATS | ATS | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | -68.317,64 | -2.137.959,83 | -1.379.316,03 |
| Tz. Darlehen B./F. – ungeklärter | 291.666,66 | | |
| Tz. Ablöse Liefervertrag - AfA | 2.500,00 | 5.000,00 | 5.000,00 |
| Tz. Kauf Förderbänder – Scheinrechnung | 180.000,00 | | |
| Tz. Vorsteuer Telefon - USt Telefonspesen | -1.326,97 | | |
| Tz. bauliche Investitionen - AfA | | 45.682,72 | 91.365,44 |
| Tz. bauliche Investitionen - Investitionsfreibetrag | | 82.228,90 | |
| Tz. ER Fa. K.AG - AfA | | 7.800,00 | 7.800,00 |
| Tz. ER Fa. K.AG - Investitionsfreibetrag | | 7.020,00 | |
| Tz. Handel mit Wirtschaftskatalogen – Differenz | | 418.000,00 | |
| Tz. Handel mit Selfcard-Automat - Scheingeschäft | | 30.202,92 | |
| Tz. Werbeaufwand Fa. Radio-X – nicht | | | 210.000,00 |
| Nach Betriebsprüfung | 404.522,04 | -318.360,69 | -1.065.150,60 |

Änderungen der Besteuerungsgrundlagen

Umsatzsteuer, Steuerbarer Umsatz

| Zeitraum | 1998 | 1999 |
|------------------------------------|------------|--------------|
| | ATS | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | 23.400,00 | 1.295.833,34 |
| Tz. 1 Darlehen B./F. – ungeklärter | 291.666,66 | 1.223.664,61 |
| Nach Betriebsprüfung | 315.066,86 | 2.519.497,95 |

[022] 20% Normalsteuersatz

| Zeitraum | 1998 | 1999 |
|------------------------------------|------------|--------------|
| | ATS | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | 23.400,00 | 1.295.833,34 |
| Tz. 1 Darlehen B./F. – ungeklärter | 291.666,66 | 1.223.664,61 |
| Nach Betriebsprüfung | 315.066,86 | 2.519.497,95 |

[060] Vorsteuern (ohne EUSt)

| <i>Zeitraum</i> | | <i>1998</i> | <i>1999</i> | <i>2000</i> |
|----------------------|---|-------------|-------------|--------------|
| | | ATS | ATS | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | | 380.116,11 | 752.894,81 | 1.050.925,31 |
| Tz. 2 | Ablöse Liefervertrag - Scheingeschäft | -10.000,00 | | |
| Tz. 3 | Kauf Förderbänder -Scheinrechnung | -36.000,00 | | |
| Tz. 4 | Vorsteuer Telefon – Telefonrechnung X. | -1.326,97 | | |
| Tz. 5 | bauliche Investitionen -°Rechnung°Fa. D | | -182.730,89 | |
| Tz. 6 | ER Fa. K.AG | | -15.600,00 | |
| Tz. 7 | Handel mit Wirtschaftskatalogen - | | -143.600,00 | |
| Tz. 8 | Handel mit Selfcard-Automat - | | -70.000,00 | |
| Tz. 9 | Werbeaufwand Fa. Radio-X - | | | -42.000,00 |
| Nach Betriebsprüfung | | 332.789,14 | 340.963,92 | 1.008.925,31 |

Körperschaftsteuer

[622] Gewinn (Verlust)

| <i>Zeitraum</i> | | <i>1998</i> | <i>1999</i> | <i>2000</i> |
|----------------------|--|-------------|---------------|---------------|
| | | ATS | ATS | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | | -68.318,00 | -2.137.959,83 | -1.379.316,00 |
| Gewerbebetrieb | | 472.839,69 | 1.819.599,15 | 314.165,44 |
| Nach Betriebsprüfung | | 404.521,69 | -318.360,68 | -1.065.150,56 |

Kapitalertragsteuer

| <i>Zeitraum</i> | | <i>1998</i> | <i>1999</i> |
|----------------------|--|-------------|-------------|
| | | ATS | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | | 0,00 | 0,00 |
| Tz. 2 | Ablöse Liefervertrag – verd. Ausschüttung R.K. | 20.000,00 | |
| Tz. 3 | Kauf Förderbänder – verd. Ausschüttung D. | 12.000,00 | |
| Tz. 6 | ER Fa. K.AG – verd. Ausschüttung D. | | 5.200,00 |
| Nach Betriebsprüfung | | 32.000,00 | 5.200,00 |

Für das Jahr 1998 wurde das Verfahren mit Bescheid vom 19. November 2004 gemäß § 303

Abs. 4 BAO hinsichtlich der Umsatz- und Körperschaftsteuer wiederaufgenommen und entsprechende Sachbescheide erlassen. Ebenso wurden Bescheide betreffend Umsatzsteuer für das Jahr 1999 und Körperschaftsteuer 1999 und 2000 am 19. November 2004 erlassen.

Berufung:

Mit Schreiben vom 3. Februar 2005 wurde Berufung gegen die Umsatzsteuerbescheide 1998 und 1999, die Körperschaftsteuerbescheide 1998 bis 2000, die Haftungs- und Abgabenbescheide 1998 und 1999, die Kapitalertragsteuerbescheide 1-12/1998 und 1-12/1999 binnen offener verlängerter Frist erhoben und gemäß § 284 Abs. 1 BAO der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt.

Der Übersicht halber werden im Folgenden zu jeder Tz zuerst die Feststellungen der Betriebsprüfung, die begründenden Ausführungen in der Berufung und die Stellungnahme des Betriebsprüfers dargestellt.

Tz. 1: Darlehen von B.L.C._*F.

Betriebsprüfung

Im gesamten Prüfungszeitraum wurden laut Buchhaltung Darlehensbeträge von der (Mutter-) Firma B.L.C., *F. in die Firma eingelagert. Der Stand des Darlehens beträgt laut Buchhaltung:

| | |
|-------------|----------------|
| 31.12.1998: | 350.000,00 S |
| 31.12.1999: | 1.818.397,53 S |
| 31.12.2000: | 2.025.558,69 S |

Von der Betriebsprüfung wurde zum Nachweis dieser Beträge ein Darlehensvertrag, die Bilanzen der Fa. B.L.C., deren Präsident zum damaligen Zeitpunkt R.K. war, die Steuererklärungen abverlangt und auf die erhöhte Mitwirkungspflicht bei Auslandssachverhalten hingewiesen. Vorgelegt wurde bis zum Zeitpunkt der Schlussbesprechung lediglich ein Darlehensvertrag vom 2. Dezember 1998 mit einer Darlehenssumme in Höhe von 1.600.000 S.

Laut Punkt 1 des Darlehensvertrages heißt es: "*Die Darlehensvaluta gelangte zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer bereits zur Verrechnung.*"

Laut Buchhaltung des geprüften Unternehmens erfolgten zum 2. Dezember 1998 lediglich 350.000 S an Darlehenszuzählung.

Der Rest erfolgte im Laufe des Folgejahres in mehreren Teilbeträgen. Auf den Belegen dazu ist meistens "Einlage" bzw. "Einlage B.L.C." vermerkt. In keinem Fall ist das Wort Darlehen erwähnt.

Durch die Nichtvorlage der Bilanzen der darlehensgebenden Firma wurde die Überprüfbarkeit der Darlehenshingabe verschleiert. Unter Berücksichtigung der erhöhten Mitwirkungspflicht bezüglich dieses Sachverhaltes kann von einem geeigneten Nachweis des Darlehens nicht gesprochen werden.

Die verbuchten Darlehensbeträge, soweit als solche erkennbar, werden dem zu Folge als nicht geklärter Vermögenszuwachs erfolgswirksam gewertet und der 20%-igen Umsatzsteuer unterzogen.

| | |
|----------------------------------|------------------|
| <u>Auswirkung:</u> | |
| Gewinn und Nettoumsatz 20% 1998: | + 291.666,66 S |
| Gewinn und Nettoumsatz 20% 1999: | + 1.223.664,61 S |

Im Jahr 2000 erfolgt keine Hinzurechnung, da es sich beim "Darlehenszuwachs" um Fehlbuchungen handelt.

Gewerbebetrieb: ungeklärter Vermögenszuwachs

| Zeitraum | 1998 | 1999 |
|----------------------|------------|--------------|
| | ATS | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | 0,00 | 0,00 |
| Nach Betriebsprüfung | 291.666,66 | 1.223.664,61 |
| Differenz | 291.666,66 | 1.223.664,61 |

Steuerliche Auswirkungen

| Zeitraum | 1998 | 1999 |
|---|------------|--------------|
| | ATS | ATS |
| <i>Umsatzsteuer:</i> | | |
| [000] Steuerbarer Umsatz – ungeklärter Vermögenszuwachs | 291.666,66 | 1.223.664,61 |
| [022] 20% Normalsteuersatz – ungeklärter Vermögenszuwachs | 291.666,66 | 1.223.664,61 |

Berufung:

Der Hinweis des Prüfers, dass der Präsident von B.L.C. „übrigens Herr R.K. ... war“, erweckt den Eindruck, dass ein dubioser Sachverhalt vorliege. Tatsache ist, dass Herr R.K. von sich aus dem Prüfungsorgan die näheren Hintergründe geschildert hat. Im Zuge dessen hat Herr R.K. auch mitgeteilt, dass er Präsident der B.L. Corporation ist. Dies sei aber kein Missbrauch, sondern hat sich auf Grund seiner zahlreichen Aufenthalte in den Vereinigten Staaten ergeben. Zum damaligen Zeitpunkt hatte Herr R.K. ein schwebendes Verfahren im Landesgericht Wien 1 wegen vorsätzlicher Abgabenhinterziehung gemäß § 33 FinStrG. Hierzu ist festzuhalten, dass Herr R.K. im Zeitraum vom 8. März 2000 bis 21. November 2001 seine Haftstrafe in der Haftanstalt Simmering verbüßt hat. Die B.L.C. *F. wurde im Jahr 1997 gegründet und hatte Leasinggeschäfte als Betriebsgegenstand; damals hatte Herr R.K. eine Lebensgefährtin in den USA, weshalb er die überwiegende Zeit des Jahres in den USA verbrachte. Meldemäßig war Herr R.K. - auf Grund des schwebenden Verfahrens - bei seiner Tochter gemeldet. Er musste sich alle zwei Monate beim Untersuchungsrichter melden. Hierfür flog er aus den USA jeweils für eine Woche nach Wien. Die restliche Zeit verbrachte er in den USA, weshalb sein gewöhnlicher Aufenthalt - auch im Sinne der BAO - die Vereinigten Staaten waren. Als Beweis kann angeführt werden, dass Herr R.K. über einen amerikanischen Führerschein, einen amerikanischen Personalausweis und eine amerikanische Versicherungskarte verfügt. Weiters ist er im Besitz eines zehnjährigen Visums (E 1 Visum).

Der Hinweis auf die Mitwirkungspflicht bei Auslandssachverhalten ist der Bw. wohl bekannt; die entsprechende VwGH-Judikatur ist eindeutig. Auf die Frage, warum aber Darlehenszuflüsse in Schwarzumsätze umqualifiziert werden, bleibt der Betriebsprüfung jegliche Antwort schuldig. Lediglich mit der erhöhten Mitwirkungspflicht kann eine Zurechnung

von Schwarzumsätzen - ohne Fehlen eines jeglichen sonstigen Hinweises - nicht unterstellt werden. Die Vorgangsweise der Betriebsprüfung sei diesbezüglich völlig überschießend und durch die Rechtslage keineswegs gedeckt. Lediglich auf Grund des - zugegebenermaßen negativ wirkenden - Vorlebens von Herrn R.K. werde im Sinne einer Qualifikation (einmal Gauner immer Gauner) immer das Schlechteste und Negativste seitens der Finanzverwaltung angenommen und fingiert. Mit keinem Wort hat der Betriebsprüfer, was es sonst noch für Argumente für die Annahme einer Gewinn- und Umsatzzuschätzung gäbe, begründet.

Die Herkunft der Darlehensgelder sind gegenüber dem Betriebsprüfungsorgan von Herrn R.K. offen gelegt worden; es habe sich um den Verkauf einer Motorjacht an Herrn H.G. in S./K. gehandelt. Die amerikanische Gesellschaft habe auf Ersuchen von Herrn R.K. das Darlehen im Dezember 1998 eingeräumt, wobei nur ein Teilbetrag im Dezember 1998 geflossen ist. Vorab war Voraussetzung, dass Herr R.K. das der amerikanischen Gesellschaft gehörige Boot mit Liegeplatz in I. veräußern könne. Nach erfolgter Veräußerung an Herrn G. hatte die B.L.C. die finanziellen Mittel, um das Darlehen an die B. Österreich zu gewähren. Der Betriebsprüfer hat sich diesen Sachverhalt überhaupt nicht angehört und von vornherein Schwarzumsätze annehmen wollen.

Die Bw. stellt bezüglich dieser Feststellung den Antrag auf Anerkennung des als Darlehen geflossenen Betrages in den Jahren 1998 und 1999 und Aufhebung der Hinzurechnung beim Gewinn und beim Nettoumsatz, weil die Mittelaufbringung und der Darlehensgeber eindeutig geklärt seien.

Als Beweismittel vorgelegt wurden:

- Darlehensvertrag B.L.C.
- Rechnung an Herrn G.
- Liegeplatzgebühr L./M vom 30. März 1998
- Bootspapier der Yacht V., Heimathafen USA

Stellungnahme der Betriebsprüfung:

Betreffend des Darlehens der B./F. wird in der Berufung angeführt, dass der Hinweis des Prüfers, dass der Präsident von B.L.C., Herr R.K. war, bereits den Eindruck erwecke, dass ein dubioser Sachverhalt vorliege. Herr R.K. habe auch mitgeteilt, dass er Präsident der B.L.C. sei. Weiters wird angeführt, dass auf die Frage, warum Darlehenszuflüsse in Schwarzumsätze umqualifiziert werden, die Betriebsprüfung jegliche Antwort schuldig bleibe. Die Vorgangsweise der Betriebsprüfung sei überschießend und durch die Rechtslage nicht gedeckt. Lediglich auf Grund des - zugegebenermaßen negativ wirkenden - Vorlebens von Herrn R.K. werde im Sinne einer Qualifikation (einmal Gauner immer Gauner) immer das Schlechteste und Negativste seitens der Finanzverwaltung angenommen und fingiert.

Die Herkunft der Darlehensgelder sei gegenüber dem Prüfungsorgan (Verkauf einer Motorjacht an Herrn G.) offen gelegt worden. Nach erfolgter Veräußerung an Herrn G. hatte die B.L. Corporation die finanziellen Mittel, um das Darlehen an die B. Österreich zu gewähren. Der Betriebsprüfer hätte sich diesen Sachverhalt überhaupt nicht angehört und von vornherein Schwarzumsätze annehmen wollen.

Dazu wird seitens der Betriebsprüfung angemerkt:

Dass Herr R.K. Präsident der B.L.C. war, wurde der Betriebsprüfung nicht von Herrn R.K. mitgeteilt, sondern ist von der Betriebsprüfung mittels einer Internet-Recherche festgestellt worden. Ebenso ist nicht bekannt gewesen, dass sich Herr R.K., in einem nicht präzise genannten Zeitraum (Annahme 1997 - Anfang 2000?), überwiegend (also auch im Sinne der BAO) in den USA aufgehalten habe.

Bei einer Befragung betreffend des Nachweises des Darlehens von der B./F. hat Herr R.K. mit den Worten "Dann bin ich ein toter Mann" reagiert. Bei dieser Besprechung ist neben Herrn R.K. und dem Prüfungsorgan auch die steuerliche Vertreterin Frau Mag. K und die Gruppenleiterin des Betriebsprüfers Frau Y anwesend gewesen.

Auf Grund dieser Reaktion ist Skepsis betreffend der Echtheit des Darlehens gegeben gewesen. Seitens der Betriebsprüfung wurde deshalb - unter Anführung der erhöhten Mitwirkungspflicht bei Auslandssachverhalten - angemerkt, dass zur Anerkennung des Darlehens der Darlehensvertrag, die Bilanzen und die Steuererklärungen der B./F., die den Zeitraum des Darlehens betreffen, vorzulegen sind. Für den Präsidenten des Unternehmens sollte dies auch leicht bewältigbar sein. Bei weiteren Besprechungen ist zu diesem Punkt auch immer wieder beteuert worden, dass die gewünschten Unterlagen auch angefordert wurden, sie allerdings bis dato noch nicht eingetroffen sind.

Schlussendlich wurde dann auch nur der Darlehensvertrag vorgelegt, welcher auf Grund der obgenannten Umstände, von der Betriebsprüfung als nicht ausreichend eingestuft wurde. Und zwar auch deshalb, da laut Punkt 1 des Darlehensvertrages (vom 2. Dezember 1998) die Darlehensvaluta (1,600.000 S) zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer bereits zur Verrechnung gelangte. Laut Buchhaltung jedoch zum 2. Dezember 1998 lediglich 350.000 S zur Zuzählung gelangten. Der Rest erfolgte im Laufe des Folgejahres in Teilbeträgen. Vermerkt ist auf den Eigenbelegen dazu meistens "Einlage" bzw. "Einlage B.L.C.". Auch dieser Umstand hat zu vermehrter Skepsis betreffend der Echtheit des Darlehens geführt.

Es sind in weiterer Folge nicht Darlehenszuflüsse, sondern ein ungeklärter Vermögenszuwachs als Schwarzumsätze angenommen worden, was zweifelsohne der Rechtslage entspreche und

in keiner Weise als überschießend zu bezeichnen ist, vielmehr entspreche das der täglich angewandten Prüfungspraxis.

Dass das (negative) Vorleben des Herrn R.K. zu größtmöglicher Genauigkeit bei der Durchführung der Betriebsprüfung führte, ist geradezu selbstverständlich, keineswegs sei aber seitens der Finanzverwaltung irgendetwas fingiert worden.

Die Herkunft von Darlehensgeldern konnte mit dem Verkauf einer Motorjacht nicht eindeutig nachgewiesen werden, vielmehr wären dazu, wie von der Betriebsprüfung verlangt, die Bilanzen und Steuererklärungen vorzulegen gewesen.

Diesbezüglich hat offensichtlich Herr R.K. den Anforderungen des Betriebsprüfers nicht zugehört bzw. nicht zuhören wollen. Nach Vorlage der geforderten Unterlagen könne, wenn daraus der Darlehenszufluss klar ersichtlich ist, in diesem Punkt der Berufung stattgegeben werden.

Mit einem Vorhalt vom unabhängigen Finanzsenat wurden von der Bw. folgende Unterlagen abverlangt: Darlehensvertrag, Kontoauszüge, die amerikanische Steuererklärungen und die Rechnung an Herrn G..

Tz. 2 Ablöse Liefervertrag, Ablöse Liefervertrag bi an Fa. X.

Betriebsprüfung:

Im Jahr 1998 wurde eine Eingangsrechnung von der Fa. X-GmbH in Höhe von 50.000 S zuzüglich 10.000 S USt für die Ablöse eines Liefervertrages an die Fa. bi – SPA in San Martino verbucht.

Über die Fa. X. wurde mit Beschluss des Gerichtes vom 20. August 1996 ein Konkurs mangels Vermögens abgewiesen.

Gesellschafter der Fa. X. war zu diesem Zeitpunkt die AM.

Sowohl in der Fa. X. als auch in der AM war R.K. (Geschäftsführer X.; Aufsichtsratsvorsitzender AM) von nicht unbedeutendem Einfluss.

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass R.K. auch Machthaber der Bw. ist (und immer war), und dass die Fa. X. zum Zeitpunkt des angeblichen Geschäftes, längst keine Umsatzsteuervoranmeldungen abgab, oder irgendwelche Zahlungen leistete (Konkursabweisung mangels Vermögens!), wäre dieses Geschäft als Scheingeschäft anzusehen.

Es konnten auch trotz Aufforderung keine Umsätze zwischen der Fa. X. und der Fa. bi nachgewiesen werden.

Auswirkung:

Der Bruttoverkaufspreis der Ablöse in Höhe von 60.000 S wurde deshalb von der Betriebsprüfung als verdeckte Ausschüttung an R.K. bewertet. Die Kapitalertragsteuer wird von der Gesellschaft getragen.

Die diesbezügliche AfA wird nicht anerkannt:

| | |
|------|---------|
| 1998 | 2.500 S |
| 1999 | 5.000 S |
| 2000 | 5.000 S |

Der Vorsteuerabzug in Höhe von 10.000 S wird nicht anerkannt.

Gewerbebetrieb: AfA

| Zeitraum | 1.1.-31.12.1998 | 1.1.-31.12.1999 | 1.1.-31.12.2000 |
|----------------------|-----------------|-----------------|-----------------|
| | ATS | ATS | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | -2.500,00 | -5.000,00 | -5.000,00 |
| Nach Betriebsprüfung | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Differenz | 2.500,00 | 5.000,00 | 5.000,00 |

Steuerliche Auswirkungen

| | |
|---|------------|
| Zeitraum | 1998 |
| | ATS |
| <i>Umsatzsteuer:</i> | |
| [060] Vorsteuern (ohne EUSt) - Scheingeschäft | -10.000,00 |
| <i>Kapitalertragsteuer</i> | |
| Abgabe – verdeckte Ausschüttung R.K. | 20.000,00 |

Berufung:

Die Annahme eines Scheingeschäfts entbehre jeglicher Grundlage, über das Geschäft ist ein Notariatsakt angefertigt worden, der auch dem Prüfungsorgan in Kopie übergeben wurde. Außerdem sei der Zahlungsfluss von Bank zu Bank nachgewiesen worden, weshalb kein Raum für eine bedenkliche Geschäftsabwicklung - wie von Seiten der Betriebsprüfung vermutet – verbleiben würde.

Sachverhaltsmäßig habe die Bw. einen Betrag von 60.000 S an den Liquidator der X. bezahlt. Als Liquidator fungierte Herr A.S..

Nach Ansicht der Bw. hat es einen Liefervertrag zwischen der Fa. X. und der Fa. bi über die Dauer von fünf Jahren gegeben. Das Bestreben der Bw. war in diesen Liefervertrag anstelle der Fa. X. einzusteigen, weshalb die Bw. eine Ablöse - für die von der Fa. X. durchgeföhrten Vorlaufkosten und Geschäftsanbahnungsspesen - leistete. Zum Beweis hiefür werden zwei Angebote der Bw. vom 9. Juni 1999 an M.F. sowie ein weiteres Angebot vom 27. Juli 1999

vorgelegt. Weiters wurde ein Anbot am 14. Juli 1999 an Herrn V.T. gerichtet, der ebenfalls Mitarbeiter der Fa. bi war. Leider konnten keine Geschäfte effektuiert werden. Die Bw. hat erst im Nachhinein erfahren, dass sich die Fa. bi über den Status der Bw. und den Leumund des Geschäftsführers erkundigt hat und wegen der negativen Auskunft über Herrn R.K., die Geschäftsverbindung einschlafen ließ.

Dies könnte aber kein Grund sein, von einem Scheingeschäft zu sprechen!

Die Bw. stellt folglich den Antrag, dass die Ablösezahlung von netto 50.000 S und die entsprechende Vorsteuer anerkannt werde, weil es sich um ein reelles, fremdübliches Geschäft gehandelt hat und bei Realisierung eines einzigen Liefervertrages bereits ein entsprechender Deckungsbeitrag erwirtschaftet worden wäre, der die Anfangsinvestition bereits ins Verdienen gebracht hätte.

Stellungnahme der Betriebsprüfung:

Unter diesem Punkt wird von der Bw. angeführt, dass die Annahme eines Scheingeschäfts jeglicher Grundlage entbehre, da über das Geschäft ein Notariatsakt angefertigt wurde, der dem Prüfungsorgan übergeben wurde, und dass der Zahlungsfluss Bank zu Bank nachgewiesen wurde. Die Bw. habe an den Liquidator der X., nämlich Herrn A.S. 60.000 S bezahlt.

Von der Bw. wird weiters ausgeführt "*Unseres Wissens gab es einen Liefervertrag zwischen der Fa. X. und der Fa. bi über die Dauer von fünf Jahren. Unser Bestreben war es, in diesen Liefervertrag statt der Fa. X. einzusteigen.*" Deshalb sollten der Fa. X. die Vorlaufkosten und die Geschäftsanbahnungsspesen ersetzt werden.

Als Beweis werden zwei Anbote vom 9. Juni 1999 der Fa. B. an M.F., sowie ein weiteres Angebot vom 14. Juli 1999 an Herrn V.T., vorgelegt. Beide sind Mitarbeiter der Fa. bi. Nachdem sich die Fa. bi über den Status der Bw. bzw. den Leumund des Geschäftsführers informierte, konnten wegen der negativen Auskunft über Herrn R.K. keine Geschäfte effektuiert werden.

Dazu wird seitens der Betriebsprüfung wie folgt eingewendet:

Tatsache ist, dass zwischen der Fa. bi und der Fa. X. ein so genannter Rahmenvertrag abgeschlossen wurde, bei welchem der Notar Dr. A.K. die Echtheit der Firmenzeichnungen beglaubigte. Für die Fa. X. hat damals Frau D.S. gezeichnet. Diese hat über ihre Geschäftsführertätigkeit bei der Fa. X. ausgesagt, dass sie nur am Papier Geschäftsführerin gewesen sei und dass sämtliche Geschäfte von Herrn R.K. abgewickelt wurden. Über die Ablöse des Liefervertrages ist bisher kein Notariatsakt vorgelegt worden. Vorgelegt wurde bisher lediglich ein Schriftstück mit 7 Zeilen Text worden, welches schlicht anführt, dass der

am 3. Mai 1995 vor dem Notar Kx. abgeschlossene Liefervertrag (gemeint ist wohl der obgenannte Rahmenvertrag) um 1 S an die Fa. M.L. (nunmehr Bw.) abgetreten werde. Die Bezeichnung bi ist nur handschriftlich ergänzt.

Zusätzlich dazu, wurde die Ausgangsrechnung der Fa. X. vom 20. August 1998 ohne Nummerierung vorgelegt (diese trägt übrigens als Lieferant die Zusatzbemerkung "*In Liquidation*"). Dabei seien die Kosten und Mühewaltung, der bisherige Aufwand, Notar und Anwaltskosten in Höhe von 50.000 S zuzüglich 20% USt in Höhe von 10.000 S verrechnet und um eine Überweisung auf das Konto 123 gebeten worden. Mit 20. August 1998 erfolgte auf dem Firmenbankkonto der M.L. (Bank-X 456) ein Abgang von 35.978,45 S mit dem Buchungstext DEVISEN/TRN 98082000ZA00216. Der Restbetrag von 24.021,55 S sei laut Buchhaltung am 31. August 1998 bar geflossen. Der diesbezügliche Kassabeleg wurde trotz Urgenz seitens der Betriebsprüfung bis zur Schlussbesprechung nicht vorgelegt.

Die Ansicht, dabei von einem Nachweis des Zahlungsflusses von Bank zu Bank zu sprechen, kann von der Betriebsprüfung nicht geteilt werden.

Von der Betriebsprüfung wurde immer wieder die Frage gestellt, warum mit einer Firma (nämlich der X.) im Jahr 1998 Geschäfte gemacht wurden, bei der bereits mit Beschluss des Gerichtes vom 20. August 1996 eine Konkursabweisung mangels Vermögens erfolgte, das heißt, dass die Fa. X. zu diesem Zeitpunkt praktisch vermögenslos war. Gesellschafter der Fa. X. war zu diesem Zeitpunkt übrigens die Fa. AM, deren Aufsichtsratsvorsitzender wiederum Herr R.K. war. Weiters ergibt es nach Ansicht der Betriebsprüfung keinen Sinn Kosten zu ersetzen, wenn überhaupt kein Zwang dazu vorlag. Die Fa. M.L. hätte auch die Möglichkeit gehabt direkt mit der Fa. bi einen Vertrag abzuschließen, da der bisherige Vertrag mit der Fa. X. ohnedies praktisch wertlos gewesen sei, da dieser weder Exklusivität noch sonstige Vorteile für die Fa. X. (auch eine Laufzeit von 5 Jahren ist nicht ersichtlich) enthalten hat.

Den Anboten an Frau F. bzw. Herrn T. kann kein Argument der Glaubhaftmachung abgewonnen werden. Verwunderlich dabei ist, dass diese Angebote auf dem Geschäftspapier der Fa. B.L. Corporation erstellt und von Herrn Mag. D. unterfertigt wurden und dass in den Anboten niemals die Rede von der Fa. bi ist.

Dass ein Nichtzustandekommen eines Geschäftes mit der Fa. bi auf Grund der Information über den Leumund des Geschäftsführers (damit ist wohl Herr R.K. gemeint) basiert, ist deshalb unglaublich, da Frau F., die in der Berufung als Mitarbeiterin der Fa. bi bezeichnet werde, Herrn R.K. bereits von früher bekannt (betrifft die Fa. LA) und dabei keine guten Erfahrungen gemacht hat.

Mit einem Vorhalt vom unabhängigen Finanzsenat wurden von der Bw. folgende Unterlagen abverlangt: Vorlage des Notariatsaktes und der Kassabeleg vom 31. August 1998 über 24.021,55 S.

Tz. 3 Kauf Förderbänder von der Fa. C.GmbH

Betriebsprüfung

Als Eingangsrechnung 30 vom 30.11.1998 wurde der Ankauf von Förderbändern Marke VM für eine Trommelsiebmaschine Typ HL gebraucht verbucht.

Der Lieferant war laut Rechnung die Fa. C.GmbH, der Kaufpreisbetrag 180.000 S zuzüglich 36.000 S USt.

Der Machthaber der Fa. C.GmbH war zum Zeitpunkt des angeblichen Geschäftsabschlusses Mag. R.D.. Er war handelsrechtlicher Geschäftsführer vom 15. November 1994 bis 29. August 1996 und übernahm die Geschäfte wieder am 26. Februar 1999.

Über die Fa. C.GmbH wurde am 22. Dezember 1998 der Konkurs eröffnet. Laut Bericht der Masseverwalterin war die Firma seit Mitte 1997 illiquid. Auch konnte kein Inventar festgestellt werden. Der Einkauf dieser Förderbänder konnte nicht nachgewiesen werden. Die Firma wurde laut Aussage von Mag. R.D. per 30. September 1998 geschlossen.

Da der Kaufpreis in Höhe von brutto 216.000 S offensichtlich auch nie bezahlt wurde, wird die Eingangsrechnung der Fa. C.GmbH als Scheinrechnung zwecks Erlangung des Vorsteuerabzuges gewertet.

Die Vorsteuer in Höhe von 36.000 S wird als verdeckte Ausschüttung an Mag. R.D. gewertet. Die Kapitalertragsteuer wird von der Gesellschaft getragen.

Auswirkung 1998:

| | |
|------------------------|-------------------------------|
| Gewinn | + 180.000 S |
| Vorsteuer | - 36.000 S |
| Verdeckte Ausschüttung | 36.000 S (netto ohne Kest) |

Gewerbebetrieb: Scheinrechnung

| | |
|----------------------|-----------------|
| Zeitraum | 1.1.-31.12.1998 |
| | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | -180.000,00 |
| Nach Betriebsprüfung | 0,00 |
| Differenz | 180.000,00 |

Steuerliche Auswirkungen

| | |
|----------|------|
| Zeitraum | 1998 |
| | ATS |

| | |
|---|------------|
| <i>Umsatzsteuer:</i> | |
| [060] Vorsteuern (ohne EUSt) - Scheinrechnung | -36.000,00 |
| <i>Kapitalertragsteuer</i> | |
| Abgabe – verdeckte Ausschüttung D. | 12.000,00 |

Berufung:

Gegenüber dem Betriebsprüfungsorgan wurde der damalige Geschäftsfall genau erläutert, aber offensichtlich nicht zur Kenntnis genommen. Tatsache sei jedenfalls gewesen, dass die Förderbänder an eine polnische Gesellschaft geliefert werden sollten, die Förderbänder für Birnen, Grapefruit, Orangen, Ananas und sonstige Früchte benötigten. Ein Herr Lx. aus Y. war mehrmals in Wien und hat hierüber verhandelt. Die Fa. C.GmbH hätte der Bw. die Förderbänder besorgen und die entsprechenden Elektromotoren hiezu beistellen können. Die Förderbänder mussten zum Teil erst zusammengestellt werden und hiefür zahlreiche Komponenten und Einzelteile eingekauft werden. Es gab daher bei der Fa. C.GmbH keine „Gesamtrechnung“ über den Einkauf, sondern eine Vielzahl von Einzel- und Kleinbetragsrechnungen. Erst in der gesamten Zusammenstellung ergab sich der Wert der gesamten maschinellen Anlage. Tatsache sei weiters, dass die Belege und Unterlagen der Firma C.GmbH im Keller des Privathauses von Herrn Mag. D. in B./L.Str., gelagert waren und auf Grund des Hochwassers im Jahr 2002 alle Belege vernichtet worden seien. Hierüber ist auch vorn Gemeindeamt eine Bestätigung ausgestellt und dem Prüfungsorgan übergeben worden (siehe Beilage). Eine diesbezügliche Würdigung sei nicht erfolgt, sondern es wurde die Eingangsrechnung 30 als „Scheinrechnung zwecks Erlangung des Vorsteuerabzuges“ gewertet.

Laut Rücksprache mit Herrn Mag. D. wurde bei der Fa. C.GmbH im Rahmen des Konkurses eine Betriebsprüfung durchgeführt, welche mit einem Rückstandsausweis von ca. 400.000 S endete. Folglich müsste die Finanzverwaltung ohnedies diese Umsätze (die Ausgangsrechnung war damals sicherlich noch vorhanden) mitberücksichtigt haben, weil vor der Eröffnung des Konkurses Herrn Mag. D. kein Rückstand beim Finanzamt erinnerlich war.

Das Geschäft mit Herrn Lx. ist seitens der Bw. storniert worden, weil die von Herrn Lx. vorgelegte Bankgarantie von der Hausbank-X der Bw. nicht anerkannt wurde; weitere Versuche, über einen Bankwechsel die notwendige Finanzierung aufzustellen, sind schlussendlich gescheitert.

Ergänzend wird noch mitgeteilt, dass die Bw. bemüht gewesen war, für die Förderbänder eine weitere Verwertung zu finden und in weiterer Folge eine Schredderanlage von Herr G. (siehe oben) erworben zu haben.

Die Schredderanlage musste schlussendlich im Jahr 2000 (wegen der Verhaftung von Herrn R.K.) als Notverkauf mit Verlust (samt Förderbändern!!) veräußert werden. Die

Schredderanlage (sowie auch die Förderbänder!) sei zwischenzeitig auch zeitweise vermietet gewesen; die Mieterlöse sind in der Gewinn- und Verlustrechnung erfasst und versteuert. Ein Scheingeschäft sei nicht vorliegend.

Die Bw. stellt daher den Antrag, dass die Eingangsrechnung 30 mit ihrem Nettobetrag als Wareneinkauf berücksichtigt bleibt und auch die Vorsteuer in Höhe von 36.000 S anerkannt wird.

Stellungnahme der Betriebsprüfung:

In der Berufungsschrift wird angeführt, dass die Förderbänder an eine polnische Firma geliefert werden sollten, das Geschäft aber nicht zustande gekommen sei, da die vom polnischen Käufer vorgelegte Bankgarantie von der Hausbank der Bw. nämlich der Bank-X, nicht akzeptiert worden sei. Die Förderbänder seien von der Fa. C.GmbH gekauft worden. Diese Firma habe die Förderbänder selbst aus verschiedenen Komponenten und Einzelteilen zusammengestellt. Daher gäbe es bei der Fa. C.GmbH auch keine Gesamtrechnung über den Einkauf. Belege und Unterlagen der Fa. C.GmbH seien durch das Hochwasser 2002 im Privathaus von Herrn Mag. D. (Geschäftsführer der Fa. C.GmbH) in B./ zerstört worden. Eine hierüber angefertigte Bestätigung der Gemeinde wurde vorgelegt. Laut Herrn Mag. D. wurde bei der Fa. C.GmbH im Rahmen des Konkurses vom Finanzamt eine Betriebsprüfung durchgeführt, welche zu einem Rückstand von rund 400.000 S geführt habe, wobei hier die umstrittene Ausgangsrechnung sicherlich mitberücksichtigt worden sei, da vor der Konkurseröffnung kein Rückstand beim Finanzamt erinnerlich war.

Um die Förderbänder verwerten zu können sei in weiterer Folge von Herrn G. eine Schredderanlage erworben und im Jahr 2000 (wegen der Verhaftung von Herrn R.K.) samt den Förderbändern als Notverkauf mit Verlust verkauft worden. Die Schredderanlage sei auch zwischenzeitig vermietet und die Mieterlöse in der Gewinn- und Verlustrechnung erfasst und versteuert worden.

Ein Scheingeschäft liege nicht vor.

Seitens der Betriebsprüfung wird dazu festgestellt:

Es konnte bis dato nicht nachgewiesen werden, dass die Eingangsrechnung von der Fa. C.GmbH auch bezahlt wurde. Im Gegenteil, laut Gutachten von Herrn Mag. xx betreffend der Fa. C.GmbH wird eindeutig festgehalten, dass der Kaufpreis der Förderbänder nicht in die betriebliche Kassa des Unternehmens einging. Die Rechnung betreffend die Förderbänder ist die absolut letzte, die von der Fa. C.GmbH ausgestellt wurde. Auch in den Bilanzen des betreffenden Zeitraumes sind keine Förderbänder als Wirtschaftsgut aktiviert worden. Auch Materialeinkäufe für die Förderbänder sind nicht ersichtlich. In der Rechnung der Förderbänder werden diese als "Förderbänder der Marke VM ..." bezeichnet, was an und für sich gegen Eigenbau-Förderbänder spricht.

Was zum Rückstand von rd. 400.000 S (laut Gläubigeraufstellung 376.647 S) beim Finanzamt geführt hat, sind fast ausschließlich Lohnabgaben; eine Umsatzsteuerforderung aus einer Ausgangsrechnung an die Fa. M.L. (= ehemaliger Name der Bw.) war nicht feststellbar.

Dass die später angekauften Schredderanlage vermietet worden sei, und diesbezügliche Mieterlöse in der Gewinn und Verlustrechnung ihren Niederschlag gefunden hätten, ist in der Buchhaltung, die dem Finanzamt vorgelegt wurde, nicht enthalten.

Mit einem Vorhalt vom unabhängigen Finanzsenat wurde von der Bw. der Nachweis des Zahlungsflusses der Eingangsrechnung von Fa. C.GmbH abverlangt.

Tz. 4 Vorsteuern Telefon, nichtabzugsfähige Vorsteuer von Telefonspesen

Betriebsprüfung:

Im Jahr 1998 wurden Telefonspesen in Abzug gebracht, wo die Rechnungen auf Fa. X. lauten. Der Aufwand betrifft allerdings die Bw. Die diesbezügliche Vorsteuer wird von der Betriebsprüfung nicht anerkannt.

Auswirkung 1998:

Vorsteuer: -1.326,97 S

Gewinn: -1.326,97 S

Gewerbebetrieb: USt Telefonspesen

| | |
|----------------------|-----------------|
| Zeitraum | 1.1.-31.12.1998 |
| | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | 0,00 |
| Nach Betriebsprüfung | -3.326,97 |
| Differenz | -1.326,97 |

Steuerliche Auswirkungen

| | |
|----------|------|
| Zeitraum | 1998 |
|----------|------|

| | |
|---|-----------|
| | ATS |
| <i>Umsatzsteuer:</i> | |
| [060] Vorsteuern (ohne EUSt) – Telefonrechnung X. | -1.326,97 |

Berufung:

Diese Position wird auf Grund der tatsächlichen formalen Mängel anerkannt.

Tz. 5 bauliche Investitionen in Mietobjekte**Betriebsprüfung:**

Im Jahr 1999 wurde die "Eingangsrechnung" 65 der Fa. G-OEG auf dem obgenannten Konto mit 1.038.654,45 S (Vorsteuer: 207.730,89 S) verbucht. Eine dazugehörige ordnungsgemäße Rechnung wurde allerdings nicht vorgelegt. Das ist allerdings auch nicht möglich, da die leistende Firma - wie sich bei einer Erhebung ergab - nie eine Rechnung über diesen Betrag ausgestellt hat.

Lediglich eine Kassaquittung in Höhe von 125.000 S zuzüglich 25.000 S USt wurde ausgestellt. Mehr Geld wurde auch von der Firma nicht vereinnahmt. Die von der Bw. vorgelegten Kassaeingangsbestätigungen der Fa. G-OEG , die dem widersprechen, enthalten keine Umsatzsteuer, keinen Firmenstempel und sind auch nicht von einer dazu berechtigten Person unterfertigt.

Weiters sei dieser Kassaeingangsvordruck von der Fa. G-OEG nie verwendet worden. Die unterfertigende Person F.K. (Dienstnehmer der Fa. G-OEG) hat bei einer Zeugenbefragung angegeben, dass diese Bestätigungen unter Vorspiegelung falscher Tatsachen, von ihm unterfertigt wurden. Er glaubte mit dieser Bestätigung übergebene und weitergeleitete Geldbeträge (von Herrn D. an Herrn R.K.) zu quittieren.

Mangels Vorlage einer ordnungsgemäßen Rechnung bzw. eines glaubwürdig dokumentierten Geldflusses wird von der Betriebsprüfung lediglich der offiziell von der Firma bestätigte Betrag von 125.000 und 25.000 S Vorsteuer anerkannt.

Auswirkung:

| | |
|----------------|---------------|
| Vorsteuer 1999 | -182.730,89 S |
| AfA 1999 | -45.682,72 S |
| AfA 2000 | -91.365,44 S |
| IFB 1999 | -93.478,90 S |

Gewerbebetrieb: AfA

| Zeitraum | 1.1.-31.12.1999 | 1.1.-31.12.2000 |
|----------------------|-----------------|-----------------|
| | ATS | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | -51.932,72 | -103.865,44 |
| Nach Betriebsprüfung | -6.250,00 | -12.500,00 |
| Differenz | 45.682,72 | 91.365,44 |

Gewerbebetrieb: Investitionsfreibetrag

| Zeitraum | 1.1.-31.12.1999 |
|----------------------|-----------------|
| | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | -161.545,00 |
| Nach Betriebsprüfung | -79.316,10 |
| Differenz | 82.228,90 |

Steuerliche Auswirkungen

| Zeitraum | 1999 |
|---|-------------|
| | ATS |
| <i>Umsatzsteuer:</i> | |
| [060] Vorsteuern (ohne EUST) – "Rechnung" Fa. D | -182.730,89 |

Berufung:

Strittig sind die Zahlungen an Herrn F.K., der sich auch gegenüber der Finanzverwaltung in laufende Widersprüche verstrickt habe, aber schlussendlich vom Prüfungsorgan als die glaubwürdigere Auskunftsperson betrachtet wurde. Tatsache ist, dass die in der Buchhaltung erfassten Geldmittel an Herrn xK. ausgehändigt wurden, damit die umfangreichen Sanierungs- und Instandsetzungsarbeiten am X.-Hof bewerkstelligt werden konnten. Hiezu dürfen auch Fotos als Beweis vorgelegt werden, um den Zustand vor und nach den Adaptierungsarbeiten zu dokumentieren.

Die Aussage von Herrn xK., wonach diese Bestätigungen unter Vorspiegelung falscher Tatsachen von ihm unterfertigt worden seien, sei eine bloße Schutzbehauptung, was auch gegenüber der Finanzverwaltung auf der Hand liegen sollte. Wie die Bw. erst später erfahren hat, dürfte diese Mentalität zur laufenden Geschäftsgebarung des Herrn xK. gehört haben. Auf Auftrag bei den AZS/ Herrn AK. hat Herr xK. mit seiner Firma gearbeitet und auf Wirtshauszetteln Kassabestätigungen ausgestellt. Auch dieser Kunde warte bis heute auf eine ordnungsgemäße Abrechnung; Herr AK. wurde auch vom Betriebsprüfungsorgan einvernommen und habe diesen Sachverhalt ausdrücklich bestätigt. Das Prüfungsorgan hat aber diese Aussage und die Aussage der Bw. völlig negiert und der Aussage von Herrn xK. volle Beweiskraft zuerkannt.

Weitere signifikante Aussage des Herrn xK. war, dass er seit Weihnachten 1999 keinen Kontakt mehr zur Bw. hatte. Dies sei falsch; die beiliegende Dokumentation wurde dem

Prüfungsorgan übergeben, aber nicht näher gewürdigt. Die Fa. G-OEG hat mit Datum 6. März 2000 noch ein Angebot über den Umbau eines Kaffeehauses an die Bw. gestellt.

Nochmals wird festgehalten, dass allein auf Grund der erfolgten Bauarbeiten die Zahlungen der Beträge glaubhaft und plausibel sind. Die Behauptung, dass Herr xK. riesige Kassaeingänge „unter Vorspiegelung falscher Tatsachen“ quittiert habe, kann wohl nicht ernsthaft von der Finanzverwaltung als glaubwürdig qualifiziert werden. Am 23. Dezember 1999 hat Herr F.K. noch ein Gedicht anlässlich des Geburtstages von Herrn R.K. übermittelt, obwohl er laut eigener Aussage mit Herrn R.K. verfeindet war und die Baustelle eingestellt hatte, sowie seit Ende 1999 „keinen Kontakt“ zu B./ R.K. hatte. Warum habe er dann am 6. März 2000 noch einen Kostenvoranschlag an die Bw. gerichtet? Weiters darf ein Inlandstelegramm vom 9. Februar 2000, 15.45 Uhr, von der Fa. G-OEG an Herrn Mag. D. vorgelegt werden, in welchem er ausständige überfällige Zahlungen urgirt hat. Anzumerken ist noch, dass der gesamte Umbau erst im Jahr 2000 fertig wurde; weiters darf hinsichtlich der Dauer auf ein Fax auf Briefpapier der Wien-Gas/Technischer Kundendienst vom 24. September 1999 an die R hingewiesen werden, in welchem Herr xK. als Baumeister unterzeichnet hat.

Die Kanzlei BÖ ging von der Überlegung aus, dass es eine Fixpauschalvereinbarung mit einem Leistungsverzeichnis und gesonderter Aufgliederung der einzelnen Gewerke und Anführung der genauen Nettobeträge sowie gesonderten Ausweis der Umsatzsteuer gegeben hat (siehe Beilagen). Grundlage hiefür ist auch die seitens der Firma geleistete Anzahlung gewesen, welche beide Seiten letztlich an das Offert gebunden hat, für eine mögliche Nichtfertigstellung wurde sogar eine Pönale vereinbart.

Die Leistungen des Herrn xK./ G-OEG müssten außerdem insoweit plausibel erkennbar sein, als es anlässlich des Erwerbes der Liegenschaft ein Übernahmeprotokoll gegeben hat. Der von der Raiffeisen (als Hauptgläubiger) beauftragte Architekt H. hatte eine genaue Darstellung des Gebäudezustandes verfasst, welche die Bw. noch nachreichen wird. Über den Baufortschritt können auch insgesamt vier Gutachten vorgelegt werden. (Zum bereits erwähnten Gutachten noch die Nachtragsexpertise von Architekt H. über den mittlerweile erfolgten Baufortschritt, ein Gutachten des Dipl. Ing. Hx. über den Sachwert sowie ein Nachtragsgutachten von Dipl. Ing. Hx. vom September 2004 über den Ist-Zustand zwecks Vorlage für eine Bankfinanzierung).

Die Bw. stellt daher den Antrag, dass sämtliche Zahlungen im Ausmaß von 1.038.654,45 S anerkannt werden.

Hinsichtlich der Vorsteuer wird seitens der Bw. eine Feststellungsklage eingereicht und auf Rechnungslegung mit Umsatzsteuerausweis geklagt; diesbezüglich wird ebenfalls um Berücksichtigung der angefallenen Vorsteuerbeträge ersucht.

Stellungnahme der Betriebsprüfung:

Von der Bw. wird ausgeführt, dass bei diesem Punkt Zahlungen an Herrn F.K. strittig seien. Herr xK. hätte sich auch gegenüber der Finanzverwaltung in laufende Widersprüche verwickelt, wurde aber vom Prüfungsorgan als die glaubwürdigere Auskunftsperson angesehen. Die Aussage von Herrn xK., dass die Kassabestätigungen unter Vorspiegelung falscher Tatsachen von ihm unterfertigt worden seien, sei eine reine Schutzbehauptung.

Weitere signifikante Aussage des Herrn xK. war, dass er seit Weihnachten 1999 keinen Kontakt mehr zu der Bw. gehabt hätte, was falsch sei und dadurch widerlegt werden könne, da die Fa. G-OEG mit Datum vom 6. März 2000 noch ein Anbot über den Umbau des Kaffeehauses gestellt habe.

Weiters werde ein Inlandstelegramm vom 9. Februar 2000 vorgelegt, von der Fa. G-OEG an Mag. D., in welchem ausständige überfällige Zahlungen urgierter wurden. Es wird deshalb der Antrag gestellt, dass sämtliche Zahlungen im Ausmaß von 1.038.654,45 S anerkannt werden.

Dazu wird seitens der Betriebsprüfung bemerkt:

Zweifelsohne steht hier Aussage gegen Aussage. Eine Tatsache allerdings ist, dass selbst von Seiten des Herrn R.K. eine Zahlung in Höhe von 1.038.654,45 S nicht nachgewiesen werden konnte. Dass sich Herr xK. gegenüber der Finanzverwaltung laufend in Widersprüche verwickelt habe, wird nicht näher erläutert und ist auch nicht nachvollziehbar. Herr xK. wurde von der Finanzverwaltung nur einmal einvernommen und in dieser Aussage kann betreffend der Zahlungen bzw. der Vorspiegelung falscher Tatsachen kein Widerspruch festgestellt werden. Es stimmt auch nicht, dass Herr xK. behauptet hat, er hätte seit Weihnachten 1999 keinen Kontakt mehr mit Herrn R.K. bzw. Mag. D. gehabt. Herr xK. hat lediglich angegeben, dass die Arbeiten auf Grund der Inhaftierung von Herrn R.K. eingestellt wurden. Zudem belastete Herr xK. Herrn R.K. schwer, indem er angegeben hat, Herr R.K. hätte ihn aufgefordert - um Geld für die Baustelle aufzutreiben - soll er hohe Rechnungen von Firmen (Scheinfirmen) auftreiben, damit er sich vom Finanzamt die Vorsteuer holen könne.

Dass ein Anbot über den Umbau des Kaffeehauses vorgelegt wurde bzw. ein Telegramm fehlende Zahlungen urgierter habe, steht zu diesem Sachverhalt ebenfalls nicht in Widerspruch. Der Umstand, dass auf Ausstellung einer ordnungsgemäßen Rechnung geklagt wurde, ist für die Berufung ebenfalls nicht von Bedeutung, dokumentiert allerdings, dass eine solche bisher nicht vorgelegen ist.

Mit einem Vorhalt vom unabhängigen Finanzsenat wurde von der Bw. der Nachweis des Zahlungsflusses von 1.038.654 S abverlangt.

Tz. 6 ER Fa. K.AG, Vorsteuer ER von Fa. K.AG

Betriebsprüfung:

Unter Betriebs- und Geschäftsausstattung wurde im Jahr 1999 eine Eingangsrechnung (ER 32) der Fa. K.AG verbucht, welche nicht vorgelegt wurde. Ebenso wurde ein Zahlungsfluss nicht nachgewiesen. Vorstand der Fa. K.AG war zu diesem Zeitpunkt Herr Mag. R.D..

Da bei der Bw. zu diesem Zeitpunkt die Ehegattin von Herrn Mag. D. (*B.) Geschäftsführerin war, und über die Fa. K.AG Konkurs eröffnet war, scheint außer Zweifel zu stehen, dass es sich bei dieser Rechnung um eine Scheinrechnung zum Zwecke des Vorsteuerabzuges handelt (gleiches wurde auch bei der parallel durchgeföhrten Prüfung der Fa. X.-Hof Restaurant und Hotel GmbH festgestellt).

Die abgesetzte Vorsteuer in Höhe von 15.600 S (netto ohne Kest) wird demzufolge als verdeckte Ausschüttung an den damaligen Machthaber Mag. R.D. gewertet. Die Kapitalertragsteuer wird von der Gesellschaft getragen.

weitere Auswirkungen:

| | |
|----------------|--------------|
| Vorsteuer 1999 | -15.600,00 S |
| AfA 1999 | -7.800,00 S |
| AfA 2000 | -7.800,00 S |
| IFB 1999 | -7.020,00 S |

Gewerbebetrieb: AfA

| Zeitraum | 1.1.-31.12.1999 | 1.1.-31.12.2000 |
|----------------------|-----------------|-----------------|
| | ATS | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | -7.800,00 | -7.800,00 |
| Nach Betriebsprüfung | 0,00 | 0,00 |
| Differenz | 7.800,00 | 7.800,00 |

Gewerbebetrieb: Investitionsfreibetrag

| Zeitraum | 1.1.-31.12.1999 |
|----------------------|-----------------|
| | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | -7.020,00 |
| Nach Betriebsprüfung | 0,00 |
| Differenz | 7.020,00 |

Steuerliche Auswirkungen

| | |
|----------|------|
| Zeitraum | 1999 |
|----------|------|

| | ATS |
|------------------------------------|------------|
| <i>Umsatzsteuer:</i> | |
| [060] Vorsteuern (ohne EUSt) | -15.600,00 |
| <i>Kapitalertragsteuer</i> | |
| Abgabe – verdeckte Ausschüttung D. | 5.200,00 |

Berufung:

Zu diesem Punkt ist richtig zu stellen, dass über die Fa. K.AG kein Konkurs eröffnet wurde, weil mangels ausreichenden kostendeckenden Vermögens der Konkursantrag abgewiesen wurde. In weiterer Folge wurde die Gesellschaft laut Beschluss vom 8. November 2001 (siehe Beilage) liquidiert, weshalb auch die Behauptung der Finanzverwaltung unrichtig ist, dass die Gesellschaft bereits längst gelöscht sei. Die in Rechnung gestellten Möbel seien derzeit noch immer in den Räumlichkeiten des X.-Hofes (Sessel) sowie in den Räumlichkeiten der Bw. (Schreibtische, Sessel, Kisten etc.) vorhanden.

Es sei daher weder Raum für eine verdeckte Gewinnausschüttung noch für eine Aberkennung des Vorsteuerbetrages gegeben. Die Rechnung wurde ordnungsgemäß von der Fa. K.AG ausgestellt; der Preis für die tatsächlich gelieferten Gegenstände sei angemessen und fremdüblich.

Die verkauften Möbel müssten überdies im seinerzeitigen Anlagevermögen der K.AG erfasst und ausgewiesen sein. Wiederum ergibt sich für Herrn Mag. D. das Beweisproblem, dass er Unterlagen hinsichtlich der von ihm verwalteten Gesellschaften in seinem Keller in B./ aufbewahrt hat und diese infolge des Hochwassers vernichtet worden sind.

Die verkauften Betriebs- und Geschäftsausstattungen seien aber nach wie vor bei der Bw. und X.-Hof physisch vorhanden.

Es wird daher der Antrag gestellt, die Feststellung der Betriebsprüfung ersatzlos aufzuheben.

Stellungnahme der Betriebsprüfung:

In der Berufung wird angemerkt, dass über die Fa. K.AG kein Konkurs eröffnet worden sei, weil mangels ausreichenden kostendeckenden Vermögens der Konkursantrag abgewiesen wurde. In weiterer Folge sei die Firma liquidiert worden, weshalb die Behauptung der Finanzverwaltung unrichtig sei, dass die Gesellschaft längst gelöscht sei. Die in Rechnung gestellten Möbel (Sessel, Schreibtische, Kästen) seien derzeit noch immer physisch vorhanden.

Für eine verdeckte Gewinnausschüttung bzw. für die Aberkennung der Vorsteuer bleibe deshalb kein Raum. Auch sei der Preis für die tatsächliche gelieferten Gegenstände angemessen und fremdüblich gewesen.

Auf Grund der im Hochwasser vernichteten Unterlagen, könne allerdings diesbezüglich keine Beweisführung erbracht werden.

Seitens der Betriebsprüfung wird dazu vermerkt, dass die Finanzverwaltung nicht behauptet hat, dass die Firma K.AG längst gelöscht war, sondern dass es Konkursanträge gab, diese allerdings wie in der Berufung erwähnt mangels Vermögens abgewiesen wurden (1996 bzw. 1997). Dass die angeblich gelieferten Möbel noch bei der Bw. bzw. X.-Hof (unentgeltlich??) physisch vorhanden seien, konnte von der Betriebsprüfung nicht überprüft werden, da ja mangels vorgelegter Rechnung nicht feststellbar war, um welche Möbel es sich handelt.

Ein Indiz für das Vorliegen einer Scheinrechnung ist zweifelsohne, dass die Rechnung bis dato nicht beglichen worden sei. Weiters komme erschwerend dazu, dass Herr Mag. D. bei der parallel durchgeföhrten Prüfung der Fa. X.-Hof, eine Eingangsrechnung von der Fa. K.AG als Scheinrechnung zugegeben hat. Die Fa. K.AG ist auf Grund der abgewiesenen Konkursanträge zweifelsohne vermögenslos gewesen. Ob da noch Möbel im Wert von mindestens 93.600 S vorhanden waren, ist ebenfalls zweifelhaft.

Der letzte Umsatzsteuerbescheid (ebenso wie Körperschaftsteuer), der von der Finanzverwaltung betreffend der Fa. K.AG erlassen wurde, betraf das Jahr 1996. Danach wurden keine Steuererklärungen mehr abgegeben. Die Eingangsrechnung von der Fa. K.AG wäre auch trotz Vorlage als Scheinrechnung qualifiziert worden.

Über Vorhalt des unabhängigen Finanzsenates wurde von der Bw. der Nachweis des Zahlungsflusses und die Rechnung der Fa. K.AG ER 32 abverlangt.

Tz. 7 Handel mit Wirtschaftskatalogen

Betriebsprüfung:

Im Jahr 1999 wurden angeblich die von der Fa. WW KEG herausgegebenen monatlich erscheinenden Wirtschaftskataloge in großer Stückzahl angeschafft (Gratislieferungen) und nach Italien verkauft. Zusätzlich wurden Werbeeinschaltungen in Auftrag gegeben (insgesamt 718.000 S netto zuzüglich 143.600 S Umsatzsteuer).

Der Aufwand für die Werbeeinschaltungen im Wirtschaftskatalog ist bei der Fa. WW KEG nicht als Erlös verbucht worden. Bei einer Zeugenaussage von Herrn Mag. R.W. hat dieser klipp und klar festgestellt, dass der den Zahlungsfluss bestätigende Kassabeleg vom 22. Februar 1999 nicht von ihm ausgestellt wurde. Weiters hat er ausgesagt, dass nur 2-3 Werbeeinschaltungen von Herrn R.K. (für die Bw. bzw. Radio-X) tatsächlich durchgeführt wurden, und dass er nie auch nur 1 Schilling von Herrn R.K. erhalten habe.

Er sei auch von Herrn R.K. zur Ausstellung einer Bestätigung, die von Herrn R.K. sinngemäß vorgegeben wurde, angehalten worden. In dieser Bestätigung ist nur eine Rechnungsnummer ohne Rechnungsbetrag angeführt gewesen. Laut Herrn R.K. sei der Fa. WW KEG von der Bw. ein Darlehen gewährt worden, welches nicht zurückbezahlt werden konnte. Als Gegenleistung seien deshalb Werbeeinschaltungen gemacht worden. Bezahlte sei dafür nichts worden, allerdings sei zumindest ein Teil des nicht zurückbezahlten Darlehens (welches übrigens nicht verbucht ist!) als Entgelt dafür anzusehen. Von der Betriebsprüfung ist deshalb ein Aufwand von 300.000 S im Schätzweg anerkannt worden.

Ein Vorsteuerabzug könne erst nach Vorlage einer Rechnung (darauf wurde laut Aussage von Herrn R.K. eine Klage eingebracht) gewährt werden.

Auswirkung:

| | |
|----------------|-------------|
| Gewinn 1999 | + 418.000 S |
| Vorsteuer 1999 | - 143.600 S |

Gewerbetrieb: Differenz Werbeaufwand

| | |
|----------------------|-----------------|
| Zeitraum | 1.1.-31.12.1999 |
| | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | -718.000,00 |
| Nach Betriebsprüfung | -300.000,00 |
| Differenz | 418.000,00 |

Steuerliche Auswirkungen

| | |
|--|-------------|
| Zeitraum | 1999 |
| | ATS |
| Umsatzsteuer: | |
| [060] Vorsteuern (ohne EUST) – unzulässiger Vorsteuerabzug | -143.600,00 |

Berufung:

Die Betriebsprüfung bezweifelt die Anschaffung und Veräußerung der Wirtschaftskataloge nach I.. Tatsache war, dass die Bw. die Wirtschaftskataloge von der WA KEG gratis übernommen und nach I. veräußert hat. Die Bw. hatte den Kontakt mit dem italienischen Radiosender „Radio XY. in L.“, der in deutscher Sprache sendet und als Feriensender für deutschsprachige Gäste konzipiert ist. Dieser Radiosender hat auch im Wirtschaftskatalog Einschaltungen gemacht. Über diesen Kontakt erfolgte der Vertrieb nach I.. Über die Vertriebskanäle von Radio XY. wurde der Wirtschaftskatalog um den eingedruckten Betrag von 69 S veräußert. Die Zahlungen von Radio XY. erfolgten mittels Bankscheck, weshalb die Zweifel an dem Grundgeschäft nicht nachvollzogen werden können.

Auch bei dieser Teilziffer versuchte der Geschäftspartner zwecks Schutzbehauptung jede Schuld von sich zu weisen und hat Behauptungen aufgestellt, die aber schlussendlich auch

das Prüfungsorgan nicht mehr akzeptieren konnte. Beispielsweise habe er auch der Betriebsprüfung auftischen wollen, dass er keinerlei Geldflüsse von der Bw. erhalten habe. Nach Vorhalt der von der Bw. bezahlten Kfz-Rechnung für einen Mercedes (siehe Beilage) habe sich Herr WA plötzlich wieder erinnern können, dass er doch Geld von der Bw. erhalten habe.

Das Prüfungsorgan, das der Bw. auf Grund obiger Ausführungen nicht unbedingt gesonnen sein dürfte, hat im Schätzungswege einen Betrag von 300.000 S anerkannt. Tatsächlich sei aber der Gesamtaufwand anzuerkennen, weil die entsprechenden Rechnungen vorliegen und die Zahlungen auch geleistet wurden.

Was das Darlehen anbelangt, sei das Darlehen nicht zwischen der Bw. und der WW KEG vereinbart gewesen; demzufolge könne es auch nicht in den Büchern aufscheinen.

In weiterer Folge war angedacht, dass sich die Bx.GmbH. (diese wurde nur für diesen Zweck gegründet), an der WW KEG beteilige. Diesbezüglich gibt es auch einen Notariatsakt vom 29. Dezember 1998, aus welchem der beabsichtigte Eintritt der Bx.GmbH., L./M.Gasse und dem nunmehrigen Sitz in W./O.Gasse, ersichtlich ist. Mit Antrag vom 2. Mai 2001 wurde die Löschung der KEG durch den Notar xL. beantragt, weil Mag. WA nicht in der Lage gewesen war, die abgesprochene Einbringungsbilanz sowie die wirtschaftlichen Grundlagen für eine positive Fortführung der Wirtschaftskataloge zu setzen.

Mit Schreiben vom 17. März 1999 an das Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien wurde der Antrag auf Rückziehung des Gesuches vom 30. Dezember 1998 gestellt. Mittlerweile habe aber Herr Mag. WA bereits die fraglichen Darlehensbeträge von der Muttergesellschaft erhalten. Bevor die Gesellschaften ihre Investitionen gänzlich verlieren würden, war vorgesehen, dass durch die Verkäufe von Werbeinseraten und die Katalogverkäufe ein Teil der Darlehensbeträge gerettet werden könne.

Die Bw. stellt daher den Antrag auf Anerkennung der von der Bw. tatsächlich für Leistungen der WW KEG erfolgten Zahlungen und Anerkennung der Vorsteuerbeträge, welche ordnungsgemäß von der Fa. WW KEG an die Bw. in Rechnung gestellt waren.

Stellungnahme der Betriebsprüfung:

Zu diesem Punkt wurde in der Berufung wie folgt ausgeführt: Tatsache war, dass die Wirtschaftskataloge von der WW KEG gratis übernommen und nach I. veräußert worden seien. Durch den Kontakt zum Radiosender "Radio X in L.", welcher im Wirtschaftskatalog auch Werbeeinschaltungen gemacht hatte, konnte der Wirtschaftskatalog zum Preis von 69 S per Stück veräußert werden. Die Zahlungen von Radio X seien mittels Bankscheck erfolgt.

Der Geschäftspartner der Bw. Herr Mag. WA habe mit einer Schutzbehauptung versucht, jede Schuld von sich zu weisen und habe Behauptungen aufgestellt, die auch das Prüfungsorgan nicht mehr akzeptieren konnte. Beispielsweise habe er der Betriebsprüfung "aufgetischt" von der Bw. keine Geldflüsse erhalten zu haben, nach Vorhalt der von der Bw. bezahlten Kfz-Rechnung für einen Mercedes habe sich Herr Mag. WA dann doch wieder erinnert Geld von der Bw. erhalten zu haben.

Vom Prüfungsorgan wurden im Schätzungsweg 300.000 S an Betriebsausgaben anerkannt. Tatsächlich wäre aber der Gesamtaufwand anzuerkennen, da die entsprechenden Rechnungen vorliegen und die Zahlungen auch geleistet wurden.

Das Darlehen an die Fa. WW KEG sei nicht von der Bw. gegeben worden, weshalb es auch nicht in den Büchern aufscheine.

Die Fa. Bx.GmbH. (nunmehrige X.-Hof bzw. mittlerweile wieder umbenannt in BB), die sich an der Fa. WW KEG beteiligen sollte, sei sogar nur für diesen Zweck gegründet worden. Mit Schreiben vom 17. März 1999 wurde der Antrag auf Rückziehung des Gesuches vom 30. Dezember 1998 an das Firmenbuch gestellt, was auch akzeptiert wurde. Da inzwischen das Darlehen zwischen der B./F. zur Zuzählung gelangt war, sei vorgesehen gewesen, dass durch die Verkäufe von Werbeinseraten und die Katalogverkäufe ein Teil der Darlehensverträge gerettet werden könnte.

Seitens der Betriebsprüfung wird dazu bemerkt:

Betreffend der Geschäftsbeziehungen zwischen der Fa. WW KEG und der Bw. wurden vom Prüfungsorgan und einem Erhebungsorgan zwei Einvernahmen durchgeführt. Bei der ersten Einvernahme wurde Herr Mag. R.W. am 4.12.2003 als Auskunftsperson befragt, dabei war Herrn Mag. WA der Grund der Befragung nicht bekannt. Die zweite Einvernahme erfolgte am 19.2.2004 (als Zeuge) auf ausdrücklichen Wunsch von Herrn Mag. R.W.. Bei dieser Einvernahme war auch Herr M.G. (ein Bekannter von Herrn Mag. WA, welcher gelegentlich unentgeltlich für die Fa. W.KEG arbeitete) anwesend, welcher, da er über die Geschäfte zwischen der Bw. und der Fa. WW KEG teilweise Bescheid wusste, ebenfalls als Zeuge einvernommen wurde.

Bei der ersten Einvernahme hat Herr Mag. WA gesagt, dass eine gewisse M.L.GmbH in der Ausgabe 2/99, eine Firma Radio X L. in der Ausgabe 2/99 und 4/99 und AN in der Ausgabe 2/99 Anzeigen im Wirtschaftskatalog geschalten haben. Sämtliche dieser Anzeigen waren ganzseitig und sind von Herrn R.K. in Auftrag gegeben worden. Zur Rechnung Nr. 99 00466 vom 29. Dezember 1998 hat Herr Mag. WA gesagt: „*Diese Rechnung sehe ich zum ersten Mal, auch erkenne ich sofort, dass meine Unterschrift darauf gefälscht ist. Weiters gab es in*

der Firma keinen Stempel „Betrag dankend erhalten“. Der Briefkopf auf dieser Rechnung wurde außerdem nur bei ABO-Rechnungen verwendet. Es wundert mich auch, dass die Rechnung ein 1998-er Datum trägt, aber eine 99-er Nummer hat. Auch der Rechnungswortlaut ist ungewöhnlich (PR-Artikel widerspricht der Journalistenethik). Dass die Umsatzsteuer falsch berechnet ist, spricht nicht für eine Rechnungsausstellung von der Firma. Weiters fällt mir auf, dass diese Rechnung keine Anzeigenabgabe enthält. Es gibt keine einzige Inseratenrechnung ohne Anzeigenabgabe. Die Rechnung ist insgesamt betrachtet eindeutig eine Fälschung.“

Zum Kassaausgangsbeleg der Fa. M.GmbH Kassaausgangsnummer 1001 vom 22. Februar 1999 hat Herr Mag. WA gesagt: "Auch diese Quittung sehe ich zum ersten Mal und erkenne sofort, dass meine Unterschrift darauf gefälscht ist. Weiters weise ich darauf hin, dass es nie Bargeldeingänge in dieser Höhe (861.000 S) in der Firma gegeben hat. Ich kann Ihnen auch die Kassa vom Februar 1999 vorlegen, wo ersichtlich ist, dass ich diesen Betrag nicht im Februar 1999 und auch sonst nie erhalten habe. Auch einen Bankeingang in dieser Höhe gab es nie. Ich kann das ganze Kassabuch 1999 vorlegen. Es gibt dabei keine Eingänge von M.L., Radio X bzw. AN. Meine größten Kunden haben höchstens einen Betrag von 400.000 S pro Jahr bezahlt. Hätte ich tatsächlich 861.000 S im Februar 1999 vereinnahmt, hätte ich mit Sicherheit nicht Konkurs anmelden müssen, da meine gesamten Druckkosten pro Jahr nicht so hoch waren."

Zur Bestätigung mit dem Fax-Datum 23. Oktober 2003 befragt, antwortete Mag. WA: "Diese Bestätigung habe ich auf Anweisung von Herrn R.K. tatsächlich ausgestellt und unterfertigt. Allerdings war ich dabei der Meinung, dass es sich um eine Rechnungssumme von rund 50.000 S gehandelt hat. Herr R.K. bestand darauf, dass auf der Bestätigung keine genaue Rechnungssumme enthalten ist."

Zu Rechnung Nr. 527211 vom 30.11.1998 bzw. dem Lieferschein Nr. 654 hat Herr Mag. WA gesagt: "Eine Rechnungsnummer 527211 wurde nie vergeben (keine Jahreszahl enthalten), Lieferscheine wurden überhaupt nie ausgestellt."

Abschließend hat Herr Mag. WA gesagt: "Insgesamt bin ich nunmehr fest davon überzeugt, dass sämtliche mir vorgehaltenen Belege Fälschungen sind. Ich bin mir nunmehr auch nicht mehr sicher, ob ich überhaupt jemals Geld von Herrn R.K. bekommen habe. Ich kann auf jeden Fall keine Rechnung an eine Firma M.GmbH ebenso wie an eine Fa. Radio X bzw. AN vorlegen. Ich bin offensichtlich von Herrn R.K. massiv getäuscht worden. Ich bin gerne bereit vor Gericht oder auch sonst wo diese Aussagen zu wiederholen."

Bei der bereits erwähnten zweiten Aussage am 19. Februar 2004 ist bezüglich der Zahlungen von Mag. WA kein Rückzieher gemacht worden, vielmehr betonte dieser erneut und ausdrücklich darauf hingewiesen als Zeuge befragt worden zu sein, dass er von Herrn R.K. kein Geld erhalten habe, dass die Kassabestätigung vom 22. Februar 1999 nicht von ihm ausgestellt wurde und dass Herr R.K. nur 2-3 Werbeeinschaltungen im Wirtschaftskatalog hatte. Bei dieser Befragung hat Herr Mag. WA auch angegeben, seit seiner ersten Einvernahme (vom 4. Dezember 2003) von Herrn R.K. mit Telefonaten geradezu bombardiert worden zu sein. Weiters habe Herr R.K. von ihm verlangt, dass er eine neue Bestätigung schreiben soll, in der stehen sollte, dass Herr Gx. von ihm (R.K.) Geld bekommen hätte. Herr Mag. WA betonte dabei vor Herrn R.K. große Angst zu haben. Zum Unterschied von der ersten Befragung hat Herr Mag. WA nun betreffend der Ausstellung der Rechnung 99 00466 eine andere Aussage gemacht, als er es nunmehr nicht mehr ausschließen wollte, diese Rechnung selbst ausgestellt zu haben. Gleichermaßen würde für die Auftragsbestätigung vom 29. Dezember 1998 gelten. Begründet hat dies Herr Mag. WA dadurch, als er aussagte, in dem betreffenden Zeitraum derart unter psychischen Druck und Stress gestanden zu haben, dass er damals ja auch einen Blankowechsel ausstellte um eine Forderung der Fa. RADIO-Y an die Fa. XYZ. in ZZ in Höhe von 2.800.000 S ankaufen zu können. Auch dieser Deal war damals von Herrn R.K. eingefädelt worden. Dieser Sachverhalt würde seine damalige Situation widerspiegeln.

Zum Geld für den Ankauf eines Mercedes (40.000 S angeblich von Herrn R.K. am 30. Dezember 1998 angezahlt) sagte Herr Mag. WA (da dem Prüfungsorgan dieser Sachverhalt zum damaligen Zeitpunkt nicht wichtig war, ist er auch nicht in die Niederschrift aufgenommen worden), dass der Ankauf von Herrn R.K. eingefädelt wurde, und der Preis, egal ob von Herrn R.K. 40.000 S mitgezahlt wurden oder nicht, mit insgesamt 350.000 S im nachhinein betrachtet total übersteuert war, vor allem wenn man bedenkt, dass das Fahrzeug Baujahr 1995 war.

Von Herrn Mag. WA ist dieser Sachverhalt deshalb nie als Bargeldeingang von Herrn R.K. wahrgenommen worden. Herr Gx., der wie gesagt am 19. Februar 2004 ebenfalls als Zeuge einvernommen wurde, hat dabei ausgesagt, dass er persönlich von Herrn R.K. kein Geld erhalten hat. Weiters hat er gesagt, dass Herr R.K. mehrfach bei ihm angerufen hat, dabei wollte dieser, dass er sich doch erinnern sollte, was er nicht alles Gute für die Fa. WA getan hätte, und über die Inserate, die geschalten wurden. Er hat dabei auch über eine Rechnung geredet, die ihn in Schwierigkeiten gebracht hätte und bezeichnete Herrn Mag. WA als Trottel. Seit diesem Anruf habe Herr Gx. keine Anrufe von Herrn R.K. mehr angenommen.

Herr Gx. betonte auch, dass seines Wissens Herr Mag. WA nie Geld von Herrn R.K. bekommen hat. Er gab auch zu bedenken, dass es unglaublich erscheine, dass ein seriöser Kaufmann, der der Sorgfaltspflicht unterliegt, bei einer Zeitung, die eine Auflagenstärke von 1.500 - 2.000 Stück hat, so viel Geld investiere.

Zuletzt sei zu diesem Punkt noch angemerkt, dass die von der Betriebsprüfung anerkannten 300.000 S im Wege einer Einigung (über den Wert der geschaltenen Inserate) erfolgte. Dabei seien die Inserate von der Fa. Radio X inkludiert gewesen. Wie hoch seien eigentlich die Erlöse von der Fa. Radio X dazu?

Über Vorhalt des unabhängigen Finanzsenates wurde von der Bw. folgende Unterlagen abverlangt: Vorlage der betreffenden Rechnung, Kopie der Klage, Beschreibung des weiteren Verfahrens, Urteil und einen Nachweis der in diesem Zusammenhang stehenden Rechnungen, Kontoauszüge.

Tz. 8 Handel mit einem Selfcard-Automat

Betriebsprüfung:

Am 22. Februar 1999 sei von der Fa. N.GmbH ein Kartenaufomat mit Münzzähler "Selfcard PC + B 402" um 350.000 S zuzüglich 70.000 S USt gekauft (ER 12) worden.

Am 20. April 1999 sei dieser Automat an die italienische Firma P.D. S.R.L. um 45 Mio Lire (= 319.797,08 S) verkauft worden. Als Zahlungsnachweis der Eingangsrechnung wurde ein Einzahlungsbeleg auf das Sparbuch (!) bei der Bank Nr. 55555555 in Höhe von 250.000 S vorgelegt, wobei über den Restbetrag kein Zahlungsnachweis vorhanden ist. Der Inhaber des Sparbuchs ist unbekannt.

Die Eingangsrechnung gleiche vom Schriftbild (mit Schreibmaschine geschrieben) exakt den Ausgangsrechnungen der Bw. Die Fa. N.GmbH habe ihre Rechnungen nach Auskunft eines ehemaligen Mitarbeiters immer mit Computer geschrieben.

Der Zahlungsfluss des Erlöses besteht aus der Einlösung von 3 Schecks über je 15.000.000 Lire bei der Ersten Bank am 27. April 1999. Die Schecks datieren vom 20. Jänner 1999.

Die Fa. N.GmbH hat seit Ende 1997 keine Umsatzsteuervoranmeldungen mehr abgegeben. Auf der Rechnungsadresse ist am 1. Dezember 1998 eine gerichtliche Kündigung eingebbracht worden. Die auf der Rechnung angegebene Telefonnummer ist am 23. Oktober 1998 aufgelassen worden. Bei einer Umsatzsteuerprüfung (Beginn: Mitte 1998) konnte die Firma nicht mehr ausfindig gemacht werden. In Summe dieser Fakten könne nach Ansicht der Betriebsprüfung hinter diesem Geschäft nur ein Scheingeschäft zur Erlangung eines Vorsteuerabzuges stecken.

Steuerlich wird der ganze Geschäftsfall nicht anerkannt.

Auswirkung:

| | |
|----------------|---------------|
| Gewinn 1999 | + 30.202,92 S |
| Vorsteuer 1999 | - 70.000,00 S |

Gewerbebetrieb: Scheingeschäft

| | |
|----------------------|-----------------|
| Zeitraum | 1.1.-31.12.1999 |
| | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | -30.202,92 |
| Nach Betriebsprüfung | 0,00 |
| Differenz | 30.202,92 |

Steuerliche Auswirkungen

| | |
|---|------------|
| Zeitraum | 1999 |
| | ATS |
| Umsatzsteuer: | |
| [060] Vorsteuern (ohne EUSt) – Scheingeschäft | -70.000,00 |

Berufung:

Der Kontakt zu Herrn Mx. von der Fa. N.GmbH kam über Herrn Mag. WA (siehe Tz 7) zustande. Beide sind gut befreundet gewesen; nach ursprünglichen Überlegungen der Bw. wollte diese mit beiden Betrieben eine gemeinsame Medienplattform errichten, weil die Geschäftsideen durchaus vernünftig und interessant waren.

Da der N.-Verl. aber im buchstäblichen Sinne in Notlage gewesen war, hat Herr R.K. anlässlich eines Gespräches glaublich im Frühjahr 1999 mit Herrn Mx., dem Geschäftsführer der Fa. N.GmbH - den Kartenautomat besichtigt und hat ihn um den Betrag von 350.000 S netto erworben. Herr Mx. hat darauf bestanden, dass ein Teil bar übergeben werde und ein Teil auf das von ihm bekannt gegebene Konto. Dass diese Kontonummer ein Sparbuch ist, hat sich der Kenntnis der Bw. entzogen. Auf der Überweisung auf dieses Konto hat die Bw. als Empfänger N.-Verl. angeführt (siehe Beilage). Der Restbetrag auf den Rechnungsbetrag wurde an Herrn Mx. gegen Quittung in barem zugezählt. Die Quittung war auf der Eingangsrechnung angehängt und ist als Kassabarausgang bei der Bw. erfasst worden. Wieso diese Bestätigung in Verstoß geraten ist, entzieht sich unserer Kenntnis.

Festzuhalten ist, dass tatsächlich um den vereinbarten Preis der Selfcard-Automat an die Bw. geliefert und in weiterer Folge an die Firma P.D. veräußert worden sei. Bei erstem Anschein ergibt sich aus dem Verkaufspreis von 319.797,08 S ein Verlustgeschäft, doch muss dieses Geschäft im Zusammenhang mit der Lieferung von Wirtschaftskatalogen betrachtet werden, die der Bw. gratis von der WW KEG zur Verfügung gestellt wurden. Die Wirtschaftskataloge

wären um 15,000.000 Mio. Lira veräußert worden, weshalb sich insgesamt aus dem Geschäftsfall ein Gewinn für die Bw. ergeben hätte.

Die Bw. bestreitet daher jeglichen Scheingeschäftscharakter und stellt den Antrag, dass diese Teilziffer ersatzlos aufgehoben wird. Die Lieferung ist erfolgt. Laut dem beiliegenden Firmenbuchauszug wurde die Gesellschaft erst am 19. Februar 2003 amtswegig gelöscht.

Stellungnahme der Betriebsprüfung:

Zu diesem Punkt wird von der Bw. ausgeführt, dass der Kontakt zu Herrn Mx. von der Fa. N.GmbH über Herrn Mag. WA zustande gekommen sei. Da der N.-Verl. in Notlage war, ist der Kartenautomat besichtigt (glaublich im Frühjahr 1999), und schließlich um den Betrag von 350.000 S netto erworben worden. Herr Mx. habe darauf bestanden, einen Teil bar zu bekommen und den Rest auf das von ihm bekannt gegebene Konto zu bezahlen. Dass diese Kontonummer ein Sparbuch war, sei zu diesem Zeitpunkt nicht bekannt gewesen. Auf dem Überweisungsbeleg sei von der Bw. als Empfänger N.-Verl. angeführt worden. Der Restbetrag sei an Herrn Mx. gegen Quittung in barem zugezählt worden. Die Quittung sei auf der Eingangsrechnung angehängt und ist als Kassabarausgang erfasst worden. Diese Quittung sei allerdings in Verstoß geraten.

Der Selfcard-Automat sei in weiterer Folge an die italienische Firma P.D. veräußert worden und zwar um 319.797,08 S, was zu einem Verlustgeschäft führte. Dieses Geschäft sei allerdings in Zusammenhang mit dem Verkauf von Wirtschaftskatalogen zu betrachten, welche man ja gratis erhalten hatte und mit 15,000.000 Lira veräußern konnte, weshalb sich insgesamt ein Gewinn für die Bw. ergeben habe.

Von der Betriebsprüfung werde dazu wie folgt Stellung genommen:

Dass den Kontakt zur Firma N.GmbH (bzw. deren Geschäftsführer Mx.) durch Herrn Mag. WA hergestellt wurde, war bisher nicht bekannt, ist aber nicht von besonderer Bedeutung. Dass die Firma N.-Verl. in Besitz eines Selfcard-Automaten dieser Preisklasse war, erscheint allerdings unglaublich, da die Firma wie von der Bw. selbst angeführt, in Notlage gewesen ist. Bei einer Befragung eines Mitarbeiters der Fa. N.GmbH, nämlich Herrn U.C., welcher bis Mitte 1998 bei der Firma beschäftigt war, hat dieser ausgesagt, dass ein Gerät wie in den Internetseiten ersichtlich (gezeigt wurde ein Selfcard-Automat), welches Visitenkarten erzeugt, im Betrieb weder vorhanden war, noch gebraucht wurde. Visitenkarten sind über den Firmencomputer mit einem Word-Programm erstellt und gedruckt worden. Herr U. gab auch zu Bedenken, dass das Schriftbild der vorgelegten Rechnung (nämlich dieser über den Verkauf des Selfcard-Automaten) nicht typisch gewesen sei für die schriftliche Form des Schriftwechsels der Firma. Herr U. hat bei der Firma gekündigt, da er kein Gehalt mehr

erhalten hat. Auch Anrufe von verärgerten Kunden sind zu diesem Zeitpunkt die Regel gewesen.

Bei genauerer Betrachtung der Rechnung betreffend den Selfcard-Automaten fällt auf, dass sie mit derselben Schreibmaschine geschrieben wurde, mit der auch die Bw. ihre Ausgangsrechnungen schreiben würde. Auch das Erscheinungsbild der Rechnung deutet auf denselben Verfasser hin. Zusätzlich ist auch nicht glaubwürdig, dass die Fa. N.-Verl. sich den Selfcard-Automaten nach dem Abgang des Mitarbeiters namens U. noch angeschafft habe, da die Firma bereits offensichtlich in Notlage war und schon längere Zeit nicht mehr steuerehrlich aufgetreten ist. Diesbezügliche Angaben sind bereits im Betriebsprüfungsbericht enthalten.

Die Unglaubwürdigkeit der Durchführung eines von vornherein feststehenden Verlustgeschäftes kann durch die Angaben in der Berufung ebenfalls nicht erklärt werden. Ein enger Zusammenhang mit den Geschäften der Fa. WW KEG sei überhaupt nicht gegeben. Es besteht kein Grund zusätzlich ein Verlustgeschäft einzugehen. Warum ist der Selfcard-Automat um lediglich 319.717,08 S (= 45,000.000 Lire) an die Firma P.D. s.r.l. verkauft worden, wenn er 420.000 S (brutto) gekostet hat. Laut schriftlicher Stellungnahme von Herrn R.K. sei das Gerät neuwertig gewesen und hätte laut Beleg von Herrn Mx. einen Neupreis von 540.000 S.

Die Bezahlung des Selfcard-Automaten an die Fa. N.-Verl. ist ebenfalls zweifelhaft. Herrn R.K. sei zum Zeitpunkt der Befragung anscheinend ebenfalls nicht bewusst gewesen, dass die Überweisung auf ein Sparbuch ging. Mit Herrn R.K. ist im Zuge der Besprechung dieses Punktes vereinbart worden, dass das Prüfungsorgan mit ihm gemeinsam auf die Erste Bank gehen würde um diesbezügliche Erkundigungen einzuholen. Zu einer Terminvereinbarung ist es dann allerdings auf Grund telefonischer Unerreichbarkeit von Herrn R.K. nicht gekommen. Beim nächstfolgenden zustande gekommenen Telefongespräch hat Herr R.K. gesagt, dass er die Auskünfte bereits allein eingeholt hätte. Dass über den vollen (bzw. ganzen) Rechnungsbetrag kein Zahlungsnachweis vorhanden ist, sei ein weiteres Indiz für die Annahme eines Scheingeschäftes.

Über Vorhalt des unabhängigen Finanzsenates wurde von der Bw. folgende Unterlagen abverlangt: Vorlage des Sparbuchs der BANK Nr. 000, Bekanntgabe des Inhabers und Zahlungsnachweis des Restbetrages von 170.000 S.

Tz. 9 Werbeaufwand Fa. Radio-X

Betriebsprüfung:

Im Jahr 2000 wurde die Fattura Nr. 72/00 des italienischen Radiosenders Radio-X als Betriebsausgabe (210.000 S) geltend gemacht und 42.000 S als Vorsteuer in Abzug gebracht.

Laut Beantwortung der Anfrage des Finanzamts Graz-Stadt durch den steuerlichen Vertreter der Fa. Radio-X sei diese Rechnung nicht von der Fa. Radio-X ausgestellt worden.

Der Aufwand und die Vorsteuer sind deswegen nicht von der Betriebsprüfung anerkannt worden.

Dem Einwand von Herrn R.K., dass andere Firmen, welche er namhaft machte, ebensolche Rechnungen bekommen hätten, wurde der Betriebsprüfung nachgegangen. Laut Auskunft dieser Firmen hat niemand eine Rechnung der Fa. Radio-X mit USt-Ausweis bekommen.

Der Aufwand und die Vorsteuer wurden deshalb von der Betriebsprüfung nicht anerkannt.

Gewerbetrieb: nicht anerkannte Betriebsausgaben

| | |
|----------------------|-----------------|
| Zeitraum | 1.1.-31.12.2000 |
| | ATS |
| Vor Betriebsprüfung | -210.000,00 |
| Nach Betriebsprüfung | 0,00 |
| Differenz | 210.000,00 |

Steuerliche Auswirkungen

| | |
|--|------------|
| Zeitraum | 2000 |
| | ATS |
| <i>Umsatzsteuer:</i> | |
| [060] Vorsteuern (ohne EUSt) – unzulässiger Vorsteuerabzug | -42.000,00 |

Berufung:

Bezüglich der Umsatzsteuer wird nach rechtskundiger Beratung festgehalten, dass die Vorsteuer tatsächlich nicht zusteht; die steuerliche Auswirkung hinsichtlich der Umsatzsteuer in Höhe von 42.000 S wird von der Bw. außer Streit gestellt.

Der Geschäftspartner bei der Firma Radio X war Herr S., der auch das Geld in bar in Empfang genommen und quittiert hat.

Dem Prüfer wurden hinsichtlich des Leistungsinhaltes auch Tonbandaufnahmen von den ausgestrahlten Werbesendungen vorgeführt. Weiters war Herr R.K. auf Grund schlechter Erfahrungen schon so misstrauisch, dass er sich vorsorglich einen Wechsel von Herrn S. ausstellen ließ, weil die Zahlung für die Werbeeinschaltungen im Vorhinein erfolgen musste. Hiezu dürfen entsprechende Unterlagen und Korrespondenzen sowie eine Kopie des Blankowechsels vorgelegt werden.

Die Bw. stellt daher den Antrag, die geltend gemachten und überwiesenen Vorsteuern als Aufwand zu berücksichtigen.

Stellungnahme der Betriebsprüfung:

Betreffend die Eingangsrechnung von der italienischen Firma Radio X (mit Umsatzsteuerausweis) wird von der Bw. der Antrag gestellt, den Bruttoaufwand als Betriebsausgaben anzuerkennen. Die Nichtanerkennung der Vorsteuer wird akzeptiert. Als Beilagen wird ein Brief vom 24. November 1995 und ein Blankowechsel, der außer der Unterschrift von Herrn ST (offensichtlicher damaliger Inhaber der Fa. Radio X) keine weiteren Angaben enthält, angeführt. Das ist mit Sicherheit kein Zahlungsnachweis.

Da vom steuerlichen Vertreter der Fa. Radio X angegeben wurde, dass die vorgelegte Rechnung nicht vom Unternehmen ausgestellt wurde, erscheint es nicht glaubwürdig, dass trotzdem Zahlungen an die Fa. Radio X geleistet wurden. Ein geeigneter Nachweis darüber sei bisher nicht erbracht worden. Die strittige Rechnung der Fa. Radio X beinhaltet übrigens neben der Schaltung eines Werbespots (die Vorlage einer Audiokassette mit einem Werbespot sei kein Nachweis für die Ausstrahlung eines Werbespots) auch die Betreuung im Bereich Marketing, Repräsentation auf Fachmessen, Durchführung von Vorortaktivitäten und Promotionsaktivitäten. Über diese Tätigkeiten wurden keine Nachweise vorgebracht.

Aufgrund dieser Feststellungen wurde eine Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 303 Abs. 4 BAO für das Jahr 1998 durchgeführt und entsprechende Sachbescheide betreffend Umsatz- und Körperschaftsteuer für die Jahre 1998 bis 2000 erlassen.

Innerhalb offener Frist wurde seitens der Bw. Berufung erhoben gegen die Umsatzsteuerbescheide für die Jahre 1998 und 1999, Körperschaftsteuerbescheide für die Jahre 1998 bis 2000 sowie gegen die Haftungsbescheide für die Kapitalertragsteuerbescheide gemäß 95 Abs. 2 EStG 1988 für die Jahre 1998 und 1999.

Abschließend stellte die Bw. den Antrag auf Stattgabe der Berufung und beantragte für den Fall der Vorlage an die Berufungsbehörde II. Instanz (Unabhängiger Finanzsenat) die Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung vor dem Referenten.

Begründung:

1. Aufhebung der Bescheide wegen Verstoßes gegen Formalvorschriften der BAO

Einleitend wird betont, dass sich die Betriebsprüfung nicht aus Verzögerungstaktik seitens der Bw. oder der Geschäftsführer, sondern wegen zeitlicher Unterbrechungen seitens der Finanzverwaltung in die Länge gezogen hat. Während der Durchführung der Prüfung erfolgten immer wieder Besprechungen mit der steuerlichen Vertreterin bzw. mit den Organen der Bw. Hierin wurden einzelne Punkte erläutert und - aus der Sicht der Geschäftsführung als aufgeklärt betrachtet. Umso mehr verwundern einzelne Teilziffern der Betriebsprüfung, weil die Geschäftsführung im Glauben war, dass einige Fragestellungen (beispielsweise Punkt

Liefervertrag der Fa. bi an die Fa. X.) seitens der Betriebsprüfung außer Streit gestellt waren; augenscheinlich musste die Betriebsprüfung noch vor Jahresende aus Statistikgründen abgeschlossen werden, weshalb überstürzt die Berichtsausfertigung erfolgte.

Weiters weise das gesamte Verfahren erhebliche formalrechtliche Mängel auf, weil dem Grundsatz des Parteiengehörs (siehe § 115 BAO) ungenügend Rechnung getragen wurde. Die mannigfaltigen und vielfachen Beweisanbote seitens der Bw. seien teilweise negiert und teilweise gar nicht näher geprüft worden.

Das Prüfungsorgan habe die Geschäftsführung mehrmals mit Aussagen von Geschäftspartnern konfrontiert, welche anhand von Dokumenten, Unterlagen und Bestätigungen entkräftet werden sollen. Im Zweifel habe aber das Prüfungsorgan immer der „anderen Seite“ Glauben geschenkt und das Vorbringen der Bw. als Schutzbehauptung dargestellt. In Wirklichkeit handelte es sich um Schutzbehauptungen der Geschäftspartner, was anhand eines Beispiels illustriert werden darf:

Im Punkt „WW“ hatte Herr Mag. WA im Zuge seiner ersten Einvernahme bestätigt, dass er die Gelder empfangen habe. Diese Bestätigung lag der Bw. auch schriftlich vor. In einem weiteren Gespräch mit der Finanzverwaltung hat Herr Mag. WA diese Aussage widerrufen, weil ihm seitens der Finanzverwaltung negative steuerliche Konsequenzen „angedeutet“ wurden. Mit dieser widerrufenen Aussage hätten sich für die Bw. wiederum dramatische steuerliche Konsequenzen ergeben. Hintergrund des Widerrufes sei gewesen, dass Herr Mag. WA ein Schuldenregulierungsverfahren genehmigt erhalten hatte und die Finanzverwaltung eine Wiederaufnahme dieses Schuldenregulierungsverfahrens angedroht hatte. Mit dieser Drohung konfrontiert hat Herr Mag. WA seine Erstaussage (die auch tatsächlich richtig ist und anhand der Aktenlage auch dokumentiert werden kann) widerrufen. Nicht nur in Teilziffer WA ist die Bw. mit der unlauteren Arbeitsweise des Prüfers konfrontiert gewesen, sondern auch bei anderen strittigen Punkten sind entlastende Belege und Aussagen nicht gewürdigt, hingegen Belastungen von dubiosen „Zeugen“ als glaubwürdig anerkannt worden.

In der Anlage 1 wird ein Gedächtnisprotokoll von einer ehemaligen Angestellten der Bw., Frau E.H. beigelegt, aus welchem die Einstellung und die Arbeitsweise der Finanzverwaltung gegenüber der Bw. und deren Organen ersichtlich ist. Die Bw. ersucht daher bereits im Vorfeld, dass sich die nunmehr zuständigen Personen der Finanzverwaltung in ihrer Entscheidungsfindung von objektiven Tatsachen und nicht von subjektiven Beeinflussungen leiten lassen.

Hiezu ist auch zu berichten, dass Herr R.K. - wegen einer Frauenbekanntschaft - einen „Todfeind“ in der Kriminalabteilung Niederösterreich habe, der laufend bei diversen

Bezirkshauptmannschaften und Gerichten anonyme Anzeigen erstattet hat, die jedoch allesamt eingestellt wurden.

Bezeichnend sind auch die Verfolgungshandlungen des Bezirksinspektors Wx. gegen die Person des Herrn R.K., der keine Gelegenheit ausließ, um Herrn R.K. - mit aktenwidrigen und haltlosen Anschuldigungen - zu verfolgen. Beispielsweise habe er mit Datum 12. Juli 2000 eine Sachverhaltsdarstellung verfasst, die er auf Briefpapier des Landesgendarmeriekommmandos für Niederösterreich, Kriminalabteilung, Gruppe Wirtschaftskriminalität an die Staatsanwaltschaft Wien und eine Kopie an das FA, Einbringungsstelle, z. Hd. Herrn ADir. Bx., in Kopie übermittelt hat.

Die Staatsanwaltschaft habe diese Anzeige zur Gänze eingestellt; mittlerweile seien auch alle gegen Herrn R.K. bisher im Laufen gewesenen Anzeigen von der Staatsanwaltschaft eingestellt worden. Was an dieser Anzeige weiters befremdlich ist, war der Umstand, dass eine Kopie an die Einbringungsstelle übermittelt wurde. Hiezu ist noch mitzuteilen, dass mehrmals Herr Bezirksinspektor Wx. mit ADir. Bx. ehemalige Mitarbeiter von Herr R.K. einvernommen und zum Teil massiv eingeschüchtert hat. Hier erhebt sich überhaupt die Frage, ob Herr ADir. Bx., der Leiter der Einbringungsstelle ist, hiefür überhaupt befugt war. Beide Personen haben Herrn R.K. auch in der Haftanstalt Simmering heimgesucht und wollten ihn einvernehmen. Über Veranlassung des Rechtsanwaltes Dr. M.D. und des Anstaltsleiters wurde ihnen der Zutritt ohne gerichtlichen Auftrag verweigert. Auf Befragen des Anwaltes konnten die beiden Personen weder einen Tatbestand aufzeigen noch eine Aktenzahl des Verfahrens nennen, das gegen Herrn R.K. laufen sollte. Ursache für die Verfolgungshandlungen von Bezirksinspektor Wx. dürften eher private Gründe gewesen sein, weil Herr R.K. und Herr Wx. im Jahr 1995 eine gemeinsame Bekannte hatten.

2. Aufhebung der Bescheide wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes

Im Sinne einer Systematik werden nicht die einzelnen Jahresbeanstandungen behandelt, sondern gemäß der Teilziffernfolge im Betriebsprüfungsbericht die Feststellungen, die Gegenäußerung der Bw. und die Begründung dargestellt. Die diesbezüglichen begründenden Ausführungen wurden bei den entsprechenden Tz der Feststellungen des Betriebsprüfers angefügt.

Die Bw. ersucht um Stattgabe der Berufung gemäß ihren Ausführungen mit folgenden Abgaben:

| | | |
|-------------------------------|------------|------------|
| Kapitalertragsteuer 1-12/1998 | | 2.325,53 € |
| Kapitalertragsteuer 1-12/1999 | | 377,93 € |
| Umsatzsteuer 1998 | | |
| Nachzahlung auf Grund der BP | 7.678,61 € | |

| | | | |
|--|----------|-------------|--|
| Anerkennung der Tz 4 | | | |
| (Vorsteuer Telefon ATS 1.326,97) | -96,43 € | 7.582,18 € | |
| Umsatzsteuer 1999 | | 27.192,72 € | |
| Umsatzsteuer 2000 | | 3.520,19 € | |
| Körperschaftsteuer 1998 | | 10.132,34 € | |
| Körperschaftsteuer 2000 | | 493,38 € | |
| Anspruchszinsen 2000 | | 63,37 € | |
| Säumniszuschlag 2000 (für Umsatzsteuer 1999) | | 543,85 € | |
| Säumniszuschlag 2004 (für Körperschaftsteuer 1998) | | 202,65 € | |
| | | 52.434,11 € | |

Stellungnahme der Betriebsprüfung zur Berufung:

ad 1.) Aufhebung der Bescheide wegen Verstoßes gegen Formalvorschriften der BAO

Unter diesem Titel wird seitens des Bw. vorgebracht, dass das gesamte Verfahren erhebliche formalrechtliche Mängel aufweise, da dem Grundsatz des Parteiengehörs ungenügend Rechnung getragen worden sei. Begründet wird diese Feststellung dadurch, dass die mannigfaltigen und vielfachen Beweisanbote seitens der geprüften Gesellschaft teilweise negiert und teilweise gar nicht näher geprüft worden seien.

Weiters hätte das Prüfungsorgan die Geschäftsführung der Bw. mehrmals mit Aussagen von Geschäftspartnern konfrontiert, welche seitens der Bw. anhand von Dokumenten, Unterlagen und Bestätigungen bereits entkräftet worden seien. Im Zweifel hätte das Prüfungsorgan aber immer der "anderen Seite" Glauben geschenkt. Nicht die Aussagen der Bw. seien Schutzbehauptungen, sondern die Aussagen der Geschäftspartner seien solche.

Als Beispiel dazu wird die Einvernahme des Herrn Mag. WA angeführt. Im Punkt "WW" hätte Herr Mag. WA im Zuge seiner ersten Einvernahme bestätigt, dass er die Gelder empfangen hätte. Diese Bestätigung lag der Betriebsprüfung auch schriftlich vor. Ein Widerruf dieser Aussage sei erst in einem weiteren Gespräch mit der Finanzverwaltung erfolgt, weil ihm seitens der Finanzverwaltung negative steuerliche Konsequenzen "angedeutet" worden seien. Weiters wird erwähnt, dass die Finanzverwaltung eine Wiederaufnahme des Schuldenregulierungsverfahrens betreffend Herrn Mag. WA "angedroht" hätte, und der Widerruf erst anlässlich der Drohung erfolgte. Dies sei eine unlautere Arbeitsweise des Prüfers, ebenso wie bei anderen strittigen Punkten entlastende Belege und Aussagen nicht gewürdigt, hingegen Belastungen von dubiosen "Zeugen" als glaubwürdig anerkannt wurden (eine Aufzählung, welcher der Zeugen dubios sei, fehle der Berufung).

Weiters wird unter Punkt 1 auf ein Gedächtnisprotokoll von einer ehemaligen Angestellten der Bw., nämlich Frau E.H. verwiesen, aus welchem die Einstellung und die Arbeitsweise der Finanzverwaltung hervorgehen. Außerdem wird Herr Bezirksinspektor Wx. vom

Landesgendarmeriekommando für Ö als "Todfeind" von Herrn R.K. bezeichnet (auf Grund einer Frauenbekanntschaft), welcher eine Sachverhaltsdarstellung verfasst habe und unter anderem auch an das Finanzamt für den x, Einbringungsstelle, z.Hd. Herrn ADir. Bx. übermittelte. Daraufhin seien vom Herrn Bezirksinspektor Wx. gemeinsam mit Herrn ADir. Bx. ehemalige Mitarbeiter von Herrn R.K. einvernommen und zum Teil massiv eingeschüchtert worden. Diese zwei Personen hätten auch versucht Herrn R.K. in der Haftanstalt Simmering einzuherrschen, was vom Anstaltsleiter auf Grund Einschreitens des Rechtsanwaltes Dr. M.D. allerdings verwehrt worden sei.

Dazu wird seitens der Betriebsprüfung wie folgt Stellung genommen.

Ein Verstoß gegen die Formalvorschriften der BAO, im Speziellen ein Verstoß gegen den Grundsatz des Parteiengehörs gemäß § 115 BAO liege mit Sicherheit nicht vor, da den Organen der Bw. ausreichend Gelegenheit zur Äußerung zu behördlichen Sachverhaltsannahmen, sowie zur Kenntnisnahme der Ergebnisse des Beweisverfahrens und zur Stellungnahme hiezu gegeben wurde. Das sei schon allein durch die vielen Besprechungstermine (bei denen Herr R.K. und teilweise auch Herr D. teilgenommen haben), bei denen immer wieder der aktuelle Stand der Betriebsprüfung nicht nur mündlich, sondern teilweise auch schriftlich unter Anführung der steuerlichen Konsequenzen bei Nichtaufklärung der strittigen Punkte, zur Kenntnis gebracht und diskutiert wurde, nicht möglich. Die zeitlichen Unterbrechungen zwischen den Besprechungsterminen hätten im Wesentlichen dazu gedient, der Bw. ausreichend Zeit für ihre Beweisführung zu geben, stehe also im direkten Zusammenhang mit der Wahrung des Parteiengehörs. Bei den Besprechungsterminen sind allerdings von Herrn R.K. immer wieder neue Behauptungen aufgestellt worden, die eine genauere Überprüfung bzw. zusätzliche Beweisführung erforderlich gemacht haben. Auf die Teilnahme bei der Schlussbesprechung habe Herr R.K. freiwillig und ohne Ankündigung verzichtet. Der Schlussbesprechungstermin ist also lediglich von der damaligen steuerlichen Vertretung wahrgenommen worden. Während des Wartens auf das Eintreffen von Herrn R.K. habe dieser angerufen, und teilte seinen Verzicht auf Teilnahme mit. Aus diesen Gründen ist es sicher unzutreffend, dass das Parteiengehör nicht gewahrt worden sei, vielmehr ist von Herrn R.K. persönlich auf das Parteiengehör (zumindest was die Schlussbesprechung betrifft) verzichtet worden. Nichtsdestotrotz sei das Parteiengehör gegenüber der steuerlichen Vertreterin der Bw. sehr wohl gewahrt worden.

Welche mannigfaltigen und vielfältigen Beweisanbote teilweise negiert und teilweise nicht näher geprüft worden seien, ist der Berufung nicht klar zu entnehmen, weshalb dazu nicht Stellung genommen werden kann.

Das die Betriebsprüfung aus Statistikgründen noch vor Jahresende (2004) abgeschlossen

werden hätte müssen, ist absolut unrichtig, ebenso wie das die Berichtsaufstellung überstürzt erfolgte, da zwischen Schlussbesprechung und Berichtsaufstellung die unüblich lange Zeitspanne von fast eineinhalb Monaten liegt.

Dass das Prüfungsorgan im Zweifel immer der "anderen Seite" Glauben geschenkt hätte, hat mit der Wahrung des Parteiengehörs an und für sich nichts zu tun, festzuhalten ist dazu lediglich, dass die Argumente der "anderen Seite" plausibler erschienen als die von Herrn R.K. vorgebrachten Darstellungen, welche durch Dokumente, Unterlagen und Bestätigen nicht ausreichend untermauert werden konnten.

Zum angeführten Punkt der unlauteren Arbeitsweise des Prüfers betreffend die Fa. WW KEG ist die Darstellung in der Berufung unrichtig.

Abgesehen davon, dass Herrn Mag. WA in keiner Weise "gedroht" worden sei, habe Herr WA in seiner ersten Einvernahme bestätigt, dass er keine Gelder empfangen habe. Bei dieser ersten Einvernahme, durchgeführt am 4. Dezember 2003 wurde Herrn Mag. WA nicht gesagt, weshalb er befragt werde. Er schilderte also absolut unbefangen.

Diese Aussage wurde auch nie widerrufen. Im Gegenteil, bei einer zweiten Einvernahme, nämlich am 19. Februar 2004, wiederholte Herr Mag. WA, dass er von Herrn R.K. kein Geld bekommen hätte. Auf Grund dieser Aussagen könne wohl von unlauterer Vorgangsweise nicht gesprochen werden.

Es scheint eher von Seiten des Herrn R.K. Druck auf Herrn Mag. WA ausgeübt worden zu sein, da dieser angab, dass er Angst vor Herrn R.K. habe und von ihm mit Anrufen "bombardiert" werde.

Betreffend des in Anlage 1 der Berufung enthaltenen Gedächtnisprotokolls von Frau E.H. könne bezüglich des der Berufung zu Grunde liegenden Betriebsprüfungsverfahrens kein Argument abgeleitet werden, da weder Herr Wx. noch Herr Bx. irgendeinen Einfluss auf das Verfahren hatten. Die "Todfeindschaft" des Herrn Wx. wegen einer Frauenbekanntschaft war bis dato nicht bekannt, sei aber wie erwähnt ohnedies irrelevant.

Nachbringen von Beweismitteln

Am 13. September 2005 wurde von der Bw. ein Schreiben dem Finanzamt übergeben, dem in der Anlage 113 Kopien beigelegt wurden, denen nach Ansicht der Bw. keine bzw. zu wenig Bedeutung beigemessen wurden. Zum Beispiel Wirtschaftskatalog; Herr V (gemeint Herr WA) behauptete keine Geschäfte mit der Bw. gemacht zu haben (Aufträge, Auftragsbestätigungen, Lieferscheine, Zahlungen), Tommelsiebmaschine gekauft ohne Förderbänder, verkauft mit Förderbänder usw., Umbauarbeiten in der v Fa. G-OEG, selbe Vorgangsweise, keine Tätigkeiten (Zeuge AK), siehe beiliegende Auftragsbestätigung der Fa. G-OEG.

Hinsichtlich der o.a. Unterlagen hat die Betriebsprüfung wie folgt Stellung genommen:

1. Weder von Herrn Mag. WA noch von der Betriebsprüfung ist behauptet worden, dass mit der Bw. keine Geschäfte getätigt wurden. Es wurde lediglich von Herrn Mag. WA behauptet, dass er dafür kein Geld bekommen hätte. Seitens der Betriebsprüfung wurde sogar ein aliquoter Betrag anerkannt.
2. Der Kauf der Förderbänder wurde von der Betriebsprüfung nicht anerkannt, da die diesbezügliche Eingangsrechnung von einer Firma aus dem Einflussbereich des Herrn Mag. D. stammen würde, welche zum Zeitpunkt der Rechnungsausstellung längst illiquid gewesen war, und ihrerseits niemals diese Förderbänder buchhalterisch erfasst hatte und außerdem der gesamte Geschäftsfall unglaublich erscheine.
3. Es sei auch von der Fa. G-OEG (und auch von der Betriebsprüfung) nie behauptet worden, dass keine Tätigkeit ausgeübt wurde. Lediglich bei den Zahlungen habe es differierende Aussagen gegeben.

Stellungnahme zu den Kopien:

Die vorgelegten 113 (davon seien etliche – Seiten doppelt und mehrfach kopiert) Kopien wurden zum großen Teil bereits im Betriebsprüfungsverfahren bzw. im Zuge der Berufung vorgelegt. Ein nicht unwesentlicher Teil sei absolut unbedeutend (insbesondere die vielen Notariatsakten betreffend Änderung der Gesellschaftsform, der Beteiligungen etc. der Fa. WW KEG bzw. F Trading).

Neu seien:

1. Eine eidesstattliche („eidesstättige“) Erklärung von AS (*„.... laut Erinnerung hatten wir mit der Fa. bi bereits erfolgreich Geschäfte abgewickelt,...“*) bezüglich der Abtretung des Liefervertrages der Fa. bi.

Diese Erklärung würde allerdings keine präzisen Angaben enthalten. Auch sind keine Unterlagen beigelegt, die diese Erklärung untermauern würden.

Auffallend ist außerdem, dass die Unterschrift des AS auf der eidesstattlichen Erklärung anders ausschaut als die Unterschriften auf den Rechnungen. Die eidesstattliche Erklärung liegt nur in Kopie vor.

2. Bestätigung der Fa. WW KEG (datiert mit 18. März 1999) über das Storno der Rechnung 9900466 vom 29. Dezember 1999

Damit ist klar, dass die Vorsteuer nicht anzuerkennen wäre, wie von der Betriebsprüfung ohnedies festgestellt worden sei. Die Rechnung ist ja bereits 9 Monate vor Ausstellung storniert worden.

Anzumerken ist dazu allerdings, dass das Ausstellungsdatum der obgenannten Rechnung von 99 auf 98 ausgebessert wurde (nicht aber die Rechnungsnummer). Eine nachgereichte Kopie ist übrigens ein Lieferschein zur Rechnung 9900466.

Dieser beinhaltet die Lieferung von 11.000 Stück Wirtschaftskatalogen, von diesen ist auf der Rechnung selbst nichts zu finden. Der Lieferschein ist interesseranterweise auch nur von der Bw. unterfertigt, nicht aber von der Fa. WW KEG.

Vertreterwechsel

Mit Schreiben vom 7. Juni 2010, eingelangt am 14. Juni 2010 teilte R.B. , als Vertreter der Bw. mit, dass er sich bis Mitte September 2010 im Ausland aufhalte und folglich als Geschäftsführer der Bw. den Termin nicht einhalten könne.

Er wies in diesem Schreiben ausdrücklich darauf hin, dass in Vertreterwechsel stattgefunden habe. Ursprünglich wurde die Bw. durch die Kanzlei zz vertreten und nun durch Dr. E eine ausführliche Stellungnahme unter Anchluss der Unterlagen erstattet. In der Folge wurde die Bw. durch Dr.XY vertreten. Er habe sämtliche Unterlagen oder Verträge bei den genannten Vertretern abgegeben und sei daher nicht mehr im Besitz irgendwelcher Unterlagen. In diesem Schreiben ersuchte er um Akteneinsicht für den aktuellen Vertreter, da er keine Unterlagen mehr besitze. Weiters ersuchte er – sofern sein persönliches Erscheinen erforderlich sei – den neuen Verhandlungstermin nach dem 15. September 2010 anzuberaumen.

Beigelegt wurde folgende Stellungnahme:

1. Allgemeines

Zunächst wird auf die handelsrechtlich bestehenden Verantwortlichkeiten, welche sich aus dem historischen Firmenbuchauszug FN 12345a des HG Wien ergeben.

Demnach war für den Zeitraum seit 19. März 1999 bis zum 13. Februar 2002 zeichnungsberechtigte Geschäftsführerin der Gesellschaft BD, geboren am 1.1.0000.

Erst seit dem 14. Februar 2002 war H Geschäftsführerin, er selbst war seit den 8. November 2004 Geschäftsführer.

Sämtliche im zeitlichen Bereich 19. März 1999 bis zum 13. Februar 2002 angefallenen Geschäftsfälle, geschäftlichen Aktivitäten der Gesellschaft und die damit zusammenhängenden steuerlichen Vorgänge fallen somit in die ausschließliche Verantwortung und Zuständigkeit von BD.

BD wurde weder seitens der anschließend tätig gewordenen TAH, noch seitens der Gesellschafterin entlastet.

Seitens der Geschäftsführerin BD, wie auch deren generalbevollmächtigten Ehegatte, Mag. R.D. wurde mehrfach versichert, dass alle in deren Verantwortungsbereich getätigten gewesenen Geschäfte ordnungsgemäß und allen gesetzlichen Bestimmungen entsprechend abgewickelt, auch buchhalterisch erfasst und erledigt worden seien. Betreffend verschiedenen Unterlagen, welche sich in der Folge als fehlend erwiesen haben, wurde seitens der Ehegatten D. versichert, dass diese nachgereicht werden.

In diesem Sinne wurden die Buchhaltungsunterlagen zunächst gar nicht übergeben und haben H und – in der Folge – auch er in gutem Glauben an diese Zusagen und Versicherungen angenommen, dass die Dinge diesbezüglich auch mit rechten Dingen zugegangen seien.

In der Folge wurde die Firma zz – Dr. E als steuerliche Vertretung tätig. Er habe im gegenständlichen Zusammenhang auch zu sämtlichen Vorhalten und Fragen seitens des Finanzamtes bereits ausführlich und unter der Vorlage von diversen Unterlagen, - soweit solche zur Verfügung standen – Stellung genommen.

Sämtliche Angaben und Aussagen seien schriftlich protokolliert worden und müssten in den entsprechenden Akten nachvollziehbar aufliegen.

Tz 1: Darlehen B./F.

Der Entsprechende Kreditvertrag sei bereits vor mehreren Jahren dem Finanzamt vorgelegt worden. Er habe die aktuellen Fragestellungen zum Anlass genommen, schriftlich von der B.L.C., *F. aktuelle Informationen anzufordern und lege zum Nachweis eine Kopie dieses Schreiben der Stellungnahme bei.

All jene Unterlagen, die im Bezug zur Bw. gestanden haben, seien bereits vorgelegt worden.
Ebenso wurde die Rechnung G beigebracht.

Tz 2: Ablöse Liefervertrag bi

Die Unterlagen lägen dem Finanzamt bereits vor.

Tz 3: Kauf Förderbänder

Es gelten die gleichen Ausführungen wie oben. Geschäftsführender Gesellschafter der Fa. C. war im Übrigen Mag. R.D.

Tz 5: bauliche Investitionen

Seitens Mag. R.D. wurde bekannt gegeben, dass diese Klage eingebracht worden sei.

Tatsächlich habe sich erst später herausgestellt, dass dies nicht der Fall war.

Tz 6: Eingangsrechnung K.AG

Zum damaligen Zeitpunkt war Vorstand dieser AG Mag. R.D.. Es wird der Antrag gestellt, Mag. R.D. zu diesem Thema zu befragen. Erinnerlich ist, dass die Ware ordnungsgemäß geliefert und in der Buchhaltung ein Ersatzbeleg vorgefunden wurde. Mag. R.D. habe angegeben, dass die Originalunterlagen bei einem Hochwasser abhanden gekommen seien.

Tz 7: Handel mit Wirtschaftskatalogen

Dieser Sachverhalt ist bereits aus verschiedenen Anlässen mehrfach und umfassend erörtert und untersucht worden. Unter anderem liegen Sachverständigengutachten von Mag. xx und Dr. xy im Rahmen eines gerichtlichen Strafverfahrens vor und sind diese Umstände vom zuständigen Finanzamt bereits geprüft worden. Alle vorhandenen Unterlagen, z.B. Lieferscheine sind bereits vorgelegt worden. Die Bezahlung erfolgte damals mittels Barschecks, deren Einlösung und somit Zahlungsflüsse auch nachvollziehbar seien.

Tz 8: Handel mit Selfcard-Automat

Der zugehörige Abwicklungsvorgang sei bereits vollständig offen gelegt worden. Es sei eine Anzahlung in bar erfolgt, der Restbetrag sei laut den Vorgaben der Verkäuferseite auf ein Konto bei der X-Bank überwiesen worden.

Nachdem sich auf Grund von Recherchen des ermittelnden Finanzamtes ergeben hat, dass es sich dabei allerdings um ein Inhabersparbuch gehandelt habe, sei er gemeinsam mit dem Beamten zur Bank gegangen. Der zuständige Bankangestellte habe aber diesem gegenüber Auskünfte über den Inhaber verweigert, dies unter Berufung auf das Bankgeheimnis.

Der Inhalt dieser Stellungnahme wird somit zur Aussage erhoben. Er könne beim besten Willen nicht mehr dazu angeben.

In der am 17. Juni 2010 abgehaltenen Berufungsverhandlung wurde ergänzend ausgeführt:

Dieses Schreiben wird zwecks Wahrung des Parteiengehörs dem Vertreter des Finanzamtes und dem steuerlichen Vertreter vorgelegt, ebenso eine Sachverhaltsdarstellung des unabhängigen Finanzsenat (= Entwurf vom 17. Juni 2010) des gegenständlichen Verfahrens.

Der steuerliche Vertreter legt dem Unabhängigen Finanzsenat eine Bescheinigung über die Ortsabwesenheit des Herrn R.B. in der Zeit vom 17. Juni 2010 bis 15. September 2010 vor.

Befragt, hinsichtlich der Tatsache, dass das Schreiben in Wien am 9. Juni 2010 bei der Post aufgegeben wurde, gibt der steuerliche Vertreter zu Protokoll, dass es jederzeit möglich sei, ein Schreiben an eine andere Person zu schicken, die den Brief dann in Österreich aufgabe.

Der steuerliche Vertreter ersucht ausdrücklich, da es sich um einen komplizierten Sachverhalt handle, viele Unterlagen erst aufgearbeitet werden müssen, (Steuerberaterwechsel verursacht durch Krankheit des Steuerberaters) und Herr R.B., der Geschäftsführer zum damaligen Zeitpunkt der Bw. war, und nur er zu den einzelnen Punkten Aufklärung geben könne, um eine Terminverlegung auf den September.

Befragt auf den Termin (Terminverlegung), meint der steuerliche Vertreter, dass 14 Tage nach Rückkehr von Herrn R.B. ausreichend wären. Vereinbart wird, dass die Verhandlung verlegt wird, voraussichtlich auf die Kalenderwoche 40/41.

Der Betriebsprüfer gibt zu Protokoll, nach Kenntnisnahme des Schreibens des Herrn R.B., dass zu **Pkt. g) TZ 8 „... bin ich gemeinsam mit dem Beamten zur Bank gegangen“**, stimmt nicht. Der Betriebsprüfer war mit Herrn R.B. nicht bei der Bank.

Mit Schreiben vom 20. September 2010 beantragte der steuerliche Vertreter der Bw. die Ladung folgender Personen:

BD, 1111

Mag. R.D., 1111

Dr. KP, 2222

Dr. b E, 3333

Weiters wurde eine Auflistung der persönlichen Daten des Herrn R.B. vorgelegt.

In der auf den 14. Oktober 2010 vertagten und abgehaltenen Berufungsverhandlung wurde ergänzend ausgeführt:

R.B. ist seit Mai 2004 verheiratet, aber getrennt lebend. Die Gattin heißt TK, geb. P, geschiedene TH. Vor der Heirat im Jahr 2004 war JZ seine Lebensgefährtin.

Davor war R.B. mit HK verheiratet. Aus dieser Ehe ging ein Kind namens SK, geb. Oktober 1979 hervor.

Zur Beziehung zu BD und Mag. R.D. befragt, gibt R.B. zu Protokoll:

Mag. R.D. kenne ich noch aus meiner früheren Tätigkeit aus dem Jahre 1992, 1993, 1994. Er hat bei der Volksbank AG gearbeitet. BD habe ich über ihren Gatten kennen gelernt.

Zur Beziehung zu E.H. befragt:

E.H. war eine Angestellte von mir. Die haben wir von der Fa. WW KEG übernommen.

Zur Beziehung zu AS befragt:

AS ist der Gründer von T., ich kenne ihn aus der Ex-Rechtsanwaltskanzlei FW. Er war dort Klient.

Zu seinem ständigen Aufenthaltsort (USA – Österreich) befragt:

Seit dem Tod meines Vaters lebe ich hauptsächlich in Österreich.

Tz 1: Darlehen B./F.

Hierzu führt R.B. folgendes ergänzend aus: Die Yacht gehörte der B.L.C. in *F., die alle Aufwendungen für dieses Boot getätigt hat. Die Bw. brauchte Geld, da wurde beschlossen, dass die B.L.C. ein Darlehen gewährt (die Yacht stand im Eigentum der amerikanischen Gesellschaft). Die amerikanische Gesellschaft hat die Papiere der Yacht der Bw. ausgehändigt und es wurde ein Darlehensbetrag von 1,600.000 S vereinbart. Die Bw. hat einen Käufer gefunden, Herrn G. und akzeptierte einen Betrag von 1,600.000 S. Die Bezahlung des Kaufpreises erfolgte: 800.000 S in bar an die B.L.C. (ausgehändigt wurde das Geld an mich und Herrn Mag. R.D.) für den Restbetrag von 800.000 S wurde eine gebrauchte Doppeltrommelsiebanlage „Typ VM 2000“ angekauft.

Über Befragen des Betriebsprüfers hinsichtlich des Zahlungsflusses gibt R.B. an:

Wir haben das Geld während einer Hausmesse bei Herrn G. in Kärnten übernommen. Ich habe in Wien Erlagscheine einbezahlt. Den Rest habe ich bar in die Bw. eingelegt.

Auf Befragen der Referentin, gibt Herr B. zu Protokoll, dass das Darlehen bis jetzt nicht zurückbezahlt worden ist. Das Darlehen hätte durch einen effektiven Verkauf der A bezahlt werden sollen.

Auf Befragen des Betriebsprüfers antwortet R.B.: Die in der Buchhaltung aufscheinenden Beträge wurden verbucht unter dem Titel „B.L.C. *F.“ auf, auf den dazu gehörigen Belegen findet sich ein handschriftlicher Vermerk: Einlage.

Das Konto mit der Nr. 1234 nennt sich „Darlehen B.L.C.“ mit einer Einlage im Jahr 1998 mit 350.000 S und im Jahr 1999 mit 12 Einlagen, die kleinste 10.000 S und die größte Einlage mit 760.000 S, damit ergibt sich ein Kontostand im Jahr 1999 von 1.818.397,53 S und im Jahr 2000 in Höhe von 2.025.558,69 S. Die Siebmaschine wurde um ca. 200.000 ATS verkauft.

Amerikanische Steuererklärungen wurden nicht vorgelegt.

Befragt auf die amerikanische Gesellschaft, gibt R.B. zu Protokoll: Ich weiß nicht mehr über diese Gesellschaft. Ich war bis 2004 Vizepräsident der amerikanischen Gesellschaft. Präsident war MF und ein gewisser Herr BO.

Der Vertreter des Finanzamtes weist darauf hin, dass der Darlehensvertrag am 2. Dezember 1998 geschlossen wurde und der Verkauf der Yacht aber bereits am 2. April 1998 stattgefunden hat.

R.B. gibt zu Protokoll, dass der Vertrag an diesem Datum finalisiert wurde. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages war er Vizepräsident der Gesellschaft.

a) Wurde Darlehen im Jahr 1998 an die amerikanische Gesellschaft zurückbezahlt, Zinsen?

Das Darlehen wurde bis dato noch nicht zurück bezahlt. Es ist alles ausgesetzt. Die Bw. verfügt nicht über ausreichende Mittel um das Darlehen zurückzubezahlen.

R.B. war heuer in Amerika um eine Sondervereinbarung betreffend die Rückzahlung des Darlehens zu erzielen. Es wird jedoch zugewartet bis dieses österreichische Verfahren abgeschlossen ist. Die Gespräche wurden mit Herrn MF geführt.

Auf Anraten des steuerlichen Vertreters wird der Zeuge Mag. R.D. der Verhandlung um 12.10 Uhr zugezogen.

Mag. R.D. wohnt dem Verfahren als Zeuge bei und unterliegt der Wahrheitspflicht, ausgewiesen durch einen Pass Nr. 00000.

Ich habe die Verhandlungen im Jahre 1998, anfangs Februar, bezüglich eines Bootes geführt. Bezahlung: 800.000 S in bar und der zweite Teil (800.000 S) wurde durch eine Siebmaschine beglichen.

Eine neue Maschine kostet 2,200.000 S . Daraufhin haben wir gemeint, dass der Preis mit 800.000 S angemessen ist.

Ich habe die Verhandlungen hinsichtlich dieses Geschäftes geführt.

Über Befragen des Vertreters des Finanzamtes, wann die 800.000 S in bar bezahlt wurden, antwortet dieser, dass er sich nicht mehr genau an das Datum erinnern kann.

Der Zeitpunkt der Geldübergabe war im Herbst 1998. Ich habe die Rechnung betreffend die Trommelsiebmaschine nie gesehen.

Tz 2: Ablöse Liefervertrag bi

Wurden Geschäfte aus dem Liefervertrag mit der Fa. bi von der Bw. durchgeführt, wenn ja, in welcher Höhe?

Seitens der Fa. X. wurden Lieferungen für die Fa. bi in der Aktivzeit der X. durchgeführt. Gesprächspartner bei der Fa. bi war Frau F.. Es war ein Tranchengeschäft, welche seitens seitens der Fa. bi lukriert wurde. Bei der Fa. X. wurden ca. 3 bis 4 Lieferungen pro Jahr durchgeführt. Abgelöst wurde dieser Vertrag, weil keine Kontakte zu Frau F. mehr bestanden und der Liquidator (A.S.) der Fa. X. eine Ablöse verlangte, weil er sonst keine Unterlagen von Herrn A.S. bekommen würde.

Der steuerliche Vertreter der Bw. fragt den Betriebsprüfer, ob er im Zuge der Betriebsprüfung Kontakt mit Herrn A.S. aufgenommen hat, dieser verneint die Frage.

Die Zeugeneinvernahme mit Herrn A.S. zu diesem Sachverhalt wird beantragt, die Adresse wird innerhalb von 14 Tagen bekannt gegeben.

Der steuerliche Vertreter gibt zu Protokoll, dass der Notar nicht beurkundet hat, dass der Vertrag um einen Schilling verkauft wird, sondern es handelt sich um einen Bewertungsmaßstab, für die Berechnung des Honorars.

Tz 3: Kauf Förderbänder

Mag. R.D. gibt zu Protokoll, dass er immer bei der Fa. C.GmbH tätig war, aber nicht immer als Geschäftsführer. Die Rechnung wurde mit 30. November ausgestellt. Die Ware war in Form von geringwertigen Wirtschaftsgütern da. Diese wurden dann nach Villach geliefert, an den

Lagerplatz zu Herrn G.. Die Förderbänder waren abgenutzt und daher hat man neue Förderbänder montieren müssen.

Mag. R.D. wollte mit diesen wertvollen Kleinteilen den Zwangsausgleich finanzieren. Die Masseverwalterin sei darauf nicht eingestiegen. Die Einzelteile waren nichts wert. Ich wusste aber, wenn diese Teile zusammengebaut werden, haben sie einen großen Wert. Die Masseverwalterin hat mir das nicht geglaubt. Ein Herr Lx. hat die o.a. angeführten Teile zusammengebaut.

Befragt auf den Begriff „Inventar“, gibt Herr Mag. R.D. zu Protokoll, dass er damit Dinge versteht, die dem Betrieb dienen. Die Kleinteile waren unter geringfügigen Wirtschaftsgütern verbucht.

Der steuerliche Vertreter befragt auf eine eventuelle Gutachtertätigkeit in einem Verfahren des Herrn R.B., gibt dieser zu Protokoll, dass er im Zusammenhang mit der Fa. X.-Hof als Privatgutachter agierte.

Hinsichtlich des Nachweises des Zahlungsflusses der Eingangsrechnung von der Fa. C.GmbH und der Vermietung der Schredderanlage (Verträge, Rechnungen und Zahlungsbelege) gibt Mag. R.D. zu Protokoll, dass es hat keinen Zahlungsfluss und keine Überweisung gegeben hat.

Auf Befragen des steuerlichen Vertreters, gibt er zu Protokoll, dass die Beträge bar bezahlt wurden. Belege gibt es keine, diese sind beim Hochwasser untergegangen. Das Geld hat mir Herr R.K. gegeben.

Die im Berufungsschreiben vom 3. Februar 2005 auf Seite 7 angesprochene Schredderanlage stellt eine Falschbezeichnung dar, es hat sich hierbei um die von Herrn G. gekaufte Doppeltrommelsiebanlage handelt.

Hinsichtlich der Vermietung der Doppeltrommelsiebanlage gibt der Betriebsprüfer zu Protokoll, dass diese von der Bw. laut Buchhaltung nicht vermietet worden ist. Er hat keine Erlöse festgestellt.

Da aus dem Verkauf des Bootes Mängel geltend gemacht wurden, wurde die auf seinem Grundstück lagernde Maschine von Herrn G. vermietet und der daraus erzielte Erlös von Herrn G. einbehalten.

Tz 5: Bauliche Investitionen

Eingangsrechnung 65 – Handelt es sich um einen Eigenbeleg?

Bei dieser Rechnung handelt es sich um eine Auftragsbestätigung. Vorgelegt wird ein Sachverständigen/Schätzwertgutachten des Arch. Ing. Mag. HH, in welchem Zustand sich das Gebäude beim Erwerb durch die Bw. im Jahr 1999 befindet.

Weiters wird ein zweites Gutachten vorgelegt, nach den vorgenommenen baulichen Investitionen. Die Arbeiten hat die Fa. G-OEG, Baumeister xK., durchgeführt. Dieser hat die Zahlungen bar jeden Freitag entgegengenommen.

Befragt, ob die bezahlten Beträge in das Unternehmen die Fa. G-OEG eingegangen sind, gibt Herr R.B. zu Protokoll, dass er angenommen hat, dass Frau KS von den damaligen Zahlungen Bescheid wusste, da sie die Lebensgefährtin des Herrn xK. war.

Es wurde nicht der ganze Betrag bezahlt, da Teile des Auftrages nicht von der Fa. G-OEG durchgeführt wurden. Z.B. wurde der Einbau der Fenster von einer Fa. „PZ“ durchgeführt. Auch der fix vereinbarte Übergabetermin wurde seitens der Fa. G-OEG nicht erfüllt.

Vorgelesen wurden die Zeugenaussagen vom 8. März 2004 von Herrn xK. und von Frau KS vom 3. Dezember 2003.

Zur Aussage von Frau KS kann Herr R.B. nichts sagen, ob Herr xK. Gelder in Empfang nehmen darf oder nicht. Sie hat zu mir nie gesagt, Herr xK. darf kein Geld nehmen.

Herr xK. sagt im Protokoll, dass zwei Drittel der Arbeiten ausgeführt wurden. Er sagt weiters, dass ich inhaftiert wurde. Er habe daraufhin die Baustelle eingestellt. Das Zeitschema des Herrn xK. könne nicht stimmen. Er hätte bis 15. Dezember eine schlüsselfertige Baustelle übergeben sollen. Dafür war eine Akontozahlung von 50.000 S wöchentlich ausgemacht.

Die Aussage des Herrn xK. stimme zur Gänze nicht. Ich bin am 8. März 2000 verhaftet worden. Die Fa. X.-Hof wurde bereits am 23. Dezember 1999 eröffnet und in Betrieb genommen. Ich habe nie von ihm nur einen Schilling erhalten. Ich war auf seinen 50igsten Geburtstag geladen und habe ihn wieder 50.000 S gebracht. Ich war mit Herrn xK. befreundet.

Der steuerliche Vertreter bezweifelt die Aussage des Herrn xK. schon deshalb, weil nach seiner Ansicht es unmöglich erscheint, dass er in der Justizvollzugsanstalt einen größeren Geldbetrag dem Herrn R.B. übergeben habe.

Eine Feststellungsklage wurde nicht eingebracht, da bereits Verjährung vorliege.

Tz 6: Kunsthändels AG

Mag. R.D. war 25 Jahre bei der VB von 1966 bis 1990. Zuletzt war er Vorstand der VB in DL.

Mag. R.D. sagt aus: Herr R.B. hat die Belege gesammelt, in weiterer Folge hat er sie mir übergeben und strukturiert, anschließend wurden sie der Kanzlei BÖ übergeben.

Meine Firmen waren zu dem Zeitpunkt, als ich die Belege für den Herrn R.B. sammelte, beendet.

Im Jahr 1999 hat es die Fa. K.AG nicht mehr gegeben, es wurde lediglich eine Rechnung ausgestellt über das Inventar, dass zu diesem Zeitpunkt noch vorhanden war (Sessel und Kästen).

Befragt, ob Herr R.B. eine Rechnung von der Fa. K.AG bekommen hat, sagte er, er wusste nicht, dass keine Rechnung vorhanden sei. Der steuerliche Vertreter wendet ein, dass offensichtlich eine Rechnung vorhanden sein musste, da die Fa. BÖ sie verbucht hat.

Die Rechnung wurde in Tranchen bezahlt, immer bar.

Die Belege sind alle im Hochwasser unbrauchbar geworden, die von der Feuerwehr entfernt wurden. Das Hochwasser war im Jahr 2002, dazu gibt es eine Bestätigung der Gemeinde B./.

Tz 7: Handel mit Wirtschaftskatalogen

Der Zweck war, eine größere Kundenklientel heranzuziehen, da Unternehmer sich eher Wirtschaftskataloge kaufen.

Herr Diplomvolkswirt Gx. ist an uns herangetreten, über Vermittlung des AWD, ob wir uns nicht an der Fa. WW KEG beteiligen wollen.

Der Scheck aus Italien und die Bestätigung von der Fa. WW KEG wurden bereits vorgelegt.

Herr R.B. hat der Fa. WW KEG gewährt. Ein schriftlicher Vertrag wäre erst im Nachhinein angefertigt worden, zu dem kam es nicht. Deshalb hat sich am 22. Dezember 1998 Herr R.B. 51% der Fa. WW KEG abtreten lassen. Das Darlehen wurde nie zurückbezahlt. Am 29. Dezember 1998 hätte die Abtretung der Anteile und die Verfassung des Darlehensvertrages notariell abgeschlossen werden sollen. Nachdem das Darlehen nicht bezahlt wurde, kam es zu Gratiskatalogen und Gratiswerbeeinschaltungen.

Der Betriebsprüfer gibt zu Protokoll, dass in diesem Punkt eine Einigung bestand, da ein Aufwand in Höhe der Werbeeinschaltungen anerkannt wurde. Eine Rechnung existiert.

Der steuerliche Vertreter besteht darauf dass die Rechnung auf 718.000 S plus USt ausgestellt ist und besteht auf die ganze Anerkennung.

Befragt auf den Begriff, welche Muttergesellschaft einen Darlehensbetrag dem Herrn Mag. WA gegeben hat, gibt Herr R.B. zu Protokoll, das wisst er nicht.

Herr Gx. war Konsulent der Fa. WW KEG als auch als Berater beim AWD.

Die Bw. hat Werbeeinschaltungen bei der Fa. WW KEG als auch bei Radio X in eigener Sache geschalten. Infolge hat Radio X auch bei der Fa. WW KEG Werbeeinschaltungen in Auftrag gegeben, wobei ich die beiden Firmen unentgeltlich vermittelt habe.

Herr R.B. bekräftigt, dass es Rechnungen von der Fa. Radio X gibt, und der Behörde vorliegen.

Auf die Frage des Betriebsprüfers, wie hoch die Erlöse von der Fa. Radio X waren, gibt Herr R.B. zu Protokoll, dass die Fa. Radio X Werbeeinschaltungen für die Bw. in Italien gemacht hat.

Der Betriebsprüfer gibt zu Protokoll, dass es nicht sehr glaubhaft erscheint, dass man für Werbeeinschaltungen 718.000 S bezahlt. Laut Rechnung war der Leistungszeitraum Februar bis Dezember 1999. Tatsächliche Einschaltungen gab es im Februar, März und April.

Der Betriebsprüfer wendet ein, dass es lediglich im Heft Nr. 2 eine Einschaltung gab.

Tz 8: Handel mit Selfcard-Automat

Festgehalten wird, dass keine Einigung zwischen Herrn R.B. und dem Betriebsprüfer besteht, ob sie gemeinsam auf der Bank waren (Erste Österr. Sparkasse, Wiedner Hauptstraße).

Die Bw. hat einen Überweisungsbeleg in der Höhe von 250.000 S mit der Kontonummer des Empfängers Nr. 55555555 vorgelegt. Ob es sich dabei um ein Konto oder Sparbuch handelt, kann nicht verifiziert werden, weil Herr R.B. bei der Bank keine Auskunft bekommen hat.

Als Herr R.B. mit dem Betriebsprüfer zu der Firma NO gegangen ist, war nach Aussage des Herrn R.B. niemand mehr anwesend, außer dem Betriebsschild.

Der Betriebsprüfer wendet ein, dass er mit Herrn R.B. niemals bei der Fa. NO gewesen ist.

Der Rest wurde von Herrn Mx. im Cafe bar in Empfang genommen und quittiert.

Tz 9: Werbeaufwand Radio X

Bei der Fa. Radio X handelt es sich um einen deutschsprachigen Radiosender in der nördlichen Adria.

Zu der Rechnung befragt, gibt Herr R.B. zu Protokoll, dass folgende Firmen ebenso Rechnungen von der Fa. Radio X erhalten haben: vvv, fff, rrr, sss, haa, gws, rs.

Herr ST war Chef der Fa. Radio X und Gast in unserem Hotel bzw. Restaurant, wobei er mir erzählt hat, dass er zu verschiedenen Firmen in Wien müsse, um ihnen Rechnungen zu bringen. Herr ST fragte mich, ob ich jemanden weiß, der in Italien Werbung schalten will.

Die Mitteilung des Finanzamtes Graz Stadt war Anlass für die gegenständliche Betriebsprüfung.

Erhoben wird, ob die Fa. Radio X einen Sitz in Österreich hat. Herr ST hatte ein Büro im 7. Bezirk in Wien.

Die streitgegenständliche Rechnung wurde von der Fa. Radio X mit Umsatzsteuer ausgewiesen, in den anderen Fällen ohne Umsatzsteuer. Der steuerliche Vertreter der Bw. sagt, dass die Rechnung existiert und ordnungsgemäß ausgestellt wurde.

Weiters wurde dem Unabhängigen Finanzsenat ein Konvolut von Unterlagen übermittelt, das im Wesentlichen keine neuen Belege beinhaltet.

Diese Berufungen wurden dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vorgelegt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Die Abgabenbehörden haben die abgabepflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln, die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind (§ 115 Abs. 1 BAO).

Die für den Bestand und Umfang einer Abgabepflicht oder für die Erlangung abgabenrechtlicher Begünstigungen bedeutsamen Umstände sind vom Abgabepflichtigen nach Maßgabe der Abgabenvorschriften offenzulegen. Die Offenlegung muss vollständig und wahrheitsgemäß erfolgen (§ 119 Abs.1 BAO).

Vollständig und wahrheitsgemäß offen legen bedeutet, der Abgabenbehörde nicht nur ein richtiges und vollständiges, sondern auch ein klares Bild von den für die Abgabenerhebung maßgeblichen Umständen zu verschaffen (VwGH vom 25.1.1999, 93/17/0313).

Der Umfang der Offenlegungs- und Wahrheitspflicht beschränkt sich keineswegs lediglich auf das Vorbringen unbewiesener Tatsachen. Umstände, die regelmäßig oder sogar ihrer Natur nach entsprechend nicht nach außen in Erscheinung treten, sind in erster Linie von demjenigen unter Beweis zu stellen, der ihr Vorliegen behauptet (VwGH vom 20.2.1991, 86/13/0047).

Die Pflicht zur amtswegen Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes befreit die Partei nicht von ihrer Offenlegungs- und Mitwirkungspflicht (VwGH 7.6.2005, 2001/14/0187).

In dem Ausmaß, in dem die Partei zur Mitwirkung an der Wahrheitsfindung ungeachtet ihrer Verpflichtung hiezu nicht bereit ist bzw. eine solche unterlässt, tritt die Verpflichtung der Behörde den Sachverhalt nach allen Richtungen über das ihr als erwiesen erkannte Maß hinaus zu prüfen zurück (VwGH 27.11.2001, 97/14/0011).

Nach der Rechtsprechung liegt eine erhöhte Mitwirkungspflicht der Partei unter anderem dann vor, wenn Sachverhaltselemente ihre Wurzeln im Ausland haben; die Mitwirkungs- und Offenlegungspflicht ist in dem Maß höher als die behördlichen Ermittlungsmöglichkeiten geringer sind (VwGH 26.7.2000, 95/14/0145). Diesfalls besteht eine erhöhte Mitwirkungspflicht, eine Beweismittelbeschaffungspflicht und eine Vorsorgepflicht (VwGH 25.5.1993, 93/14/0019).

Aufhebung der Bescheide wegen Verstoßes gegen Formvorschriften der BAO

Gemäß § 115 Abs. 1 BAO haben die Abgabenbehörden die abgabepflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln, die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind.

Nach § 115 Abs. 2 BAO ist den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben.

Nach Abs. 1 ist die materielle Wahrheit zu erforschen, im Abgabenverfahren gilt nicht die sog. Parteienmaxime, daher darf die Abgabenbehörde ihren Entscheidungen Sachverhalte nicht allein deshalb zugrunde legen, weil sie von der Partei außer Streit gestellt werden. In Abgabenerklärungen behauptete Sachverhalte dürfen somit den Bescheiden dann nicht zugrunde gelegt werden, wenn sie objektiv unzutreffend sind.

Der Grundsatz des Parteiengehörs besteht vor allem darin, der Partei Gelegenheit zur Äußerung zu behördlichen Sachverhaltsannahmen, zur Kenntnisnahme der Ergebnisse des Beweisverfahrens und zur Stellungnahme hiezu zu geben.

Nach 161 Abs. 3 BAO sind dem Abgabepflichtigen, wenn von der Abgabenerklärung abgewichen werden soll, die Punkte, in denen eine wesentliche Abweichung zu seinen Ungunsten in Frage kommt, zur vorherigen Äußerung mitzuteilen.

Nach § 183 Abs. 4 BAO ist den Parteien vor Erlassung des abschließenden Sachbescheides Gelegenheit zu geben, von den durchgeführten Beweisen und vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äußern.

Aus dem Recht auf Parteiengehör ergibt sich kein Anspruch der Partei auf persönliche Anwesenheit bei einer Beweisaufnahme (VwGH 16.6.1987, 87/05/0109) sowie kein Recht auf Befragung von Zeugen (VwGH 16.6.1982, 82/03/0023), von Auskunftspersonen oder von Sachverständigen durch die Partei.

Die Verletzung des Parteiengehörs ist kein absoluter Verfahrensmangel. Zu einer Aufhebung führt ein solcher Verfahrensmangel nur dann, wenn er „wesentlich“ ist, wenn somit bei seiner Vermeidung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden können oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können. Verletzt die Abgabenbehörde erster Instanz das Recht auf Parteiengehör, so ist dies im Berufungsverfahren sanierbar (VwGH 19.3.1998, 96/15/0005; VwGH 15.3.2001, 98/16/0205, 0207; VwGH 18.9.2002, 99/17/0261).

Parteiengehör bedeutet, dass den Parteien ausreichend Gelegenheit zur Äußerung zu behördlichen Sachverhaltsannahmen, sowie zur Kenntnisnahme der Ergebnisse des Beweisverfahrens gegeben wird. Im gegenständlichen Verfahren hat R.K. zwar auf die Teilnahme an der Schlussbesprechung freiwillig verzichtet, jedoch gab es während der Außenprüfung laufend Besprechungen und wurde ihm die Schlussbesprechung bekannt gegeben.

Abschließend wird festgestellt, dass von der Betriebsprüfung sehr wohl das Parteiengehör im Sinne der BAO gewahrt wurde. Hinzuzufügen ist, dass die Bw. durch Anberaumung einer mündlichen Verhandlung ebenfalls ausreichend Gelegenheit hatte, sich zur Sache zu äußern. In der Verhandlung vom 17. Juni 2010 war lediglich der neue steuerliche Vertreter anwesend, der seine Ausführungen dahingehend beschränkte, dass er ausdrücklich auf eine Terminverlegung bestand, da er mit der Sachlage noch nicht vertraut und R.B. zu diesem Zeitpunkt ortsabwesend war. Der Termin wurde wunschgemäß auf die 41. Kalenderwoche verlegt, damit R.B. als Vertreter der Bw. an der Verhandlung teilnehmen kann.

Vorgelegt wurde ein Gedächtnisprotokoll von E.H.. Sie war im Zeitraum vom 26. August 1999 bis 24. März 2000 Geschäftsführerin der gg- GmbH, der Geschäftsführer bei deren Gründung (Oktober 1994) war R.K.. Bei der Gründung war die ah AG mit einer Einlage von 475.000 S Gesellschafterin, ab Februar 1995 alleinige Gesellschafterin, deren Aufsichtsratsvorsitzender seit 8. Oktober 1994 R.K. ist. Vorstand ist dvb.

Die Vorlage des Gedächtnisprotokolls von E.H. ist insofern nicht zielführend, da aus diesen Ausführungen kein Hinweis auf eine Verletzung des Parteiengehörs erkennbar ist.

Hinsichtlich der in diesem Punkt behaupteten Verletzungen des Parteiengehörs in explizit angeführten Punkten wird auf die zu jeder Tz gesonderten Sachverhaltsdarstellung und deren rechtlichen Würdigung verwiesen.

Selbst im Falle einer Verletzung des Parteiengehörs durch die Betriebsprüfung kann der Bescheid infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften nicht aufgehoben werden, da durch die Anberaumung mehrerer mündlicher Verhandlungen, bei denen die Bw. ausreichend Gelegenheit zur Äußerung hat, welches sie durch Anwesenheit und Vorlage umfangreicher Unterlagen wahrgenommen hat, das Recht auf Parteiengehör jedenfalls nachgeholt wurde.

Tz 1: Darlehen B./F.

Dieser Sachverhalt wurde der Entscheidung zugrunde gelegt:

Zwischen der Bw. und der Fa. B.L.C., *F. wurde ein Darlehensvertrag am 2. Dezember 1998 über 1,600.000 S abgeschlossen.

In den Jahren 1998 bis 2000 wurden laut Buchhaltung der Bw. Darlehensbeträge von der Fa. B.L.C., *F. in die Firma der Bw. eingelebt.

Bei der Darlehensgeberin handelt es sich um die B.L.C., Florida, deren damaliger Präsident R.K. war.

Die Bw. wurde nach Antrag auf Neueintragung vom 14. Juli 1998 am 24. Juli 1998 ins Firmenbuch unter der Nummer FN 12345a eingetragen.

Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages war JZ, die damalige Lebensgefährtin von R.K., handelsrechtliche Geschäftsführerin der Bw. Seit 27. April 1999 ist die B.L.C. alleiniger Gesellschafter. Seit 8. November 2004 ist R.K. handelsrechtlicher Geschäftsführer der Bw.

Aus dem der Behörde vorgelegten Darlehensvertrag zwischen der B.L.C., Florida als Darlehensgeber einerseits und der Bw. (unter ihrem früheren Namen) als Darlehensnehmer andererseits ist ersichtlich, dass folgende Vereinbarungen getroffen wurden: Es wird eine Darlehenssumme in Höhe von 1,600.000 S zum Zweck der Ausstattung mit erforderlichen Betriebsmitteln gewährt und laut Vertrag unter Punkt 1 mit heutigem Tag zugezählt (unterschrieben wurde der Vertrag am 2. Dezember 1998). Die Darlehensvaluta gelangte zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer bereits zur Verrechnung. Das gegenständliche Darlehen ist spätestens am 30. November 2008 zur Gänze an den Darlehensgeber fällig (Punkt 2).

Laut Buchhaltung erfolgte am 2. Dezember 1998 lediglich ein Betrag von 350.000 S an Darlehenszuzählung, der bar eingelebt wurde. Die Zuzählung des Restbetrages erfolgte in der gleichen Art in mehreren Teilbeträgen.

Abverlangt wurde von der Bw. die amerikanischen Steuererklärungen (Überprüfung, ob die Gesellschaft überhaupt eine Tätigkeit ausübt) und Kontoauszüge, aus denen ersichtlich ist, dass diese Beträge tatsächlich von der amerikanischen Gesellschaft stammen.

Vorgelegt wurden neben dem Darlehensvertrag, eine Rechnung der A.M. und ein Yacht-Zertifikat (ohne Datum), aus dem der Name des Bootes und dessen Eigner (B.L.C.) ersichtlich sind.

Daraus folgt rechtlich:

Gemäß § 115 Abs. 1 BAO besteht die amtswegige Ermittlungspflicht der Abgabenbehörden innerhalb der Grenzen ihrer Möglichkeiten und des vom Verfahrenszweck her gebotenen und zumutbaren Aufwandes (VwGH 20.4.1998, 95/1370191; VwGH 7.6.2001, 95/15/0049; VwGH 26.1.2004, 2000/17/0172).

Nach der Rechtsprechung liegt eine erhöhte Mitwirkungspflicht der Partei (eine in den Hintergrund tretende amtswegige Ermittlungspflicht) u.a. dann vor, wenn Sachverhaltselemente ihre Wurzeln im Ausland haben; die Mitwirkungs- und Offenlegungspflicht ist in dem Maße höher, als die behördlichen Ermittlungsmöglichkeiten geringer sind (VwGH 23.2.1994, 92/15/0159). Diesfalls besteht somit eine erhöhte Mitwirkungspflicht, eine Beweismittelbeschaffungspflicht und eine Vorsorgepflicht.

Seitens der Bw. wurde im Laufe des Verfahrens lediglich ein Darlehensvertrag, der mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt, vorgelegt. Laut schriftlichem Vertrag mit einer amerikanischen Gesellschaft als Darlehensgeber, der in deutsch verfasst wurde, wurde im Dezember 1998 ein Darlehen in Höhe von 1.600.000 S der Bw. zugezählt. In der Buchhaltung erkennbar als Darlehensbetrag verbucht, wurden im Jahr 1998 ein Betrag von 291.666,66 S und im Jahr 1999 ein Betrag von 1.223.664,61 S.

Befragt zur Rückzahlung des Darlehens, gibt R.B. in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll, dass das Darlehen bis dato nicht an die amerikanische Gesellschaft zurückbezahlt wurde, obwohl die vertragliche Laufzeit bereits geendet hat. Seitens der amerikanischen Gesellschaft gab bzw. gibt es keine Maßnahmen zur Eintreibung dieser Darlehenssumme. Ebenso finden sich keine Bedingungen in diesem Vertrag.

Zu dieser Darstellung des Sachverhaltes ist hinzuzufügen, dass es sich bei den an den Gesellschaften beteiligten natürlichen Personen um eine Personenidentität handelt. R.K. ist sowohl beim Darlehensgeber (amerikanische Gesellschaft) als auch beim Darlehensnehmer (Bw.) als Machthaber anzusehen, da im Zeitraum der Buchungen seine damalige Lebensgefährtin sowohl alleinige Gesellschafterin als auch Geschäftsführerin der Bw. war, und

in der Folge die amerikanische Gesellschaft - deren Präsident er war - ab dem Jahr 1999 Alleingesellschafter der Bw. war.

In einem Schreiben vom 26. Februar 1999 von der amerikanischen Gesellschaft wird vom einzigen Aktionär der Gesellschaft mitgeteilt, dass R.K. Präsident und Leiter der Finanzabteilung der amerikanischen Gesellschaft und folglich gesetzlich ermächtigt ist, namens dieses Unternehmens Geschäfte abzuwickeln.

Durch diese Personenidentität sind bei Kapitalgesellschaften steuerrechtlich die gleichen Grundsätze wie bei Verträgen zwischen nahen Angehörigen anzuwenden.

Nahe Angehörige sind generell in einer Nahebeziehung stehende Personen. Bei ihnen werden wegen des Fehlens von Interessensgegensätzen besondere Anforderungen an die steuerliche Beachtlichkeit von Vereinbarungen gestellt. Zum Kreis der Angehörigen zählen die in § 25 BAO genannten Personen. Nahebeziehungen können jedoch auch durch gesellschaftsrechtliche Verflechtungen entstehen, wie im gegenständlichen Verfahren.

Während in der Regel zwischen fremden Vertragspartnern ein Interessensgegensatz besteht, ist dieser bei nahen Angehörigen gewöhnlich auszuschließen. Um zu gewährleisten, dass durch missbräuchliche Gestaltungen abweichend von den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten steuerliche Folgen entsprechend beeinflusst werden, hat daher der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung Kriterien für die ertrag- und umsatzsteuerliche Beurteilung von so genannten "Familienverträgen" aufgestellt. Danach sind Verträge zwischen nahen Angehörigen, auch wenn sie den Gültigkeitserfordernissen des Zivilrechtes entsprechen, steuerlich nur anzuerkennen, wenn sie:

- 1) nach außen ausreichend zum Ausdruck kommen (Publizitätswirkung),
- 2) einen eindeutigen, klaren und jeden Zweifel ausschließenden Inhalt haben und
- 3) auch zwischen Familienfremden unter den gleichen Bedingungen abgeschlossen worden wären (Fremdvergleich).

Ad 1) Die Verträge müssen ausreichend nach außen in Erscheinung treten. Schriftform ist nicht unbedingt erforderlich.

Zur Frage der Schriftform von Verträgen ist zu bemerken, dass die zivilrechtliche Gültigkeit eines Vertrages zwischen den Partnern für die steuerliche Anerkennung nicht Voraussetzung ist, weil Rechtsvorgänge nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu beurteilen sind. Im Rahmen der Beweiswürdigung kommt aber der Schriftform besondere Bedeutung zu. Der Vertrag muss für Dritte erkennbar sein. Publizität bedeutet, dass eindeutige Vereinbarungen geschlossen werden müssen, die wesentlichen Vereinbarungen müssen mit genügender Deutlichkeit vereinbart werden und nach außen in Erscheinung treten.

Ad 2) Das Kriterium klarer, eindeutiger und zweifelsfreier Inhalt bedeutet nicht, dass bei zweifelhaftem Vertragsinhalt der behaupteten Vereinbarung die Anerkennung generell zu

versagen ist, doch gilt in diesem Fall die allgemeine Beweisregel, dass bei unklaren Rechtsgestaltungen der sich auf sie Berufende zu ihrer Aufklärung besonders beizutragen hat. Im gegenständlichen Fall liegt zwar ein Vertrag mit klaren, eindeutigen und zweifelsfreien Inhalt vor. Das tatsächliche Geschehen weicht jedoch in wesentlichen Punkten vom Vertrag ab. Dazu befragt, bringt der Bw. vor, dass dies mündlich abweichend vereinbart worden sei. Der Bw. beschränkt diesbezüglich auf bloße Behauptungen, die nicht verifizierbar sind. Es fehlt jede sinnvolle Erklärung dafür, dass zuerst angeblich die Yacht bereits im Februar bar verkauft wurde und danach im Oktober der Vertragswillen in Schriftform dahingehend fixiert wurde, dass lediglich ein Darlehen beabsichtigt sei.

Wenn eine schriftliche Vereinbarung nicht vorliegt, müssen zumindest die für das Zustandekommen eines Vertrages wesentlichen Vertragsbestandteile mit genügender Deutlichkeit fixiert sein, und dem tatsächlichen Geschehen nicht so eklatant zuwiderlaufen. Hinzu kommt noch, dass aus dem Verkauf im Februar bereits ein Betrag von 800.000 S erlöst wurde, der sich nicht mit den eingebuchten Darlehensbeträgen deckt.

Ad 3) Schließlich ist auch unter dem Aspekt der Fremdüblichkeit zu hinterfragen, ob der Vereinbarung ein angemessener Leistungsaustausch oder aber das Naheverhältnis zugrunde liegt; im zweitgenannten Fall ist die Ernsthaftigkeit der Leistungsbeziehung zweifelhaft. Es ist ein Vergleich mit dem üblichen Verhalten einander fremd gegenüber stehender Personen bei vergleichbaren Leistungsbeziehungen anzustellen. Maßgeblich ist dabei die im allgemeinen Wirtschaftsleben geübte Praxis (Doralt, aaO, § 2 Tz 165ff und die dort angeführte Rechtsprechung), nicht hingegen, ob in einem konkreten Fall eine Person den Vertrag gleichen Inhalts auch mit einem fremden Dritten geschlossen hätte. Auf dieser Basis ist die Vertragsprüfung in zweifacher Form anzustellen.

Zunächst ist zu prüfen, ob der konkrete Vertrag auch zwischen Fremden in der konkreten äußereren Form geschlossen worden wäre.

Da das aus dem Vertrag resultierende Verhalten der Vertragspartner gravierend divergiert, indem der Darlehensgeber einerseits den vereinbarten Darlehensbetrag weder zum vereinbarten Zeitpunkt noch in der vereinbarten Höhe bezahlt hat und andererseits der Darlehensnehmer dies unwidersprochen hinnimmt, kann geschlossen werden, dass fremd gegenüber stehende Personen ein derartiges Verhalten nicht unwidersprochen, sei es durch schriftliche Urgenzen bis hin zu Klagen, dulden würden.

Auch wenn es mündliche Nebenabreden gegeben hätte, die jedenfalls nicht nach außen in Erscheinung getreten sind, ist es wirtschaftlich gesehen, absolut unüblich, dass der schriftliche Inhalt eines geschlossenen Vertrages allfälligen mündlichen Vereinbarungen in einer solchen gravierenden Art entgegensteht.

Ein schriftlicher Vertrag, der von beiden Vertragsparteien unterschrieben wurde zählt jedenfalls mehr als Beweismittel als eine neben diesem Vertrag etwaige mündliche Vereinbarung, die nur von einer Vertragspartei behauptet wird. Für die Behörde ist es daher nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen die tatsächlichen Handlungen den schriftlichen Vereinbarungen widersprechen.

In dem der Behörde vorgelegten Vertrag findet sich keine Klausel, die die Behauptung der Bw. in ihrer Berufung bekräftigt. Schriftlich vereinbart wurde eine Darlehenszählgabe von 1,600.000 S, die – laut Vertrag – „mit heutigem Tag“ zugezählt wurde, das heißt mit 2. Dezember 1998. Andere schriftliche Unterlagen, die die vorgebrachte Behauptung der Bw. untermauert hätten, wurden nicht vorgelegt.

Aus dem vorliegenden Sachverhalt kann geschlossen werden, dass dieses Geschäft in dieser Form nicht zwischen Fremden geschlossen werden würde.

Sodann ist ein am Inhalt des Vertrages orientierter Fremdvergleich anzustellen. Das Erfordernis eines derartigen Fremdvergleiches geht bis an die Wurzel der Problematik der Angehörigenbeziehungen. Während zwischen Fremden ein den Marktgesetzen unterliegender natürlicher Interessenausgleich stattfindet, kann ein solcher bei nahen Angehörigen fehlen. Der Fremdvergleich ist ein besonders deutlicher Gradmesser dafür, ob und inwieweit bei einer bestimmten Beziehung die Marktkräfte oder private Umstände eine Rolle spielen (Quatschnigg/Schuch, Einkommensteuer-Handbuch, EStG 1988, § 20, Tz 50).

Augenscheinlich ist, dass mit allen diesen Transaktionen R.K. in Verbindung zu bringen ist.

Es mag zutreffen, dass R.K. zum damaligen Zeitpunkt bei der Bw. weder Gesellschafter noch Geschäftsführer (handelsrechtlicher Geschäftsführer war die damalige Lebensgefährtin von R.K.) war, aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes ist jedoch anzunehmen, dass auch zum damaligen Zeitpunkt eine nahe Verbindung zur Bw. bestand. Aus wirtschaftlicher Betrachtungsweise sind die gegenteiligen Behauptungen der Bw. nämlich nicht erklärbar, da fremd gegenüberstehende Unternehmer niemals einen Vertrag unterzeichnet hätten, der eine nicht erfolgte Darlehenszählgabe bestätigt. Da Herr R.K. ebenso Präsident der amerikanischen Gesellschaft war, hätte er sehr wohl die Möglichkeit gehabt, dem widersprechende Unterlagen der Behörde vorzulegen und auf diese Weise seiner gesetzlich gebotenen Mitwirkungspflicht nachzukommen.

In ihrer Berufung führt die Bw. aus, dass der Darlehensbetrag aus einem noch stattzufindenden Verkauf einer Motoryacht stamme: „*Es handelte sich um den Verkauf einer Motoryacht an H.G. in Seeboden, Kärnten. Die amerikanische Gesellschaft hat auf Ersuchen von Herrn R.K. das Darlehen im Dezember 1998 eingeräumt, wobei nur ein Teilbetrag im*

Dezember 1998 geflossen ist. Vorab war Voraussetzung, dass Herr R.K. das der amerikanischen Gesellschaft gehörige Boot mit Liegeplatz in Italien veräußern könne. Nach erfolgter Veräußerung an Herrn H.G. hat die amerikanische Gesellschaft die finanziellen Mittel, um das Darlehen an die Bw. zu gewähren.“

Diesem Einwand, dass die Darlehenshingabe vom Verkauf einer Motoryacht abhänge, kann seitens der Behörde nicht gefolgt werden, da eine derartige Bedingung aus den der Behörde vorgelegten Unterlagen nicht ersichtlich ist. Dem ist weiters hinzuzufügen, dass der Verkauf der Yacht bereits am 2. April 1998 stattgefunden hat, der Darlehensvertrag jedoch erst am 2. Dezember 1998 abgeschlossen wurde.

Die Behauptung in der Berufung, dass die Darlehenshingabe an die Bw. an die Bedingung geknüpft gewesen sei, nämlich dass die amerikanische Gesellschaft zuerst das Boot verkaufen müsse, um liquide zu sein und der Bw. die Darlehenssumme zuzählen zu können, lässt sich weder durch die schriftlichen vertraglichen Vereinbarungen über eine etwaige Bedingung untermauern noch durch das tatsächliche Verhalten, da das Boot bereits lange vor Abschluss des Darlehensvertrages verkauft wurde.

Ungesagt seitens der Bw. blieb in dieser Berufung, dass das Boot zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits verkauft war, und das Geld zum Teil (800.000 S) bereits in bar geflossen ist. Aus welchen Gründen nur 350.000 S im Jahr 1998 vom „Darlehen“ zugezählt wurden, konnte seitens der Bw. nicht glaubwürdig erklärt werden.

Unter Berücksichtigung dieser Sachverhaltselemente kann die Beweiswürdigung des Finanzamtes nicht als unrichtig erkannt werden, wenn dieses den angeblich abgeschlossenen Darlehensvertrag als nicht fremdüblich und als unglaubwürdig beurteilt hat.

Allein die Tatsache, dass die im Vertrag vereinbarte Zuzählung sich von den tatsächlich erfolgten Zahlungen wesentlich unterscheidet, weist auf eine Fremdunüblichkeit hin und entspricht nicht Gepflogenheiten in allgemeinen Wirtschaftleben.

Es wurde trotz wiederholter Aufforderung nicht der Nachweis der Mittelzuzählung geführt, ebenso konnte die Bw. nicht schlüssig und nachvollziehbar erklären, weshalb die zugewandten Kreditmittel über mehrere Jahre verteilt und zudem in bar („Einlage“) eingelebt wurden. Es erscheint logisch und mit den Erfahrungen des täglichen Lebens im Einklang stehend, dass derart hohe Summen nicht in bar bezahlt werden, sondern dass sich - sowohl bei den Kreditgebern, als auch beim Kreditnehmer, der zudem die erhaltenen Summen nicht sofort eingebettet hat - die Gelder zwischenzeitlich auf Bankkonten befunden haben müssen. Der Umstand, dass die Bw. keine diesbezüglichen Nachweise erbrachte, legt den Schluss nahe, dass die behauptete Darlehensaufnahmen überhaupt nicht erfolgt sind.

Es erscheint auch ungewöhnlich, dass eine amerikanische Gesellschaft den Vertrag in Deutsch verfasst und die Darlehenssumme in Schillingen angibt, obwohl in den USA der Dollar die Landeswährung ist. Auch diese Vorgehensweise lässt auf eine Nahebeziehung der Gesellschaften schließen.

Die Bw. negierte sowohl die berechtigten Forderungen des Finanzamtes den Geldfluss durch geeignete Belege nachzuweisen, als auch deren schlüssige Beweiswürdigung und ließ diesbezügliche Anfragen weitgehend unbeantwortet.

Laut Ausführungen in der mündlichen Verhandlung sei aus dem Verkauf der Yacht von H.G. während der Hausmesse ein Betrag von 800.000 S in bar an R.B. und Mag. D. übergeben worden. Für den Restbetrag wurde eine gebrauchte Doppeltrommelsiebanlage angekauft. Diese nachträgliche Behauptung, dass der Darlehensbetrag aus einem Verkauf einer Motoryacht, die die Fa. B.L.C. in Wien gekauft und an H.G. verkauft habe, bleibt jedoch weiterhin unbewiesen, da einerseits ein Geldfluss nicht belegt wurde (Barzahlung, unterschiedliche Beträge bei den Einlagen, kein einzahlungsbeleg auf das Firmenkonto) und andererseits der Behörde eine Rechnung an die amerikanische Gesellschaft über den Liegeplatz der Yacht in der A.M. für den Zeitraum Mai 1998 bis April 1999 vorliegt, was dafür spricht, dass kein Verkauf an H.G. erfolgt ist.

Zudem wäre selbst der Beweis einer "Rückzahlung" des Darlehens noch keineswegs ein eindeutiger Beweis für eine tatsächlich erfolgte Darlehensvergabe und für den ursprünglichen Mittelzufluss an die Bw.

Angesichts all dieser Umstände nimmt es der Unabhängige Finanzsenat als erwiesen an, dass die Bw. kein Darlehen erhalten hat, sondern dass es sich bei den vorgeblichen Einlagen in Wahrheit um nicht erklärte Einnahmen handelt.

Diese Schlussfolgerung wird noch dadurch zusätzlich gestützt, dass die Bw. keine ordnungsgemäße Aufzeichnungen führte.

Der Schluss ist nahe liegend, dass dieser Vertrag nicht mit einem fremden Dritten abgeschlossen werden würde, da jeder Darlehensschuldner den erhaltenen, richtigen Betrag schriftlich vereinbart sehen will, auch schon aus Beweisgründen. Darüber hinaus setzt jeder Darlehensgeber geeignete Maßnahmen um den hingegebenen Betrag vereinbarungsgemäß wieder zurück zu erhalten.

Diese Vertragskonstruktion hält dem Fremdvergleich nicht stand, da der Vertragsinhalt mit dem tatsächlichen Verhalten nicht übereinstimmt. Auf jeden Fall erscheint es ungewöhnlich, dass andere als die schriftlich vereinbarten Darlehensbeträge zugezählt wurden, der Vertrag in Deutsch verfasst wurde, was auch seitens des Darlehensnehmers unwidersprochen blieb. Übrigens ist es befremdend, dass die Gelder bar geflossen sind und letztlich keine Rückzahlung des bereits fällig gewordenen Darlehensbetrages geleistet wurde.

Für die Beurteilung abgabenrechtlicher Fragen ist jedoch in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nach der BAO der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend.

Da die Bw. den Feststellungen der Betriebsprüfung nichts Essentialles entgegengehalten hat, ist der Ansicht der Betriebsprüfung zu folgen und sind die verbuchten Darlehensbeträge als nicht erklärter Vermögenszuwachs zu werten und der Umsatzsteuer zu unterziehen.

Die Berufung war in diesem Punkt aus diesen Gründen als unbegründet abzuweisen.

Tz 2: Ablöse Liefervertrag

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt:

In der Buchhaltung des Jahres 1998 der Bw. wurde eine Eingangsrechnung der Fa. X-GmbH für die Ablöse eines Liefervertrages an die Fa. bi gefunden.

Laut Firmenbuchauszug wurde mit Antrag vom 19. Oktober 1994 die Fa. X-GmbH am 4. Jänner 1995 ins Firmenbuch (FN 888) eingetragen. Handelsrechtlicher Geschäftsführer war von der Gründung bis 5. April 1995 R.K.. Gesellschafter waren die AM (FN 666) und die LA (FN 777).

Am 20. August 1996 wurde mit Beschluss des Handelsgerichtes Wien über die Fa. X-GmbH der Konkurs mangels Vermögens abgewiesen. Die Gesellschaft ist infolge rechtskräftiger Abweisung eines Konkursantrages mangels kostendeckenden Vermögens gemäß § 1 AmtsLG seit 17. Dezember 1997 aufgelöst. Eine amtswegige Löschung gemäß § 40 FBG erfolgte am 29. April 2004.

Die LA wurde laut Gesellschaftsvertrag vom 10. April 1990 gegründet. R.K. fungierte in der Zeit von 29. April 1994 bis 24. Jänner 1995 als handelsrechtlicher Geschäftsführer, die AM war bis 24. Jänner 1995 Alleingesellschafter.

Mit Antrag vom 16. März 1995 wurde der Sitz der Firma nach Innsbruck verlegt und es kam zu einer Namensänderung auf F. GmbH, wobei m F. Alleingesellschafterin und handelsrechtliche Geschäftsführerin wurde.

Laut Firmenbuchauszug wurde mit Beschluss des Landesgerichtes Innsbruck vom 18. September 1996 über die Fa. F. GmbH der Konkurs mangels Vermögens abgewiesen. Die Gesellschaft wurde infolge rechtskräftiger Abweisung eines Konkursantrages mangels kostendeckenden Vermögens gemäß § 1 AmtsLG aufgelöst. Per 3. November 2000 wurde die Firma amtswegig gelöscht.

Bei der AM war R.K. ab 3. Oktober 1994 bis zur amtswegigen Löschung am 14. September 2000 Vorsitzender der AG.

Festgestellt wurde, dass es keine Umsätze zwischen der Fa. X-GmbH und der Fa. bi gegeben hat.

Beim Vertrag zwischen der Fa. bi und der Fa. X-GmbH handelt es sich um einen Rahmenvertrag, dessen Gegenstand Lieferungen von Waren aller Art, die die Fa. X-GmbH im Auftrag der Fa. bi durchzuführen verpflichtet. Die Fa. bi hat ihren Sitz in San Marino, Italien.

Dr.K. als bestellter Substitut einer vakanten Notarstelle hat am 3. Mai 1995 die Echtheit der Firmenzeichnungen bestätigt.

Datiert mit 20. August 1998 gibt es eine Abtretungserklärung der Fa. X-GmbH, die „*den am 3.5.1995 vor dem Notar Dr. Kx., Kanzlei Dr. fr, Wien geschlossenen Vertrag um ATS 1.- (Schilling ein) an die Firma M.L.GmbH abtritt. Firma M.L.GmbH übernimmt sohin alle Rechte aus diesem Liefervertrag.*“

Dieser Sachverhalt war rechtlich folgendermaßen zu würdigen:

In gegenständlicher Tz ist strittig, ob bei der Ablöse für den Liefervertrag ein Scheingeschäft und folglich eine verdeckte Ausschüttung an R.K. vorliegt.

Gemäß § 4 Abs. 4 Einkommensteuergesetz (EStG) 1988 sind Betriebsausgaben die Aufwendungen oder Ausgaben, die durch den Betrieb veranlasst sind. Betriebsausgaben liegen dann vor, wenn die Aufwendungen mit dem Betrieb in einem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.

Die Nachweispflicht für die Betriebsausgaben ergibt sich aus den allgemeinen Verfahrensvorschriften. Danach hat der Steuerpflichtige die Richtigkeit seiner Ausgaben zu beweisen.

Selbst wenn der Steuerpflichtige beweisen (glaublich machen) kann, dass eine Betriebsausgabe vorliegt, kann die Behörde außerdem verlangen, dass der Steuerpflichtige den Empfänger nennt.

Gemäß § 162 Abs. 1 Bundesabgabenordnung (BAO) kann die Abgabenbehörde verlangen, wenn der Abgabepflichtige beantragt, dass Schulden, andere Lasten oder Aufwendungen abgesetzt werden, dass der Abgabepflichtige die Gläubiger oder die Empfänger der abgesetzten Beträge genau bezeichnet.

Aus den Sachverhaltsfeststellungen ergibt sich, dass R.K. sowohl mit der Fa. X-GmbH als auch mit der Bw. gesellschaftsrechtlich verbunden war.

Den Ausführungen der Bw. in der Berufung, dass „über das Geschäft ein Notariatsakt angefertigt worden sei“ ist entgegenzuhalten, dass der der Behörde vorliegende Notariatsakt lediglich die Echtheit der Firmenbezeichnungen bestätigt. Aussagen über irgendeine Art von Liefergeschäften wurden in diesem Notariatsakt nicht getroffen.

Gemäß § 23 Abs. 1 BAO sind Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen für die Erhebung von Abgaben ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Abgabenerhebung maßgebend.

Ein Scheingeschäft (§ 916 ABGB) liegt vor, wenn sich die Parteien dahingehend geeinigt haben, dass das offen geschlossene Geschäft nicht oder nicht so gelten soll, wie die Erklärungen lauten, wenn also die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes mit bestimmten Inhalt hervorriefen, dagegen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtsfolgen nicht oder nicht so wie vertraglich vereinbart eintreten lassen wollen (vgl. VwGH vom 21.9.2006, 2004/15/0080).

Scheingeschäfte und Scheinhandlungen sind somit Rechtsgeschäfte und sonstige Handlungen, die nicht ernstlich gewollt sind und die einen Tatbestand vortäuschen, der in Wirklichkeit nicht besteht (vgl. Ritz, BAO - Kommentar, 3. Auflage, Tz. 6 zu § 23 sowie VwGH vom 18.11.2008, 2006/15/0205; 25.3.1999, 96/15/0072).

Die Bw. hat aus dem Vertrag heraus weder Geschäfte mit der Fa. bi getätigter noch versucht aus diesem Vertrag heraus Geschäfte zu lukrieren. Somit ist ein Indiz für das Vorliegen eines Scheingeschäftes vorhanden, dass es nämlich niemals beabsichtigt war, Geschäfte dieser Art durchzuführen.

Dass im gegenständlichen Fall nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates die Eingangsrechnung vom 20. August 1998 nur zum Schein erstellt wurde und ihr tatsächlich kein Liefergeschäft zu Grunde liegt, ergibt sich insbesondere aus folgenden Gründen:
Die die Rechnung ausstellende Firma X-GmbH war zum Zeitpunkt der Rechnungsausstellung bereits gelöscht und tätigte keine Umsätze mehr (Abweisung des Konkurses mangels Vermögens am 20. August 1996).

Aus der Niederschrift von AS geht hervor, dass er als Abwickler die noch offenen Geschäfte bestmöglich zum Abschluss bringen wollte, daher habe er R.K. den Abtretungsvertrag angeboten, da er keine neuen Geschäfte mehr anbahnen dürfe.

Aus dem vorliegenden Rahmenvertrag ist zwar ersichtlich, dass Lieferungen geplant sind, es sind jedoch keine rechtsverbindlichen Vereinbarungen, die auf einen konkreten Leistungsumfang in einem genau definierten Zeitraum abzielen, ersichtlich. Es handelt sich

lediglich um einen Liefervertrag der Fa. X-GmbH, in dem sich die Bw. verpflichtet im Falle des Herantretens der Fa. bei den Transport unter bestimmten Voraussetzungen vorzunehmen. Fixe Geschäfte sind aus diesem Vertrag nicht ableitbar, weshalb dieser Vertrag wirtschaftlich gesehen keinen hohen Wert haben dürfte.

Ungewöhnlich ist weiters, dass nur ein Teil des Rechnungsbetrages überwiesen wurde und der Restbetrag bar bezahlt worden sei, wobei es weder eine Bestätigung über den Zahlungsfluss noch Kontoauszüge, die die Richtigkeit dieses Betrages untermauert, gibt. Lediglich die Aussage des Herrn AS, dass es sich um kein Scheingeschäft im Sinne der BAO handelt, reicht nicht aus.

Es mag zutreffen, dass AS als Liquidator auch die immateriellen Vermögenswerte zugunsten der Firma veräußern musste, in diesem Fall ist es jedoch notwendig, einen Wert eines solchen immateriellen Rechtes zu beziffern und eventuell überprüfen zu lassen, da er sich ansonsten unter Umständen wegen Verletzung von Gläubigerschutzinteressen strafbar machen könnte. Dass eine derartige Überprüfung seitens von Herrn AS vorgenommen wurde, ist aus der Niederschrift von 22. März 2005 nicht ersichtlich. In diesem Zusammenhang ist weiters die Nahebeziehung der beiden Gesellschaften zu Herrn R.K. zu beachten.

Diese Gründe lassen darauf schließen, dass es sich um ein Scheingeschäft für die Geltendmachung von Vorsteuerbeträgen handelt.

Daher kommt der unabhängige Finanzsenat in freier Beweiswürdigung zu dem Schluss, dass die in dieser Rechnung ausgewiesene Leistung nicht erbracht wurde. Die in dieser Rechnung ausgewiesene Umsatzsteuer kann daher nicht als Vorsteuer in Abzug gebracht werden. Der in der Rechnung ausgewiesene Nettobetrag (AfA) stellt zudem keine Betriebsausgabe dar.

Die Berufung war in diesem Punkt abzuweisen.

Tz 3: Kauf Förderbänder

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt:

In der Buchhaltung der Bw. wurde die Eingangsrechnung Nr. 30 vom 30. November 1998 über 180.000 S (netto) verbucht. Die in dieser Rechnung fakturierte Umsatzsteuer beträgt 36.000 S und wurde von der Bw. als Vorsteuer geltend gemacht. Die Vorsteuer wurde seitens der Betriebsprüfung als verdeckte Ausschüttung an Mag. R.D. gewertet. Die Kapitalertragsteuer wird von der Bw. getragen.

Der auf der Rechnung aufscheinende Lieferant war die Fa. C.GmbH. Über diese Gesellschaft wurde – wie aus dem Firmenbuch ersichtlich - am 22. Dezember 1998 der Konkurs eröffnet.

Im Vorlagebericht der Masseverwalterin an das Handelsgericht vom Jänner 1999 wurde folgendes festgehalten:

Punkt 1:... Gegenstand des Unternehmens die Vermögensverwaltung, der Erwerb und der Vertrieb von Wertpapieren, insbesondere Aktien, der Erwerb von Liegenschaften, sowie die damit in Zusammenhang stehende Tätigkeit und Beteiligungen an gleichartigen oder ähnlichen Unternehmungen und die Geschäftsführung von solchen.

Punkt 3: ... Nach Auskunft von Mag. R.D. hatte die Gemeinschuldnerin kein Inventar

Punkt 5: Im Zeitpunkt der Konkurseröffnung ist kein Dienstnehmer beschäftigt. Sämtliche Dienstnehmer wurden im Mai bzw. Juni 1998 abgemeldet.

Punkt 6: Im Hinblick auf das nicht vorhandene Vermögen erübrigt sich die Inventarisierung.

Punkt 10: Mag. R.D. teilte der Masseverwalterin mit, dass das Unternehmen seit dem 30. September 1998 geschlossen ist und eine Tätigkeit nicht entfaltet wird.

Dieser Sachverhalt war rechtlich folgendermaßen zu würdigen:

Gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 UStG 1994 kann ein Unternehmer die von anderen Unternehmen in einer Rechnung (§ 11) an ihn gesondert ausgewiesene Steuer für Lieferungen oder sonstige Leistungen, die im Inland für sein Unternehmen ausgeführt wurden als Vorsteuer in Abzug bringen. Eine der Voraussetzungen für den Vorsteuerabzug durch die Bw. ist daher, dass die Fa. C.GmbH unternehmerisch tätig war und ihr die in der gegenständlichen Faktura ausgewiesene Leistung auch zurechenbar ist.

Gemäß § 11 Abs. 1 Z 3 UStG 1994 müssen Rechnungen unter anderem die Menge und die handelsübliche Bezeichnung der gelieferten Gegenstände und die Art und den Umfang der sonstigen Leistung enthalten.

Die Betriebsprüfung hat festgestellt, dass die Fa. C.GmbH im verfahrensgegenständlichen Zeitraum keine Geschäfte mehr tätigte, die Dienstnehmer bereits gekündigt waren und ebenso kein Inventar mehr vorhanden war (Vorlagebericht der Masseverwalterin an das Handelsgericht).

Ein Masseverwalter hat die Verpflichtung das vorhandene Vermögen nach besten Kriterien zu verkaufen, um die Gläubiger bestmöglich schadlos zu halten. Wenn tatsächlich die Vielzahl der geringwertigen Wirtschaftsgütern einen derart hohen Wert ergeben, und dies der

Geschäftsführer einer in Konkurs gegangenen Gesellschaft dem Masseverwalter wissentlich verschweigt – wie Mag. D. in der mündlichen Verhandlung von 14. Oktober 2010 ausführt -, verstößt dieser gegen die vom Handelsrecht vorgeschriebenen Pflichten eines Geschäftsführers in einem Konkursverfahren und macht sich dadurch strafbar. Der Unabhängige Finanzsenat folgt daher den Ausführungen der Masseverwalterin in ihrem Bericht und geht von der Tatsache aus, dass kein Inventar vorhanden war.

Weiters ungewöhnlich erscheint, dass der Rechnungsbetrag bar gezahlt wurde. Laut einem gerichtlichen Sachverständigengutachten von Mag. EZ wird eindeutig festgehalten, dass dieser Betrag nie in die Fa. C.GmbH eingeflossen ist. Zu ergänzen ist, dass die Unterlagen der Fa. C.GmbH als auch der Bw. bei Mag. D. in seinem Privathaus aufbewahrt wurden und angeblich bei einem Hochwasser im Jahr 2002 zerstört wurden und nicht mehr existieren. Dieser Umstand, dass die Belege privat aufbewahrt werden, erscheint ebenfalls ungewöhnlich, auch schon aus Gründen der Beweissicherung.

Nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates berechtigen die angeführten Widersprüche und Ungereimtheiten dazu, ernsthaft in Zweifel zu ziehen, dass die in der o.a. Rechnung ausgewiesene Leistung tatsächlich durchgeführt wurde. Der Unabhängige Finanzsenat kommt folglich in freier Beweiswürdigung zu dem Schluss, dass die Fa. C.GmbH die gegenständliche Leistung nicht erbracht hat und folglich die in der Rechnung ausgewiesene Umsatzsteuer von der Bw. nicht als Vorsteuer in Abzug gebracht werden kann. Der in der Rechnung ausgewiesene Nettobetrag stellt zudem keine Betriebsausgabe dar.

Gemäß § 93 Abs. 1 EStG 1988 sind inländische Kapitalerträge der Kapitalertragsteuer zu unterziehen. Darunter versteht man u.a. Ausschüttungen von Gewinnanteilen von Kapitalgesellschaften, unabhängig davon, ob es sich um offene oder verdeckte Ausschüttungen handelt. Die Kapitalertragsteuer ist im Wege eines Haftungsbescheides der zum Abzug verpflichteten Körperschaft vorzuschreiben.

Gemäß § 95 Abs. 3 Z 1 EStG 1988 ist bei inländischen Kapitalerträgen (§ 93 Abs. 2) der Schuldner der Kapitalerträge zum Abzug der Kapitalertragsteuer verpflichtet. Unter einer verdeckten Ausschüttung versteht man alle nicht ohne weiteres als Ausschüttung erkennbaren Zuwendungen (Vorteile) einer Körperschaft an die unmittelbar oder mittelbar beteiligten Personen, die zu einer Gewinnminderung bei der Körperschaft führen und die dritten, der Körperschaft fremd gegenüberstehenden Personen nicht gewährt werden. Entscheidendes Merkmal einer verdeckten Ausschüttung ist die Zuwendung von Vermögensvorteilen, die ihrer äußereren Erscheinungsform nach nicht unmittelbar als Einkommensverteilung erkennbar sind und ihre Ursache in den gesellschaftsrechtlichen Beziehungen haben.

Subjektive Voraussetzung für eine verdeckte Ausschüttung ist eine auf Vorteilsgewährung gerichtete Willensentscheidung der Körperschaft, wobei sich die Absicht der Vorteilsgewährung schlüssig aus den Umständen des Falles ergeben kann, was etwa auch dann zu unterstellen ist, wenn die Gesellschaft nach Kenntnis des vom Gesellschafter in Anspruch genommenen Vorteils nichts unternimmt, um ihn rückgängig zu machen. Es bedarf somit zur Verwirklichung einer verdeckten Ausschüttung rechtlich eines der Gesellschaft zuzurechnenden Verhaltens des geschäftsführenden Organs, welches, bestehend es auch in einem bloßen Dulden oder Unterlassen, den Schluss erlaubt, dass die durch ihre Organe vertretene Gesellschaft die Entnahme von Gesellschaftsvermögen durch den Gesellschafter akzeptiert habe (VwGH 26.5.1999, 99/13/0039, 0072, und VwGH 27.5.1999, 96/15/0018, sowie die dort zitierten Vorerkenntnisse).

Entsprechend der wiedergegebenen ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist daher bei der Annahme einer verdeckten Ausschüttung darauf abzustellen, ob dem Gesellschafter ein einem Fremden nicht zugänglicher Vermögensvorteil gewährt werden sollte, der überdies zu einer Gewinnminderung bei der Bw. führte.

Da der von der Bw. bis dato bloß behauptete Kauf dieser Förderbänder, trotz mehrmaliger Vorhalte, durch keinerlei Nachweise belegt noch anderweitig glaubhaft gemacht werden konnte, dass der Kaufgegenstand jemals tatsächlich existiert hat, wird, wie bereits oben ausgeführt davon ausgegangen, dass die entnommenen Gelder, nicht für einen tatsächlichen Kauf von diesen Förderbändern verwendet wurden, sondern dass es sich um eine Vorteilsgewährung an den Gesellschafter-Geschäftsführer handelt.

Da eine verdeckte Ausschüttung eine Maßnahme der Einkommensverteilung bildet, ist sie bei der Einkommensermittlung der Körperschaft zu neutralisieren; d.h., im Ausmaß der verdeckten Ausschüttung erhöht sich der zuvor von der Bw. bilanzierte Gewinn. Gemäß § 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.

Zusätzlich zur Erhöhung der körperschaftsteuerpflichtigen Bemessungsgrundlage verursacht die verdeckte Ausschüttung in jedem Falle einen Kapitalertragsteuerabzug im Ausmaß von 25%. Denn gemäß § 93 Abs. 2 Z 1 lit. a EStG 1988 gelten Gewinnanteile, Zinsen und sonstige Bezüge, die aus einer Beteiligung an Gesellschaften mit beschränkter Haftung stammen, als Kapitalerträge und unterliegen somit der Kapitalertragsteuer. Tätigen Gesellschafter einer GmbH aus dem Gesellschaftsvermögen "Entnahmen", die auf keinen einwandfrei nachgewiesenen, zivilrechtlich tragenden Rechtsgrund zurückgeführt werden können, liegt eine KESt-pflichtige verdeckte Gewinnausschüttung vor (vgl. VwGH vom 2.6.2004, 2001/13/0229).

Wie oben dargelegt, geht der Unabhängige Finanzsenat davon aus, dass die Fa. C.GmbH keine Leistungen bzw. Lieferungen gegenüber der Bw. erbracht hat. Der von der Bw. bezahlte Betrag von 216.000 S wurde am 3. Dezember 1998 weitergeleitet. Mangels entsprechender Gegenleistung kann die Zahlung nur durch die bestehenden Gesellschaftsverhältnisse motiviert gewesen sein. Diese stellt daher eine verdeckte Ausschüttung im Sinne des § 93 EStG 1998 dar, die der Kapitalertragsteuer unterliegt.

In diesem Punkt war die Berufung daher abzuweisen.

Tz 5: Bauliche Investitionen

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt:

In der Belegsammlung der Bw. scheint eine Auftragerteilung an die Fa. G-OEG mit einer Auftragssumme in Höhe von 1.038.654,45 S plus 207.730,89 S Umsatzsteuer auf, die im Jahr 1999 verbucht wurde, wobei 207.730,89 S als Vorsteuer geltend gemacht wurde. Eine ordnungsgemäße nach Leistungserbringung ausgestellte Rechnung wurde nicht vorgelegt.

Die Arbeiten wurden laut vorgelegten Fotos durchgeführt, eine Rechnung seitens der Fa. G-OEG wurde jedenfalls bis 4. Februar 2005 nicht ausgestellt, da die Bw. in ihren Berufungsausführungen angibt, dass sie bezüglich der nicht ausgestellten Rechnung eine Feststellungsklage einbringen wird.

Laut Niederschrift vom 5. September 2002 wurde festgestellt, dass nicht alle angebotenen Arbeiten von der Fa. G-OEG durchgeführt worden sind und lediglich zwei Zahlungen in die Kasse eingegangen sind, eine von der Bw. in Höhe von 150.000 S und für die Fassadengestaltung eine Akontozahlung der Fa. VKB AG in Höhe von 50.000 S (Niederschrift von KK vom 3. Dezember 2003).

Die Arbeiten wurden Ende Jänner 2000 eingestellt, da die bereits geleisteten Arbeiten nicht bezahlt und der Ansprechpartner R.K. inhaftiert wurde (Faxmessage der Fa. G-OEG vom 2. September 2002 an die Kanzlei Dr. B.).

Die Einstellung der Arbeiten wegen ausständiger überfälliger Zahlungen wurde mit einem Telegramm vom 9. Februar 2000 Herrn Mag. D. seitens der Fa. G-OEG bekannt gegeben.

In der mündlichen Verhandlung wurden zwei Sachverständigen/Schätzwertgutachten des Arch. Ing. Mag. H.H. zum Beweis für die Durchführung der Arbeiten vorgelegt, eines vom 18. Juni 1998 und das andere vom 27. März 2001. Im ersten Gutachten wurde der Grundwert mit 3.200.000 S (Verkehrswert 4.500 – 7.000 S/m²) und der Bauwert mit 5.600.000 S beziffert. Im zweiten Gutachten vom Jahr 2001 wurde der Grundwert 3.400.000 S (Verkehrswert 5.500

– 7.500 S/m²) und der Bauwert mit 5,920.000 S angegebenen. Dies ergibt beim Gebäude eine Änderung in Höhe von 320.000 S, wobei 200.000 S durch die beiden Kassaeingänge in die Fa. G-OEG nachgewiesen wurden.

Dieser Sachverhalt war rechtlich folgendermaßen zu würdigen:

Ein Unternehmer kann nur die Steuer abziehen, die der leistende Unternehmer in einer Rechnung (§ 11) an ihn gesondert ausgewiesen hat. Erforderlich ist eine Rechnung, die den Anforderungen des § 11 Abs. 1 UStG 1994 entspricht.

Die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes betrachtet das Vorliegen einer Rechnung im Sinne des § 11 als eine materiellrechtliche Voraussetzung des Vorsteuerabzuges, die nicht in wirtschaftlicher Betrachtungsweise durch andere Beweismittel ersetzt werden kann (VwGH 12.12.1988, 87/15/0079).

Bei Fehlen einer ordnungsgemäßen Rechnung steht der Vorsteuerabzug nicht zu, selbst wenn der auf die Umsatzsteuer entfallende Rechnungsbetrag bezahlt wurde (VwGH 3.7.2003, 2002/15/0155). Die Bindung des Vorsteuerabzugs an die Rechnung sei auch nicht unsachlich, weil der Leistungsempfänger auf die Ausstellung einer ordnungsgemäßen Rechnung dringen könne und auch nach der erstmaligen Ausstellung der Rechnung jederzeit eine Berichtigung bzw. Ergänzung möglich sei (VwGH 25.1.2000, 99/14/0304), siehe Ruppe, UStG³, § 12 Tz 40/2.

Da der Vorsteuerabzug an formale Voraussetzungen geknüpft ist, sind die widersprüchlichen Zeugenaussagen von Herrn KA sowie von Herrn xK. unwesentlich, ebenso die vorgelegten Schätzwertgutachten, aus denen jedoch nur eine Substanzerhöhung am Gebäude ersichtlich ist, die den Angaben der Fa. G-OEG annähernd entspricht.

Die Berufung war in diesem Punkt daher als unbegründet abzuweisen.

Tz 6: K.AG

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Unter dem Konto Betriebs- und Geschäftsausstattung wurde im Jahr 1999 eine Eingangsrechnung Nr. 32 der Fa. K.AG verbucht, die der Betriebsprüfung nicht vorgelegt wurde. Ebenso wurde der Zahlungsfluss nicht nachgewiesen. Geschäftsführerin der Bw. war zu diesem Zeitpunkt BD.

Die Fa. K.AG (FN 5555) wurde mit Satzung vom 10. Oktober 1991 gegründet. Mit Beschluss des Gerichtes vom 30. Mai 1996 wurde erstmals der Konkurs mangels Vermögens durch das

Handelsgericht Wien abgewiesen, die Gesellschaft ist gemäß § 1 AmtsLG aufgelöst. Danach wurde mit einem weiteren Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 28. November 1996 nochmals der Konkurs mangels Vermögens abgewiesen. Die Mitteilung des Insolvenzgerichtes langte beim Firmenbuch am 14. März 1997 ein, die am 10. April 1997 eingetragen wurde. Die amtswegige Löschung gemäß § 40 FBG erfolgte am 14. Mai 2002.

Vorstand sowie Liquidator der K.AG war Mag. R.D., der die Firma seit 1. Oktober 1996 selbständig vertreten hat. Die K.AG hat seit dem Jahr 1996 keine Steuererklärungen beim Finanzamt abgegeben.

Dieser Sachverhalt war rechtlich folgendermaßen zu würdigen:

Vorsteuern aus Rechnungen sind nur abziehbar, wenn sie eine von einem anderen Unternehmer erbrachte Leistung betreffen.

Wie aus dem Firmenbuchauszug ersichtlich war der Ehegatte der Geschäftsführerin der Bw. Liquidator der Fa. K.AG, und wie aus den Ausführungen in der mündlichen Verhandlung ersichtlich, hatte dieser auch im Zeitpunkt der Rechnungsausstellung noch eine Nahebeziehung zur Fa. K.AG.

Schon aufgrund der Tatsache der Abweisung des Konkurses mangels Vermögens kann davon ausgegangen werden, dass kein wertvolles Anlagevermögen bei der Fa. K.AG vorhanden war, da dieses während des Konkursverfahrens bewertet und verwertet hätte werden müssen.

Wie bereits unter Tz 5 ausgeführt, ist der Vorsteuerabzug an die materiell-rechtliche Voraussetzung des Vorliegens einer ordnungsgemäßen Rechnung gebunden. Die verkauften Möbel seien im Anlagevermögen der Fa. K.AG gewesen, dieser Umstand kann jedoch nicht nachgewiesen werden, da die Belege im Jahr 2002 bei einem Hochwasser im Privathaus von Mag. R.D. vernichtet worden sind. Für das Vorliegen einer Scheinrechnung spricht weiters, dass diese Rechnung nie bezahlt worden ist. Während des Verfahrens konnte seitens der Bw. nicht nachgewiesen werden, dass dieses Inventar wirklich vorhanden war.

Nachdem kein Anlageverzeichnis der Fa. K.AG vorhanden ist und Mag. R.D. in einem anderen verbundenen Verfahren im Zusammenhang mit der Bw. in einer Niederschrift zu Protokoll gegeben hat, dass die Fa. K.AG bereits eine Scheinrechnung an die Bw. ausgestellt hat, geht der Unabhängige Finanzsenat in freier Beweiswürdigung davon aus, dass die streitgegenständliche Leistung nicht erbracht wurde und folglich der Vorsteuerabzug nicht möglich ist.

Erschwerend kommt hinzu, dass dieser Rechnungsbetrag seitens der Bw. nie geleistet wurde und auch nicht in der Buchhaltung der Fa. K.AG aufscheint.

Zusammenfassend ist auszuführen, dass durch die Tatsachen, dass die Fa. K.AG den Besitz der Gegenstände wegen ihres Verlustes des Anlageverzeichnisses nicht nachweisen konnte, diese Gegenstände im Konkursverfahren nicht verwertet wurden, der Zahlungsfluss nicht nachgewiesen wurde, geschlossen werden kann, dass es weder zu einer Leistung noch zu einem Zahlungsfluss gekommen ist und die Rechnung lediglich zu Zwecken des Vorsteuerabzuges ausgestellt wurde.

Die Berufung war daher in diesem Punkt als unbegründet abzuweisen.

Tz 7: Handel mit Wirtschaftskatalogen

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Im Jahr 1999 findet sich bei der Bw. als Aufwand eine Rechnung mit 718.000 S netto und 143.600 S als Umsatzsteuer für Werbeeinschaltungen in einem monatlich erscheinenden Wirtschaftskatalog. Der Erlös wurde bei der Fa. WW KEG nicht verbucht. Mag. R.W., der unbeschränkt haftende Gesellschafter der WW KEG sagte in einer Zeugenaussage aus, dass die Rechnung nicht von ihm ausgestellt wurde, er kein Geld von der Bw. erhalten habe, die Rechnungslegung nicht seinen Usancen entspräche, ein Datum aus dem Jahr 1998 trägt, jedoch Rechnungsnummer aus 1999. Richtig ist, dass einige Inserate, die R.K. in Auftrag gegeben hat, geschalten wurden. Hinsichtlich eines Darlehens, welches der Fa. WW KEG gegeben worden sei und worüber widersprüchliche Aussagen vorliegen, die jedoch zu den Gratislieferungen geführt haben, ist zu ergänzen, dass R.B. in der mündlichen Verhandlung selbst von einem nicht zurückgezahlten Darlehen spricht, und weshalb er sich 51% der Anteile der WW KEG abtreten lassen wollte, wozu es nicht gekommen ist.

Die Bw. behauptet der Fa. WW KEG ein Darlehen gewährt zu haben, welches weder in der Buchhaltung aufscheint noch wurde in den Folgejahren eine Rückzahlung verbucht. Die Bw. hat den Wert dieser Inserate als Rückzahlung für das Darlehen gesehen.

Nachdem seitens der Betriebsprüfung einige Inserate festgestellt wurden, wurde im Schätzungswege ein Aufwand in Höhe von 300.000 S anerkannt. Zahlungsfluss wurde nicht nachgewiesen.

Dieser Sachverhalt war rechtlich folgendermaßen zu würdigen:

Strittig bleibt, ob die Bw. der Fa. WW KEG ein Darlehen gewährt hat, da widersprüchliche Aussagen vorliegen. Gegen die Hingabe eines Darlehens seitens der Bw. spricht vor allem, dass dieses nicht in ihrer Buchhaltung aufscheint, womit ein betrieblicher Zusammenhang auszuschließen ist. Weiters existiert kein schriftlicher Vertrag, auch sind weder

Darlehensbetrag noch sonstige den Abschluss betreffende Modalitäten bekannt. Um ein ausständiges Darlehen gegen verrechnen zu können, müsste es in der Bilanz aufscheinen. Aufgrund dieser undurchsichtigen Umstände ist die behauptete Darlehenshingabe nicht glaubwürdig, daher kann auch keine Kompensation mit betrieblichen Verbindlichkeiten erfolgen. Auch eine etwaige Rückzahlung des Darlehens findet in der Buchhaltung der Bw. keinen Niederschlag.

Weiters ist anzuführen, dass für den Vorsteuerabzug eine Rechnung im Sinne des § 11 UStG vorliegen muss. Ein Unternehmer kann nur Vorsteuerbeträge für Leistungen abziehen, die für sein Unternehmen ausgeführt worden sind. Anzugeben ist auf der Rechnung bei Lieferungen Menge und handelsübliche Bezeichnung der gelieferten Gegenstände und bei sonstigen Leistungen Art und Umfang der Leistung. Die Angabe soll die Kontrolle darüber erleichtern, ob die in der Rechnung abgerechneten Leistungen tatsächlich für das Unternehmen ausgeführt werden. Besteht zwischen der tatsächlich gelieferten und der in der Rechnung ausgewiesenen Leistung keine Übereinstimmung, steht der Vorsteuerabzug nach der Judikatur auch dann nicht zu, wenn die Bezeichnung als handelsüblich angesehen werden kann (Ruppe, UStG³, § 11 Tz 68).

Da in Zusammenhang mit der betreffenden Rechnung die angeführte Leistung nicht in diesem Ausmaß nachgewiesen wurde, bestehen einerseits berechtigte Zweifel an der Echtheit der angeführten erfolgten Leistung und andererseits sind dadurch nicht die Formalerfordernisse des UStG (§ 11 Abs. 1 Z 3 UStG) erfüllt. Folglich kann die Vorsteuer nicht abgezogen werden.

Da einige Inseratseinschaltungen gegenüber der Betriebsprüfung nachgewiesen wurden, und dieser (geschätzte) Aufwand in Höhe von 300.000 S von der Betriebsprüfung als betrieblich anerkannt wurde, sieht der Unabhängige Finanzsenat keinen Grund diesen relativ hohen Betrag zu ändern.

Die Berufung war in diesem Punkt als unbegründet abzuweisen.

Tz 8: Selfcard Automat

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt:

In der Belegsammlung wurde eine Rechnung der Fa. N. GmbH über eine Lieferung von einem Kartenautomaten mit Münzzähler in Höhe von 350.000 S und 70.000 S Umsatzsteuer, ausgestellt am 22. Februar 1999 gefunden.

Strittig ist, ob die streitgegenständliche Rechnung zum Vorsteuerabzug berechtigt oder nicht.

Dieser Sachverhalt war rechtlich folgendermaßen zu würdigen:

Gemäß dem Umsatzsteuergesetzes (UStG) 1994 steht der Vorsteuerabzug nur unter bestimmten, im Gesetz erschöpfend aufgezählten Voraussetzungen zu, wobei zu diesen Voraussetzungen eine dem §11 UStG 1994 entsprechende Rechnungslegung des leistenden Unternehmers zählt. Die Folgen einer unzutreffenden Rechnungslegung beugen einem ungerechtfertigten Vorsteuerabzug vor.

Gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 UStG 1994 kann ein Unternehmer die von anderen Unternehmern in einer Rechnung (§11) an ihn gesondert ausgewiesenen Steuer für Lieferungen oder sonstige Leistungen, die im Inland für sein Unternehmen ausgeführt worden sind, als Vorsteuer abziehen. Unternehmer ist gemäß § 2 Abs.1 UStG 1994, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit ausübt.

Führt ein Unternehmer steuerpflichtige Lieferungen oder steuerpflichtige sonstige Leistungen aus, so ist er berechtigt und, soweit er die Umsätze an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen ausführt, auf Verlangen des anderen verpflichtet, Rechnungen auszustellen, in denen die Steuer gesondert ausgewiesen ist. Diese Rechnungen müssen die folgenden Angaben enthalten:

- 1) Den Namen und die Anschrift des liefernden oder leistenden Unternehmers;
- 2) den Namen und die Anschrift des Abnehmers der Lieferung oder des Empfängers der sonstigen Leistung;
- 3) die Menge und die handelsübliche Bezeichnung der gelieferten Gegenstände oder die Art und den Umfang der sonstigen Leistung;
- 4) den Tag der Lieferung oder der sonstigen Leistung oder den Zeitraum, über den sich die sonstige Leistung erstreckt;
- 5) das Entgelt für die Lieferung oder sonstige Leistung (§ 4) und den anzuwendenden Steuersatz, im Falle einer Steuerbefreiung den Hinweis, dass für diese Lieferung oder sonstige Leistung eine Steuerbefreiung gilt;
- 6) den auf das Entgelt (Z 5) entfallenden Steuerbetrag.

Enthält eine Urkunde nicht die in § 11 geforderten Angaben, dann ist sie nicht als Rechnung im Sinne des Umsatzsteuergesetzes anzusehen. Aus der Sicht des Leistungsempfängers fehlt dann eine wesentliche Voraussetzung für den Vorsteuerabzug.

In Kolacny/Mayer, UStG² 1994, § 11 Anm 3 wird hinsichtlich der Rechnungsmerkmale u.a. angemerkt, dass die in Abs. 1 dieser Gesetzesstelle für eine Rechnung erschöpfend aufgezählten Merkmale zwingend sind. Es besteht keine Möglichkeit, eine im konkreten Fall fehlende Voraussetzung in wirtschaftlicher Betrachtungsweise als gegeben anzunehmen. Die

Behörde ist auch nicht verpflichtet, den Unternehmer zur Behebung von Mängeln aufzufordern und im Falle der Mängelbehebung rückwirkend die Rechnung mängelfrei zu werten. Eine derartige Vorgangsweise ist im Umsatzsteuergesetz nicht vorgesehen.

Die Angabe des Namens und der Anschrift des leistenden Unternehmers dient nicht nur zur Kontrolle, ob der Leistungsempfänger eine zum Vorsteuerabzug berechtigende Leistung von einem anderen Unternehmer erhalten hat, sondern auch der Sicherstellung der Besteuerung beim leistenden Unternehmer.

Dass eine Rechnung, die den Liefernden oder leistenden Unternehmer mit einer Anschrift kennzeichnet, unter welcher dieser Unternehmer zum Zeitpunkt der Rechnungsausstellung nicht den Sitz des Unternehmens hat, den Vorsteuerabzug aus dieser Rechnung nicht verschafft, entspricht einhelliger Rechtsprechung und Lehre. Ob die auf den Rechnungen angeführte Anschrift mit jener übereinstimmt, unter welcher er seine Firma im Firmenbuch eintragen ließ, ist für die Frage der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzung des § 11 Abs. 1 Z 1 UStG 1994 ohne Bedeutung, weil eine solche Eintragung auf eine unüberprüfte Behauptung des Eintragungswerbers zurückgeht.

Die Behörde muss aufgrund der Angaben in der Rechnung ohne Durchführung eines Ermittlungsverfahrens den tatsächlichen Namen des Unternehmers samt seiner Anschrift erkennen können.

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist insbesondere die Vorsteuerabzugsberechtigung aus einer Rechnung, auf der als leistender Unternehmer eine Firma aufscheint, die an der angegebenen Adresse nicht existiert, zu versagen. Die Angabe einer falschen Anschrift des leistenden Unternehmers schließt für sich allein schon die Berechtigung zum Vorsteuerabzug aus (vgl. u.a. VwGH 26.9.2000, 99/13/0020). Die Anführung des richtigen Namens, aber einer unrichtigen Adresse ist nicht ausreichend (*Kolacny-Caganek*, Kommentar zum UStG, § 11 Anm 5). Der Vorsteuerabzug ist ebenso unzulässig, wenn unter der angegebenen Adresse nie eine Geschäftstätigkeit entfaltet wurde (VwGH 24.4.1996, 94/13/0133, VwGH 28.5.1997, 94/13/0230). Ebenso steht der Vorsteuerabzug nicht zu, wenn die Anschrift des leistenden Unternehmers zum Zeitpunkt der Rechnungsausstellung nicht dem Sitz seines Unternehmens entspricht (VwGH 10.8.2005, 2005/13/0059). Unter Anschrift im Sinne des § 11 Abs. 1 Z 1 UStG ist nicht eine bloße Zustelladresse zu verstehen, sondern eine Geschäftsanschrift, an der das leistende Unternehmen die tatsächliche Geschäftstätigkeit entwickelt (UFS vom 11.10.2005, RV/1137-W/03, UFS vom 29.11.2005, RV/0211-G/03).

Dies bezeichnet nach der Judikatur einen Ort, von dem aus bzw. an dem jene Leistungen angeboten, geplant, organisiert, ausgeführt bzw. abgerechnet werden, mit welchen das

Unternehmen am allgemeinen Geschäftsverkehr teilnimmt, welche also den Unternehmensgegenstand bilden.

Im Erkenntnis vom 1.6. 2006, 2004/15/0069, hat der Verwaltungsgerichtshof auf die den Steuerpflichtigen treffende Obliegenheit verwiesen, die Richtigkeit der Angaben einer Rechnung, insbesondere hinsichtlich der Adresse des leistenden Unternehmers, zu überprüfen.

Die auf der Rechnung aufscheinende Adresse ist nicht im Firmenbuch eingetragen, laut Aussagen der Postzustellerin wurde an dieser Adresse niemand angetroffen, wobei der Briefkasten doch regelmäßig behoben wurde, die Telefonnummer wurde bereits am 23. Oktober 1998 aufgelassen, der Mietvertrag wurde am 1. März 1998 mit dem Geschäftsführer GM abgeschlossen, in der Folge jedoch wegen Rückstände bei den Mietzahlungen gerichtlich gekündigt, doch konnte diese Klage mangels ladungsfähiger Adresse nicht zugestellt werden, der Geschäftsführer GM meldete sich laut Zentralem Melderegister am 10. Jänner 1994 unbekannt ab.

Ein wichtiges Indiz dafür, dass die in Rede stehenden Rechnungen nicht den Bestimmungen des § 11 Abs. 1 Z 1 UStG 1994 entsprechen, ist darin zu erkennen, dass die auf dem verwendeten Briefpapier angegebene Adresse nicht mit jener im Firmenbuch ident ist. Da sich zum Zeitpunkt der Rechnungsausstellung der Sitz des Unternehmens nicht mehr an der auf der Rechnung aufscheinenden Adresse befunden hat, fehlt es bereits am Tatbestandsmerkmal "Anschrift" des liefernden oder leistenden Unternehmers.

Gemäß Z 2 leg. cit. Ist weiters der Tag der Lieferung oder der sonstigen Leistung oder der Zeitraum, über den sich die sonstige Leistung erstreckt, anzugeben.

Der Leistungszeitpunkt bzw. Leistungszeitraum ist für den leistenden Unternehmer bei Sollbesteuerung von Bedeutung für die Entstehung der Steuerschuld (§ 19 Abs. 2 UStG 1994), für den Leistungsempfänger für die Berechtigung zum Vorsteuerabzug (§ 12 Abs. 1 UStG 1994: die Leistung muss ausgeführt worden sein). Die Angabe des Leistungszeitpunktes in der Rechnung gemäß § 11 Abs. 1 Z 4 UStG 1994 hat aber lediglich Bedeutung für den Vorsteuerabzug des Leistungsempfängers. Dieser muss über eine Rechnung verfügen, in der der Leistungszeitpunkt angegeben ist. Für den leistenden Unternehmer ist diese Angabe schon deswegen irrelevant, weil bei ihm die Steuerschuld unabhängig davon entsteht, ob er überhaupt eine Rechnung im Sinne des § 11 UStG 1994 ausstellt (Ruppe, UStG³, § 11 Tz 72). Bei sonstigen Leistungen, bei denen ein bestimmter Erfolg geschuldet wird, ist der Tag anzugeben, an dem die sonstige Leistung abgeschlossen ist.

Mit Erkenntnis vom 26. April 2006, 2004/14/0076 hat der Verwaltungsgerichtshof eine Beschwerde schon mit der Begründung abgewiesen, dass sich die Bestimmung des § 11 Abs. 1 Z 4 UStG 1994 nicht mit Angaben begnügt, aus denen bloß im Zusammenhang mit dem

übrigen Sachverhalt hervorgeht, dass ein Unternehmer die konkret in Rechnung gestellten Lieferungen oder Leistungen zu einem konkret bestimmten Zeitpunkt erbracht hat. Im September 1997 kam es beim rechnungsausstellenden Unternehmen zu einem Geschäftsführerwechsel zu GM. Ab diesem Zeitpunkt bzw. mit Ausscheiden des ehemaligen Geschäftsführers beginnen die Unregelmäßigkeiten. Die sich im Akt befindliche Rechnung enthält ein Datum, an dem bereits keine Umsatzsteuererklärungen an das Finanzamt mehr abgegeben werden, dem Steuerberater keine Unterlagen mehr zur Verfügung gestellt und ihm letztlich die Vollmacht entzogen wurde.

Unter Berücksichtigung all dieser Umstände ist davon auszugehen, dass der Leistungserbringer keine Tätigkeit mehr ausübt und nicht berechtigt war, Rechnungen im Sinne des UStG 1994 auszustellen. Da keine Rechnung im Sinne des Umsatzsteuergesetzes vorliegt, war die Bw. auch nicht berechtigt, sich die Vorsteuer abzuziehen.

Das Vorbringen der Bw., dass diese Maschine weiter verkauft wurde und der Ertrag eingebucht wurde, geht ins Leere, da auch dieses Geschäft nicht nachgewiesen wurde. Ungewöhnlich erscheint, dass die Maschine zwar in relativ kurzer Zeit an eine italienische Gesellschaft verkauft worden sei, jedoch zu einem niedrigeren Preis (Verkaufspreis 319.797,89 S), wobei folglich ein Verlust lukriert wurde, lediglich eine Eingangsrechnung in der Belegsammlung aufscheint und dass nur ein Einzahlungsbeleg in Höhe von 250.000 S auf ein österreichisches Sparbuch existiert. Ein Nachweis, wie im Wirtschaftsleben üblich über Kontobewegungen des Geschäftes wurde nicht erbracht.

Der Vorsteuerabzug ist daher einerseits aus formellen Gründen (falsche Anschrift) und andererseits wegen der nicht nachgewiesenen Leistung zu versagen.

Nach der Definition des § 4 Abs. 4 EStG 1988 sind Betriebsausgaben die Aufwendungen oder Ausgaben, die durch den Betrieb veranlasst sind.

Nachdem die Bw. im gesamten Verfahren der Behörde gegenüber weder den fakturierten Aufwand noch den fakturierten Ertrag nachgewiesen hat, war der Gewinn (Verlust in Höhe von 30.202,92 S) nicht anzuerkennen.

Die Berufung war folglich in diesem Punkt als unbegründet abzuweisen.

Tz 9: Werbeaufwand Firma Radio X

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Bei der der Behörde vorliegenden Rechnung „Fattura Nr. 72/00“ in Höhe von 210.000 S und 42.000 S USt scheint als liefernder oder leistender Unternehmer der italienische Radiosender X auf.

Nach den Ermittlungen des Finanzamtes Graz-Stadt wurde festgestellt, dass diese Rechnung nicht von dieser Firma ausgestellt wurde.

In der Berufung wurde seitens der Bw. zugestanden, dass die Vorsteuer tatsächlich nicht zusteht. Es wird die steuerliche Auswirkung hinsichtlich der Umsatzsteuer von der Bw. außer streit gestellt.

Beantragt wird jedoch, die geltend gemachten Vorsteuern als Betriebsausgaben zu berücksichtigen.

Dieser Sachverhalt war rechtlich folgendermaßen zu würdigen:

Nachdem die zwingend erforderlichen Rechnungsmerkmale im Sinne des UStG nicht vorliegen, da es am Namen und der Anschrift des liefernden oder leistenden Unternehmers fehlt und dieser Mangel nicht nachträglich saniert werden kann, kann die Vorsteuer nicht abgezogen werden.

Da die Bw. ebenso den fakturierten Aufwand nicht nachgewiesen hat, waren die von der Bw. geltend gemachten Betriebsausgaben in Höhe von 210.000 S ebenfalls nicht anzuerkennen.

Der BFH hat in einem Urteil vom 6.12.2007, V R 61/05 über die Feststellungslast des einen Vorsteuerabzug begehrenden Unternehmers für die Richtigkeit des in der Rechnung einer GmbH angegebenen Sitzes erkannt:

- 1) Der den Vorsteuerabzug begehrende Unternehmer trägt die Feststellungslast dafür, dass der in der Rechnung einer GmbH angegebene Sitz tatsächlich bestanden hat.
- 2) Es besteht eine Obliegenheit für Leistungsempfänger, sich über die Richtigkeit der Angaben in einer Rechnung zu vergewissern.
- 3) Die Anforderungen an eine zum Vorsteuerabzug berechtigende Rechnung sind für alle Unternehmer, unabhängig von der Rechtsform, dieselben.

Hinsichtlich des Aufwandes als Betriebsausgaben ist auszuführen, dass seitens der Bw. kein Nachweis über die Leistung erbracht wurde. Weiters wurde vom steuerlichen Vertreter der Fa. Radio X gegenüber der Betriebspflege angegeben, dass die vorgelegte Rechnung nicht vom Unternehmen ausgestellt wurde. Daraus kann abgeleitet werden, dass diese Firma keine Leistung erbracht hat, und es sich somit um keine Aufwendungen oder Ausgaben handelt, die durch den Betrieb veranlasst sind. Die Vorlage einer Audiokassette ist kein Nachweis für die Ausstrahlung eines Werbespots und einem wirtschaftlichen Zusammenhang. Folglich handelt es sich um keinen betrieblich veranlassten Aufwand und die Ausgaben können nicht als Betriebsausgaben anerkannt werden.

Die Berufung war somit in diesem Punkt als unbegründet abzuweisen

Antrag auf Zeugeneinvernahme

Mit Schreiben vom 20. September 2010 stellte der steuerliche Vertreter der Bw. den Antrag auf Zeugeneinvernahme zum Beweis für die im Rechtsmittelverfahren begehrten Änderungen.

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH setzt die aus § 183 Abs. 3 BAO erfließende Obliegenheit der Abgabenbehörde, von den Parteien beantragte Beweise aufzunehmen, einen erheblichen Beweisantrag voraus, der neben der Angabe des Beweismittels auch das Beweisthema in einer solchen Weise zu benennen hat, die erkennen lässt, welcher konkrete, im einzelnen bezeichnete Sachverhalt durch welches Beweismittel erwiesen werden soll (VwGH vom 22.2.2000, 95/14/0077).

Da kein Beweisthema genannt wurde, waren die Zeugenanträge keine tauglichen Beweisanträge und daher abzulehnen.

Gleiches gilt für den in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag, AS als Zeugen einzuvernehmen.

Diese Ablehnung der Beweisanträge stellen verfahrensleitende Verfügungen dar, die nicht gesondert, sondern nur im Zusammenhang mit der verfahrensabschließenden Entscheidung angefochten werden können.

Zusammenfassend ist auszuführen, dass sich in dieses Bild einer mit dem üblichen Geschehen des Wirtschaftsleben nicht in Einklang zu bringenden Vorgangsweise der Umstand nahtlos einfügt, dass die Bw. die in allen streitgegenständlichen Rechnungen stehenden Beträge großteils bar bezahlte. Der Abgabenbehörde war es aus diesen Gründen und überdies mangels Vorlage von Unterlagen oder anderen Nachweisen nicht möglich, im gegenständlichen Verfahren eine Überprüfung der tatsächlich erbrachten Leistungen mit den in den Rechnung gestellten Leistungen vorzunehmen. Dadurch fehlt es an der gesetzlich normierten Voraussetzung der Art und des Umfangs der Lieferung oder sonstigen Leistung. Insgesamt war die Berufung betreffend Umsatzsteuer für die Jahre 1998 und 1999, sowie Körperschaftsteuer für die Jahre 1998 bis 2000, sowie betreffend Haftung für Kapitalertragsteuer gemäß § 95 Abs. 2 EStG 1988 für die Jahre 1998 und 1999 als unbegründet abzuweisen. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 14. März 2011