



Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der F.D. H. GmbH, PLZ1 Wu,, W.-Straße, vertreten durch Dr. Michael Seifner, Öffentlicher Notar, 7210 Mattersburg, Hauptstraße 3, gegen den Bescheid des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart, im Verfahren vor dem Unabhängigen Finanzsenat vertreten durch Fachvorständin Oberrätin Mag. Edith Hanel-Schmidt, vom 2. September 2008 betreffend die Begrenzung der Gültigkeit der Umsatz-Identifikationsnummer ATU6xxx mit Wirkung 3. September 2008 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 289 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl Nr. 1961/194 idgF, unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

Begründung

Die Berufungswerberin (Bw.) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht.

Sie wurde mit folgendem Notariatsakt vom 21. April 2008 gegründet:

„NOTARIATSAKT

Vor mir, Doktor M. S., öffentlicher Notar mit dem Amtssitz in Ma. ist heute in meiner Amtskanzlei in PLZ2 Ma., H-Platz (Obergeschoß MEZ) anwesend:.

Herr G. K. (11.11.1968, elften November neunzehnhundertachtundsechzig), H-9400 Sopron, Ha., Ungarn,

als mit Vollmacht vom 3.4.2008 (dritten April zweitausendacht) von der auch eine nicht unterfertigte Übersetzung des Vollmachtstextes beigeheftet ist, ausgewiesener Machthaber der Herren

1) T. H. geboren 24.1.1974 (vierundzwanzigsten Jänner neunzehnhundertvierundsiebzig), H-9400 Sopron, B., Ungarn,

2) E. Ka. geboren 18.6.1957 (achtzehnten Juni neunzehnhundertsiebenundfünfzig), H-9400 Sopron, Hj., Ungarn,

3) Z. Ko. geboren 12.4.1971 (zwölften April neunzehnhunderteinundsiebzig), H-9400 Sopron, F., Ungarn,

4) J. L. geboren 29.10.1961 (neunundzwanzigsten Oktober neunzehnhunderteinundsechzig), H-9400 Sopron, Hn., Ungarn,

und hat vor mir errichtet den nachstehenden

GESELLSCHAFTSVERTRAG

Erstens: „FIRMA“

T. H., E. Ka., Z. Ko. und J. L. errichten in Kenntnis des Wesens einer derartigen Gesellschaft und der sich daraus ergebenden Rechtswirkungen insbesondere der gesetzlichen Haftung betreffend auf die Stammeinlage zu leistender Beträge sowie entgegen § 82 GmbHG (Paragraph zweiundachtzig Gesetz für Gesellschaften mit beschränkter Haftung) erbrachter Leistungen der Gesellschaft und in Kenntnis der mietrechtlichen Bestimmungen bei Unternehmensveräußerung eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma F.D. H. GmbH.

Zweitens: "SITZ"

Die Gesellschaft hat ihren Sitz in Es. und ist berechtigt, auch an anderen Orten im In- und Ausland Zweigniederlassungen zu errichten.

Drittens: „GEGENSTAND“

Gegenstand des Unternehmens ist die Ausübung des Baugewerbes und aller Baunebengewerbe, besonders die Herstellung von Fassaden.

Überdies ist die Gesellschaft zu allen Handlungen, Geschäften und Maßnahmen berechtigt, die dem Gesellschaftszweck dienlich sind, wie insbesondere der Erwerb und die Pachtung von sowie die Beteiligung an anderen Unternehmen und Gesellschaften aber auch die Übernahme der Geschäftsführung und Vertretung von Unternehmen und Gesellschaften.

Viertens: „STAMMKAPITAL“

Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt € 35.000,00 (Euro fünfunddreißigtausend) und

wird von den Gesellschaftern in folgender Weise übernommen und eingezahlt.

- a)** T. H. übernimmt eine, zur Hälfte bar einzuzahlende Stammeinlage in Höhe von € 8.750,00 (Euro achttausendsiebenhundertfünfzig), -
- b)** E. Ka. übernimmt eine zur Hälfte bar einzuzahlende Stammeinlage in Höhe von € 8.750,00 (Euro achttausendsiebenhundertfünfzig), -
- c)** Z. Ko. übernimmt eine, zur Hälfte bar einzuzahlende Stammeinlage in Höhe von € 8.750,00 (Euro achttausendsiebenhundertfünfzig), -
- d)** J. L. übernimmt eine, zur Hälfte bar einzuzahlende Stammeinlage in Höhe von € 8.750,00 (Euro achttausendsiebenhundertfünfzig).

Fünftens: „DAUER“

Der Gesellschaftsvertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Das erste Geschäftsjahr beginnt mit der Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch und endet am darauf folgenden 31.12. (einunddreißigsten Dezember).

In der Folge beginnen die Geschäftsjahre jeweils am 01.01. (ersten Jänner) eines jeden Jahres und enden am darauf folgenden 31.12. (einunddreißigsten Dezember).

Sechstens: „KÜNDIGUNG“

(1) Jeder Gesellschafter ist berechtigt, die Gesellschaft unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten mittels eingeschriebenen Briefes an die übrigen Gesellschafter zum Ablauf eines jeden Geschäftsjahres zu kündigen.

(2) Die Kündigung hat die Auflösung der Gesellschaft zur Folge.

(3) Die Auflösung findet jedoch nicht statt, wenn die übrigen Gesellschafter - entsprechend dem ihnen hiermit diesbezüglich eingeräumten Aufgriffsrecht - den Geschäftsanteil des kündigenden Gesellschafters übernehmen.

(4) Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, den Geschäftsanteil des kündigenden Gesellschafters in Anwendung des Punkt „Neuntens“ dieses Vertrages aufzugreifen.

(5) Wird der gesamte Geschäftsanteil des kündigenden Gesellschafters übernommen, sind alle Gesellschafter verpflichtet, die zur Übertragung des Geschäftsanteiles auf die übernehmenden Gesellschafter erforderlichen Rechtsakte zu setzen und die Fortsetzung der Gesellschaft zu beschließen.

(6) Wird hingegen nicht der gesamte Geschäftsanteil des kündigenden Gesellschafters übernommen, treten allenfalls abgegebene Aufgriffserklärungen außer Kraft und tritt die Gesellschaft in das Stadium der Liquidation.

Siebentens: „GESCHÄFTSANTEILE“

(1) Die Geschäftsanteile bestimmen sich nach der Höhe der übernommenen Stammeinlage.

(2) Jedem Gesellschafter steht nur ein Geschäftsanteil zu.

- (3) Die Geschäftsanteile sind teilbar und übertragbar.
- (4) Die Abtretung von Geschäftsanteilen oder Teilen von Geschäftsanteilen an Personen, die noch nicht Gesellschafter sind, bedarf der Zustimmung der Generalversammlung, wobei jedoch mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter ohne formelle Fassung eines Generalversammlungsbeschlusses die Zustimmung zur Abtretung erteilt werden kann.
- (5) Sowohl die unentgeltliche als auch entgeltliche Abtretung von Geschäftsanteilen oder Teilen von Geschäftsanteilen an Personen, die noch nicht Gesellschafter sind, ist nur zulässig, sofern die übrigen Gesellschafter von dem, ihnen hiermit eingeräumten Vorkaufsrecht keinen Gebrauch machen.
- (6) Zu diesem Zweck hat der abtretungswillige Gesellschafter den übrigen Gesellschaftern die beabsichtigte Veräußerung unter Bekanntgabe der Vertragsbedingungen (insbesondere des Abtretungspreises) mit dem Dritten, anzuzeigen und den Geschäftsanteil oder Teil hievon zum Erwerb zu eben diesen Bedingungen anzubieten.
- (7) Dem abtretungswilligen Gesellschafter gebührt, sofern ein Einvernehmen zwischen den beteiligten Gesellschaftern nicht erzielt werden kann, insbesondere sofern die übernahmewilligen Gesellschafter nicht bereit sind, den vom Dritten gebotenen Abtretungspreis zu entrichten, ein entsprechend Punkt „Neuntens“ dieses Vertrages zu ermittelnder Abtretungspreis.
- (8) Wird durch das Vorkaufsrecht nicht der gesamte zur Disposition stehende Geschäftsanteil oder Teil hievon übernommen, so ist der abtretungswillige Gesellschafter berechtigt, den Geschäftsanteil oder Teil des Geschäftsanteiles an den namhaft gemachten Dritten, jedoch nur zu den bekannt gegebenen Abtretungsbedingungen abzutreten.
- (9) Die Geschäftsanteile sind frei vererblich.
- (10) Es sind jedoch Personen, die im Erbweg Gesellschafter geworden sind, verpflichtet, den oder die ererbten Anteile an die übrigen Gesellschafter über deren Verlangen in sinngemäßer Anwendung des Punkt „Neuntens“ abzutreten.
- (11) Die Rechtsnachfolger im Erbweg haben daher den übrigen Gesellschaftern den Übergang unverzüglich mittels rekommandierten Schreibens anzuzeigen.
- (12) Für den Fall der Abtretung eines Geschäftsanteiles verpflichtet sich der abtretende Gesellschafter bereits jetzt den Übergang des Geschäftsanteiles unverzüglich der Gesellschaft anzuzeigen und nachzuweisen.

Achtens: „AUSSCHLUSS“

- (1) Wird über das Vermögen eines Gesellschafters ein Insolvenzverfahren (Konkurs, Ausgleich, Schuldenregulierungsverfahren) eröffnet, ein darauf gerichteter Antrag mangels Vermögens abgewiesen, in dessen Geschäftsanteil Exekution geführt, liegt ein wichtiger Grund, der bei einer OHG die übrigen Gesellschafter zum Ausschluss aus der Gesellschaft

berechtigen würde oder bei Handlungen eines Gesellschafters zum Nachteil der Gesellschaft ist dieser Gesellschafter verpflichtet, seinen Geschäftsanteil an die übrigen Gesellschafter, denen diesbezüglich ein Aufgriffsrecht zusteht in Anwendung des Punktes „Neuntens“ dieses Vertrages oder eine von der Gesellschaft namhaft gemachte Person abzutreten.

(2) Über das Vorliegen eines derartigen Grundes beschließt die Generalversammlung. Die Geschäftsführung hat den erfolgten Ausschluss den Gesellschaftern unverzüglich mittels rekommandierten Schreibens anzuzeigen.

Neuntens: „AUFGRIFFS- / VORKAUFSRECHT“

(1) Sofern die Gesellschafter von den ihnen in diesem Gesellschaftsvertrag eingeräumten Aufgriffs- oder Vorkaufsrechten, welches diesen im Verhältnis der von ihnen übernommenen Stammeinlagen zusteht, Gebrauch machen wollen, haben sie dies binnen einer Frist von dreißig Tagen ab Zugang der maßgeblichen Erklärung oder Anzeige an sie, dem ausscheidenden Gesellschafter mittels rekommandierten Schreibens bekannt zu geben.

(2) Sofern ein Gesellschafter von seinem Aufgriffs- oder Vorkaufsrecht keinen Gebrauch macht, so wächst dieses Recht den übrigen Gesellschaftern im Verhältnis der von ihnen übernommenen Stammeinlage zu.

(3) Jeder aufgriffs-/vorkaufswillige Gesellschafter hat daher gleichzeitig mit Ausübung seines Aufgriffs/Vorkaufsrechtes verbindlich zu erklären, ob er sein Aufgriffs-/Vorkaufsrecht auch hinsichtlich jener Teile des Geschäftsanteiles ausübt, welche ihm durch Nichtausübung seitens anderer Gesellschafter zuwachsen.

(4) Den aufgriffs-/vorkaufswilligen Gesellschaftern steht es selbstverständlich frei, den Anteil des ausscheidenden Gesellschafters einvernehmlich innerhalb der dreißigtägigen Frist auch in einem anderen Verhältnis als dem ihrer Stammeinlagen aufzugreifen.

(5) Alle beteiligten Gesellschafter sind verpflichtet, die zur Übertragung des Geschäftsanteiles auf die übernehmenden Gesellschafter erforderlichen Rechtsakte zu setzen.

(6) Dem ausscheidenden Gesellschafter gebührt, sofern im Anlassfall nichts anderes vereinbart wird, ein, nach dem jeweiligen Gutachten des Fachsenates für Betriebswirtschaft und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder über die Bewertung von Anteilen an Kapitalgesellschaften (derzeit KFSBWI) zu ermittelnder Abtretungspreis als Abfindung. Sofern dieses Gutachten mehrere Methoden zur Wertermittlung vorsieht, hat der Sachverständige sofern sich die Streitteile über dessen Aufforderung nicht binnen 30 Tagen auf eine dieser Methoden einigen, das Wertermittlungsverfahren auszuwählen. Er hat dabei den Stand der Wissenschaft und die im täglichen Geschäftsverkehr bestehenden Gepflogenheiten nach bestem Wissen zu beachten.

(7) Die Wertermittlung ist durch einen gerichtlich beeideten Wirtschaftstreuhänder vorzunehmen, welcher im Einvernehmen der beteiligten Gesellschafter zu bestimmen ist. Die

Kosten des Gutachtens trägt der abtretende Gesellschafter zur Hälfte, die andere Hälfte ist von den übernehmenden Gesellschaftern im Verhältnis der übernommenen Anteile zu tragen. Sofern binnen Monatsfrist eine Einigung über die Person des Sachverständigen nicht hergestellt werden kann, haben der abtretende Gesellschafter und die aufgriffswilligen Gesellschafter jeweils einen Sachverständigen namhaft zu machen. Bei Personenmehrheit auf einer Seite entscheidet die nach der Höhe der Stammeinlagen zu berechnende Mehrheit über den von dieser Seite zu ernennenden Sachverständigen. Kann auch auf diese Weise ein Sachverständiger binnen Monatsfrist nicht namhaft gemacht werden, so gilt auch für diese Seite der von der anderen Seite ernannte Sachverständige als bestellt. Sind demnach beide Sachverständige bestellt, gilt als Wert des Geschäftsanteiles das arithmetische Mittel beider Gutachten.

(8) Der Abtretungspreis ist, sofern nichts anderes vereinbart wird, in drei gleichen Teilbeträgen zu entrichten. Der erste dieser Teilbeträge ist am Ende des auf die Wirksamkeit der Übertragung folgenden Quartals und bis dahin ohne zwischenzeitige Verzinsung zur Zahlung fällig. Die restlichen Teilbeträge sind jeweils ein halbes Jahr nach Fälligkeit des ersten Teilbetrages mit einem vereinbarten Zinssatz von 5% per anno zu entrichten. Bei Zahlungsverzug gelten Verzugszinsen in Höhe von 10 p/o per anno als vereinbart. Darüber hinaus wird für den Fall des Zahlungsverzuges Terminsverlust vereinbart, sodass der Zahlungsempfänger zur Einforderung der gesamten Restforderung samt Zinsen und Verzugszinsen berechtigt ist.

(9) Alle beteiligten Gesellschafter sind verpflichtet, die zur Übertragung des Geschäftsanteiles auf die übernehmenden Gesellschafter erforderlichen Rechtsakte zu setzen. Bis zur Vornahme dieser, für die Übertragung des Geschäftsanteiles erforderlichen Rechtsakte ist der hiezu verpflichtete Gesellschafter gehalten, sich jedweder Verfügung über diesen Geschäftsanteil ohne Zustimmung der übernehmenden Gesellschafter zu enthalten; auf die Dauer dieses Zeitraumes ruht das Stimmrecht des zur Übertragung verpflichteten Gesellschafters.

(10) Für den Fall der Übertragung eines Geschäftsanteiles sind die davon betroffenen Gesellschafter verpflichtet, den Übergang des Geschäftsanteiles unverzüglich der Gesellschaft anzuzeigen und nachzuweisen.

Zehntens: „BILANZ / GEWINNVERWENDUNG“

(1) Die Geschäftsführer haben den Jahresabschluss innerhalb von fünf Monaten aufzustellen, unverzüglich den Gesellschaftern zuzusenden und spätestens innerhalb von acht Monaten nach Ende des Geschäftsjahres der Generalversammlung zur Beschlussfassung vorzulegen. Diese Fristen können von der Generalversammlung nach den gesetzlichen Bestimmungen verlängert werden.

(2) Über die Verwendung des im Jahresergebnis ausgewiesenen Gewinnes beschließen die

Gesellschafter (im Wege der Generalversammlung oder eines Umlaufbeschlusses); sowohl die Bildung von Rücklagen als auch eine vom Beteiligungsverhältnis abweichende Gewinnausschüttung. ist zulässig.

Elftens: „GESCHÄFTSFÜHRER“

Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer, welche von den Gesellschaftern bestellt und abberufen werden. Sie wird, wenn nur ein Geschäftsführer bestellt ist, durch diesen selbständig vertreten.

Die Vertretung durch Prokuristen ist zulässig.

Sind zwei oder mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch je zwei Geschäftsführer gemeinsam oder durch je einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten.

Abweichende Vertretungsregelungen durch Gesellschafterbeschluss sind zulässig, Der Geschäftsführer zeichnet, indem er seinen Namen unter den Firmenwortlaut setzt.

Zwölftens: "GENERALVERSAMMLUNG "

(1) Die Beschlüsse der Gesellschafter werden in der Generalversammlung gefasst.

(2) Die Generalversammlungen finden am Ort des Sitzes der Gesellschaft oder in einer Gemeinde, die Sitz einer Bezirkshauptmannschaft ist, statt. Den Vorsitz in der Generalversammlung führt der an Jahren älteste anwesende Geschäftsführer beziehungsweise Liquidator, sofern weder Geschäftsführer noch Liquidatoren anwesend sein sollten, der an Jahren älteste anwesende Gesellschafter.

(3) Die Generalversammlung wird durch die Geschäftsführer durch eingeschriebenen Brief an alle Gesellschafter unter der, der Gesellschaft zuletzt bekannt gegebenen Anschrift einberufen. Die Einberufung hat die Tagesordnung und den Hinweis auf die Zulässigkeit der Vertretung durch Bevollmächtigte zu enthalten.

(4) Zwischen dem Tag der Aufgabe der Einberufungen zur Post und dem Tag der Generalversammlung muss ein Zeitraum von zumindest vierzehn Tagen liegen.

(5) Zur Beschlussfähigkeit einer Generalversammlung ist - sofern Gesetz oder Gesellschaftsvertrag nicht anderes bestimmen - die Anwesenheit oder ordnungsgemäße Vertretung von mehr als drei Viertel des Stammkapitals erforderlich, Im Fall der Beschlussunfähigkeit ist unter Hinweis auf diesen Umstand neuerlich eine auf die Gegenstände der ursprünglichen Generalversammlung beschränkte Generalversammlung einzuberufen, die ohne Rücksicht auf die Höhe des anwesenden oder wirksam vertretenen Stammkapitals beschlussfähig ist.

(6) Das Stimmrecht in der Generalversammlung richtet sich nach der übernommenen Stammeinlage.

(7) Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, sofern

Gesetz oder Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmen.

(8) Die schriftliche Beschlussfassung gemäß § 34 GmbHG (Paragraph vierunddreißig Gesetz für Gesellschaften mit beschränkter Haftung) ist zulässig.

Dreizehtens: "SONDERRECHTE"

Sonderrechte zugunsten einzelnes Gesellschafter werden nicht vereinbart. Rechte zugunsten von Gesellschaftern, die sich aus diesem Vertrag ergeben, sind sofern nicht ausdrücklich als solche bezeichnet, keine Sonderrechte. Dies gilt insbesondere für vertraglich vereinbarte Zustimmung-, Aufgriffs- oder Vorkaufsrechte.

Vierzehntens: „AUFLÖSUNG“

Die Gesellschaft wird durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafter aufgelöst.

Fünftehtens: „BEKANNTMACHUNGEN“

Bekanntmachungen der Gesellschaft an die Gesellschafter erfolgen durch eingeschriebenen Brief an deren im Firmenbuch eingetragene, für Zustellungen maßgebliche Anschrift.

Sechzehntens: "GRÜNDUNGSKOSTEN"

Die mit der Errichtung und Registrierung der Gesellschaft verbundenen Kosten, Gebühren und Abgaben aller Art werden bis zum Höchstbetrag von € 6.000,00 (Euro sechstausend) von der Gesellschaft getragen.

Siebzehntens: *Insoweit durch diesen Gesellschaftsvertrag oder dessen gültige Änderung oder durch gültige Generalversammlungsbeschlüsse nichts anderes bestimmt wird, gelten die Bestimmungen des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der jeweils geltenden Fassung.*

Achtzehntens: „STAATSBÜRGERSCHAFT“

Die Gesellschafter sind ungarische Staatsbürger.

„AUSFERTIGUNGSKLAUSEL“

Die Parteien erteilen die Einwilligung, dass von diesem Notariatsakt beliebig viele Ausfertigungen, sowie einfache und beglaubigte Abschriften an jeden von ihnen, die Gesellschaft selbst, deren jeweilige Geschäftsführer und allfälligen Liquidatoren erteilt werden können...

Die Identität und das Geburtsdatum der Partei wurden mir nachgewiesen durch Vorlage des Führerscheines ... von Herrn G. K..

--- Hierüber wurde dieser Notariatsakt von mir aufgenommen, den Parteien vorgelesen, von ihnen als ihrem Willen entsprechend ausdrücklich bestätigt und sodann von ihnen vor mir

eigenhändig unterschrieben. .

Ma., am 21.4.2008 (einundzwanzigsten April zweitausendacht)."

Ebenfalls am 21. April 2008 beschlossen die Gesellschafter – sämtliche vertreten durch G. K. - T. H. zum Geschäftsführer zu bestellen.

Auf Grund ihres Antrages vom 22. April 2008 wurde die Bw. am 24. April 2008 beim Handelsgericht Eisenstadt zur Firmenbuchnummer FNxxx in das Firmenbuch eingetragen.

In Beantwortung eines Fragebogens des Finanzamtes gab der Geschäftsführer am 27. Mai 2008 unter anderem bekannt, dass die Bw. das Bau- und Baunebengewerbe ausübe, wobei der voraussichtliche Jahresumsatz im Eröffnungsjahr 50.000 € und im Folgejahr 80.000 € betragen werde. An Einkünften aus Gewerbebetrieb werde im ersten Jahr mit 0 €, im Folgejahr mit 5.000 € gerechnet. Die Bw. werde durch die X. Wirtschaftstreuhand- und Beratungsgesellschaft m.b.H. in Ma. vertreten.

Im – weder chronologisch geführten noch journalisierten - Akt des Finanzamtes sind im Anschluss an den Fragebogen zwei (wahrscheinlich erst in Zusammenhang mit den Erhebungen vom 13. August 2008 erstellte) Fotos abgeheftet, die vier Personen, teilweise in Arbeitskleidung, rund um eine Schreibtischkombination mit darauf befindlichen Unterlagen, sowie zwei Sessel zeigen; ferner einen weiteren Teil dieses Raumes mit Kübeln, Werkzeugen, Wasserwaagen, Mischer, Folien, Materialien, usw.

Mit Datum 13. Juni 2008 wurde folgender „Erledigungsvermerk“ durch das Finanzamt angelegt:

„ERLEDIGUNGSAKTENVERMERK

über die Nachschau anlässlich der Neueröffnung eines Betriebes ...

*Es wird angeregt, die Aufnahme **nicht** durchzuführen.*

Anmerkungen:

Am 28.5.2008 wurde via X. Ma. der Fragebogen Verf. 15 für die GmbH eingebracht Gesellschaftsvertrag und Firmenbuchauszug , EB sowie Verf 26 waren angeschlossen, Als Geschäftstätigkeit wird das Bau- u. Baunebengewerbe angegeben.

Am 9.6.2008 kamen der Geschäftsführers bzw. alle Gesellschafter persönlich mit einem Freund als Dolmetscher in das FA - IC-Eisenstadt (es wurde die Identität festgestellt - die Personalausweise wurden kopiert) mit dem dringenden Ersuchen um Vergabe einer STNR sowie UID-Nr. zwecks Rechnungsausstellung

Es wurde dann ein Termin für den Antrittsbesuch (Verf. 28 Baugewerbe) für den 12.6.2008 8:00 Uhr beim Ort der Geschäftsleitung vereinbart und auch eine Kopie des Mietvertrages verlangt.

Beim Antrittsbesuch am 12.6.2008 um 8:00 Uhr war keiner der Beteiligten am Ort der Geschäftsleitung erschienen.

*In der D-Straße befindet sich das EFH der Fam. Sz. W. und He.. Fr. Sz. He. war anwesend und gab an, dass sich in Ihrem Haus keine Firma befindet Es wurde dann tel. mit Hr. Sz. Rücksprache gehalten und dieser gab an dass er dieser Firma eine mündliche Vereinbarung zwecks Miete -Postadresse **für einen Monat** zugesagt habe.*

Es wurde kein Teil des EFH für die GmbH zur Verfügung gestellt - es gibt kein Büro - die GmbH hat keine Schlüssel für das Haus und es wird diese Vereinbarung lt. Hr. Sz. nicht verlängert.

...

Die amtswegige Löschung im Firmenbuch gem. § 160 BAO wird angeregt

Lt. STBX. Ma. soll die Fa. "F.D. H. GmbH" für die Fa. Y. Bau GmbH in PLZ3 R. als "Sub" tätig gewesen sein - eine KM wird an die BVxxx weitergeleitet. "

Das Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart regte daraufhin mit Schreiben vom 13. Juni 2008 beim Landesgericht Eisenstadt die amtswegige Löschung der Gesellschaft aus dem Firmenbuch mangels Ausübung einer unternehmerischen Tätigkeit an.

Mit Beschluss des Firmenbuchgerichts vom 2. Juli 2008 wurde die Adresse auf Grund eines Änderungsantrags vom 30. Juni 2008 von PLZ5 Es., D-Straße, in PLZ1 Wu, , W.-Straße geändert.

Weiters ist folgender „Erledigungsvermerk“ mit Datum 18. August 2008 abgelegt:

„ERLEDIGUNGSAKTENVERMERK

über die Nachschau anlässlich der Neueröffnung eines Betriebes ...

*Es wird angeregt, die Aufnahme **nicht** durchzuführen.*

Anmerkungen: 2. Antrittsbesuch - (siehe Erledigungsvermerk vom 13.6.08 1!)

die Fa. F.D. H. GmbH hat den Ort der Geschäftsleitung von Es. *nach* PLZ1 Wu,, W.-Straße *verlegt* (!! Hinweis: in Es. war die Fa. nur eine Postadresse)

es wurde mit dem R.-Haus ein Mietvertrag (siehe beil. Kopie + Anz. beim Gebührenamt) für einen Büroraum (26 m²) abgeschlossen - im Büroraum befinden sich dtz. ein Tisch und 2 Sessel sowie einige Bauwerkzeuge (Wasserwaage, Eimer, Baufolie und sonst. Kleinmaterial- **siehe Foto**) es gibt **kein Telefon - keine Ordner** - lediglich auf der Eingangstür im 1. Stock wurde ein Firmenschild angebracht. **Die Buchhaltung soll von X. Ma., Hrn. Lo. durchgeführt werden**

die Fa F.D. H. GmbH besteht aus 4 Personen - alle sind ungarische Staatsbürger mit Wohnsitz in Ungarn - Geschäftsführer und Gesellschafter sind der deutschen Sprache nicht bzw. nur ganz wenig mächtig - Es sind alle Personen beim Antrittsbesuch anwesend - es wurde ein Freund (Hr. K. G.) als Dolmetscher mitgebracht (Ausweiskopie)

die Fa. arbeitet ausschließlich als Sub- U für die Fa. Y. Bau GmbH (Werkvertragskopie) - Vertrag wurde It. Übersetzer erst vor kurzem abgeschlossen - weiters soll auch für die Fa. Ze. Mo. in PLZ4 Se. als Sub- U gearbeitet werden (dtz. nur einen mündliche Vereinbarung)

die Abrechnung der erbrachten Leistungen werden nach m²/preis abgerechnet (rund € 20,00/m²)

die Fa. verfügt weder über eigenes Werkzeug (außer Kleinmat.) noch stellt sie die erforderlichen Materialien selbst bei. Es gibt auch kein Firmen-KFZ

Die offenen Forderungen seit Apr. 2008 betragen It. beiliegender Aufzeichnung (**siehe Kopie**) **€ 4.160,00 an Fa. Y. -Bau GmbH und € 4.400,00 an Fa. Ze.**

Die Fa. benötigt dringend eine UID-Nr. die Rechnungen an die beiden Firmen stellen zu können !

auf § 19 UStG wurde ausdrücklich hingewiesen

Eine Überprüfung bei den beiden genannten Firmen (Beschäftigung von ScheinseIbständigen) sowie der Fa. F.D. wäre dringend in nächster Zeit anzuraten. "

Aktenkundig sind der Mietvertrag über den Büroraum, verschiedene Ausweiskopien sowie ein undatierter und ohne Eingangsstempelaufdruck abgelegter Antrag der Bw. mit Adresse Wu, auf Vergabe einer Umsatzsteuer-Identifikationsnummer .

Einem kopierten Zettel zufolge bestünden „offene Rechnungen“ 208 qm über 4.160 € und 240 qm Pauschale über 4.400 €.

Der in Kopie zum Akt genommene „Werkvertrag“ mit der Y. Bau GmbH lautet:

„WERKVERTRAG

Abgeschlossen zwischen der Firma Y. Bau GmbH, PLZ3 R. , Kg. vertreten durch den Geschäftsführer Herrn Th. Jo. und der Firma F.D. H. GmbH, PLZ1 Wu, , W.-Straße vertreten durch den Geschäftsführer Herrn T. H..

- 1. Die Firma F.D. H. GmbH ist werkvertraglich als Subunternehmer im Bereich Außen-, Fassadenputzarbeiten und Verarbeitung von Vollwärmeschutz für die Firma Y. Bau GmbH tätig.*
- 2. Der Auftraggeber erteilt dem Auftragnehmer auf Basis nachstehend angeführter Auftragsgrundlagen den Auftrag zur Durchführung folgender Arbeiten im Rahmen des Projektes: BF, B-Gasse, 320 m² Vollwärmeschutzfassade, Material und Gerüst wird vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt.*
- 3. Die Firma F.D. H. GmbH verpflichtet sich, dass bei Anstellung bzw. Arbeiten von ausländischen Arbeitskräften auf den Baustellen der Firma Y. Bau GmbH die arbeitsrechtlichen Bestimmungen gemäß dem Ausländerbeschäftigungsgesetz eingehalten werden.*
- 4. Die Vertragsparteien nehmen zur Kenntnis, dass es sich bei der vorliegenden Vereinbarung um einen rechtsgebühren-, lohnsteuer- und sozialversicherungsfreien Werkvertrag gemäß § 1151 ABGB handelt, weshalb sämtliche Rechtsvorschriften über den Dienstnehmerschutz, insbesondere für den Krankheitsfall keine Anwendung finden. Die Firma F.D. H. GmbH hat für die Versteuerung bzw. für die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge selbst zu sorgen.*
- 5. Sollten die arbeitsrechtlichen, sozialversicherungsrechtlichen, steuerlichen oder sonstige Bestimmungen seitens der Firma F.D. Horvath GmbH nicht eingehalten werden, verpflichtet sie sich schon jetzt, die Firma Y. Bau GmbH diesbezüglich schad- und klaglos zu halten.*

ZAHLUNG: Auftragssumme, BVH BF, B-Gasse

320 m² á EUR 16,00 = EUR 5.120,00

Teilrechnung:

Monatlich gegen Nachweis, abzüglich 10% Deckungsrücklass.

21 Tage - 3% Skonto oder 45 Tage netto ab Rechnungseingang.

Schlussrechnung:

Gegen Nachweis, nach Abschluss ihrer Arbeiten abzüglich 5% Haftrücklass oder Bankgarantie.

30 Tage - 3% Skonto ab Rechnungseingang.

Haftung 3 Jahre ab Übergabe an den Bauherrn.

SONSTIGE VEREINBARUNGEN:

a) Der Auftragnehmer erklärt, für die Erfüllung des Auftrages nur ordnungsgemäß bei dem zuständigen Träger der Krankenversicherung angemeldete Arbeitskräfte, welche im Fall des Einsatzes von Ausländern über eine gültige Arbeitsbewilligung verfügen, einzustellen. Der Auftraggeber ist berechtigt, diese Angaben stichprobenartig zu überprüfen und diesbezüglich Erkundigungen einzuziehen. Bei beharrlicher Verletzung dieser Bestimmungen durch den Auftragnehmer, ist der Auftraggeber berechtigt vom Vertrag zurückzutreten. Für die daraus entstehenden Folgen und Nachteile haftet der Auftragnehmer voll.

b) Bauseits werden Baustrom und Bauwasser kostenlos ab Grundverteiler zur Verfügung gestellt (nicht für Heizzwecke).

c) Nach Abschluss der einzelnen Abschnitte bzw. auf Anforderung des Auftraggebers sind Verunreinigungen, Verpackungsmaterial etc. zu entfernen und von der Baustelle abzutransportieren."

In weiterer Folge wurde der Bw. mit Vergabebescheid vom 20. August 2008 vom Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart die Umsatzsteueridentifikationsnummer ATU6xxx vergeben.

Mit Bescheid vom gleichen Tag wurden der Bw. Körperschaftsteuervorauszahlungen zur Steuernummer 2xx/xxxx vorgeschrieben.

Mit Bescheid vom 2. September 2008 wurde die Gültigkeit dieser Umsatzsteueridentifikationsnummer „mit Wirkung 03.09.2008 begrenzt“.

In der gesondert ausgefertigten Bescheidbegründung wird erläutert:

„Der Bescheid über die Erteilung der Umsatzsteuer-Identifikationsnummer ist gem. Art. 28 Abs. 1 letzter Satz UStG 1994 zurückzunehmen, wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse geändert haben, die für die Erteilung der Umsatzsteuer-Identifikationsnummer maßgebend sind oder wenn das Vorhandensein dieser Verhältnisse zu Unrecht angenommen worden ist.

Die Tätigkeit der F.D. H. GmbH beschränkt sich auf das Bau- und Baunebengewerbe dahingehend, dass lediglich die Gesellschafter ihre Arbeitskraft an andere Unternehmen anbieten. Das Material als auch die technische Ausrüstung (Werkzeug) wird vom jeweiligen „Auftraggeber“ zur Verfügung gestellt.

Das angemietete Büro ist nur mit zwei Schreibtischen (ohne weiterem Zubehör) ausgestattet, da nach Auskunft der Gesellschafter keine weiteren Utensilien erforderlich sind.

Es werden keinerlei Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitsstunden, Arbeitsorte (Einsatz, Dauer, wer die Leistung erbracht hat) geführt.

Die Verträge mit den „Auftraggebern“ beinhalten keine Angaben über Zeit, Ort, Dauer der Leistung, Gewährleistung, Allgemeine Geschäftsbedingungen der F.D. H. GmbH.

Weiters sind die Gesellschafter der deutschen Sprache nicht mächtig, jedoch ist nicht bekannt, wer den Schriftverkehr über die Aufträge (Anbot Rechnungslegung) durchführt.

Nach Ansicht der Finanzbehörde erfolgte die Gründung der Kapitalgesellschaft, zur Umgehung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes 1975, da die Gesellschafter mangels Beschäftigungsbewilligung in Österreich nicht tätig werden dürften."

Welche Änderungen der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse im Zeitraum 20. August 2008 (hier wurde die UID vergeben) und 2. September 2008 (hier wurde die UID mit 3. September 2008 befristet) eingetreten sind, lässt sich weder dem Bescheid noch dem Akt entnehmen.

Auf Grund einer Anfrage des Firmenbuchgerichts vom 5. September 2008 an das Finanzamt, ob die Anregung des Finanzamtes der amtswegigen Löschung aufrecht bleibe, teilte das Finanzamt dem Gericht mit Schreiben vom 10. September 2008 mit, dass gegen die (von ihm selbst angeregte) Löschung „Bedenken bestehen“.

Mit Schreiben vom 1. Oktober 2008 erhob der rechtsfreundliche Vertreter Berufung gegen den Begrenzungsbescheid und führte diesbezüglich aus:

„Mit angeblichem Bescheid vom 2.9.2008 hat vermutlich das Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart die Erteilung der Umsatzsteuer-Identifikationsnummer der Einschreiterin gem. Art. 28 Abs. 1 letzter Satz UStG 1994 zurückgenommen. Der Antragstellerin wurde jedoch lediglich das als Beilage ./A in Kopie angeschlossene Schriftstück zugestellt, welches weder einen Spruch, somit den eigentlich Bescheid enthält, noch die bescheiderlassende Behörde zweifelsfrei erkennen lässt. Das Schreiben enthält neben einer unvollständigen Rechtsmittelbelehrung lediglich eine Bescheidbegründung, die den Schluss nahe legt, dass die zuständige Behörde beabsichtigt, die Erteilung der Umsatzsteuer-Identifikationsnummer der Einschreiterin gem. Art. 28 Abs. 1 letzter Satz UStG 1994 zurückzunehmen. Da dem an die Antragstellerin gerichteten Schreiben wesentlich Merkmale eines Bescheides fehlen, handelt es sich dabei um ein rechtliches nullum.

Aus Gründen der Vorsicht erhebe ich jedoch namens und im Auftrag der Berufungswerberin und unter ausdrücklicher Berufung auf die mir von dieser erteilte Vollmacht gegen den angeblichen Bescheid vom 2.9.2008

Berufung

und begründe diese wie folgt:

Die Behörde begründet den angefochtenen Bescheid damit, dass sich die Tätigkeit der Antragstellerin auf das Bau- und Baunebengewerbe dahingehend beschränke, dass lediglich die Gesellschafter Ihre Arbeitskraft an andere Unternehmen anbieten, sämtliche Materialien und Ausrüstung würden dabei von den jeweiligen Auftraggebern bereitgestellt werden. Die Antragstellerin verfüge nur über ein kleines, minimalistisch ausgestattetes Büro und führe keinerlei Aufzeichnungen über ihre Tätigkeiten und Aufträge. Weiters seien die Gesellschafter der deutschen Sprache nicht mächtig. Aus diesen Gründen liege eine Umgehung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes vor.

Diese Ansicht der entscheidenden Behörde ist aus den im Folgenden wiedergegebenen Gründen völlig verfehlt.

Wie sich klar aus § 2 Abs. 4 Z 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ergibt, liegt eine, diesem Gesetz unterliegende Beschäftigung dann nicht vor, wenn Gesellschafter einer GmbH mit einem Geschäftsanteil von 25% Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringen, liegt doch gemäß dieser Bestimmung eine derartige Beschäftigung dann vor, wenn Gesellschafter einer GmbH mit einem Geschäftsanteil von weniger als 25% derartige Arbeitsleistungen erbringen. Sämtliche Gesellschafter der F.D. H. GmbH sind zu 25% an der Gesellschaft beteiligt (siehe Firmenbuchauszug Blg. ./B).

Die Gesellschaft ist im Baunebengewerbe tätig und erbringt Arbeitsleistungen im Ausbau von Gebäuden, besonders die Herstellung von Fassaden, Anbringen von Vollwärmeschutz aber auch sonstige Baunebenleistungen. In diesem Tätigkeitsgebiet erbringt sie für unterschiedliche Auftraggeber, nicht nur einen einzigen Bauunternehmer derartige Leistungen. Vorgelegt werden 6 Bauverträge aus denen sich insbesondere ergibt, dass sowohl Private als auch gewerbliche Auftraggeber bedient werden (Blg. ./C).

Die Gesellschaft ist auf eigene Rechnung und eigenes Risiko tätig. Dieses Risiko tragen die 4 Gesellschafter als für diese Gesellschaft tätige Unternehmer. Dies entspricht der Praxis von GmbHs in Österreich aber auch Deutschland und sonstigem benachbarten Ausland, wonach zur Haftungsminimierung und Risikostreuung Familienunternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft geführt werden.

Entgegen der von der Behörde vertretenen Ansicht, die Antragstellerin verfüge über kein eigenes Gerätschaften zur Ausübung ihres Gewerbes, ist auszuführen, dass die Antragstellerin sehr wohl die von ihr angenommenen Aufträge mit eigenen Werkzeugen, Fahrzeugen und Materialien ausführt. Die Gesellschafter der Antragstellerin erbringen, wie in einem Familienunternehmen, ihre Arbeitsleistungen für die Gesellschaft. Weiters ist zu den Ausführungen der Behörde anzumerken, dass die Antragstellerin in einem Gewerbe und in einem solchen Umfang tätig ist, dass sie groß angelegter Büroräumlichkeiten nicht bedarf.

Eben sowenig wie die übrigen Ausführungen der Behörde entspricht es der Wahrheit, dass die Gesellschafter der Einschreiterin der deutschen Sprache nicht mächtig sein. Vielmehr verfügt der Gesellschafter der Antragstellerin, Herr E. Ka., über gute Deutschkenntnisse, weshalb es ihm auch ohne Schwierigkeiten möglich ist, die Korrespondenzen der Gesellschaft zu führen.

Da offensichtlich aus den soeben ausgeführten Gründen eine von der entscheidenden Behörde unterstellte Umgehung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes nicht vorliegt, stelle ich namens und im Auftrag der Berufungswerberin den

Antrag

den zur Steuernummer 2xx/xxxx angeblich erlassenen Bescheid vom 2.9.2008 ersatzlos aufzuheben.

Der Berufung beigegeben war eine Kopie der Bescheidbegründung (./A). ein Firmenbuchauszug vom 2. Juli 2008 (./B) sowie Kopien folgender Verträge:

./C:

„Bauvertrag / Werkvertrag

abgeschlossen am unten bezeichneten Tage zwischen

Ge. Gö. Ges.m.b.H. [Adresse]

im Folgenden kurz „Auftraggeber“ genannt und

Firma: F.D. H. GmbH, Adresse: PLZ1 Wu, , W.-Straße, Tel/Fax: 0664/xxx, Ansprechpartner: Hr. H. T.

im Folgenden kurz „Auftragnehmer“ genannt

Der Auftraggeber erteilt dem Auftragnehmer auf Basis nachstehend angeführter Auftragsgrundlagen den Auftrag zur Durchführung folgender Arbeiten im Rahmen des Projektes:

Baustelle: Fam. Md., Ki.

Malen des kompletten Einfamilienhauses

I. Vertragsgrundlagen

Vertragsgrundlagen und somit Inhalte dieser Vereinbarung sind:

- *die Bestimmungen dieses Auftrages;*
- *das vom Auftragnehmer erstattete Leistungsverzeichnis, Bau- und Konstruktionspläne sowie sonstige Arbeitsunterlagen, für deren sachliche Richtigkeit und Vollständigkeit der Auftragnehmer haftet, soweit er sie selbst erstellt oder überprüft hat bzw. überprüfen müsste;*
- *die einschlägigen Ö-Normen bzw. die - wenn es solche nicht gibt und auch eine gesetzliche Regelung fehlt - entsprechenden DIN-Normen sowie die anerkannten Regeln der Technik- bzw. des Gewerbes des Auftragnehmers.*
- *Entgegenstehende Geschäftsbedingungen des Auftragnehmers werden durch Annahme dieses Auftrages außer Kraft gesetzt; dies auch dann, wenn sie sich auf dem Geschäftspapier und dgl. des Auftragnehmers befinden und ihnen der Auftraggeber nicht neuerlich widerspricht.*

II. Auftragssumme (Werklohn)

Die Auftragssumme beträgt netto Pauschal EUR 2.000,00

Die Abgeltung von Teilleistungen bedarf einer Vereinbarung gemäß des Punktes „Zusatzaufträge und Schriftlichkeit als Wirksamkeitsvoraussetzung“.

Die Beweislast für die ordnungsgemäße Leistungserbringung trifft in jedem Fall den Auftragnehmer. Für den Fall, dass der Auftragnehmer vermeint, dass (nur oder auch) andere Dritte an der nicht ordnungsgemäßen Leistungserbringung eine Verantwortlichkeit trifft, kann er dies dem Auftraggeber nicht entgegenhalten. Der Auftragnehmer verzichtet auf ein allenfalls zustehendes richterliches Mäßigungsrecht.

VI. Fälligkeit des Werklohnes

Nach Fertigstellung der gesamten Leistung hat eine förmliche Übernahme durch den Auftraggeber zu erfolgen. Mit der förmlichen Übernahme erfolgt der Gefahrenübergang und beginnen die Gewährleistungsfristen.

Teilrechnungen können nach Arbeitsfortschritt bei mangelfreier Leistungserbringung wie folgt gelegt werden:

TR: nach Baufortschritt

SR: nach Fertigstellung und Abnahme

Der nach Berücksichtigung allfälliger Teilzahlungen zu bezahlende Werklohn ist erst nach mangelfreier Erbringung aller vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen einschließlich ordnungsgemäßer und nachvollziehbarer Rechnungslegung sowie nach Ablauf von angemessenen Überprüfungsfristen (als solche sind jedenfalls die der einschlägigen Ö Normen anzusehen) fällig.

Der Auftraggeber ist berechtigt bei Zahlung der Teilrechnung 10%igen Deckungsrücklass, sowie bei Schlussrechnung einen 3%igen Haftrücklass vom Bruttorechnungsbetrag abzuziehen und einzubehalten.

Für den fälligen Werklohn werden die nachstehenden Zahlungsziele vereinbart:

- *• binnen 14 Tagen 4% Skonto nach Rechnungsprüfung*
- *• binnen 30 Tagen netto*

VII. Leistungsstörungen

Der Auftragnehmer sichert für sich, seine Leute und seine Erfüllungsgehilfen größtmögliche fachliche Qualifikation und Anwendung ebensolcher Sorgfalt zu.

Leidet die vom Auftragnehmer zu erbringende Leistung an einem Mangel, ist der Auftraggeber wohl berechtigt, aber nicht verpflichtet, eine Verbesserungsmöglichkeit unter angemessener Nachfristsetzung einzuräumen. Es steht ihm vielmehr das Wahlrecht zu, sofort den Mangel auf Kosten des Auftragnehmers zu belieben oder beheben zu lassen. Wenn es untunlich ist, kann auch die Zuziehung des Auftragnehmers zur Feststellung von Art und Umfang des Mangels bzw. der voraussichtlichen Behebungskosten unterbleiben.

Ist ein vom Auftragnehmer zu verantwortender Mangel so schwerwiegend, dass er auf außergewöhnliche Sorglosigkeit und/oder mangelnde Fachkenntnisse zurückzuführen ist, berechtigt dies den Auftraggeber, ohne Nachfristsetzung den Rücktritt vom Vertrag mit sofortiger Wirksamkeit zu erklären, ohne dass der Auftragnehmer hieraus Ansprüche - aus welchem Titel auch immer - ableiten könnte. Das gleiche Recht steht dem Auftraggeber zu, wenn sich herausstellt, dass der Auftragnehmer nicht über die für die Leistungserbringung notwendigen gewerberechtlichen Befugnisse verfügt oder er diese im Zuge der Leistungserbringung verliert.

VII: Ergänzende Pflichten des Auftragnehmers

Der Auftragnehmer verfügt über alle zur Durchführung des Auftrages erforderlichen insbesondere gewerberechtlichen - Befugnisse. Die Weitergabe des Auftrages an Subunternehmen ist nicht erlaubt.

III. Pauschalpreis

Dem Auftrag wird ein Pauschalpreis zugrunde gelegt, es trägt also der Auftragnehmer - ungeachtet des Umstandes, dass die Auftragssumme detailliert errechnet wurde - die Gefahr für allenfalls notwendige Mehraufwendungen und Mehrkosten.

Der Auftragnehmer hat die zur Erbringung der von ihm zugesagten Leistung notwendigen Auftragsgrundlagen selbst geprüft und erstellt. Es geht daher jede Fehleinschätzung des Leistungsumfanges, ausschließlich zu seinen Lasten.

IV. Zusatzaufträge und Schriftlichkeit als Wirksamkeitsvoraussetzung

Der Auftragnehmer wird Erweiterungen und/oder Verringerungen des Auftragsvolumens im branchenüblichen Ausmaß akzeptieren. Die Branchenüblichkeit ist nach den einschlägigen ä-Normen oder nach Art und Umfang des jeweiligen Gesamtprojektes zu beurteilen, die auch diesem Auftrag zugrunde gelegt wurden.

Zusatzauftragerteilungen bedürfen, um verbindlich zu sein, der schriftlichen Form und gelten im Zweifel als zu den Bedingungen dieses Auftrages abgeschlossen. Ist eine schriftliche Festlegung nicht sofort möglich, bedürfen sie einer zumindest nachfolgenden schriftlichen Bestätigung, deren Verbindlichkeit nur durch unverzüglichen schriftlichen Widerspruch des Vertragspartners außer Kraft gesetzt werden kann. Für den Fall, dass keine anders lautende Vereinbarung getroffen wird, gelten sie auf Basis der Pauschalpreisregelung (Punk 3 des Werkvertrages) erteilt.

Überstunden und Regiearbeiten werden nur vergütet, wenn sie ausdrücklich angeordnet und schriftlich bestätigt wurden. Für Regiearbeiten sind gesonderte, für beide Vertragspartner jederzeit zugängliche Aufzeichnungen zu führen.

Einvernehmliche Eintragungen in das Baubuch oder die Bautagesbereiche erfüllen das Erfordernis der vereinbarten Schriftlichkeit als Voraussetzung für die rechtliche Verbindlichkeit von Vereinbarungen über Zusatzaufträge, Überstunden und Regiestunden. Es kann im Zweifel davon ausgegangen werden, dass die Dienstnehmer der Vertragspartner, wenn sie solche schriftliche Erklärungen abgeben, hierzu auch berechtigt sind.

TERMINE: Arbeitsbeginn: nach Rücksprache mit Herrn Gö., Tel.: [...]

Die Malerarbeiten müssen dem Baufortschritt angeglichen werden, bei Unterbrechung der Malerarbeiten unsererseits müssen die Arbeiten spätestens 2 Arbeitstage nach Aufforderung der Firma Ge. Gö. GmbH wieder aufgenommen werden.

Die Teilfertigstellungstermine werden Ihnen zeitgerecht mitgeteilt.

Beim Nichteinhalten dieser Termine wird eine Pönale von € 50,00 pro Tag einbehalten.

V. Vergütungsbetrag

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, rechtzeitig mit dem erteilten Auftrag zu beginnen, diesen zügig und in sorgfältiger Anpassung an die Erfordernisse des Gesamtprojektes fortzuführen und die von ihm zu erbringenden Leistungen (siehe Absatz davor) mangelfrei fertig zu stellen.

Für den Fall, dass der Auftragnehmer seine Leistungen oder Abschnitte derselben nicht mangelfrei oder nicht fristgerecht erfüllt, wird folgender Vergütungsbetrag gemäß § 1336 ABGB (Pönale) vereinbart: €... je angefangener Kalenderwoche.

Bei Vorliegen der Voraussetzungen der Geltendmachung des Vergütungsbetrages ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, einen Nachweis darüber zu erbringen, dass der bei ihm tatsächlich eingetretene Schaden die Höhe des Vergütungsbetrages erreicht. Ungeachtet dessen kann er auch einen, diesen Vergütungsbetrag übersteigenden Schaden ersetzt begehren.

Der Auftragnehmer haftet für die Einhaltung sämtlicher gesetzlicher Bestimmungen im Hinblick auf die von ihm eingesetzten Arbeitskräfte und die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes und hält den Auftraggeber für sämtliche, diesem aus einer Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen erwachsende Nachteile schad- und klaglos.

Der Auftragnehmer muss spätestens vor Beginn des dritten Arbeitstages die Meldebestätigung bei der zuständigen Gebietskrankenkasse und eine Kopie des Personalausweises, sowie bei Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern die Beschäftigungsbewilligung des Auftraggeber vorlegen.

Sollte der Auftragnehmer sich nicht an die obige Frist halten muss dieser die Arbeiten sofort einstellen und mit Baustellenverweis rechnen. Sollten dem Auftraggeber durch diese Maßnahmen Mehrkosten entstehen werden diese dem Auftragnehmer weiterverrechnet.

Für den Fall, dass der Maler einen Bauschaden verursacht, benötigen wir den Versicherungsgeber..... und die Versicherungsnummer..... um den Schaden rascher erledigen zu können.

IX. Protokolle während der Bauführung

Zur Wahrung der bedungenen Qualität ist der Auftragnehmer verpflichtet während der Bauausführung wesentliche Bauabschnitte und wesentliche Details hinsichtlich ihrer planmäßigen und Ö-Norm gemäßen Ausführung abzunehmen und darüber Protokoll zu verfassen. Diese Protokolle sind nach Fertigstellung dem Auftraggeber zu übergeben.

X. Schlussbestimmungen

Als Gerichtsstand für allfällige Rechtsstreitigkeiten aus diesem Vertrag, auch über seine Gültigkeit selbst, vereinbaren die Vertragsparteien gemäß § 104 JN die ausschließliche Zuständigkeit des in Handelssachen für Wien in Betracht kommenden Gerichtes.

Neben dieser Bauvereinbarung samt Beilagen bestehen keine mündlichen oder schriftlichen Nebenabreden. Allfällige Änderungen und/oder Ergänzungen dieser Bauvereinbarung bedürfen zur ihrer Gültigkeit der Schriftform. Diese Bauvereinbarung wird ebenso wie deren allfällige Änderungen und/oder Ergänzungen erst mit Unterfertigung durch einen der Geschäftsführer des Auftragnehmers, rechtswirksam.

Sollte eine der Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein oder werden, so wird hierdurch die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Die Vertragsparteien werden unverzüglich in den Vertrag diejenigen Regelungen aufnehmen, die in rechtlich wirksamer Weise am besten geeignet sind, den wirtschaftlichen Zweck der unwirksamen Bestimmung zu erreichen.

Die den Vertragsparteien aus diesem Vertrag zustehenden Rechte und Pflichten gehen auch auf deren Rechtsnachfolger unter Lebenden und von Todes wegen über."

[Unterschriften der Firma Farbenfachhandel Ge. Gö. GmbH in Wien sowie von H. T.].

„Bauvertrag / Werkvertrag

abgeschlossen am unten bezeichneten Tage zwischen

Zimmerei-Baumeister Ze. GmbH, [Adresse]

im Folgenden kurz „Auftraggeber" genannt und

Firma: F.D. H. GmbH, Adresse: PLZ1 Wu, , W.-Straße, Tel/Fax: 0664/xxx,

Ansprechpartner:Hr. H. T.

im Folgenden kurz „Auftragnehmer" genannt

Der Auftraggeber erteilt dem Auftragnehmer auf Basis nachstehend angeführter Auftragsgrundlagen den Auftrag zur Durchführung folgender Arbeiten im Rahmen des Projektes:

PLZ5 Es. – SG., D.-Straße

75 m² Vollwärmefassade

I. Vertragsgrundlagen

Vertragsgrundlagen und somit Inhalte dieser Vereinbarung sind:

- *die Bestimmungen dieses Auftrages;*
- *das vom Auftragnehmer erstatte Leistungsverzeichnis, Bau- und Konstruktionspläne sowie sonstige Arbeitsunterlagen, für deren sachliche Richtigkeit und Vollständigkeit der Auftragnehmer haftet, soweit er sie selbst erstellt oder überprüft hat bzw. überprüfen müsste;*
- *die einschlägigen Ö-Normen bzw. die - wenn es solche nicht gibt und auch eine gesetzliche Regelung fehlt - entsprechenden DIN-Normen sowie die anerkannten Regeln der Technik- bzw. des Gewerbes des Auftragnehmers.*
- *Entgegenstehende Geschäftsbedingungen des Auftragnehmers werden durch Annahme dieses Auftrages außer Kraft gesetzt; dies auch dann, wenn sie sich auf dem Geschäftspapier und dgl. des Auftragnehmers befinden und ihnen der Auftraggeber nicht neuerlich widerspricht.*

II. Auftragssumme (Werklohn)

Die Auftragssumme beträgt netto Pauschal EUR 1.200,00

Die Abgeltung von Teilleistungen bedarf einer Vereinbarung gemäß des Punktes „Zusatzaufträge und Schriftlichkeit als Wirksamkeitsvoraussetzung“.

III. Pauschalpreis

Dem Auftrag wird ein Pauschalpreis zugrunde gelegt, es trägt also der Auftragnehmer - ungeachtet des Umstandes, dass die Auftragssumme detailliert errechnet wurde - die Gefahr für allenfalls notwendige Mehraufwendungen und Mehrkosten.

Der Auftragnehmer hat die zur Erbringung der von ihm zugesagten Leistung notwendigen Auftragsgrundlagen selbst geprüft und erstellt. Es geht daher jede Fehleinschätzung des Leistungsumfanges, ausschließlich zu seinen Lasten.

IV. Zusatzaufträge und Schriftlichkeit als Wirksamkeitsvoraussetzung

Der Auftragnehmer wird Erweiterungen und/oder Verringerungen des Auftragsvolumens im branchenüblichen Ausmaß akzeptieren. Die Branchenüblichkeit ist nach den einschlägigen ä-Normen oder nach Art und Umfang des jeweiligen Gesamtprojektes zu beurteilen, die auch diesem Auftrag zugrunde gelegt wurden.

Zusatzauftragserteilungen bedürfen, um verbindlich zu sein, der schriftlichen Form und gelten im Zweifel als zu den Bedingungen dieses Auftrages abgeschlossen. Ist eine schriftliche Festlegung nicht sofort möglich, bedürfen sie einer zumindest nachfolgenden schriftlichen Bestätigung, deren Verbindlichkeit nur durch unverzüglichen schriftlichen Widerspruch des Vertragspartners außer Kraft gesetzt werden kann. Für den Fall, dass keine anders lautende Vereinbarung getroffen wird, gelten sie auf Basis der Pauschalpreisregelung (Punk 3 des Werkvertrages) erteilt.

Überstunden und Regiearbeiten werden nur vergütet, wenn sie ausdrücklich angeordnet und schriftlich bestätigt wurden. Für Regiearbeiten sind gesonderte, für beide Vertragspartner jederzeit zugängliche Aufzeichnungen zu führen.

Einvernehmliche Eintragungen in das Baubuch oder die Bautagesbereiche erfüllen das Erfordernis der vereinbarten Schriftlichkeit als Voraussetzung für die rechtliche Verbindlichkeit von Vereinbarungen über Zusatzaufträge, Überstunden und Regiestunden. Es kann im Zweifel davon ausgegangen werden, dass die Dienstnehmer der Vertragspartner, wenn sie solche schriftliche Erklärungen abgeben, hierzu auch berechtigt sind.

TERMINE: Arbeitsbeginn: 14.6.2008, Arbeitsende: nach Baufortschritt

V. Vergütungsbetrag

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, rechtzeitig mit dem erteilten Auftrag zu beginnen, diesen zügig und in sorgfältiger Anpassung an die Erfordernisse des Gesamtprojektes fortzuführen und die von ihm zu erbringenden Leistungen (siehe Absatz davor) mangelfrei fertig zu stellen.

Für den Fall, dass der Auftragnehmer seine Leistungen oder Abschnitte derselben nicht mangelfrei oder nicht fristgerecht erfüllt, wird folgender Vergütungsbetrag gemäß § 1336 ABGB (Pönale) vereinbart: € 0,00 je angefangener Kalenderwoche.

Bei Vorliegen der Voraussetzungen der Geltendmachung des Vergütungsbetrages ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, einen Nachweis darüber zu erbringen, dass der bei ihm tatsächlich eingetretene Schaden die Höhe des Vergütungsbetrages erreicht. Ungeachtet

dessen kann er auch einen, diesen Vergütungsbetrag übersteigenden Schaden ersetzt begehren.

Die Beweislast für die ordnungsgemäße Leistungserbringung trifft in jedem Fall den Auftragnehmer. Für den Fall, dass der Auftragnehmer vermeint, dass (nur oder auch) andere Dritte an der nicht ordnungsgemäßen Leistungserbringung eine Verantwortlichkeit trifft, kann er dies dem Auftraggeber nicht entgegenhalten. Der Auftragnehmer verzichtet auf ein allenfalls zustehendes richterliches Mäßigungsrecht.

VI. Fälligkeit des Werklohnes

Nach Fertigstellung der gesamten Leistung hat eine förmliche Übernahme durch den Auftraggeber zu erfolgen. Mit der förmlichen Übernahme erfolgt der Gefahrenübergang und beginnen die Gewährleistungsfristen.

Teilrechnungen können nach Arbeitsfortschritt bei mangelfreier Leistungserbringung wie folgt gelegt werden:

TR: nach Baufortschritt

SR: nach Fertigstellung und Abnahme

Der nach Berücksichtigung allfälliger Teilzahlungen zu bezahlende Werklohn ist erst nach mangelfreier Erbringung aller vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen einschließlich ordnungsgemäßer und nachvollziehbarer Rechnungslegung sowie nach Ablauf von angemessenen Überprüfungsfristen (als solche sind jedenfalls die der einschlägigen Ö Normen anzusehen) fällig.

Der Auftraggeber ist berechtigt bei Zahlung der Teilrechnung 10%igen Deckungsrücklass, sowie bei Schlussrechnung einen 3%igen Haftrücklass vom Bruttorechnungsbetrag abzuziehen und einzubehalten.

Für den fälligen Werklohn werden die nachstehenden Zahlungsziele vereinbart:

- *innen 14 Tagen 4% Skonto nach Rechnungsprüfung*
- *innen 30 Tagen netto*

VII. Leistungsstörungen

Der Auftragnehmer sichert für sich, seine Leute und seine Erfüllungsgehilfen größtmögliche fachliche Qualifikation und Anwendung ebensolcher Sorgfalt zu.

Leidet die vom Auftragnehmer zu erbringende Leistung an einem Mangel, ist der Auftraggeber wohl berechtigt, aber nicht verpflichtet, eine Verbesserungsmöglichkeit unter angemessener Nachfristsetzung einzuräumen. Es steht ihm vielmehr das Wahlrecht zu, sofort den Mangel auf Kosten des Auftragnehmers zu beheben oder beheben zu lassen. Wenn es untunlich ist, kann auch die Zuziehung des Auftragnehmers zur Feststellung von Art und Umfang des Mangels bzw. der voraussichtlichen Behebungskosten unterbleiben.

Ist ein vom Auftragnehmer zu verantwortender Mangel so schwerwiegend, dass er auf außergewöhnliche Sorglosigkeit und/oder mangelnde Fachkenntnisse zurückzuführen ist, berechtigt dies den Auftraggeber, ohne Nachfristsetzung den Rücktritt vom Vertrag mit sofortiger Wirksamkeit zu erklären, ohne dass der Auftragnehmer hieraus Ansprüche - aus welchem Titel auch immer - ableiten könnte. Das gleiche Recht steht dem Auftraggeber zu, wenn sich herausstellt, dass der Auftragnehmer nicht über die für die Leistungserbringung notwendigen gewerberechtlichen Befugnisse verfügt oder er diese im Zuge der Leistungserbringung verliert.

VII: Ergänzende Pflichten des Auftragnehmers

Der Auftragnehmer verfügt über alle zur Durchführung des Auftrages erforderlichen insbesondere gewerberechtlichen - Befugnisse. Die Weitergabe des Auftrages an Subunternehmen ist nicht erlaubt.

Der Auftragnehmer haftet für die Einhaltung sämtlicher gesetzlicher Bestimmungen im Hinblick auf die von ihm eingesetzten Arbeitskräfte und die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes und hält den Auftraggeber für sämtliche, diesem aus einer Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen erwachsende Nachteile schad- und klaglos.

Der Auftragnehmer muss spätestens vor Beginn des dritten Arbeitstages die Meldebestätigung bei der zuständigen Gebietskrankenkasse und eine Kopie des Personalausweises, sowie bei Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern die Beschäftigungsbewilligung beim Auftraggeber vorlegen.

Sollte der Auftragnehmer sich nicht an die obige Frist halten muss dieser die Arbeiten sofort einstellen und mit Baustellenverweis rechnen. Sollten beim Auftraggeber durch diese Maßnahmen Mehrkosten entstehen werden diese dem Auftragnehmer weiterverrechnet.

Für den Fall, dass der Maler einen Bauschaden verursacht, benötigen wir den Versicherungsgeber..... und die Versicherungsnummer..... um den Schaden rascher erledigen zu können.

IX. Protokolle während der Bauführung

Zur Wahrung der bedungenen Qualität ist der Auftragnehmer verpflichtet während der Bauausführung wesentliche Bauabschnitte und wesentliche Details hinsichtlich ihrer planmäßigen und Ö-Norm gemäßen Ausführung abzunehmen und darüber Protokoll zu verfassen. Diese Protokolle sind nach Fertigstellung dem Auftraggeber zu übergeben.

X. Schlussbestimmungen

Als Gerichtsstand für allfällige Rechtsstreitigkeiten aus diesem Vertrag, auch über seine Gültigkeit selbst, vereinbaren die Vertragsparteien gemäß § 104 JN die ausschließliche Zuständigkeit des in Handelssachen für Wien in Betracht kommenden Gerichtes.

Neben dieser Bauvereinbarung samt Beilagen bestehen keine mündlichen oder schriftlichen Nebenabreden. Allfällige Änderungen und/oder Ergänzungen dieser Bauvereinbarung bedürfen zur ihrer Gültigkeit der Schriftform. Diese Bauvereinbarung wird ebenso wie deren allfällige Änderungen und/oder Ergänzungen erst mit Unterfertigung durch einen der Geschäftsführer des Auftragnehmers, rechtswirksam.

Sollte eine der Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein oder werden, so wird hierdurch die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Die Vertragsparteien werden unverzüglich in den Vertrag diejenigen Regelungen aufnehmen, die in rechtlich wirksamer Weise am besten geeignet sind, den wirtschaftlichen Zweck der unwirksamen Bestimmung zu erreichen.

Die den Vertragsparteien aus diesem Vertrag zustehenden Rechte und Pflichten gehen auch auf deren Rechtsnachfolger unter Lebenden und von Todes wegen über.

[Unterschriften der Firma Zimmerei-Baumeister Ze. GmbH sowie von H. T. unter Beifügung des Zusatzes F.D. H. „GmbH“, wobei „GmbH“ unter Anführungszeichen gesetzt ist].

„WERKVERTRAG

Abgeschlossen zwischen der Firma Y. Bau GmbH, PLZ3 R. , Kg. vertreten durch den Geschäftsführer Herrn Th. Jo. und der Firma F.D. H. GmbH, PLZ1 Wu,, W.-Straße vertreten durch den Geschäftsführer Herrn T. H. .

1. Die Firma F.D. H. GmbH ist werkvertraglich als Subunternehmer im Bereich Außen-, Fassadenputzarbeiten und Verarbeitung von Vollwärmeschutz für die Firma Y. Bau GmbH tätig.

2. Der Auftraggeber erteilt dem Auftragnehmer auf Basis nachstehend angeführter Auftragsgrundlagen den Auftrag zur Durchführung folgender Arbeiten im Rahmen des

Projektes: BF, B-Gasse, 320 m2 Vollwärmeschutzfassade, Material und Gerüst wird vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt.

3. Die Firma F.D. H. GmbH verpflichtet sich, dass bei Anstellung bzw. Arbeiten von ausländischen Arbeitskräften auf den Baustellen der Firma Y. Bau GmbH die arbeitsrechtlichen Bestimmungen gemäß dem Ausländerbeschäftigungsgesetz eingehalten werden.

4. Die Vertragsparteien nehmen zur Kenntnis, dass es sich bei der vorliegenden Vereinbarung um einen rechtsgebühren-, lohnsteuer- und sozialversicherungsfreien Werkvertrag gemäß § 1151 ABGB handelt, weshalb sämtliche Rechtsvorschriften über den Dienstnehmerschutz, insbesondere für den Krankheitsfall keine Anwendung finden. Die Firma F.D. H. GmbH hat für die Versteuerung bzw. für die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge selbst zu sorgen.

5. Sollten die arbeitsrechtlichen, sozialversicherungsrechtlichen, steuerlichen oder sonstige Bestimmungen seitens der Firma F.D. H. GmbH nicht eingehalten werden, verpflichtet sie sich schon jetzt, die Firma Y. Bau GmbH diesbezüglich schad- und klaglos zu halten.

ZAHLUNG: Auftragssumme, BVH BF, B-Gasse

320 m2 á EUR 16,00 EUR 5.120,00

Teilrechnung:

Monatlich gegen Nachweis, abzüglich 10% Deckungsrücklass.

21 Tage - 3% Skonto oder 45 Tage netto ab Rechnungseingang.

Schlussrechnung:

Gegen Nachweis, nach Abschluss ihrer Arbeiten abzüglich 5% Hafrücklass oder Bankgarantie.

30 Tage - 3% Skonto ab Rechnungseingang.

Haftung 3 Jahre ab Übergabe an den Bauherrn.

SONSTIGE VEREINBARUNGEN:

a) Der Auftragnehmer erklärt, für die Erfüllung des Auftrages nur ordnungsgemäß bei dem zuständigen Träger der Krankenversicherung angemeldete Arbeitskräfte, welche im Fall des Einsatzes von Ausländern über eine gültige Arbeitsbewilligung verfügen, einzustellen. Der Auftraggeber ist berechtigt, diese Angaben stichprobenartig zu überprüfen und diesbezüglich Erkundigungen einzuziehen. Bei beharrlicher Verletzung dieser Bestimmungen durch den Auftragnehmer, ist der Auftraggeber berechtigt vom Vertrag zurückzutreten. Für die daraus entstehenden Folgen und Nachteile haftet der Auftragnehmer voll.

b) Bauseits werden Baustrom und Bauwasser kostenlos ab Grundverteiler zur Verfügung gestellt (nicht für Heizzwecke).

c) Nach Abschluss der einzelnen Abschnitte bzw. auf Anforderung des Auftraggebers sind Verunreinigungen, Verpackungsmaterial etc. zu entfernen und von der Baustelle abzutransportieren."

[Unterschriften der Firma Y. Bau GmbH Zimmerei-Baumeister Ze. sowie von H. T. unter Beifügung des Zusatzes F.D. H. GmbH].

„Bauvertrag

Auftraggeber: Moa. We., H.-Straße, PLZ6 Mf.

Auftragnehmer: Fa. F.D. H., W.-Straße, PLZ1 Wu,

Betreff: Fassadenarbeiten H.-Straße, PLZ6 Mf.

Fr. We. als Auftraggeber erteilt der Fa. F.D. H. als Auftragnehmer die Sanierung der Fassade am Wohnhaus PLZ6 Mf., H.-Straße

Die Arbeiten umfassen an der Fassade Sanierungsarbeiten wie Spachtelung inkl. Netz, Voranstrich sowie aufbringen eines Reibputzes mit einer Stärke von 1,5 mm.

Diese Arbeiten umfassen reine Lohnarbeiten. Für diese Arbeiten wurde ein Pauschalbetrag in Höhe von € 1.500,-- (eintausendfünfhundert) inkl. USt. vereinbart.

Bezahlung erfolgt nach Fertigstellung bzw. Übernahme der Arbeiten.

Durchführung der Arbeiten erfolgt in der LW 32/08 bis 35/08.

Wu, , am 24.07.08"

[Unterschriften Moa. We., H. T.].

Da offenbar zunächst nur die gesonderte Bescheidbegründung der Bw. zugestellt wurde (Beginn der Abholfrist bei Hinterlegung am 5. September 2008), stellte das Finanzamt den Begrenzungsbescheid über Urgenz des rechtsfreundlichen Vertreters (Schreiben vom 2. Oktober 2008) diesem am 6. Oktober 2008 zu (Rückschein im Finanzamtsakt).

Mit am 28. Jänner 2009 eingelangtem Schreiben verwies der rechtsfreundliche Vertreter auf das Urteil des EuGH vom 22. 12. 2008, C-161/07, wonach die Republik Österreich mit § 2 Abs. 4 AuslBG gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 43 EGV verstoßen habe. „Ich ersuche um entsprechende verfassungs- wie auch europarechtskonforme Entscheidung“.

Mit Bericht vom 2. März 2009 legte das Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart die Berufung der Bw. gegen den Begrenzungsbescheid dem Unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz unter Beifügung einer Kopie der Berufung und deren Beilagen vor.

Mit Vorhalt vom 12. März 2009 ersuchte der Referent des Unabhängigen Finanzsenats das Finanzamt – in Unkenntnis des Umstandes der zwischenzeitigen Bescheidzustellung – um Äußerung wie folgt:

„Der rechtsfreundliche Vertreter gibt an, die Berufungswerberin habe einen Begrenzungsbescheid betreffend die UID niemals erhalten, sondern nur die als Beilage ./A zur Berufung vorgelegte Bescheidebegründung.

Dem rechtsfreundlichen Vertreter ist beizupflichten, dass das Schriftstück Beilage ./A kein Bescheid ist.

Sollte ein Zustellnachweis hinsichtlich des Begrenzungsbescheides nicht vorhanden sein, wird angeregt, die Berufung vom 6. Oktober 2008 – mangels Vorliegens eines rechtsmittelfähigen Bescheides – bescheidmäßig als unzulässig zurückzuweisen und einen Begrenzungsbescheid, falls das Finanzamt weiterhin der Auffassung ist, ein solcher wäre zu erlassen, mit Zustellnachweis zuzustellen.

Eine allfällige Berufung gegen den allfällig erstmals rechtswirksam erlassenen Begrenzungsbescheid wäre dann unter Anschluss sämtlicher bezughabender Akten, insbesondere auch sämtlicher Ermittlungsunterlagen, dem Unabhängigen Finanzsenat vorzulegen.

In diesem Fall möge sich das Finanzamt anlässlich der Vorlage zu den bisherigen Ausführungen des rechtsfreundlichen Vertreters sowie zu den Ausführungen des EuGH im Urteil vom 22. Dezember 2008, C-161/07, Kommission/Österreich äußern und ferner bekannt geben, worin es die fehlende Unternehmereigenschaft der berufungswerbenden GmbH erblickt. Weder liegt ein Fall des § 2 Abs. 1 Z 1 UStG 1994 vor, da es sich um eine juristische Person und nicht um natürliche Personen handelt, noch ist ein Fall des § 2 Abs. 1 Z 1 UStG 1994 gegeben, da eine Organschaft nicht ersichtlich ist. Ob die GmbH erlaubt oder unerlaubt tätig wird, ist nach § 23 Abs 2 BAO steuerlich nicht von Bedeutung."

Mit E-Mail vom 18. März 2009 teilte die Vertreterin des Finanzamtes hierauf mit, dass bereits der Begrenzungsbescheid zugestellt worden sei.

Der Referent ersuchte hierauf mit E-Mail vom 19. März 2009 um Vorlage der bezughabenden Akten und führte unter anderem aus:

„Darüber hinaus möge (unter Anschluss entsprechender Unterlagen) berichtet werden,

a) ob die Berufungswerberin oder ihre Gesellschafter Arbeiten für die in den Beilagen zur Berufung genannten Auftraggeber durchgeführt haben, bejahendenfalls,

b) um welche Arbeiten sich dies genau gehandelt hat,

c) ob die Berufungswerberin oder ihre Gesellschafter einzelne Gewerke (zB Ausmalen eines Einfamilienhauses, Herstellen einer Fassade, Sanieren einer Fassade,...) allein ausgeführt hat/haben oder im Zusammenwirken mit Dritten (zB auch dritte Maler haben gleichzeitig ausgemalt), letzterenfalls, wer die Koordination der Arbeiten vorgenommen hat,

d) ob eine aufrechte Gewerbeberechtigung der Berufungswerberin besteht,

e) ob von der zuständigen Behörde die Rechtswidrigkeit einer vom Finanzamt angenommenen Arbeitnehmertätigkeit der Gesellschafter der Berufungswerberin in Österreich festgestellt wurde,

f) welche steuerlichen Konsequenzen, wenn das Finanzamt von der Arbeitnehmereigenschaft der Gesellschafter der Berufungswerberin ausgegangen ist, vom Finanzamt sowohl bei den Gesellschaftern als auch bei den Auftraggebern, die nach Ansicht des Finanzamtes Arbeitgeber der Gesellschafter sein sollen, bislang gezogen wurden (unter Anschluss der entsprechenden Akten und Arbeitsbögen),

g) sollte eine Lohnsteuerprüfung bei den Auftraggebern bislang nicht erfolgt sein, aus welchen Gründen dies der Fall war;

h) ob und welche sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen bislang aus der Rechtsansicht des Finanzamtes gezogen wurden."

Mit Schreiben vom 3. April 2009 beantwortete das Finanzamt diese Fragen unter gleichzeitiger Aktenvorlage wie folgt:

„Zu a) und b)...

Verweisend auf die Erledigungsvermerke (1. Erledigungsvermerk vom 13.06.2008 und 2. Erledigungsvermerk vom 18.08.2008) wurde niederschriftlich zum Nachschauauftrag anl. der Neuaufnahme des Steueraktes vom 6.8.2008 vom GF Herrn H. T. unter Beisein eines Dolmetschers bekannt gegeben, dass zum damaligen Zeitpunkt mit zwei Firmen je ein Werkvertrag abgeschlossen wurde.

Die Firmen sind Y. Bau GmbH und Firma Ze. GmbH. Es wurde lediglich der Werkvertrag mit der Firma Y. Bau GmbH vorgelegt. Weiters wurden die Abrechnungen (ein sogenannter Notizzettel über offene Rechnungen) vorgelegt.

Verweisend auf den Werkvertrag mit der Firma Y. Bau GmbH wird gleichzeitig Punkt c) Ihrer Anfrage beantwortet ... , da aus dem Werkvertrag nur bekannt ist, dass die Firma F.D. H. GmbH als Subunternehmer im Bereich Außen-, Fassenputzarbeitung und Verarbeitung von Vollwärmeschutz für die Firma Y. Bau GmbH tätig ist.

Die Abrechnung der geleisteten Arbeit erfolgt nach m² – lt. niederschriftlicher Angabe des GF H. T..

Zu d) ...

Der GF H. T. ist im Gewerberegister nicht erfasst – somit ist nicht bekannt, ob es auch einen gewerberechtlichen Geschäftsführer gibt, die GmbH selbst ist im Gewerberegister ebenso nicht bekannt."

Zu e) – h) wurde zunächst auf ein Zollstrafverfahren des H. T. aus 1998 verwiesen, „anderweitig sonst nichts bekannt“.

„Auf Grund der obigen Ausführungen wurde eine GPLa-Prüfung bei der Firma Y. Bau GmbH angesetzt – im Jahr 2008 war dies jedoch nur für den Zeitraum bis 2007 möglich, das Jahr 2008 betreffend wurde nur eine Nachschau angesetzt, die jedoch noch nicht behandelt wurde, da ursprünglich mit der Berufungserledigung UID-Begrenzung zugewartet wurde, ansonsten wäre nach ha. Ansicht ein nicht selbständiges Verhältnis der einzelnen Gesellschafter geben, Grund

- *mangelnde vertragliche Gestaltung entspricht nicht den tatsächlichen Gegebenheiten*
- *lit. IC-Niederschrift wird nur die Arbeitskraft geschuldet, Material und Werkzeug werden von den Baufirmen zur Verfügung gestellt, dies beweist auch die mangelnde Aufzeichnungsführung über die erbrachte Arbeitsleistung.“*

Hierauf ersuchte der Referent das Finanzamt mit Schreiben vom 16. April 2009 gemäß § 279 Abs. 2 BAO förmlich um die Ergänzung des Ermittlungsverfahrens:

„Im oben genannten Berufungsverfahren ist strittig, ob die F.D. H. GmbH Unternehmerin im Sinne des Umsatzsteuergesetzes ist oder der Bescheid vom 20. August 2008 betreffend Erteilung einer Umsatzsteuer-Identifikationsnummer zu widerrufen ist.

Gemäß § 2 Abs. 1 UStG 1994 ist Unternehmer „wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt. Das Unternehmen umfaßt die gesamte gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Unternehmers. Gewerblich oder beruflich ist jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt oder eine Personenvereinigung nur gegenüber ihren Mitgliedern tätig wird.“

Die gewerbliche oder berufliche Tätigkeit wird nach § 2 Abs. 2 UStG 1994 nicht selbständig ausgeübt,

„1. soweit natürliche Personen, einzeln oder zusammengeschlossen, einem Unternehmen derart eingegliedert sind, daß sie den Weisungen des Unternehmers zu folgen, verpflichtet sind;

2. wenn eine juristische Person dem Willen eines Unternehmers derart untergeordnet ist, daß sie keinen eigenen Willen hat. Eine juristische Person ist dem Willen eines Unternehmers dann derart untergeordnet, daß sie keinen eigenen Willen hat (Organschaft), wenn sie nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in sein Unternehmen eingegliedert ist.

Die Wirkungen der Organschaft sind auf Innenleistungen zwischen den im Inland gelegenen Unternehmensteilen beschränkt. Diese Unternehmensteile sind als ein Unternehmen zu behandeln. Hat der Organträger seine Geschäftsleitung im Ausland, gilt der wirtschaftlich bedeutendste Unternehmensteil im Inland als Unternehmer.“

Art. 28 UStG 1994 (Binnenmarktregelung) lautet:

„Art. 28. (1) Das Finanzamt hat Unternehmern im Sinne des § 2, die im Inland Lieferungen oder sonstige Leistungen erbringen, für die das Recht auf Vorsteuerabzug besteht, eine Umsatzsteuer-Identifikationsnummer zu erteilen. Das Finanzamt hat Unternehmern, die ihre Umsätze ausschließlich gemäß § 22 versteuern oder die nur Umsätze ausführen, die zum Ausschluss vom Vorsteuerabzug führen, auf Antrag eine Umsatzsteuer-Identifikationsnummer zu erteilen, wenn sie diese für innergemeinschaftliche Lieferungen oder innergemeinschaftliche Erwerbe benötigen. Der zweite Satz gilt für juristische Personen, die nicht Unternehmer sind, entsprechend. Im Falle der Organschaft wird auf Antrag für jede juristische Person eine eigene Umsatzsteuer-Identifikationsnummer erteilt. Der Antrag auf Erteilung einer Umsatzsteuer-Identifikationsnummer ist schriftlich zu stellen. In dem Antrag sind Name, Anschrift und Steuernummer, unter der der Antragsteller umsatzsteuerlich geführt wird, anzugeben. Der Bescheid über die Erteilung der Umsatzsteuer-Identifikationsnummer ist zurückzunehmen, wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse geändert haben,

die für die Erteilung der Umsatzsteuer-Identifikationsnummer maßgebend gewesen sind oder wenn das Vorhandensein dieser Verhältnisse zu Unrecht angenommen worden ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, jede Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, die für die Erteilung der Umsatzsteuer-Identifikationsnummer maßgebend gewesen sind, insbesondere die Aufgabe seiner unternehmerischen Tätigkeit, dem Finanzamt binnen eines Kalendermonats anzuzeigen."

Die Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem lautet auszugsweise:

„Artikel 9

(1) Als „Steuerpflichtiger“ gilt, wer eine wirtschaftliche Tätigkeit unabhängig von ihrem Ort, Zweck und Ergebnis selbstständig ausübt.

Als „wirtschaftliche Tätigkeit“ gelten alle Tätigkeiten eines Erzeugers, Händlers oder Dienstleistenden einschließlich der Tätigkeiten der Urproduzenten, der Landwirte sowie der freien Berufe und der diesen gleichgestellten Berufe. Als wirtschaftliche Tätigkeit gilt insbesondere die Nutzung von körperlichen oder nicht körperlichen Gegenständen zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen.

(2) Neben den in Absatz 1 genannten Personen gilt als Steuerpflichtiger jede Person, die gelegentlich ein neues Fahrzeug liefert, das durch den Verkäufer oder durch den Erwerber oder für ihre Rechnung an den Erwerber nach einem Ort außerhalb des Gebiets eines Mitgliedstaats, aber im Gebiet der Gemeinschaft versandt oder befördert wird.

Artikel 10

Die selbstständige Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne des Artikels 9 Absatz 1 schließt Lohn- und Gehaltsempfänger und sonstige Personen von der Besteuerung aus, soweit sie an ihren Arbeitgeber durch einen Arbeitsvertrag oder ein sonstiges Rechtsverhältnis gebunden sind, das hinsichtlich der Arbeitsbedingungen und des Arbeitsentgelts sowie der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers ein Verhältnis der Unterordnung schafft.

...

Artikel 214

(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit folgende Personen jeweils eine individuelle Mehrwertsteuer-Identifikationsnummer erhalten:

a) jeder Steuerpflichtige, der in ihrem jeweiligen Gebiet Lieferungen von Gegenständen bewirkt oder Dienstleistungen erbringt, für die ein Recht auf Vorsteuerabzug besteht und bei denen es sich nicht um Lieferungen von Gegenständen oder um Dienstleistungen handelt, für die die Mehrwertsteuer gemäß den Artikeln 194 bis 197 sowie 199 ausschließlich vom Dienstleistungsempfänger beziehungsweise der Person, für die die Gegenstände oder Dienstleistungen bestimmt sind, geschuldet wird; hiervon ausgenommen sind die in Artikel 9 Absatz 2 genannten Steuerpflichtigen;

b) jeder Steuerpflichtige und jede nichtsteuerpflichtige juristische Person, der bzw. die gemäß Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Mehrwertsteuer unterliegende innergemeinschaftliche Erwerbe von Gegenständen bewirkt oder von der Möglichkeit des Artikels 3 Absatz 3, seine bzw. ihre innergemeinschaftlichen Erwerbe der Mehrwertsteuer zu unterwerfen, Gebrauch gemacht hat;

c) jeder Steuerpflichtige, der in ihrem jeweiligen Gebiet innergemeinschaftliche Erwerbe von Gegenständen für die Zwecke seiner Umsätze bewirkt, die sich aus in Artikel 9 Absatz 1 Unterabsatz 2 genannten Tätigkeiten ergeben, die er außerhalb dieses Gebiets ausübt.

(2) Die Mitgliedstaaten haben die Möglichkeit, bestimmten Steuerpflichtigen, die nur gelegentlich Umsätze etwa im Sinne von Artikel 12 bewirken, keine Mehrwertsteuer-Identifikationsnummer zu erteilen."

Das Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart geht im gegenständlichen Verfahren offenbar davon aus, dass Erbringer sämtlicher strittiger Dienstleistungen tatsächlich nicht die F.D. H. GmbH, sondern deren Gesellschafter sind, und dass diese Dienstleistungen umsatzsteuerrechtlich nicht durch einen (bzw. mehrere) Unternehmer erbracht werden, sondern die Gesellschafter umsatzsteuerrechtlich nicht selbständig, sondern als – über keine diesbezügliche Bewilligung verfügende – Arbeitnehmer der jeweiligen Auftraggeber tätig werden.

Damit das Finanzamt mit seiner Auffassung durchdringt, müssten jedenfalls die Gesellschafter, „einzeln oder zusammengeschlossen“, einem Unternehmen – das heißt den jeweiligen Auftraggebern der Dienstleistungen - derart eingegliedert sein, dass sie den (persönlichen, nicht sachlichen) Weisungen des Unternehmers zu folgen verpflichtet sind bzw. mit den jeweiligen Auftraggebern (Arbeitgebern) durch ein Rechtsverhältnis gebunden sein, „das hinsichtlich der Arbeitsbedingungen und des Arbeitsentgelts sowie der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers ein Verhältnis der Unterordnung schafft“.

Dies steht nach den bisherigen Ermittlungsergebnissen nicht fest.

Das Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart wird daher gemäß § 279 Abs. 2 BAO ersucht, das Ermittlungsverfahren wie folgt zu ergänzen und hierüber unter Aktenanschluss bis 1. Juni 2009 zu berichten:

Wie bereits in der E-Mail vom 19. März 2009 angeführt ist zu ermitteln,

a) ob die Berufungswerberin oder ihre Gesellschafter Arbeiten für die in den Beilagen zur Berufung genannten Auftraggeber durchgeführt haben, bejahendenfalls,

b) um welche Arbeiten sich dies genau gehandelt hat,

c) ob die Berufungswerberin oder ihre Gesellschafter einzelne Gewerke (zB Ausmalen eines Einfamilienhauses, Herstellen einer Fassade, Sanieren einer Fassade,...) allein ausgeführt hat/haben oder im Zusammenwirken mit Dritten (zB auch dritte Maler haben gleichzeitig ausgemalt), letzterenfalls, wer die Koordination der Arbeiten vorgenommen hat.

Der Hinweis auf die aktenkundigen Werkverträge im Bericht vom 3. April 2009 vermag die vorstehenden Ermittlungen der tatsächlichen Verhältnisse nicht zu ersetzen. Ob jemand selbständig oder unselbständig ist, ist nicht nach den vertraglichen Abmachungen, sondern stets nach dem tatsächlich verwirklichten Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit zu beurteilen. Das Gesamtbild einer Tätigkeit ist dabei daraufhin zu untersuchen, ob die Merkmale der Selbständigkeit oder jene der Unselbständigkeit überwiegen. Wesentliche Merkmale für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit ist das Unternehmerwagnis (Unternehmerrisiko) bzw das Fehlen einer persönlichen Weisungsgebundenheit und organisatorischen Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers (VwGH 25.1.1995, 93/15/0038).

Darüber hinaus ist festzustellen,

d) wer tatsächlich jeweils Vertragspartner der Auftraggeber war (nach der Aktenlage die GmbH, nach Ansicht des Finanzamtes offenbar nicht die GmbH, sondern ein Gesellschafter oder mehrere Gesellschafter),

e) wie die genauen Arbeitsumstände in jedem einzelnen Fall waren (etwa wer im Fall von Moa. We. ein allenfalls erforderliches Gerüst bereit gestellt hat), schließlich

f) ob – in jedem einzelnen Fall – die Gesellschafter derart in ein Unternehmen des Auftraggebers eingegliedert waren, dass von einer nichtselbständigen Leistungserbringung (und lohnsteuerlich sowie sozialversicherungsrechtlich von einer Arbeitgebereigenschaft des jeweiligen Auftraggebers) auszugehen ist, wobei bemerkt wird, dass Dienstleistungen naturgemäß auch von Selbständigen erbracht werden können, sodass die Unterschiede –

sofern vorhanden – zu einer Leistungserbringung durch einen selbständigen Unternehmer in jedem Fall detailliert darzustellen sind.

Inbesondere wird jeder der Auftraggeber (Farbenfachhandel Ge. Gö. GmbH, Zimmerei-Baumeister Ze. GmbH, Y. Bau GmbH, Moa. We.) bzw. ein verantwortliches Organ des Auftraggebers niederschriftlich als Zeuge (§§ 167 ff BAO) zu den relevanten Fragen zu vernehmen sein.

Ferner werden allfällige weitere Auftraggeber im letzten halben Jahr (die Berufung datiert vom 1. Oktober 2008) auszuforschen und ebenfalls einzuvernehmen sein.

Im Falle einer Aussageverweigerung gemäß § 171 lit. b BAO wird die Finanzstrafbehörde erster Instanz zu verständigen sein und ist über deren Ermittlungsmaßnahmen zu berichten.

Entgegen dem Erledigungsvermerk vom 18. August 2008 wird die Bw. bzw. werden ihre Gesellschafter nicht nur gegenüber der Y. Bau GmbH und der Ze. GmbH tätig, sondern nach ihren Angaben auch gegenüber weiteren Auftraggebern bzw. dürften die aktenkundigen Werkverträge nicht den Tatsachen entsprechen.

So wird unter „offene Rechnungen“ „SG. Fam. Mp., 240 qm, pauschale 4.400 €“, geführt; diese Daten sind mit keinem der aktenkundigen Werkverträge in Einklang zu bringen. Der Vertrag mit der Ze. GmbH vom 9. Juni 2008 bezieht sich zwar auf „Es. – SG.“, dort ist jedoch von 75 qm Vollwärmefassade und einem Pauschalhonorar von 1.200 € netto die Rede – laut Niederschrift vom 14. August 2008 soll es sich beim Auftraggeber um die Fa. Ze. handeln und das Honorar 4.400 € betragen.

Allein aus der geringen Ausstattung der Büroräume, dem Umstand, dass das Material vom Auftraggeber bereit gestellt wurde, und mangelnden Deutschkenntnissen der Gesellschafter lässt sich noch nicht auf eine nichtunternehmerische Tätigkeit schließen. Im übrigen deutet eine quadratmeterabhängige Abrechnung (siehe Niederschrift vom 14. August 2008) nicht auf ein Arbeitsverhältnis hin.

Der EuGH (18. Oktober 2007, C-355/06, J. A. van der Stenn) hat als Kriterien für eine nichtselbständige Leistungserbringung angesehen,

- *dass ein festes Monatsgehalt sowie Urlaubsgeld bezahlt sowie Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge einbehalten wurden, also eine Abhängigkeit bei der Bestimmung des Arbeitsentgelts bestand,*

- dass Dienstleistungen nicht im eigenen Namen, für eigene Rechnung und auf eigene Verantwortung erbracht wurden,
- dass kein wirtschaftliches Risiko getragen wurde.

Wichtigstes Merkmal für die zur Unternehmereigenschaft i.S.d. Umsatzsteuerrechtes notwendige Selbständigkeit ist die Tragung des Unternehmerrisikos (VwGH 9.7.1997, 95/13/0025; 22.9.1992, 92/14/0047; 25.1.1993, 92/15/0024; 2.3.1993, 92/14/0182), d.h. dass mangelnde Risikotragung zur Versagung der Unternehmereigenschaft führt.

Dass diese Kriterien ganz oder teilweise vom vorliegenden Fall erfüllt sind, kann nach dem derzeitigen Verfahrensstand nicht gesagt werden.

Für die Frage, ob eine in einem Vertragsverhältnis stehende Person ihre Tätigkeit selbständig oder nicht selbständig ausübt, ist von wesentlicher Bedeutung, ob sie ein Unternehmerwagnis trägt und bei ihren Entschlüssen von einer über die ausdrückliche übernommene Vertragsverpflichtung hinausgehenden Bindung an Weisungen des Auftraggebers freibleibt oder nicht. Von Bedeutung ist auch die Regelung des Ersatzes der mit der Ausübung der Tätigkeit verbundenen Kosten, denn dem nicht selbständig tätigen Dienstnehmer muß der Dienstgeber gemäß § 1014 ABGB und § 1151 ABGB die mit der Verrichtung der aufgetragenen Geschäftsbesorgung verbundenen Auslagen ersetzen, dem selbständig Tätigen gebührt nur der im Vertrag ausbedungene Kostenersatz (VwGH 22.1.1970, 0709/68 unter Hinweis auf VwGH 3.4.1950, 1654/48; 29.4.1953, 0060/52; 5.2.1954, 1051/51; 7.11.1958, 2034/55 und 12.6.1968, 298/68).

Diesbezügliche Feststellungen fehlen bislang. Allein nach dem Inhalt der vorliegenden Verträge liegt eine unternehmerische Tätigkeit der Bw. vor; hinsichtlich der tatsächlichen Durchführung (die Bw. treffen nach den Verträgen auch verschiedene Verpflichtungen neben der Erbringung des ausbedungenen Werkes) fehlen entsprechende Ermittlungsergebnisse.

Auch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich bei der Bw. um eine juristische Person handelt, hinsichtlich derer die Annahme einer nichtselbständigen Tätigkeit für einen Arbeitgeber mit der geltenden Rechtsordnung nicht in Einklang stünde, und für die Annahme des Finanzamtes, dass die Auftragserteilung an die Bw. nur vorgetäuscht wurde und tatsächlich von den Auftraggebern direkt Rechtsbeziehungen zu den Gesellschaftern der Bw. eingegangen wurden, bislang jegliches Beweismittel fehlt.

Schließlich wäre nach Abschluss der Ermittlungen auch zum Vorbringen der Bw. in der Berufung und im Schreiben vom 28. Jänner 2009 Stellung zu nehmen. Insbesondere wird dort ein Tatsachenvorbringen erstattet, das im Widerspruch zu den bisherigen

Ermittlungsergebnissen des Finanzamtes (Ausführung von Aufträgen mit eigenen Werkzeugen, Fahrzeugen und Materialien; gute Deutschkenntnisse eines Gesellschafters) steht."

Über diesbezügliches Ersuchen des Unabhängigen Finanzsenats teilte die Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft, Landesstelle Burgenland, mit Schreiben vom 22. April 2009 mit, dass „keine Unterlagen hins. einer GSVG-Pflichtversicherung der Geschäftsführer/Gesellschafter der F.D. H. GmbH aufliegen.“

Die Bezirkshauptmannschaft Eisenstadt-Umgebung gab ebenfalls über Ersuchen des Unabhängigen Finanzsenats mit Schreiben vom 5. Mai 2009 bekannt, dass weder die Bw. Herr T. H. noch Herr E. Ka. „ein Gewerbe bei der Bezirkshauptmannschaft Eisenstadt-Umgebung angemeldet haben.“

Mit Bericht vom 26. Mai 2009 legte das Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart die Akten erneut dem Unabhängigen Finanzsenat unter Anschluss einer Ausfertigung einer mit Jo. Th. aufgenommenen Niederschrift vom 19. Mai 2009 vor und bemerkte: „Die Stellungnahme besteht lediglich aus der Niederschrift vom 19.05.2009 mit Herrn Th. Jo., GF der Y. Bau GmbH.“

Diese Niederschrift hat folgenden für das gegenständliche Verfahren relevanten Inhalt:

„Wurden von der Firma F.D. H. GmbH Arbeiten für die FB Bau Ges durchgeführt? – Ja.

Um welche Arbeiten handelt es sich dabei? – Fassadenarbeiten.

Hat die Firma F.D. H. GmbH Arbeiten allein ausgeführt oder zusammen mit anderen Firmen durchgeführt? – Allein.

Wer hat gegebenenfalls die Koordination übernommen? –.

Wer ist tatsächlich Vertragspartner zu der Y. Bau Ges? Ges oder Gesellschafter? – Gesellschafter (4) [ein durchgestrichener Name], H. T. GF, Ka. E., Ko. Z., L. J..

Wie sind die Arbeitsumstände? Wie erfolgt Auftrag? – Hr. Th. erhält Auftrag über Fassaden > setzt sich mit Hr. H. T. in Verbindung.

Wer wird angesprochen? – Hr. H. T..

Wer haftet für Schäden? Wo ist dies ersichtlich? – Bauausführung wird von Hr. Th. überprüft, ob Arbeiten in Ordnung. Fa F.D. H. haftet für Schäden. Kein Vertrag darüber!

Gibt es pro Baustelle einen Werkvertrag mit der Fa. F.D. H. GmbH? – Es gibt nur einen Werkvertrag (nicht für jedes Werk)

Wie erfolgt die Bezahlung an die Firma F.D. H. GmbH? – Nach Vorlage der Rechnung wird diese bar bezahlt."

Beigeschlossen waren die Kopien zweier Rechnungen der Bw. (unter Anführung deren Steuernummer 2xx/xxxx und deren UID-Nr. ATU6xxx) vom 6. November und vom 17. November 2008 (also nach Ergehen des Befristungsbescheides) an die Firma Y. Bau GmbH (Rechnungsnummern 2008/6 und 2008/7) betreffend

- „Br. SG. + Td., Fassade 135 m² a 10 Eu., insg.: 1.350 Eu.“
- „PLZ7 NS. L.-Platz, Vollwärmeschutzfassade, 348 m² a 20 Eu., insg.: 6.960 Eu“

ohne Umsatzsteuerausweis, aber mit dem Hinweis, dass die Steuerschuld gemäß § 19 Abs. 1a UStG 1994 an den Leistungsempfänger übergehe.

Bemerkt wird, dass für die Bw. und verschiedene juristische und natürliche Personen in einzelnen aktenkundigen Schriftstücken unterschiedliche Schreibweisen verwendet werden, wobei seitens des UFS einheitlich auf die offenbar richtige Schreibweise abgestellt wird.

Gemäß Art. 28 Abs. 1 UStG 1994 hat das Finanzamt hat Unternehmern im Sinne des § 2 leg. cit., die im Inland Lieferungen oder sonstige Leistungen erbringen, für die das Recht auf Vorsteuerabzug besteht, eine Umsatzsteuer-Identifikationsnummer zu erteilen.

Der Bescheid über die Erteilung der Umsatzsteuer-Identifikationsnummer ist gemäß Art. 28 Abs. 2 UStG 1994 zurückzunehmen, wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse geändert haben, die für die Erteilung der Umsatzsteuer-Identifikationsnummer maßgebend gewesen sind oder wenn das Vorhandensein dieser Verhältnisse zu Unrecht angenommen worden ist.

Wie bereits im Ermittlungsauftrag vom 16. April 2009 ausgeführt, ist maßgebend, ob die Bw. als juristische Person Unternehmerin im Sinne des § 2 UStG 1994 ist.

Das Finanzamt begründet den Widerruf der UID-Nummer soweit ersichtlich damit, dass nicht die Bw. als Unternehmerin am Markt auftritt, sondern ihre „Gesellschafter ihre Arbeitskraft an andere Unternehmen anbieten“, wobei sowohl das Material als auch das Werkzeug vom jeweiligen Auftraggeber gestellt worden sein soll.

Soweit das Finanzamt auf das kleine und wenig ausgestattete Büro verweist, ist zu sagen, dass das Vorhandensein eines Büros zwar für die Frage, ob ein Unternehmer einen Sitz, den gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Betriebsstätte im Inland hat, und die daran jeweils

anknüpfenden steuerrechtlichen Folgen von Bedeutung ist; aus dem allfälligen (hier nicht gegebenen) Fehlen eines Büros kann jedoch nicht auf das Fehlen der Unternehmereigenschaft geschlossen werden.

Für die Unternehmereigenschaft ist es ebenfalls nicht von Bedeutung, ob der Unternehmer bzw. seine Organe der Landessprache hinreichend mächtig sind, abgesehen davon, dass nach der Amtssprachenverordnung Ungarisch, BGBl. II Nr. 229/2000 die Verwendung der ungarischen Sprache als zusätzliche Amtssprache zur deutschen Sprache vor bestimmten Behörden und Dienststellen im Burgenland österreichischen Staatsbürgern und Staatsangehörigen einer Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zusteht und in Teilen des Burgenlandes auch ungarisch gesprochen wird.

Nach den vom Unabhängigen Finanzsenat durchgeführten Ermittlungen steht fest, dass die Bw. ihren gewerberechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen – sollte ihr Sachvorbringen, sie übe in Österreich ein Gewerbe aus, zutreffend sein – bislang nicht nachgekommen ist. Die allfälligen verwaltungsstrafrechtlichen Konsequenzen hieraus haben die hierfür zuständigen Stellen zu ziehen; steuerrechtlich ist es nicht maßgeblich, ob eine Betätigung allenfalls rechtswidrig ausgeübt wird (§ 23 Abs. 2 BAO). Gleiches gilt für eine vom Finanzamt vermutete ausländerbeschäftigungsrechtlich unzulässige Arbeitnehmertätigkeit der Gesellschafter der Bw.

Das Finanzamt wurde mehrfach mit Ermittlungen beauftragt. Diesen Aufträgen ist das Finanzamt nur ungenügend nachgekommen.

„Ist die Berufung weder zurückzuweisen (§ 273) noch als zurückgenommen (§ 85 Abs. 2, § 86a Abs. 1) oder als gegenstandslos (§ 256 Abs. 3, § 274) zu erklären, so kann die Abgabenbehörde zweiter Instanz die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Berufungsvorentscheidungen unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs. 1) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können. Im weiteren Verfahren sind die Behörden an die für die Aufhebung maßgebliche, im Aufhebungsbescheid dargelegte Rechtsanschauung gebunden. Durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hat. Soweit die Verjährung der Festsetzung einer Abgabe in einer Berufungsentscheidung (Abs. 2) nicht entgegenstehen würde, steht sie auch nicht der Abgabenfestsetzung im den aufgehobenen Bescheid ersetzenden Bescheid der Abgabenbehörde erster Instanz entgegen; § 209a gilt sinngemäß.“ (§ 289 Abs. 1 BAO).

Im Hinblick auf die – trotz Auftrag nach § 279 Abs. 2 BAO – unterbliebenen Ermittlungen war die angefochtene Entscheidung unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufzuhaben.

Angesichts des Umfangs der erforderlichen Ermittlungen entspricht es dem Gebot der Verwaltungsökonomie, dass diese durch das Finanzamt durchgeführt werden.

Im fortgesetzten Verfahren wird das Finanzamt die bisher unterlassenen weiteren Ermittlungen nachzuholen haben.

Das Finanzamt hat bisher im Wesentlichen ermittelt:

Die Geschäftsleitung der Bw. befindet sich entgegen deren ursprünglichen Angaben nicht in einem Einfamilienhaus in Es., D-Straße (Erledigungsaktenvermerk vom 13. Juni 2008).

Es besteht ein 26 qm großes Büro in Wu, mit Firmenschild, aber ohne Telefon und Geschäftsunterlagen (Erledigungsaktenvermerk vom 18. August 2008). Zum Umstand, ob die Bw. über eigenes Werkzeug verfügt und Materialien beistellt, ist der Vermerk widersprüchlich: Einerseits wird behauptet, dies sei nicht der Fall, andererseits befinde sich dem Vermerk (und dem Foto) zufolge Werkzeug und Baumaterial im Büroraum. Die Gesellschafter seien der deutschen Sprache nur in geringem Umfang mächtig, weswegen ein Freund (G. K.) gedolmetscht habe. Die Bw. soll dem Vermerk zufolge „ausschließlich“ für die Firma Y. Bau GmbH, aber auch für die Firma Ze. arbeiten, wobei offene Forderungen von 4.160,00 € an die Firma Y. Bau GmbH und von 4.400,00 € an die Firma Ze. bestünden. Abgerechnet werde nach Quadratmetern („rund 20,00 €/qm“).

Weder die Bw. noch ihr Geschäftsführer sind im Gewerberegister erfasst; Arbeitsleistungen würden nur mangelhaft von der Bw. aufgezeichnet; eine Lohnsteuerprüfung (GPLa-Prüfung) des vermeintlichen Arbeitgebers der Gesellschafter der Bw. sei bislang unterblieben (Bericht vom 3. April 2009).

An den Baustellen der Y. Bau GmbH seien die Arbeiten von der Bw. allein und nicht zusammen mit Dritten durchgeführt worden. Die Bw. arbeite als Subunternehmerin der Y. Bau GmbH, wobei der Geschäftsführer der Y. Bau GmbH an den Geschäftsführer der Bw. herantrete, wenn es einen Auftrag gebe (Niederschrift mit Jo. Th. vom 19. Mai 2009). Wer tatsächlich Vertragspartner der Y. Bau GmbH gewesen sei, lässt sich der Niederschrift nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit entnehmen: Einerseits sollen Vertragspartner die vier Gesellschafter der Bw. gewesen sein, andererseits wird immer wieder von der Firma F.D. H. GmbH gesprochen und wurde der aktenkundige schriftliche Werkvertrag von der Y. Bau GmbH mit der F.D. H. GmbH abgeschlossen.

Fest steht, dass es sich bei der Bw. um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht handelt.

Nach den Angaben der Bw. in der Berufung, die vom Finanzamt bisher nicht überprüft wurden, soll die Bw. über eigene Werkzeuge, Fahrzeuge und Materialien verfügen, spreche ein Gesellschafter der Bw. (E. Ka.) gut deutsch und sei die Bw. auf eigene Rechnung und eigenes Risiko tätig. Die Bw. arbeite für private und gewerbliche Auftraggeber.

Die vorgelegten schriftlichen Verträge bestätigen dieses Vorbringen. Eine Prüfung, ob die tatsächliche Gestaltung der Tätigkeit der Bw. oder ihrer Gesellschafter in Entsprechung dieser Verträge erfolgt ist, unterließ das Finanzamt bislang trotz diesbezüglichen Auftrags durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

Nun ist es nicht von der Hand zu weisen, dass tatsächlich die Gesellschafter der Bw. Arbeitnehmer aller oder einzelner ihrer Auftraggeber waren. Dies wird freilich das Finanzamt durch entsprechende Ermittlungen erst festzustellen haben; bislang ist das eine unbewiesene Behauptung der Abgabenbehörde erster Instanz. Die dargestellten Ermittlungsergebnisse vermögen den Nachweis hierfür nicht zu erbringen.

Eine „Pfuscherpartie“ wird, vor allem wenn sie – wie im Verfahren behauptet – auch gegenüber Privaten auftritt, in der Regel gewerblich tätig (vgl.

Wiesner/Atzmüller/Grabner/Leitner/Wanke, MSA EStG [1.9. 2007], § 23 Anm. 84 m. w. N.; Rz. 5417 EStR 2002, Rz. 998 LStR 2000).

Eine juristische Person wie eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann steuerlich Träger von Rechten und Pflichten sein. Zum Wesen einer juristischen Person gehört es, dass sie letztlich nur durch natürliche Personen handeln kann. Ob die strittigen Leistungen von der Bw. durch ihre Gesellschafter oder von den Gesellschaftern einzeln als natürliche Personen oder als Zusammenschluss natürlicher Personen erbracht wurden, ist eine – noch ungeklärte – Tatfrage.

Es ist daher ebenso möglich, dass die Bw. als Unternehmerin gegenüber allen oder einzelnen Auftraggebern aufgetreten ist.

Selbst wenn in einem Fall die Gesellschafter der Bw. Arbeitnehmer eines im Baugewerbe tätigen Auftraggebers gewesen sein sollten, schließt das nicht aus, dass die Bw. in einem anderen Fall Privaten gegenüber sonstige Leistungen als Unternehmerin im Sinne des Umsatzsteuergesetzes erbracht hat.

Tritt die Bw. als umsatzsteuerliche Unternehmerin im Wirtschaftsleben auf und liegt kein Versagungsgrund nach Art. 28 UStG 1994 vor, besteht kein Anlass zum Widerruf der Umsatzsteueridentifikationsnummer.

Ob dies der Fall ist, wird im weiteren Verfahren festzustellen sein.

Wien, am 24. Juni 2009