



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Vertr., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 betreffend Umsatzsteuer 2003 nach der am 31. August 2010 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Die Bemessungsgrundlage und die Höhe der Abgabe sind dem als Beilage angeschlossenen Berechnungsblatt zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

Entscheidungsgründe

Im Zuge diverser Prüfungshandlungen, gerichtlicher Erhebungen und Telefonüberwachungen zahlreicher Personen (sog. großer Lauschangriff) ergab sich u.a. der Verdacht, dass die Berufungswerberin (Bw.) bzw. dieser möglicher Weise zuzurechnende Personen in einen sog. "Karussellbetrug" verwickelt seien.

Anhand der Ermittlungen der Staatsanwaltschaft, der PAST und der Betriebsprüfungen des Finanzamtes und insbesondere der Urteile des Landesgerichtes für Strafsachen gegen R.L., alias L.S.R., alias R.M. bzw. betreffend R."R."A. ergibt sich folgender Sachverhalt:

Einer der Haupttäter, R.L. verabredete sich, neben anderen Personen, mit R.A. und R.T. um unter Einschaltung diverser Firmen innergemeinschaftliche Lieferung vorzutäuschen und dadurch unter Verletzung der einschlägigen Abgabenvorschriften die Umsatzsteuer zu verkürzen.

Zu diesem Zweck schalteten R.L. und seine Mittäter mehrere nicht von ihnen direkt oder indirekt kontrollierte Firmen zwischen. Weiters bedienten sie sich für ihre Zwecke auch diverser von ihnen kontrollierten Firmen u.a. der Firma O.KEG, und deren Geschäftsführer. Ursprünglich handelte es sich dabei um einen Maler- und Anstreicherbetrieb, der de facto zahlungsunfähig war. R.L. beglich zumindest einen Teil der Außenstände und deren GF O. bzw. die KEG fungierte als „Gegenleistung“ als Strohmännchen bzw. Scheinfirma im Handel mit Handys. Dies für R.L., der lt. Feststellung des Gerichts als Machthaber der Firma O.KEG anzusehen ist.

Aufgrund von Aussagen des R.L. *„diese Firma sei nur zu dem Zweck gegründet worden, innergemeinschaftliche Lieferungen und Erwerbe vorzutäuschen. Tatsächliche Lieferungen von und nach Italien habe es zu keiner Zeit gegeben“* was im Wege der Amtshilfe von der italienischen Finanzpolizei bestätigt wurde, welche feststellte, dass es sich bei der angeblichen Abnehmerfirma „A.d.R.“ um eine Scheinfirma des R.L. handelt, die in Italien keine Geschäftstätigkeit entfaltet und lediglich über eine Garage in Tarvis (angeblicher Firmensitz) und eine Postanschrift in Neapel verfügte, traf auch das Gericht gleichlautende Feststellungen.

R.L. räumte in seinem Strafverfahren ein, dass *„die Handys Österreich nie verlassen hätten, sondern im Inland verkauft worden seien“*.

Die Bw. handelte im Zeitraum Jänner bis Oktober 2003 mit Mobiltelefonen.

Deren handelsrechtlicher Geschäftsführer und für die steuerlichen Belange der Gesellschaft Verantwortlicher war in diesem Zeitraum L.Z., welcher die steuerlichen Belange der Gesellschaft in diesem Zeitraum auch wahrnahm.

Ab Anfang 2003 – sohin im bereits genannten Zeitraum – fungierte R.A. gemeinsam mit R.T. als selbständiger Vermittler von Mobiltelefonengeschäften für die T.. Dazu war zwischen diesen und L.Z. ein Werkvertrag abgeschlossen worden, aufgrund dessen R.A. und R.T. von der T. Provisionen für die Vermittlung erhielten. Dieser Werkvertrag und eine Ergänzung bzw. Änderung desselben sind nicht aktenkundig.

L.Z. machte in insgesamt drei Niederschriften (S 41 bis 52 und 55 bis 57 des BP-Arbeitsbogen) folgende Angaben.

Er kenne R.A. und R.T. aus der jüdischen Gemeinde persönlich. Diese seien an ihn herangetreten um Geschäfte mit Handys zu machen.

Als Abnehmer wurde die Firma A.R. (idF A.) genannt. Von der Bw. selbst wurden die Handys von den Firmen V. (BRD), Te. (BRD), ES (Spanien) und von der O.KEG bezogen. Wobei R.A. nach erfolgter Bestellung durch die A. per Fax auch die Lieferanten benannte bei denen L.Z. dann die Handys ebenfalls per Fax bestellte.

Die Handys wurden von einem G."P."S., der als Bevollmächtigter der A. auftrat, mit einem Fiat Ducato mit italienischem Kennzeichen bei der Bw. abgeholt und angeblich nach Italien verbracht.

Die Telefonüberwachung und die Kilometerstände erbrachten, dass dieser PKW bzw. P. den Nahbereich von Wien nicht verlassen haben und schon deshalb keine Lieferungen nach Italien erfolgt sein können. Deshalb qualifizierte der UFS die Aussagen des P. , in seinem Aufhebungsbescheid gemäß § 289 BAO vom 5.9.2006, als unglaubwürdig. Wobei eine angeblich erfolgte ungesicherte Einlagerung von Warenwerten in Millionenhöhe in einer Garage in Tarvis, die zudem ohne eine vorangehende ordentliche Prüfung des Wareneingangs erfolgt sein soll, die Glaubwürdigkeit des P. weiter erschütterte.

L.Z. gab dazu an, dass P. die Handys mittels eines italienischen Autos persönlich bei der Bw. abgeholt habe und die Ware dabei entweder in bar oder per Bankscheck bezahlt habe. Eine Kopie des Passes des P. sei angefertigt worden. Die Ware sei glaublich nach Italien verbracht worden.

Aus den Niederschriften ergibt sich, dass es mit R.A. und R.T. detaillierte schriftliche Vereinbarungen gab (die Verträge sind nicht aktenkundig). Lt. Z sei nach dem ursprünglichen Vertrag vom Jahresbeginn eine weitere Vereinbarung notwendig gewesen, *„da die beiden Herren bei den Spediteuren am Flughafen in einer Art und Weise agierten, die dem Ruf meiner Firma nicht zuträglich war. Sie hatten sich insbesondere als Angestellte der Firma T. GmbH ausgegeben, obwohl sie nur freie Mitarbeiter waren“*.

An R.T. und R.A. seien vereinbarungsgemäß pro Quartal € 5.000,-- an Vermittlungsprovisionen ausbezahlt worden.

Zur Absicherung sei vereinbart worden, dass, wenn die Ware nicht innerhalb von 14 Tagen abgeholt und bezahlt wird, diese von der Bw. frei verkauft werden könne und diese zudem ein Pönale von € 1.000,-- pro Tag erhalte. Diese Vertragsklausel, sei nie schlagend geworden.

Die Ware sei immer palettenweise ins Haus gekommen. Die Auslieferung erfolgte i.R. in der selben Art. Bei fast jeder Lieferung wurden von R.T. und R.A. 20 bis 30 Telefone

stundenweise zu R.L. zwecks Inspizierung gebracht und danach retourniert. Einmal sei in diesem Zusammenhang behauptet worden, die Benutzerführung der Telefone sei nicht auf Italienisch vorhanden und die Software müsse umprogrammiert werden.

Die Lieferanten der Handys seien ihm jeweils von R.A. genannt worden. Die Bestellung sei dann von einer Mitarbeiterin geschrieben und per Fax versandt worden. Die Ware wurde per LKW oder per Luftfracht geliefert.

Die Abholung und Bezahlung in bar oder per Bankscheck sei im Namen der A. durch P. erfolgt, der sich dazu eines Fiat Ducatos mit ital. Kennzeichens bediente. Die UID-Nummer der A. sei überprüft worden. Auch der italienische Führerschein des P. sei kopiert und das Kfz-Kennzeichen aufgezeichnet worden.

Telefonüberwachung:

Das Telefon des L.Z. ist, soweit lt. Aktenlage bekannt, nicht abgehört worden. Aus den Telefonüberwachungen der übrigen Verdächtigen, ergaben sich keine Hinweise, das L.Z. ein Mitwisser bzw. Mittäter sei.

In einem Gespräch vereinbarten R.L. und R.A., L.Z. einen wertlosen Scheck zukommen zu lassen, um diesen hinsichtlich ausstehender Zahlungen zu beruhigen.

Das gerichtliche Finanzstrafverfahren gegen L.Z. wurde gemäß § 202 FinStrG eingestellt (GZ 335 HR 44/09v), da diesem keine vorsätzliche Abgabenhinterziehung, sondern allenfalls Fahrlässigkeit vorwerfbar sei.

*Lt. **Gericht** (Urteil R.A.) „verkaufte und lieferte die Bw., über Vermittlung des R.A. und des Tals nachstehende Mobiltelefone jeweils an die Fa. A.d.R., Inhaber R.L. (nunmehr R.M.), mit Sitz in Tarvis, Italien – Preise laut Faktura, sohin ohne USt*

Jänner 2003							
<i>Re.Nr.</i>	<i>Re.Dat.</i>	<i>Li.Dat.</i>	<i>Kunde</i>	<i>Stk.</i>	<i>Artikel</i>	<i>EPR</i>	<i>Gesamt</i>
001/03	09.01.03	09.01.03	A.	1000	Nokia 6610	376,00	376.000,--
03/03	15.01.03	15.01.03	A.	1100	Nokia 7210	386,00	424.600,--
12/03	20.01.03	20.01.03	A.	1011	Nokia 6610	370,00	374.070,--
12/03	20.01.03	20.01.03	A.	400	Nokia 7210	386,00	154.400,--
17/03	23.01.03	23.01.03	A.	1250	Nokia 7210	384,00	480.000,--
18/03	23.01.03	23.01.03	A.	500	Nokia 7210	379,00	189.500,--
					<i>Gesamt</i>		1,998.570,- -
Februar 2003							

<i>Re.Nr.</i>	<i>Re.Dat.</i>	<i>Li.Dat.</i>	<i>Kunde</i>	<i>Stk.</i>	<i>Artikel</i>	<i>EPR</i>	<i>Gesamt</i>
<i>R03-0046</i>	<i>17.02.03</i>	<i>11.02.03</i>	A.	<i>1000</i>	<i>Nokia 7210</i>	<i>362,00</i>	<i>362.000,--</i>
<i>R03-0052</i>	<i>21.02.03</i>	<i>20.02.03</i>	A.	<i>1000</i>	<i>Nokia 7210</i>	<i>360,00</i>	<i>360.000,--</i>
<i>65/03</i>	<i>12.02.03</i>	<i>12.02.03</i>	A.	<i>3000</i>	<i>Nokia 8310</i>	<i>208,00</i>	<i>624.000,--</i>
<i>66/03</i>	<i>13.02.03</i>	<i>13.02.03</i>	A.	<i>1000</i>	<i>Nokia 7210</i>	<i>333,00</i>	<i>333.000,--</i>
<i>75/03</i>	<i>17.02.03</i>	<i>17.02.03</i>	A.	<i>1000</i>	<i>Nokia 7210</i>	<i>333,00</i>	<i>333.000,--</i>
<i>R03-0052</i>	<i>24.02.03</i>	<i>24.02.03</i>	A.	<i>1000</i>	<i>Nokia 7210</i>	<i>360,00</i>	<i>360.000,--</i>
<i>93/03</i>	<i>26.02.03</i>		A.	<i>1.000</i>	<i>Nokia 7210</i>	<i>360,00</i>	<i>360.000,--</i>
<i>99/03</i>	<i>28.02.03</i>	<i>28.02.03</i>	A.	<i>500</i>	<i>Nokia 7210</i>	<i>360,00</i>	<i>180.000,--</i>
					<i>Gesamt</i>		<i>2,912.000,-</i> <i>-</i>
<i>März 2003</i>							
<i>Re.Nr.</i>	<i>Re.Dat.</i>	<i>Li.Dat.</i>	<i>Kunde</i>	<i>Stk.</i>	<i>Artikel</i>	<i>EPR</i>	<i>Gesamt</i>
<i>R03-0061</i>	<i>04.03.03</i>	<i>04.03.03</i>	A.	<i>1000</i>	<i>Nokia 8310</i>	<i>196,00</i>	<i>196.000,--</i>
<i>R03-0076</i>	<i>19.03.03</i>	<i>18.03.03</i>	A.	<i>1500</i>	<i>Nokia 6100</i>	<i>367,00</i>	<i>550.500,--</i>
					<i>Gesamt</i>		<i>746.500,--</i>
<i>April 2003</i>							
<i>Re.Nr.</i>	<i>Re.Dat.</i>	<i>Li.Dat.</i>	<i>Kunde</i>	<i>Stk.</i>	<i>Artikel</i>	<i>EPR</i>	<i>Gesamt</i>
<i>R03-0090</i>	<i>03.04.03</i>	<i>20.03.03</i>	A.	<i>998</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>383,00</i>	<i>382.234,--</i>
<i>R03-0093</i>	<i>08.04.03</i>	<i>03.04.03</i>	A.	<i>500</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>339,00</i>	<i>169.500,--</i>
<i>R03-0101</i>	<i>23.04.03</i>	<i>09.04.03</i>	A.	<i>1000</i>	<i>Nokia 6800</i>	<i>494,00</i>	<i>494.000,--</i>
<i>R03-0104</i>	<i>28.04.03</i>	<i>22.04.03</i>	A.	<i>2000</i>	<i>Nokia 8310</i>	<i>188,00</i>	<i>376.000,--</i>
<i>R03-0108</i>	<i>30.04.03</i>	<i>30.04.03</i>	A.	<i>2000</i>	<i>Nokia 8310</i>	<i>187,50</i>	<i>375.000,--</i>
					<i>Gesamt</i>		<i>1,796.734,-</i> <i>-</i>
<i>Mai 2003</i>							
<i>Re.Nr.</i>	<i>Re.Dat.</i>	<i>Li.Dat.</i>	<i>Kunde</i>	<i>Stk.</i>	<i>Artikel</i>	<i>EPR</i>	<i>Gesamt</i>
<i>R03-0109</i>	<i>05.05.03</i>	<i>05.05.03</i>	A.	<i>2000</i>	<i>Nokia 8310</i>	<i>187,50</i>	<i>375.000,--</i>
<i>R03-0115</i>	<i>09.05.03</i>	<i>07.05.03</i>	A.	<i>900</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>355,00</i>	<i>319.500,--</i>
<i>R03-0115</i>	<i>09.05.03</i>	<i>09.05.03</i>	A.	<i>1000</i>	<i>Nokia 6800</i>	<i>380,00</i>	<i>380.000,--</i>
<i>R03-0115</i>	<i>09.05.03</i>	<i>08.05.03</i>	A.	<i>500</i>	<i>Nokia 7210</i>	<i>193,00</i>	<i>96.500,--</i>
<i>R03-0119</i>	<i>14.05.03</i>	<i>14.05.03</i>	A.	<i>1000</i>	<i>Nokia 8310</i>	<i>182,00</i>	<i>182.000,--</i>
<i>R03-0119</i>	<i>14.05.03</i>	<i>14.05.03</i>	A.	<i>975</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>353,00</i>	<i>344.175,--</i>
<i>R03-0121</i>	<i>16.05.03</i>	<i>13.05.03</i>	A.	<i>2000</i>	<i>Nokia 8310</i>	<i>182,00</i>	<i>364.000,--</i>
<i>R03-0121</i>	<i>16.05.03</i>	<i>15.05.03</i>	A.	<i>500</i>	<i>Nokia 8910</i>	<i>198,00</i>	<i>99.000,--</i>
<i>R03-0118</i>	<i>13.05.03</i>	<i>12.05.03</i>	A.	<i>600</i>	<i>Nokia 9210i</i>	<i>430,00</i>	<i>258.000,--</i>
<i>R03-0120</i>	<i>15.05.03</i>	<i>15.05.03</i>	A.	<i>288</i>	<i>Nokia 7210</i>	<i>183,00</i>	<i>52.704,--</i>

<i>R03-0120</i>	<i>15.05.03</i>	<i>15.05.03</i>	<i>A.</i>	<i>143</i>	<i>Nokia 7210</i>	<i>178,00</i>	<i>25.454,--</i>
					<i>Gesamt</i>		<i>2,496.333,-</i> <i>-</i>
<i>Juni 2003</i>							
<i>Re.Nr.</i>	<i>Re.Dat.</i>	<i>Li.Dat.</i>	<i>Kunde</i>	<i>Stk.</i>	<i>Artikel</i>	<i>EPR</i>	<i>Gesamt</i>
<i>R03-0160</i>	<i>25.06.03</i>	<i>27.05.03</i>	<i>A.</i>	<i>500</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>329,00</i>	<i>164.500,--</i>
<i>R03-0160</i>	<i>25.06.03</i>	<i>25.06.03</i>	<i>A.</i>	<i>1000</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>330,00</i>	<i>330.000,--</i>
<i>R03-0160</i>	<i>25.06.03</i>	<i>02.06.03</i>	<i>A.</i>	<i>1000</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>330,00</i>	<i>330.000,--</i>
<i>R03-0160</i>	<i>25.06.03</i>	<i>05.06.03</i>	<i>A.</i>	<i>1000</i>	<i>Samsung V200</i>	<i>350,00</i>	<i>350.000,--</i>
<i>R03-0160</i>	<i>25.06.03</i>	<i>05.06.03</i>	<i>A.</i>	<i>995</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>335,00</i>	<i>333.325,--</i>
<i>R03-0160</i>	<i>25.06.03</i>	<i>06.06.03</i>	<i>A.</i>	<i>1000</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>345,00</i>	<i>345.000,--</i>
<i>R03-0160</i>	<i>25.06.03</i>	<i>11.06.03</i>	<i>A.</i>	<i>2000</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>340,00</i>	<i>680.000,--</i>
<i>R03-0160</i>	<i>25.06.03</i>	<i>16.06.03</i>	<i>A.</i>	<i>750</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>340,00</i>	<i>255.000,--</i>
<i>R03-0160</i>	<i>25.06.03</i>	<i>16.06.03</i>	<i>A.</i>	<i>1050</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>341,50</i>	<i>348.575,--</i>
<i>R03-0160</i>	<i>25.06.03</i>	<i>18.06.03</i>	<i>A.</i>	<i>1000</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>340,00</i>	<i>340.000,--</i>
<i>R03-0160</i>	<i>25.06.03</i>	<i>05.06.03</i>	<i>A.</i>	<i>200</i>	<i>Samsung C100</i>	<i>145,00</i>	<i>29.000,--</i>
<i>R03-0161</i>	<i>25.06.03</i>	<i>23.06.03</i>	<i>A.</i>	<i>899</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>340,50</i>	<i>306.109,50</i>
					<i>Gesamt</i>		<i>3,821.509,50</i>
<i>Juli 2003</i>							
<i>Re.Nr.</i>	<i>Re.Dat.</i>	<i>Li.Dat.</i>	<i>Kunde</i>	<i>Stk.</i>	<i>Artikel</i>	<i>EPR</i>	<i>Gesamt</i>
<i>R03-0189</i>	<i>16.07.03</i>	<i>03.07.03</i>	<i>A.</i>	<i>1000</i>	<i>Samsung V200</i>	<i>343,00</i>	<i>343.000,--</i>
<i>R03-0190</i>	<i>16.07.03</i>	<i>02.07.03</i>	<i>A.</i>	<i>960</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>339,56</i>	<i>325.977,60</i>
<i>R03-0190</i>	<i>16.07.03</i>	<i>27.06.03</i>	<i>A.</i>	<i>1510</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>339,00</i>	<i>511.890,--</i>
<i>R03-0190</i>	<i>16.07.03</i>	<i>27.06.03</i>	<i>A.</i>	<i>1500</i>	<i>Samsung V200</i>	<i>343,00</i>	<i>514.500,--</i>
<i>R03-0190</i>	<i>16.07.03</i>	<i>09.07.03</i>	<i>A.</i>	<i>1875</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>345,00</i>	<i>646.875,--</i>
<i>R03-0189</i>	<i>16.07.03</i>	<i>03.07.03</i>	<i>A.</i>	<i>500</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>341,00</i>	<i>170.500,--</i>
<i>R03-0189</i>	<i>16.07.03</i>	<i>16.07.03</i>	<i>A.</i>	<i>500</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>346,00</i>	<i>173.000,--</i>
<i>R03-0189</i>	<i>16.07.03</i>	<i>10.07.03</i>	<i>A.</i>	<i>1340</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>330,00</i>	<i>442.200,--</i>
					<i>Gesamt</i>		<i>3,127.942,60</i>
<i>August 2003</i>							
<i>Re.Nr.</i>	<i>Re.Dat.</i>	<i>Li.Dat.</i>	<i>Kunde</i>	<i>Stk.</i>	<i>Artikel</i>	<i>EPR</i>	<i>Gesamt</i>
<i>R03-205</i>	<i>04.08.03</i>	<i>25.07.03</i>	<i>A.</i>	<i>1000</i>	<i>Samsung V200</i>	<i>335,00</i>	<i>335.000,--</i>
<i>R03-205</i>	<i>04.08.03</i>	<i>24.07.03</i>	<i>A.</i>	<i>2140</i>	<i>Nokia 7250i</i>	<i>355,00</i>	<i>759.700,--</i>
<i>R03-205</i>	<i>04.08.03</i>	<i>23.07.03</i>	<i>A.</i>	<i>1000</i>	<i>Nokia 7250i</i>	<i>357,00</i>	<i>357.000,--</i>
<i>R03-205</i>	<i>04.08.03</i>	<i>22.07.03</i>	<i>A.</i>	<i>1000</i>	<i>Nokia 7250i</i>	<i>359,00</i>	<i>359.000,--</i>

<i>R03-205</i>	<i>04.08.03</i>	<i>15.07.03</i>	<i>A.</i>	<i>1300</i>	<i>Samsung V200</i>	<i>340,00</i>	<i>442.000,--</i>
<i>R03-205</i>	<i>04.08.03</i>	<i>10.07.03</i>	<i>A.</i>	<i>1000</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>333,00</i>	<i>333.000,--</i>
					<i>Gesamt</i>		<i>2,585.700,-</i> <i>-</i>
September 2003							
<i>Re.Nr.</i>	<i>Re.Dat.</i>	<i>Li.Dat.</i>	<i>Kunde</i>	<i>Stk.</i>	<i>Artikel</i>	<i>EPR</i>	<i>Gesamt</i>
<i>R03-0241</i>	<i>05.09.03</i>	<i>29.07.03</i>	<i>A.</i>	<i>539</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>283,00</i>	<i>152.537,--</i>
<i>R03-0241</i>	<i>05.09.03</i>	<i>30.07.03</i>	<i>A.</i>	<i>2000</i>	<i>Nokia 7250i</i>	<i>343,00</i>	<i>686.000,--</i>
<i>R03-0241</i>	<i>05.09.03</i>	<i>05.08.03</i>	<i>A.</i>	<i>715</i>	<i>Nokia 7250i</i>	<i>334,00</i>	<i>238.810,--</i>
<i>R03-0241</i>	<i>05.09.03</i>	<i>05.08.03</i>	<i>A.</i>	<i>1000</i>	<i>Samsung V200</i>	<i>334,00</i>	<i>334.000,--</i>
<i>R03-0241</i>	<i>05.09.03</i>	<i>14.08.03</i>	<i>A.</i>	<i>1290</i>	<i>Samsung V200</i>	<i>333,00</i>	<i>429.570,--</i>
<i>R03-0241</i>	<i>05.09.03</i>	<i>29.08.03</i>	<i>A.</i>	<i>1000</i>	<i>Samsung V200</i>	<i>322,00</i>	<i>322.000,--</i>
<i>R03-0241</i>	<i>05.09.03</i>	<i>04.09.03</i>	<i>A.</i>	<i>1000</i>	<i>Nokia 6610</i>	<i>196,00</i>	<i>196.000,--</i>
<i>R03-0250</i>	<i>11.09.03</i>	<i>08.09.03</i>	<i>A.</i>	<i>1000</i>	<i>Nokia 7250</i>	<i>285,00</i>	<i>285.000,--</i>
<i>R03-0250</i>	<i>11.09.03</i>	<i>10.09.03</i>	<i>A.</i>	<i>1000</i>	<i>Samsung V200</i>	<i>319,00</i>	<i>319.000,--</i>
<i>A302743</i>	<i>12.09.03</i>	<i>12.09.03</i>	<i>A.</i>	<i>1140</i>	<i>Nokia 6610</i>	<i>203,00</i>	<i>231.420,--</i>
<i>A302792</i>	<i>18.09.03</i>	<i>18.09.03</i>	<i>A.</i>	<i>450</i>	<i>Siemens M55</i>	<i>133,00</i>	<i>59.850,--</i>
<i>A302819</i>	<i>22.09.03</i>	<i>22.09.03</i>	<i>A.</i>	<i>700</i>	<i>Samsung V200</i>	<i>324,00</i>	<i>226.800,--</i>
<i>A302794</i>	<i>18.09.03</i>	<i>18.09.03</i>	<i>A.</i>	<i>1200</i>	<i>Samsung V200</i>	<i>323,00</i>	<i>387.600,--</i>
<i>A302896</i>	<i>29.09.03</i>	<i>01.10.03</i>	<i>A.</i>	<i>1500</i>	<i>Samsung V200</i>	<i>320,00</i>	<i>480.000,--</i>
					<i>Gesamt</i>		<i>4,348.587,-</i> <i>-</i>
Oktober 2003							
<i>Re.Nr.</i>	<i>Re.Dat.</i>	<i>Li.Dat.</i>	<i>Kunde</i>	<i>Stk.</i>	<i>Artikel</i>	<i>EPR</i>	<i>Gesamt</i>
<i>A302938</i>	<i>01.10.03</i>	<i>01.10.03</i>	<i>A.</i>	<i>1200</i>	<i>Samsung V200</i>	<i>319,00</i>	<i>382.800,--</i>
					<i>Gesamt</i>		<i>382.800,--</i>

Die Summe der so fakturierten Warenlieferungen beläuft sich für Jänner bis September 2003 auf € 23,833.876,10.

Das Gericht ging weiters davon aus, dass alle in den obigen Tabellen angeführten Mobiltelefone tatsächlich vorhanden waren und von einem Vertreter der A. (P.) mit einem Fahrzeug mit italienischem Kennzeichen von der T. in Wien abgeholt wurden.

Die Bestellungen der A. bei der T. waren zwischen R.L. und R.A. abgesprochen, insbesondere hinsichtlich Marke, Type und Preis. Nach Bestellung durch die A. erwarb die T. die Mobiltelefone und lieferte die Ware in Erfüllung des mit der A. abgeschlossenen Kaufvertrages an diese. L.Z. ging als Geschäftsführer der T. bei all diesen Geschäften davon aus, dass er eine innergemeinschaftliche Lieferung nach Italien ausführe und die Ware auch tatsächlich

über die österreichische Grenze verbracht und von einem Unternehmen für die Zwecke des Unternehmens erworben wurden. Bei jeder dieser Lieferungen war die A. unter ihrer existenten italienischen UID-Nummer aufgetreten, welche L.Z. auch unter Nutzung der gesetzlich eingerichteten Abfragemöglichkeiten mit positivem Ergebnis überprüft hatte, sodass L.Z. davon ausging, dass der Erwerb des Gegenstandes der Lieferung beim Abnehmer in Italien steuerbar ist. Ebenso hat L.Z. diese Lieferungen in seiner Buchhaltung als innergemeinschaftliche Lieferungen aufgenommen und die Identität des Abholers jeweils schriftlich festgehalten.

In Wahrheit verließen all diese Mobiltelefone das Gebiet der Republik Österreich jedoch nicht, sondern wurden vom Abholer direkt an die in Österreich ansässigen Abnehmer der A. geliefert. Hinsichtlich des Verbringens der Ware über die österreichische Grenze wurde L.Z. sohin von R.A. , der wusste, dass die Waren tatsächlich direkt an den inländischen Abnehmer der A. geliefert und zur Hinterziehung von Umsatzsteuer im Inland gedreht werden, in Verabredung mit R.L. getäuscht.

Nicht festgestellt werden konnte, dass L.Z. bei von ihm eingehaltener Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Vortäuschung der Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 BMR erkennen konnte. Die Voraussetzungen für die Anwendung des in Art 7 Abs. 4 BMR statuierten Schutz des gutgläubigen Unternehmers liegen bei all diesen Lieferungen vor, wovon auch die Betriebsprüfung ausging.

Laut Fakturen der Fa. R. O.KEG bezog die T. im Zeitraum von Februar 2003 bis Mai 2003 von ersterer nachstehende Mobiltelefone:

Rechnung vom 12.02.2003 1.500 Stück Nokia 8310 zum Bruttopreis von € 360.000,--;
Rechnung vom 11.02.2003 1.500 Stück Nokia 8310 zum Bruttopreis von € 360.000,--;
Rechnung vom 13.02.2003 1.000 Stück Nokia 7210 zum Bruttopreis von € 390.000,--;
Rechnung vom 14.02.2003 1.000 Stück Nokia 7210 zum Bruttopreis von € 390.000,--;
Rechnung vom 17.03.2003 1.500 Stück Nokia 6100 zum Bruttopreis von € 639.000,--;
Rechnung vom 10.04.2003 1.000 Stück Nokia 6800 zum Bruttopreis von € 580.800,--;
Rechnung vom 12.05.2003 600 Stück Nokia 9210i zum Bruttopreis von € 302.400,--;

Die Summe dieser Fakturen beläuft sich auf Brutto € 3,022.200,--, darin enthalten an USt € 503.700,--.

Auch diese Telefone waren sämtliche vorhanden und wurden auch tatsächlich an die Fa. T. geliefert, welche sie an die A. weiterverkaufte.

Nicht festgestellt werden konnte, dass diese Mobiltelefone tatsächlich nicht von der Fa.R. O.KEG geliefert wurden.

Die in diesen Fakturen ausgewiesene Umsatzsteuer wurde von der T. periodengerecht als Vorsteuer geltend gemacht.

Zu diesen Feststellungen gelangte das Gericht aufgrund des Betriebsprüfungsberichtes im Zusammenhalt mit den unbestrittenen Geschäftsfällen, sowie den Telefonüberwachungen, aus denen sich ergibt, dass R.A. die Bestellungen bei der T. mit R.L. absprach, ihn dazu aufforderte und auch offenbarte, dass ihm der Begriff des "Drehens" von Ware ein Begriff ist, da er diesen Begriff sinnvoll selbst in den Gesprächen verwendete. Da R.A. solcherart darum wusste, dass die Mobiltelefone zum Zwecke der Hinterziehung von Umsatzsteuer immer weiterverkauft würden, ohne zumindest schon im ersten Durchlauf bei einem Letztverbraucher zur endgültigen bestimmungsgemäßen Nutzung zu verbleiben, wusste er auch, dass die Mobiltelefone tatsächlich nicht nach Italien verbracht werden, sondern im Inland direkt an den weiteren österreichischen Abnehmer geliefert werden. Wäre doch der Aufwand an Transportkosten für eine auch noch so kurzfristige Verbringung nach Italien gewinnschmälernd und müsste in die Preiskalkulation mit aufgenommen werden.

*Die Feststellung, dass auch die laut Faktura von der R. O.KEG **an die T. gelieferten Mobiltelefone tatsächlich vorhanden und an die T. geliefert wurden** gründen in den zeitlich und zumindest in Summe der Liefermengen korrespondierenden Fakturen der T. **an die A. über Mobiltelefone gleicher Marke und Type**. Andernfalls wären dann die Mobiltelefone auch bei der T. nicht vorhanden gewesen, weshalb sie auch nicht an die im Inland ansässigen Abnehmer der A. geliefert hätten werden können. Eine Vorschreibung von Umsatzsteuer an die T. für tatsächlich nicht an inländische Abnehmer gelieferte Mobiltelefone wäre mangels Umsatzes im Inland und einer Umsatzsteuer ausweisenden Rechnung diesfalls nicht möglich. Alle Weiterverkäufe der Ware der O.KEG an die A. durch die T. wurden aber von der Betriebsprüfung im Zuge der Umsatzsteuerberechnung für die vorgeblichen innergemeinschaftlichen Lieferungen in die Ermittlung des Fehlbetrages einbezogen.*

Ein Beweissubstrat, dass die O.KEG über die an die T. fakturierten Mobiltelefone tatsächlich nicht im eigenen Namen Verfügungsberechtigt war, stand dem Gericht nicht zur Verfügung. Ein Rückdrehen der von T. an A. verkauften Ware an die T. im Wege der O.KEG kann sich anhand der im Akt aufgelisteten Fakturen lediglich für Nokia 7210 (allenfalls) ergeben. Denn dies ist die einzige Marke und Type die die T. vor dem ersten Bezug von der O.KEG an die A. verkauft und auch von der O.KEG erworben hat. Alle anderen Marken und Typen, die die T. von der O.KEG bezogen hat, hat sie zeitlich vor dem Bezug von der O.KEG nicht an die A. verkauft."

Das Gericht würdige diesen Sachverhalt wie folgt:

„Nach dem Abschlussbericht der Betriebsprüfung stützt sich die Zurechnung der Umsatzsteuer für die vorgeblichen innergemeinschaftlichen Lieferungen an die T. allein auf der rechtlichen Beurteilung, wonach sich der Geschäftsführer der T. das Wissen und Handeln des R.A. und R.T.s deshalb zurechnen lassen muss, weil er sich dieser beiden für seine Geschäftszwecke bedient hat.

*Aus Sicht des Gerichtes wird dabei jedoch übersehen, dass die Zurechnung von Wissen und Handeln des Machthabers an den Machtgeber in den Fällen der Kollusion, also des absichtlich böswilligen Zusammenwirkens des Machthabers mit dem Dritten, um den Machtgeber zu schädigen, durchbrochen wird. In diesem Fall handelt der Machthaber ohne Vollmacht, weshalb eine Zurechnung an den Machtgeber nicht in Betracht kommt (OGH vom 25.09.1990, 4 Ob 544/90; vom 11.09.1990, 5 Ob 70/90; vom 05.08.2009, 9 Ob 25/08d; u. a.; Apathy in Schwimann, ABGB, Praxiskommentar, Rz 11 Punkt i) und Rz 37 zu § 879, Rz 15, 16 zu § 1009; Rz 7 zu § 1013 Rz 13 zu § 1017), Gegenständlich wird dem R.A. gerade angelastet im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem Dritten (R.L. für die A.) gehandelt zu haben. Das von ihm erworbene Wissen erlangt er daher aufgrund der mit dem Dritten getroffenen Vereinbarung zur Erreichung des gemeinsamen Zieles und sohin gerade nicht für den (anstelle des) Machthaber(s). Die Schädigungsabsicht der beiden gegenüber dem Machthaber besteht darin, dass sie die Übergabe der Ware an die A. allein aufgrund der Entrichtung des Nettokaufpreises, sohin ohne Verrechnung und ohne Bezahlung der darauf entfallenden Umsatzsteuer, erlangen wollen. Allein aufgrund der **gelungenen Täuschung der beiden über das Vorliegen einer innergemeinschaftlichen Leistung** übergibt L.Z. die Ware unter Verzicht auf Verrechnung und Inkasso der richtigerweise auf den Leistungsaustausch entfallenden Umsatzsteuer.*

*Solcherart **greift aber der Gutgläubensschutz des Art 7 Abs. 4 BMR** ein, sodass die Lieferungen an die A. bei der T. umsatzsteuerfrei zu belassen sind. Mangels Abfuhrpflicht bei der T. kann der Angeklagte insoweit nicht zu einer Abgabenhinterziehung bei der T. beigetragen haben.*

Bemessungsgrundlage der Umsatzsteuer wäre diesfalls im Übrigen die Summe der Fakturen an die A., da Fakturen über innergemeinschaftliche Lieferungen ja nur den Nettopreis enthalten und keine Umsatzsteuer ausweisen (dürfen). Aus nicht nachvollziehbaren Gründen hat die Betriebsprüfung die Summe der Fakturen an die A. als "Bruttobetrag" (sohin einschließlich der darauf entfallenden Umsatzsteuer) betrachtet und die von ihr angelastete Abgabenhinterziehung sohin inkonsequenterweise (wesentlich) zu gering errechnet (ON 6, AS 203 letzte Tabelle).

Bei Vorliegen einer Rechnung mit USt-Ausweis und Ausführung der Leistung steht gemäß § 12 Abs. 1 Zi. 1 UStG der Vorsteuerabzug zu. Vorliegend wurden von der Betriebsprüfung bezogen auf die Fakturen der O.KEG lediglich beanstandet, dass die Ware nicht vom Rechnungsaussteller geliefert wurde, was aber nicht festgestellt werden konnte.“

Verfahrensverlauf:

Aufgrund von Ermittlungen der PAST im Zusammenhang mit einem „Karussellbetrug mit Mobiltelefonen, wurde der Bw. zuerst in mehreren Bescheiden – UVA 1 bis 7/2003 und UVA 8, 9 und 10/2003 Umsatzsteuer vorgeschrieben.

Gegen alle diese Festsetzungsbescheide, sowie gegen den Umsatzsteuerjahresbescheid 2003 vom 3.5.2003 wurden fristgerecht Berufungen erhoben und diese i.w.F. an den UFS vorgelegt.

Dieser hob mit **Bescheid vom 5.9.2006** sämtliche angefochtenen Bescheide gemäß **§ 289 Abs. 1 BAO** auf.

Dabei qualifizierte der UFS die Aussagen des R.L., wonach die A. *„nur zu dem Zweck gegründet worden, innergemeinschaftliche Lieferungen und Erwerbe vorzutäuschen. Tatsächliche Lieferungen von und nach Italien habe es zu keiner Zeit gegeben, die Handys hätten Österreich nie verlassen“* als durchaus glaubwürdig. Wohingegen die dem widersprechenden Aussagen des P. als unglaubwürdig und der von diesen behauptete Ablauf als völlig atypisch angesehen wurden.

Es gab keine eindeutigen Feststellungen, welchen Wissensstand der Geschäftsführer der Bw. und der Bw. zuzurechnende, im Rahmen eines Werkvertrages für diese tätige Personen bzw. andere verantwortliche Angestellte, hatten.

Auch war die vom Finanzamt vorgenommene rechtliche Würdigung nicht konsequent.

In der Stellungnahme der Betriebsprüfung vom 6.12.2004 wird erstmals ausgeführt, dass Waren im Gegenwert von € 2.518.500,-- tatsächlich nicht geliefert worden seien bzw. anscheinend doppelt fakturiert wurde. Dem den Bescheid begründenden Betriebsprüfungsbericht ist diesbezüglich nichts zu entnehmen. Es bleibt unklar, aufgrund welcher Ermittlungsergebnisse diese Feststellung getroffen wurden und weshalb nicht insoweit die gebotene Kürzung der Vorsteuern vorgenommen wurde.

Weiters blieb unklar, ob das das Finanzamt hinsichtlich aller Warenbewegungen an die Bw. von Scheinlieferungen ausging und deshalb den Vorsteuerabzug versagte.

Gleichzeitig aber, die angeblich erfolgten Exporte nach Italien der Umsatzsteuer unterzog, was bei Vorliegen von Scheinrechnungen und nicht erfolgter Lieferungen von Waren an die Bw. inkonsequent erschien.

Sofern weitere Ermittlungen mit hinreichender Sicherheit ergeben sollten, dass es tatsächlich keine Lieferungen der O.KEG an die Bw., sondern es nur entsprechende Scheinrechnungen gegeben habe, so sei insoweit der entsprechende Vorsteuerabzug zu versagen.

Wenn sich jedoch erweisen sollte, dass die Waren, wie die Bw. behauptet, tatsächlich geliefert wurden, können die Rechnungen der O.KEG naturgemäß keine Scheinrechnungen gewesen sein. Es liegt auch in diesem Fall am Finanzamt, entsprechende Feststellungen zu treffen.

Der UFS hielt es für angebracht, die noch laufenden Strafverfahren und Ermittlungen für stichhaltige Feststellungen zu folgenden Themen zu nutzen:

- die angenommenen Scheinlieferungen
- bzw. Doppelfakturierungen noch
- eindeutige Hinweise auf eine Mitwisserschaft oder
- ein "Wissen-müssen" von der Bw. zuzurechnender Personen
- eine mögliche Lieferung an österreichische Abnehmer durch die Bw. selbst

Es wird daher im Zuge weiterer Ermittlungen zu klären sein, was der Bw. zuzurechnende Personen - Geschäftsführer, Angestellte und Werkvertragsnehmer - über die beabsichtigte Hinterziehung wussten oder hätten wissen müssen. Dabei wird insbesondere auf ungewöhnliche und unübliche Gestaltung der jeweiligen Geschäftsabwicklung zu achten sein, die ein geeignetes Indiz dafür darstellen, dass die handelnden Personen zumindest hätten wissen müssen, dass sie sich an Handlungen beteiligen die zu einer Steuerhinterziehung führen.

Insgesamt ist der Sachverhalt noch nicht in jenem Ausmaß geklärt, dass er eine abschließende rechtliche Würdigung zuließe und es sind weitere Ermittlungen geboten.

Das Finanzamt führte daraufhin eine weitere Betriebsprüfung durch und erließ am **17.9.2008** **erneut** einen **Umsatzsteuerbescheid für das Jahr 2003** (KSt-Akt, 2003/S 198-200). Ein Zustellnachweis ist nicht aktenkundig. Laut Vertreter der Bw. erfolgte die Zustellung am 22.9.2008.

Die Bw. erhob dagegen am **21.10.2008**, und somit, soweit dem Akt zu entnehmen unbestritten, fristgerecht **Berufung** (KSt-Akt, 2003/S 209 bis 224).

Zuförderst wendet die Bw. ein, der angefochtene Bescheid enthalte keine Begründung und forderte die Erlassung einer BVE, die eine solche aufweise. Weiters wird der wesentliche Inhalt des Aufhebungsbescheides wiedergegeben und es werden spekulativ Einwendungen erhoben, falls der neue Betriebsprüfungsbericht zukünftig zur Begründung herangezogen werden sollte.

Am 16. 2.2009 richtete die Bw. eine Vorlageerinnerung an den UFS. Das Finanzamt legte die Berufung samt Akten am 24.2.2009 an den UFS vor.

Da dem Einwand der Bw., dass der Bescheid keine Begründung aufweise, Berechtigung zukam und sich der UFS weder berufen sah, unter kompletter Ausschaltung des erstinstanzlichen Verfahrens, den gesamten Sachverhalt erstmalig im Rechtsmittelverfahren festzustellen, noch eine Möglichkeit sah den Bescheid aufzuheben, da denkmöglich unterlassene Ermittlungen, mangels Begründung nicht festzustellen waren, wurde die Erlassung einer mit Begründung versehenen BVE angeregt.

Das Finanzamt erließ am 9.11.2009, nachweislich zugestellt mit Rückschein am 11.11.2009, eine entsprechende BVE mit Begründung.

Mit Schreiben vom 7.12.2009 stellte die Bw. einen Vorlageantrag. Am 9.2.2010 richtete die Bw. eine weitere Vorlageerinnerung an den UFS. Das Finanzamt legte die Berufung samt Akten am 12.2.2010 an den UFS vor.

Bescheidbegründung:

Das Finanzamt wies in der Begründung seiner Berufungsentscheidung vom 9.11.2009 auf die in den Außenprüfungen (Bericht vom 13.7.2004 und vom 15.9.2008) getroffenen Feststellungen sowie auf die Entscheidungen des UFS (Bescheid vom 5.9.2006, Aufhebung gemäß § 289 Abs. 1 BAO) hin.

„Den Ausführungen des UFS entsprechend war im weiteren Ermittlungsverfahren zu klären, was der Bw. zuzurechnende Personen über die beabsichtigte Steuerhinterziehung wussten oder hätten wissen müssen. Die berufungsgegenständlichen Handygeschäfte wurden unstrittig durch die beiden Werkvertragsnehmer R.T. und R.A. abgewickelt. Laut der bereits zitierten UFS-Entscheidung ist deren „Wissen-müssen“ der Bw. zuzurechnen.“

Aufgrund der Anklageschrift gegen diese beiden (LG f. Strafsachen GZ St 72/08t-5) sei davon auszugehen, dass diese für die Bw. als Geschäftsvermittler im Bereich „Trading mit Mobiltelefonen“ tätig gewesen seien. Die Staatsanwaltschaft gehe davon aus, dass diese von den Scheinlieferungen und auch von der vorgetäuschten Verbringung der Waren nach Italien wussten.

„Auf den Abschlußbericht der Steuerfahndung vom 30.9.2008 an die StA wird zudem verwiesen.

Der Vorsteuerabzug aus den Rechnungen der Firma O.KEG war gemäß § 12 Abs. 1 UStG 1994 zu versagen, weil das Vorliegen von Scheinlieferungen erwiesen werden konnte. Weiters war den an die italienischen Firmen des R.L. als steuerfreie innergemeinschaftliche Lieferungen iSd Art 7 UStG 1994 behandelten Umsätze die Steuerfreiheit zu versagen. Die fakturierten Waren wurden mit Wissen von R.T. und R.A. nachweislich nicht nach Italien gebracht. Die Vertrauensschutzregel des Art 7 Abs. 4 UStG kommt daher nicht zur Anwendung.“

Berufungsausführungen:

Im Vorlageantrag vom 7.12.2009 hält die Bw. das bisherige Berufungsvorbringen (Berufung vom 21.10.2008) vollinhaltlich aufrecht.

Dieses lautet:

„Maßgeblich ist - angesichts des Grundsatzes der Zeitbezogenheit des Abgabenrechts - die Rechtslage des Jahres 2003.

Dem § 12 Abs. 1 Z 1 UStG 1994 wurde erst durch AbgSiG 2007 ein weiterer Satz angefügt, der regelt, wann das Recht auf Vorsteuerabzug entfällt. Die diesbezügliche Neufassung gilt erst ab 1.1.2008 (vgl. Taucher in der SWK 2008, S 622 Gutgläubensschutz und Vorsteuerabzug [Heft 23/24]). Der - zeitlich korrespondierend - aufgehobene § 27 Abs. 9 UStG 1994 galt zwar im Hinblick darauf, dass er durch das zweite AbgÄG 2002 eingeführt wurde, für das Streitjahr 2003 kommt er aber in concreto vom Sachverhalt her nicht in Betracht.

Die Umsatzsteuer ist auf Grund ihrer Systematik und ihrer Besonderheit außerordentlich betrugsanfällig (vgl. anstelle aller DStZ 2008, 51). Die diesbezüglichen Risiken hat allerdings der Bund als Gesetzgeber und Gläubiger der Umsatzsteuer zu tragen. Es geht nicht an, diese Risiken auf Nichttäter zu überwälzen, die als Normunterworfenen das fremdbestimmte Gesetz zu befolgen haben.

Der Systemwechsel von der Bruttoallphasenbesteuerung (mit einem Steuersatz von zuletzt 5,5 %) zur Mehrwertsteuer (mit einem aktuellen Steuersatz von 20 %) kann aus verfassungsrechtlicher Sicht nur dann vor dem Gleichheitssatz Bestand haben, wenn die gesetzliche Regelung mit dem Recht auf Vorsteuerabzug verbunden ist. Das Recht auf Vorsteuerabzug zählt zu den Kernstücken des Mehrwertsteuersystems (vgl. Ruppe, UStG³, § 12 Tz 9 mwN). Das Recht auf Vorsteuerabzug muss aber auch - aus Überlegungen zum aus

dem Gleichheitssatz abzuleitenden Sachlichkeitsgebot - effektiv sein und darf nicht von Umständen abhängen, die der Empfänger einer Lieferung/Leistung nicht beeinflussen kann.

Die einschlägige Judikatur des EuGH hat ihren Ausgangspunkt von Überlegungen zum, Schutz des guten Glaubens im Hinblick auf den Vorsteuerabzug - auf eines der Grundprinzipien des gemeinschaftsrechtlichen Mehrwertsteuerrechtes - genommen.

Der Gutglaubensschutz spielt aber nicht nur für den Vorsteuerabzug eine wichtige Rolle. Der EuGH wendet diesen Grundsatz auch dann an, wenn die Steuerbefreiung für innergemeinschaftliche Lieferungen in Frage steht (z.B. EuGH 27.9.2007, Rs C-409/04, Teleos).

Der Grundsatz der Gemeinschaftstreue (Art 10 EG) und der Effektivitätsgrundsatz erfordern die uneingeschränkte Beachtung dieser Judikatur des EuGH. Ausgehend von diesem Gebot werden Notwendigkeiten der Durchbrechung der Rechtskraft (siehe auch § 299 BAO iVm. § 302 Abs. 2 lit. c BAO) und Fragen der Wiederaufnahme - aktuell im Zusammenhang mit der Getränkesteuer - erörtert. Solcherart wurde die Befolgungsverpflichtung der Organwalter des Finanzamtes und die Bindungswirkung der tragenden Begründungselemente kassatorischer Berufungsentscheidungen durch den absoluten Vorrang der EuGH-Judikatur (hier; des Gutglaubensschutzes in all seinen Facetten) hier sogar noch zu unseren Gunsten (weiter) modifiziert.

Jedenfalls aber gilt mit Bindungswirkung gem. § 289 Abs. 1 Satz 2 BAO:

Falls die Ermittlungen weder stichhaltige Belege für

- *die angenommenen Scheinlieferungen*
- *bzw. Doppelfakturierungen noch*
- *eindeutige Hinweise auf eine Mitwisserschaft oder*
- *ein „Wissen-müssen“ von der Bw. zuzurechnender Personen ergeben und auch*
- *eine Lieferung an österreichische Abnehmer durch die Bw. selbst auszuschließen ist,*

wird der Berufung im Ergebnis stattzugeben sein und der vom Finanzamt zu erlassende neue Bescheid wird auf die unstrittig gebliebenen BP-Feststellungen zu beschränken sein.

Die weiteren Ermittlungen des Finanzamtes - immerhin während einer Zeitspanne von rund zwei Jahren - haben keinerlei stichhaltige Belege (Beweise) für

- *die angenommenen Scheinlieferungen*

- bzw. Doppelfakturierungen noch
- eindeutige Hinweise auf eine Mitwisserschaft oder
- ein „Wissen-müssen“ von der Bw. zuzurechnender Personen ergeben, wobei
- auch eine Lieferung an österreichische Abnehmer durch die Bw. selbst auszuschließen ist,

Für eine Annahme von Scheinlieferungen bzw. Doppelfakturierungen gibt es nicht die geringsten Anhaltspunkte.

*Der Betriebsprüfer muss nun einräumen, „die Ware wurde auch tatsächlich ... nach Wien zur Fa T. GmbH geliefert“ (**siehe dazu S 11 des BP-Arbeitsbogens**) (in der Stellungnahme vom 6.12.2004 hatte es noch - völlig haltlos - geheißen, Waren im Gegenwert von € 2.518.500,- seien nicht geliefert worden), nun wird „nicht [mehr] bezweifelt, dass diese Menge im Warenlager der Fa T. vorhanden waren“.*

Gleichermaßen gibt es keinerlei wie immer gearteten Anhaltspunkte dafür, dass wir „selbst“ eine Lieferung an österreichische Abnehmer getätigt hätten. Derartiges ist in der Wortwahl der mit Bindungswirkung ausgestatteten Rechtsmeinung des UFS im kassatorischen Bescheid „auszuschließen“.

Auch wenn wir angesichts dieses Rechtsgrundes (§ 289 Abs. 1 Satz 2 BAO) des Nachweises entbunden sind, dass die Waren in das Drittland gelangt sind, wiederholen wir unseren Rechtsstandpunkt, dass nach der uns erteilten Information die Waren nach Italien (in ein Lager in Tarvis) gekommen sind. Jedenfalls wurde uns Italien bei der jeweiligen Bestellung und auch bei der jeweiligen Abholung der Ware als Bestimmungsort angegeben und scheint auch in allen Dokumenten auf. Wir konnten darauf vertrauen und waren jedenfalls gutgläubig.

Selbst wenn einzelne dieser Waren nicht nach Italien (oder sonst ins Ausland) gelangten, wussten wir davon nichts und mussten auch davon nichts wissen. Feststeht, dass die Ware mit einem Fiat Ducato mit italienischem Kennzeichen von der Fa T. abgeholt wurde und dass der Fahrer sagte, er bringe sie zum Empfänger nach Italien.

Wir haben alle erforderlichen Sorgfaltsmaßstäbe angewandt und beispielsweise vom Fahrer (G."P."S.) einen Lichtbildausweis (Führerschein) verlangt, diesen kopiert und uns die Übernahme der Ware bestätigen lassen.

Es wäre eine extreme Überspannung der Sorgfaltspflicht, wollte man von uns verlangen, dass wir -- des Prüfers Überlegungen konsequent zu Ende gedacht - beim vom Fahrer verwendeten Transportmittel (hinsichtlich dessen er gar nicht gesagt hat, dass er mit diesem den Transport nach Tarvis ohne Umladen auf ein anderes Fahrzeug vornimmt) den jeweiligen Kilometerstand

kontrollieren, um zu überprüfen, ob es möglich ist, dass der Fahrer zwischen den einzelnen Abholungen jeweils in Tarvis mit diesem Fahrzeug gewesen ist.

Wie so Vieles erschöpft sich der Bericht über das Ergebnis der Außenprüfung gem. § 150 BAO vom 15.9.2008 auch in diesem Teilbereich in reinen Behauptungen/ Schlussfolgerungen ohne konkrete (überprüfbare) Beweisangaben (Beweismittel bzw. Feststellungen).

Es gibt auch keinerlei wie immer geartete Hinweise auf eine Mitwisserschaft unsererseits oder ein „Wissen-müssen“ von uns zuzurechnenden Personen. Im Hinblick auf die schon mehrfach erwähnte Bindungswirkung genügten „bloße“ Hinweise auf eine Mitwisserschaft oder ein „Wissen-müssen von uns zuzurechnenden Personen“ für unsere Inanspruchnahme ohnedies nicht. Vielmehr muss der Berufung im Ergebnis schon dann stattgegeben werden (und der USt-Bescheid 2003 auf die unstrittig gebliebenen BP-Feststellungen zu beschränken sein), wenn die diesbezüglichen Beweise „eindeutige“ sind.

Wir sind eine GmbH mit dem Sitz in Wien und dem Betriebsgegenstand Großhandel mit elektrischen Haushaltsgeräten, Rundfunk- und Fernsehgeräten. Dies entspricht auch der Branchenkenzahl in den elektronisch eingereichten Steuererklärungen (410). Wieso der Prüfer auf etwas anderes kommt, ist nicht nachvollziehbar (und als falsch zurückzuweisen). Unser (einziger) Geschäftsführer L.Z. hat von den urteilsmäßig festgestellten Malversationen des R.L. ebenso wenig gewusst wie von allfälligen weiteren Malversationen des Genannten oder von allfälligen sonstigen in Betracht kommenden Personen, insbesondere - diese Namen wurden uns gegenüber genannt - R.O., R.A. bzw. „dessen Partner“ R.T.. Wir wussten auch von allfälligen Malversationen der Genannten, die - soweit diese überhaupt getätigt wurden - umsatzsteuerrechtlich relevant sind und - siehe den Teilfreispruch des R.L. zu einer Schädigung des Fiskus führten.

2. Keine der genannten Personen ist uns „verantwortlich“ zuzurechnen. Der Prüfer meint offenkundig die beiden letztgenannten und qualifiziert das (vorübergehende) Rechtsverhältnis derselben zu unserer Gesellschaft als „Werkvertrag“.

- *Fürs Erste bestreiten wir entschieden, dass die Genannten selbst von tatsächlichen oder allfälligen Malversationen etwas wussten oder wissen mussten. Sie haben den Behörden gegenüber immer Derartiges bestritten. Wir haben keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Aussagen nicht richtig sind. Der Prüfungsbericht enthält auch keine gegenteiligen Anhaltspunkte.*

Die Berufungsentscheidung des UFS vom 5.9.2006 spricht auf Seite 4 unten davon, dass (neben R.L.) gegen weitere Verdächtige - insbesondere gegen R.A. und R.O. - gerichtliche Strafverfahren wegen § 33 FinStrG geführt wurden. Dem Finanzamt wurde

aufgetragen zu klären, zu welchem Ergebnis diese Verfahren gelangt sind. Uns ist ein derartiges Ergebnis nicht bekannt, es wurde uns insbesondere nicht vom Finanzamt - im Rahmen eines rechtsstaatlich notwendigen Gehörs - mitgeteilt.

- Selbst wenn eindeutige Beweise für eine Mitwisserschaft oder ein „Wissen-müssen“ der beiden zuletzt genannten Personen (oder sonstiger Personen) gegeben wären, so wären diese Personen uns nicht „zuzurechnen“, Die in Betracht kommenden Personen waren weder Angestellte noch Arbeitnehmer in unserer Gesellschaft. Die vom Prüfer gewählte Qualifikation des „Werkvertrages“ ist dahingehend zu präzisieren, dass es sich um selbständige Vermittler (**ohne Abschluss- oder sonstige Vollmacht**) handelte.

3. Laut Ausführungen des Prüfers wurden auf Anweisungen des R.L. Umsätze nicht in die Umsatzsteuervoranmeldungen der R. O.KEG aufgenommen und die darauf entfallende Umsatzsteuer nicht bezahlt. Ob es sich nur um eine diesbezügliche Anweisung handelt bzw. ob diese auch tatsächlich befolgt wurde steht ebenso wenig fest wie das konkrete Ausmaß. Völlig unlogisch ist die Feststellung des Prüfers, die Nichtzahlung der Umsatzsteuer durch den Lieferer R. O.KEG „diente dazu, durch die unberechtigte Geltendmachung von Vorsteuer bei der Fa T. ... und somit durch eine wiederkehrende Hinterziehung von Abgaben eine fortlaufende Einnahme zu erzielen“. Aus der Sicht der R. O.KEG ist die Nichtzahlung einer Steuerschuld keine „fortlaufende Einnahme“, aus der Sicht der Firma T. ist die Geltendmachung von Vorsteuer berechtigt. Die Prüferschlussfolgerung, dass „die Ausstellung von Deckungsrechnungen die unberechtigte Geltendmachung von Vorsteuerbeträgen seitens der T. nur mit Wissen zumindest eines der von der Fa T. beauftragten Ein- und Verkäufer erfolgen konnte“, ist in mehrfacher Hinsicht völlig unlogisch und basiert auch auf keinem eindeutigen Beweis, ja geht über schlichte Mutmaßungen nicht hinaus.

Hinsichtlich Scheinrechnungen (Deckungsrechnungen) musste das Finanzamt schon im ersten Rechtsgang von der Berufungsbehörde dahingehend belehrt werden, dass dann, wenn die Waren tatsächlich geliefert wurden, „die Rechnungen der O.KEG naturgemäß keine Scheinrechnungen gewesen seien“ können. Der Empfänger der Lieferung - bezeichnenderweise hat es der Prüfer unterlassen, **festzustellen, dass wir den Bruttokaufpreis voll bezahlt haben** - ist - unsere Unternehmereigenschaft ist unbestritten - zum Vorsteuerabzug berechtigt.

Die auf „unberechtigter Geltendmachung von Vorsteuerbeträgen seitens der T.“ basierenden Ausführungen des Prüfers entfernen sich daher vom Sachverhalt und verlassen den Rechtsboden.

- Dass die Genannten (wobei deren Wissen uns verantwortlich zuzurechnen wäre) davon gewusst hätten, dass die R. O.KEG die Mehrwertsteuer nicht abführt, ist durch nichts

erwiesen und wird in solcher Form nicht einmal vom Prüfer behauptet, was der Prüfer letztlich auch gar nicht kann, da es dafür keinerlei Beweise (stichhaltige Belege!) gibt.

Das (behauptete) Wissen der Genannten über die tatsächlichen Warenbewegungen von der R. O.KEG an uns ist völlig irrelevant.

- *Nur der Vollständigkeit halber sei auf die Ausführungen unter IV. A. nochmals erinnert.*

4. Der Prüfer folgert aus seinem aktuellen Bericht, dass die Abwicklung des Handels mit der A.d.R. den Hauptverantwortlichen R.T. und R.A. überlassen worden wäre, „ohne selbst ausreichend Kontrolle über die Geschäftsabwicklung auszuüben“. Das Nicht-Wissen um allfällige Malversationen der Genannten bedeutet keineswegs die Vernachlässigung der ausreichenden Kontrolle. Erfolgshaftung ist Ausdruck einer primitiven Rechtsordnung, die in Europa schon viele Jahrhunderte überwunden ist. Wir haben uns lege artis verhalten und alle branchenüblichen Sorgfaltsmaßnahmen angewendet. Es gab keine Auffälligkeiten oder Verdachtsmomente. Im Jahr 2003 war auch noch nicht allgemein bekannt, dass bestimmte Leute ein Umsatzsteuerkarussell anwenden.

Der Prüfer erkennt selbst, dass er den Sorgfaltsmaßstab einer Überprüfung unzumutbar überspannt, weil er keine einzige Kontrollmaßnahme anführen kann, die - erfolgversprechend hätte getätigt werden müssen und unterblieben ist.

Unter nochmaligem Hinweis auf die Bindungswirkung der Berufungsentscheidung sei - zusätzlich darüber hinaus - hier vorgebracht, dass Herr L.Z. alle zumutbaren Kontrollmaßnahmen auch gegenüber der R. O.KEG getätigt hat, die man vernünftigerweise verlangen kann. Der steuerliche Berater Mag. W.S. hat sich nach angemessener Zeit nach Aufnahme der Geschäftsbeziehung mit der R. O.KEG bei deren steuerlichen Beratung erkundigt, ob die Umsatzsteuer abgeführt wird und nachdem keine zufrieden stellende Antwort erteilt wurde, wurde von Herrn L.Z. die Geschäftsbeziehung unverzüglich abgebrochen (Beweis dazu: Mag. W.S. , u.a. unter der Adresse unserer steuerlichen Beratung).

5. Der Prüfer meint, uns seien „laut Umsatzsteuerrecht“ auch Leistungen zuzurechnen, die wir durch Arbeitnehmer, Organhalter [gemeint wohl: Organwalter] oder Stellvertreter entgegennehmen ließen. Dass wir Empfänger der Lieferungen der R. O.KEG waren, ist unbestritten (und ja Voraussetzung für den Vorsteuerabzug). Mit der Frage, ob sich der Empfänger der Lieferung eine allfällige Schlechtgläubigkeit dieser Person (etwa eines Hilfsarbeiters in einem Warenlager, in das die Ware transportiert wird) zurechnen lassen muss, hat das absolut nichts zu tun. Im Rahmen der bindenden Vorgaben des im ersten

Rechtsgang ergangenen kassatorischen Berufungsbescheides und der EuGH-Judikatur zum Gutglaubensschutz fehlt es sowohl aus tatsächlichen als auch aus rechtlichen Gründen an einer Rechtsgrundlage, uns ein allfälliges Wissen oder „Wissen-müssen“ um diese Umstände verantwortlich anzulasten.

- *Irgendwelche Auffälligkeiten der Geschäftsabwicklung waren nicht erkennbar und auch nicht gegeben. Woraus hätte unser Geschäftsführer erkennen können/sollen, dass die R. O.KEG - die von uns den vollen (Brutto-)Kaufpreis jeweils pünktlich erhielt, aus den jeweils auch die USt beinhaltenden Kaufpreisen nicht die USt - bis zum 15. des zweitfolgenden Monats - bezahlen wird?*

V. Unser gesamtes bisheriges Vorbringen (in sämtlichen Berufungen) halten wir vollinhaltlich aufrecht und machen es auch zum Gegenstand der vorliegenden Berufung.

Sämtliche bisher als Beweismittel geführte Zeugen werden weiterhin zu unserem gesamten Berufungsvorbringen - insbesondere auch zum Berufungsvorbringen in der vorliegenden Berufung - geführt."

Ergänzend wurde im Vorlageantrag ausgeführt:

"Die im ersten Rechtsgang ergangene Entscheidung des UFS wurde von uns in unserer Berufung bereits hinsichtlich ihrer rechtlichen Bedeutung gewürdigt. Die BVE behauptet laut dieser „UFS-Entscheidung“, es sei das „Wissen-müssen der beiden Werkvertragsnehmer R.T. und R.A. der Firma T. zuzurechnen“. Dazu ist festzuhalten, dass dies der genannten Berufungsentscheidung weder zu entnehmen noch sonst zutreffend ist. Die beiden waren selbständige und eigenverantwortliche Handelsvertreter bzw. Makler, also Geschäftsvermittler, die zwischen den Vertragsparteien stehen und nicht einer Seite zugerechnet werden können. Mag auch der Maklervertrag Vertragselemente enthalten oder als solcher - vom Finanzamt stereotyp - bezeichnet werden, so ändern diese Bezeichnung nichts an der Rechtsnatur. Die beiden Herren hatten keinerlei Pflicht, für uns tätig zu werden, keinerlei Vollmacht von uns, weder eine Verhandlungs- und schon gar nicht eine Abschlussvollmacht.

Die anschließend in der BVE zitierte Anklageschrift wurde uns im Verfahren nicht vorgehalten. Deren Erwähnung in der BVE stellt keinen Vorhalt im Sinn der verfahrensrechtlichen Bestimmung der BAO dar. Sie ist erst nach Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides von der StA Wien erstellt worden.

Das Finanzamt muss offensichtlich an fundamentale rechtsstaatliche Grundsätze erinnert werden, nämlich an die Unschuldsvermutung des Art. 6 EMRK. Mangels Kenntnis des hier in Betracht kommenden Sachverhaltes können wir dazu keine nähere Stellungnahme abgeben.

Wir beanstanden (und bestreiten) unter dem Blickwinkel eines denkbaren Vorhalts die versteckten und unbewiesenen Behauptungen, dass

- *das Vorliegen von Scheinlieferungen erwiesen werden konnte und*
- *die fakturierten Waren mit Wissen von R.T. und R.A. nachweislich nicht Italien verbracht wurden; ferner*
- *dass „die Vertrauensschutzregelung des Art 7 Abs. 4 UStG 1994“ [BMR] (bzw. sonstige „Vertrauensschutzregelungen“) nicht zur Anwendung kämen.*

Wir haben die Identität des Abholenden festgehalten, selbst wenn unrichtige Angaben des Abnehmers vorlägen, konnte man diese trotz Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nicht erkennen.

Beweis: *wie bisher.*

Erst am 4.12.2009 (Freitagnachmittag) war es unserem Vertreter nach wiederholten Versuchen möglich, Akteneinsicht zu nehmen, allerdings nicht in den gesamten Akt, sondern lediglich hinsichtlich des in der BVE erwähnten Abschlussberichtes einerseits und der Anklageschrift anderseits.

Aus diesen Unterlagen ergibt sich insbesondere,

- *dass G."P."S. italienischer Staatsbürger ist, der sich mit einem auf die „A.d.R.“ angemeldeten Kleintransporter (mit italienischem Kennzeichen) in Wien aufhielt, sodass die Verbringung nach Italien glaubhaft war;*
- *dass G."P."S. mit einem italienischen Führerschein ausgestattet war und Warenübernahme seitens der ALN „stempelte“;*
- *dass „die Voraussetzungen des Art 7 (1) BMR, nämlich die Verbringung in das übrige Gemeinschaftsgebiet der Firma T. Warenhandels GmbH mittels Abholung durch einen italienischen Staatsbürger mit italienischem Kraftfahrkennzeichen vortäuscht“ wurden. „Die Identität des Abholenden konnte daher entsprechend Artikel 7 (4) BMR vom Lieferanten festgehalten werden“ (Seite 9 des Abschlussberichts);*
- *dass das Finanzamt selbst im Abschlussbericht auf Seite 6 davon spricht, dass R.T. und R.A. als selbständige Vermittler von Mobiltelefonen für die Firma T. tätig waren;*
- *dass das Finanzamt in der Zusammenfassung auf Seite 11 selbst einräumen muss, dass unserem Geschäftsführer L.Z. „auf Grund der Täuschung“ kein Vorsatz nachgewiesen werden kann, dass er also durch die Herren R.T. und R.A. getäuscht wurde (mögen diese dort wiederum als „Werkvertragsnehmer“ bezeichnet werde).*

- *Dazu auch in der Anklageschrift: „Der Geschäftsführer merkte nicht, dass er mit seinem Unternehmen Teil eines Unternehmenskarussells war“ (die Schlussfolgerung der Anklageschrift [die man ex post leicht tätigen kann], unser Geschäftsführer hätte „die Malversationen, die rund um ihn abliefen, merken müssen“ ist jedoch unzutreffend). Beim Vorschlag der StA, „hin und wieder Fakturen oder Warenkennungen überprüfen“, handelt es sich um eine Leerfloskel. Der UFS (9.4.2008, RV/0028-W/04 hat bereits klargestellt, dass die Seriennummer (EMEI-Nummer) nicht Bestandteil der handelsüblichen Bezeichnung von Mobiltelefonen ist.*
- *Fest steht, dass trotz monatelanger Telefonüberwachung nicht der geringste Ansatzpunkt dafür gefunden werden konnte, dass wir um die Malversationen wussten oder wissen mussten.“*

In der am 31. August 2010 abgehaltenen Berufungsverhandlung wurde ergänzend ausgeführt:

Die Amtspartei gehe hinsichtlich der Lieferungen der O.KEG deshalb von Scheinlieferungen aus, weil R.T. und R.A. als Mitwisser und Täter diese Lieferungen im Wissen darüber veranlassten, dass ein tatsächliches Warengeschäft mit der in Italien ansässigen A. nicht stattfinden würde. Der ganze Vorgang, nur der Vortäuschung dieses Geschäftes diene und die Lieferungen an die Bw. nur den Zweck verfolgten, die Ware im Inland fakturieren zu können.

Hinsichtlich des Umstandes, dass die Ware tatsächlich vorhanden war, besteht zwischen den Verfahrensparteien Einigkeit.

Die Beweisanträge – Zeugeneinvernahmen zu den Themen

- tatsächlich erfolgte Warenlieferungen an die Bw. und
- vergebliche Anfrage des Steuerberaters der Bw. an O.KEG, inwieweit diese ihren Verpflichtungen zur Abfuhr der Umsatzsteuer nachkommen (die Ausführungen werden von der Amtspartei als glaubhaft angesehen)

werden von der Bw. zurückgezogen da nunmehr unstrittig ist, dass die Ware vorhanden war und die Aussagen betreffen der Anfrage an die O.KEG, seitens der Amtspartei als glaubhaft angesehen und nicht in Zweifel gezogen werden.

Bw. und Amtspartei erklären, dass keine weiteren Beweisanträge gestellt werden und sämtliche Beweisanträge als erledigt anzusehen sind.

Die Bw. beantragt erklärungsgemäße Veranlagung. Andere als die gegenständlich strittigen Änderungen der Bemessungsgrundlage, gäbe es nicht.

Über die Berufung wurde erwogen:

Art 7 Abs. 4 UStG 1994 regelt: „Hat der Unternehmer eine Lieferung als steuerfrei zu behandeln, obwohl die Voraussetzungen nach Abs. 1 (d.i.: ig. Lieferung an ausländischen Unternehmer im Gemeinschaftsgebiet) nicht vorliegen, so ist die Lieferung dennoch als steuerfrei anzusehen, wenn die Inanspruchnahme der Steuerbefreiung auf unrichtigen Angaben des Abnehmers beruht und der Unternehmer die Unrichtigkeit dieser Angaben auch bei Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht erkennen konnte. In diesem Fall schuldet der Abnehmer die entgangene Steuer. In Abholungsfällen hat der Unternehmer die Identität des Abholenden festzuhalten.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 6. Juli 2006, "Axel Kittel"; ZI C-439/04 klar gestellt, dass der *Vorsteuerabzug auch bei einem Steuerpflichtigen zu versagen ist, der wusste oder hätte wissen müssen, dass er sich mit seinem Erwerb an einem Umsatz beteiligt, der in eine Mehrwertsteuerhinterziehung einbezogen ist. Dieser ist für Zwecke der Sechsten Richtlinie als an dieser Hinterziehung Beteiligter anzusehen, unabhängig davon, ob er aus dem Weiterverkauf der Gegenstände Gewinn erzielt hat. Denn in einer solchen Situation geht der Steuerpflichtige dem Urheber der Hinterziehung zur Hand und macht sich ihrer mitschuldig.*

Demnach hat das nationale Gericht den Vorteil des Rechtes auf Vorsteuerabzug zu verweigern, wenn aufgrund objektiver Umstände feststeht, dass der Steuerpflichtige wusste oder hätte wissen müssen, dass er sich mit seinem Erwerb an einem Umsatz beteiligt, der in eine Mehrwertsteuerhinterziehung einbezogen war, was auch dann gilt, wenn der fragliche Umsatz den Kriterien genügt, auf denen der Begriff der Lieferung von Gegenständen, die ein Steuerpflichtiger als solcher ausführt, und der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit beruhen. (RZ 56, 57 und 58 der Entscheidung)

§ 12 Abs. 1 Zi 1 UStG 1994 wurde durch Abgabensicherungsgesetz 2007, BGBl. 2007/99 wie folgt ergänzt: Wurde die Lieferung an einen Unternehmer ausgeführt, der wusste oder wissen musste, dass der betreffende Umsatz im Zusammenhang mit Umsatzsteuerhinterziehung oder sonstigen, die Umsatzsteuer betreffenden Finanzvergehen steht, entfällt das Recht auf Vorsteuerabzug. Dies gilt insbesondere auch, wenn ein solches Finanzvergehen einen vor- oder nachgelagerten Umsatz betrifft.

Auch wenn der UFS hinsichtlich der Frage, inwieweit die Bw. bzw. deren GF gutgläubig i.S. des Art 7 Abs. 4 UStG 1994 waren, nicht an die Entscheidung des Gerichtes gebunden ist, so stößt dessen diesbezügliche Beweiswürdigung seitens des UFS auf keine Bedenken.

Aufgrund der Sachverhaltsfeststellungen - auch der Betriebsprüfung (siehe dazu Arbeitsbogen S 11) – und der Ausführungen in der mündlichen Verhandlung, geht der UFS davon aus, dass

sämtliche Lieferungen – auch jene von der O.KEG - an die Bw. tatsächlich im erklärten Umfang erfolgt sind und die Ware auch tatsächlich in die Verfügungsgewalt der Bw. gelangte.

Voraussetzung für eine Lieferung ist gemäß § 3 Abs. 1 UStG 1994 die Verschaffung der Verfügungsmacht über einen Gegenstand. Da sämtliche Verfahrensparteien davon ausgehen, dass die Ware tatsächlich vorhanden war, ist auch hinsichtlich der Lieferungen der O.KEG an die Bw. von tatsächlichen Lieferungen und nicht von Scheinlieferungen auszugehen.

Selbst wenn das Beweisverfahren ergeben hätte, dass Vertretern der Bw. vorsätzliches Handeln in Betrugsabsicht nachzuweisen wäre bzw. dass Personen (die Vermittler R.T. und R.A.), die dieses Täterwissen zweifellos hatten, der Bw. zuzurechnen wären (was nicht der Fall ist), so bliebe es im Ergebnis bei einer Verschaffung der Verfügungsmacht an der Ware für die Bw. und somit bei einer Lieferung. Allerdings wäre diese bei diesem hypothetischen Beweisergebnis nicht für das Unternehmen ausgeführt (§ 12 Abs. 1 UStG), denn der ausschließliche Zweck wäre diesfalls nicht die Anschaffung von Handelswaren zum Zwecke des Weiterverkaufes, sondern die Vortäuschung dieser Geschäfte zwecks Hinterziehung von Abgaben.

Da dies nicht der Fall ist, ist auch hinsichtlich der von der O.KEG bezogenen Handys von „echten“ Lieferungen i.S. des § 3 UStG auszugehen, die zum Vorsteuerabzug berechtigen. Es war also insoweit spruchgemäß zu entscheiden.

Es gibt auch keine Feststellungen, die die Annahme rechtfertigen die Handys seien bei der Bw. „gedreht“ – d.h. mehrfach die selben Waren angeliefert und dabei wiederholt von der Umsatzsteuer „entlastet“ worden – vielmehr hält es der UFS für erwiesen, dass jeweils unterschiedliche Ware angeliefert wurde und keine Doppellieferungen der gleichen Waren erfolgt sind.

Die UID-Nummer des Abnehmers wurde mehrfach überprüft und auch über die Identität des Abholers – „P.“ hat sich die Bw. durch kopieren von dessen Dokumenten Gewissheit verschafft.

Es kann der Bw. nicht entgegengetreten werden, wenn diese behauptet, der Umstand, dass es sich beim Abholer um einen Italiener handelte, der sich bei der Abholung eines KFZs mit italienischem Kennzeichen bediente, habe bei dieser zusätzlich den Eindruck genährt, dass die Handys tatsächlich nach Italien verfrachtet würden.

Dies gilt übrigens auch für den Umstand, dass R.L. die angeblich fehlende italienischsprachige Software der Handys gerügt haben soll. Eine derartige Rüge musste bei der Bw. den Eindruck verstärken, die Handys würden tatsächlich in Italien in Verkehr gesetzt. Anderenfalls wäre eine derartige Rüge aus Sicht der Bw. völlig unsinnig gewesen.

Es findet sich kein Hinweis darauf, dass der damalige GF L.Z. oder andere Angestellte der Bw. etwas von den Malversationen des R.L. und seiner Komplizen gewusst haben. Auch ist keine Sorgfaltswidrigkeit erkennbar, bei deren Vermeidung diese Malversationen erkannt worden wären.

Der UFS hält es weiters für erwiesen, dass R.T. und R.A. Mittäter des R.L. waren, R.T. über die wesentlichen Teile der kriminellen Aktivitäten Bescheid wusste, während R.A. diese mit R.L. federführend organisierte.

Sie wussten insbesondere darüber Bescheid, dass die Lieferungen an die Bw. und die fingierten ig. Lieferungen nach Italien einzig zu dem Zweck arrangiert wurden, von der Umsatzsteuer „entlastete“ Handys für den inländischen Markt zu erlangen.

Aufgrund der insoweit uneingeschränkt glaubwürdigen Aussagen des R.L. – für die er letztlich rechtskräftig verurteilt wurde – und der diesbezüglichen Sachverhaltsfeststellungen des Gerichts, geht auch der UFS davon aus, dass die über die Bw. „umgeleiteten“ Handys letztlich von R.L. bzw. von von diesem kontrollierten Firmen in Österreich verkauft wurden. Wobei bei diesen Verkäufen die Umsatzsteuer planmäßig nicht abgeführt und somit vorsätzlich hinterzogen wurde.

Die Bw. war nach Überzeugung des UFS an diesen Verkäufen in Österreich nicht beteiligt.

Ein Verkauf von Handys in Österreich im Namen und für Rechnung der Bw. hat nicht stattgefunden.

Es bleibt also die Frage, inwieweit der Bw. das unzweifelhaft vorhandene Tatwissen des R.T. und des R.A. zuzurechnen ist.

Der diesbezüglichen Rechtsansicht des Gerichtes (Urteil R.A.) vermag sich der UFS nicht anzuschließen. Es mag sein, dass R.L. und R.A. die Absicht hatten Dritte zu schädigen, es handelte sich dabei jedoch nicht um die Bw., sondern um den Staat als Abgabengläubiger. Eine bewusste Schädigungsabsicht die sich gegen die Bw. richtet, ist für den UFS nicht erkennbar. Wie alle Straftäter, gingen wohl auch sie davon aus, nicht entdeckt zu werden und nur bei einer Aufdeckung bestünde überhaupt die Gefahr, dass die Bw. die Lieferungen nicht steuerfrei belassen könnte, sondern möglicher Weise Umsatzsteuer entrichten müsste. Es kann daher keine Rede davon sein, dass eine Schädigung des Bw. beabsichtigt war. Die übrigen Erwägungen des Gerichtes mögen allenfalls für den Ausschluss einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit zutreffend sein.

Im zivilrechtlichen Verkehr gilt, dass, wenn sich die Bw. bei ihrer Geschäftstätigkeit Gehilfen bedient, sie für deren Handlungen in gewissen Rahmen (siehe Gehilfenhaftung) verantwortlich und haftbar ist.

Die daraus resultierende Aufsichts- und Überwachungspflichten, die sich auch auf die Auswahl der Gehilfen erstreckt, ist umso intensiver, umso mehr die Gehilfen in den laufenden Geschäftsbetrieb eingegliedert sind und ihnen Verantwortung und Entscheidungskompetenz übertragen wird.

D.h. z.B. für einen verantwortlichen Angestellten gilt ein wesentlich strengerer Sorgfaltsmaßstab, als für einen selbständigen Vermittler. Das ist schon deshalb logisch und selbstverständlich, weil die Kontroll- und Aufsichtsmöglichkeiten bei einem in den Betrieb integrierten Mitarbeiter rechtlich und tatsächlich viel intensiver gestaltbar sind und die Bw. naturgemäß vermehrt Verantwortung für jene zu übernehmen hat, die in deren Namen auftreten und aus deren Handeln diese Vorteile zieht.

Andererseits ist es jedoch keineswegs so, dass sich die Bw. nur jene Handlungen und jenes Wissen zurechnen lassen müsste, von dem deren Vertreter (GF) gewusst haben, vielmehr ist es nach Ansicht des UFS so, dass eine Zurechnung sehr wohl auch dann erfolgen kann und muss, wenn es die Bw. an Sorgfalt mangeln hat lassen und es auf eine Auswahl- oder Überwachungsverschulden der Bw. zurückzuführen ist, dass diese hinsichtlich der rechtswidrigen Handlungen von ins Betriebsgeschehen eingebundenen Gehilfen keinen Verdacht schöpfte und ihr diese verborgen geblieben sind.

Nun ist es aber hinsichtlich des R.T. und des R.A. so, dass die Bw. - seitens der Amtspartei unbestritten – und angesichts der vorhandenen Beweise offenkundig zutreffend behauptet, diese seien lediglich selbständige Vermittler gewesen. Es ist ihnen seitens der Bw. immer, letztlich sogar ausdrücklich vertraglich untersagt worden, im Namen der Bw. als deren Angestellte aufzutreten.

Die Warenbestellung und deren Einlangen beim Bw. erfolgte durch Angestellte der Bw. und nicht durch die beiden Vermittler. Die Waren wurden auch tatsächlich geliefert. Es finden sich keine Hinweise, dass seitens der Bw. irgendwelche Kontrollen unterlassen wurden, die den Verdacht auf Unregelmäßigkeiten im Bereich von Lieferanten bzw. der Vermittler erregen oder gar bestätigen hätten können.

Auch im Zuge der Abholung der Ware, ist keine Sorgfaltspflichtverletzung der Bw. erkennbar. Die Waren wurden im Namen einer italienischen Firma abgeholt. Deren UID-Nummer wurde von der Bw. mehrfach überprüft. Die Identität des Abholers „P.“ wurde durch Kopien von dessen Führerschein überprüft und dokumentiert. Es finden sich keine Hinweise darauf, dass

die beiden Vermittler an der Abholung - in einer für die Bw. bei Anwendung angemessener Sorgfalt erkennbaren Weise - dergestalt mitgewirkt hätten, als sie die Handys an einen anderen Ort verbrachten und nicht - wie angegeben - P. diese nach Italien verbrachte.

In seinem Aufhebungsbescheid hat der UFS keineswegs abschließend festgestellt, dass die Werkvertragsnehmer R.T. und R.A. und deren Handlungen und Täterwissen, in jedem Fall der Bw. zuzurechnen sind. Es fand sich in den damals vorliegenden Unterlagen, der Satz, dass das Handygeschäft der Bw. durch R.T. und R.A. abgewickelt würde. Wenn die Beweisaufnahme ergeben hätte, dass die Bw. die Gestion des Handygeschäftes, wie angedeutet, völlig in die Hände der Werkvertragsnehmer gelegt hätte und zudem diese Übertragung von Kompetenzen z.B. ohne sorgfältige Auswahl der Personen (Auswahlverschulden) und die Geschäfte ohne ausreichende laufenden Kontrolle (z.B. Vieraugenprinzip u.ä.) alleine von diese untauglichen Personen abgewickelt worden wären, so könnte sich die Bw. wohl nicht erfolgreich auf ihre Unwissenheit berufen und müsste sich das Handeln ihrer Gehilfen wegen gröblicher Verletzung kaufmännischer Sorgfaltspflichten zurechen lassen.

Die nunmehrige Beweisaufnahme hat jedoch **nicht** ergeben, dass die Vermittler in der oben geschilderten Weise das Handygeschäft für die Bw. abgewickelt haben. Sie haben die entsprechenden Geschäfte lediglich vermittelt. Dafür, dass sie in den Geschäftsablauf der Bw. eingebunden waren, findet sich kein Hinweis. Damit sind aber die Kontroll- und Aufsichtsmöglichkeiten der Bw. rechtlich und faktisch beschränkt. Eine Verletzung dieser somit ohnedies „gemilderten“ Sorgfalts- und Aufsichtspflicht - betreffend die Vermittler der Geschäfte - ist nicht erkennbar.

Wie auch schon das Gericht, hält es der UFS für das Wahrscheinlichste und nimmt er daher als erwiesen an, dass die Bw. bzw. deren GF von den Vermittlern und R.L. über die wahre Natur der von diesen geführten „Geschäfte“ erfolgreich getäuscht wurden. Wenn der GF L.Z. auch nur ansatzweise Bescheid gewusst hätte, hätte die zeit- und kostenintensive Inszenierung - mit realen Warenlieferungen und Abholung der Ware bei der Bw. - gar nicht stattgefunden.

Die Bw. hat angemessene kaufmännische Sorgfalt walten lassen und ihr mögliche und zumutbare Prüfungshandlungen vorgenommen. Dass sie irgendwelche Prüfungshandlungen unterlassen hätte oder ihr zugängliche Informationen nicht überprüft hätte, wurde nicht festgestellt. Selbst bei Beachtung der der Bw. zumutbaren und möglichen Kontrollen, war es für sie wohl nicht erkennbar, dass die beiden Vermittler und R.L. die Bw. lediglich als Zwischenstation ihrer Umsatzsteuerhinterziehung benutzten und die Exporte nach Italien lediglich fingiert waren.

Da der Bw. keine Sorgfaltspflichtverletzung anzulasten ist, kann ihr auch das Tatwissen von R.T. und R.A. nicht zugerechnet werden.

Die Bw. gelangt daher in den Genuss des Gutglaubensschutzes des Art. 7 Abs. 4 UStG und kann die Umsätze weiterhin als steuerfreie ig. Lieferungen behandeln.

Es war daher insgesamt spruchgemäß zu entscheiden.

Beilage: 1 Berechnungsblatt

Wien, am 2. September 2010