



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen der Bw, vertreten durch WT, vom 13. Juni 2007 gegen die Bescheide des Finanzamtes Bregenz vom 25. Mai 2007 betreffend Umsatzsteuer 2005 und 2006 entschieden:

Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin, nachfolgend Bw abgekürzt, nutzt das Gebäude Name in Ort teils für unternehmerische (52,27 % Vermietung), teils für unternehmensfremde bzw nichtunternehmerische Zwecke (47,73 % eigene Wohnzwecke). In einer Beilage zu den Umsatzsteuererklärungen der Streitjahre erklärte sie, das gemischt genutzte Gebäude zur Gänze dem Unternehmensbereich zuzuordnen und für an ihm durchgeführte Sanierungsarbeiten den vollen Vorsteuerabzug geltend zu machen.

Das Finanzamt wich von den eingereichten Erklärungen ab und versagte hinsichtlich des zu eigenen Wohnzwecken genutzten Gebäudeteiles den Vorsteuerabzug. Begründend verwies es auf eine abgabenbehördliche Prüfung und den darüber erstellten Prüfungsbericht. In Tz 2 des Berichtes führte das Finanzamt aus: Gem. § 3a Abs. 1a UStG gelte die Verwendung eines dem Unternehmen zugeordneten Grundstücks für Zwecke außerhalb des Unternehmens (private Nutzung) nicht als sonstige Leistung. Ein solcher Vorgang sei daher nicht steuerbar. Gem. § 12 Abs. 3 Z 4 UStG sei der Abzug von Vorsteuern ausgeschlossen, soweit sie im

Zusammenhang mit der Verwendung eines dem Unternehmen zugeordneten Grundstückes für die in § 3a Abs. 1a Z 1 UStG genannten Zwecke stünden.

Die Bw erhob Berufung. In ihr begehrte sie unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH 8.5.2003, [C-269/00](#), *Seeling*) die volle Anerkennung der geltend gemachten Vorsteuern mit der Begründung, das Gebäude Name sei zur Gänze dem Unternehmen zugeordnet. Auf Grund der Überordnung des Gemeinschaftsrechtes über das innerstaatliche Recht stehe ihr der volle Vorsteuerabzug zu.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 18.2.2010 wies das Finanzamt die Berufungen unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.5.2009, [2009/15/0100](#)) mit der Begründung ab, der Vorsteuerauschluss ergebe sich aus der Anwendung von [§ 12 Abs. 2 Z 2 lit. a UStG 1994](#) und finde im Gemeinschaftsrecht Deckung.

Die Bw brachte durch ihre steuerliche Vertretung einen Vorlageantrag ein. In ihm hielt sie ihr Berufungsbegehren aufrecht und stellte den Antrag, das Berufungsverfahren bis zur Entscheidung über das von der Kommission der Europäischen Union gegen Österreich wegen des Ausschlusses des Vorsteuerabzuges bei gemischt genutzten Gebäuden eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens auszusetzen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Strittig ist im Ergebnis allein die Rechtsfrage, ob der innerstaatlich im Zeitpunkt des EU-Beitritts geltende Vorsteuerauschluss für Gebäudeteile, die zu privaten Wohnzwecken genutzt werden, durchgehend (insbesondere in der Zeit vom 1.1. bis zum 1.5.2004, konkret bis in die Streitjahre) zum innerstaatlichen Rechtsbestand zählte. Denn eine innerstaatliche Gesetzesänderung, durch die der Vorsteuerauschluss erweitert oder (wieder) eingeführt worden wäre, würde gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen und von ihm verdrängt.

Zur strittigen Frage wurden und werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Der überwiegende Teil der Lehre wertet die aktuelle innerstaatliche Rechtslage als Verletzung der Stand-Still-Klausel bzw des Beibehaltungsrechts und damit als gemeinschaftsrechtswidrig (Ruppe/Achatz, UStG⁴, § 3 Tz 296 ; Achatz, Gedenkschrift für Peter Quantschnigg, 1 ff: *Damit kann vertreten werden, dass das für § 12 Abs. 2 Z 2 lit. a UStG vom VwGH für Zeiträume vor 2004 bejahte Beibehaltungsrecht mit 1.1.2004 aufgegeben wurde.* Berger / Bürgler /Kanduth-Kristen /Wakounig, UStG Online, § 3a Tz 23, 24; G. Aigner, SWK 18/2010, S 623; G. Aigner, SWK 27/2009, S 818 ff; Wagner, SWK 36/2009, S 1004).

Demgegenüber vertritt das BMF (Sarnthein, SWK 28/2010, S 854) und auch der Unabhängige Finanzsenat (UFS 5.11.2009, RV/1014-L/09; UFS 28.9.2009, RV/0158-F/03; UFS 9.2.2010,

RV/0310-S/04; UFS 10.2.2010, RV/0191-W/10; UFS 12.2.2010, RV/0947-G/07; Krumenacker, SWK 3/2010, S 76, Laudacher, SWK 17/2010, S 591, 594) die Auffassung, für privat genutzte Gebäudeteile stehe gem. § 12 Abs. 2 Z 2 lit. a UStG kein Vorsteuerabzug zu. BMF und UFS berufen sich dabei auf höchstgerichtliche Judikatur bzw führen sie fort (EuGH 23.4.2009, [C-460/07](#), *Puffer*, VwGH 28.5.2009, [2009/15/0100](#); VfGH 7.6.2010, B 1322/09). Soweit erkennbar, werden die zitierten höchstgerichtlichen Erkenntnisse auch von Teilen der Lehre (zwar kritisch gewürdigt, aber doch auch) wie von der Finanzverwaltung im Sinne einer Rückkehr zur Rechtslage nach dem UStG 1972 bzw. als Klärung der Rechtslage und Einkehr von Rechtssicherheit auch pro futuro interpretiert (Beiser, SWK 20/21/2009, S 627; Achatz / Kirchmayr, taxlex 2009, 313). Der Referent schließt sich dieser Rechtsmeinung an, ohne zu verkennen, dass hierin im Schrifttum von renommierter Seite eine Unionsrechtswidrigkeit geortet wird, woran andere allerdings wiederum – im Hinblick auf widersprüchliche Judikatur des Europäischen Gerichtshofs (vgl. Ruppe/Achatz, UStG⁴, § 3 Tz 300) ihre Zweifel haben.

Zusammengefasst bedeutet dies: Die Grundlage für den gegenständlich strittigen Vorsteuerausschluss bildet [§ 12 Abs. 2 Z 2 lit. a UStG 1994](#) (VwGH 24.6.2010, [2006/15/0170](#)). Diese Norm zählte vom Beitrittszeitpunkt bis in die Streitjahre zum gültigen Rechtsbestand. Eine gegenteilige Verwaltungspraxis, die sich auf Dauer und ausdrücklich gegen den Bestand dieser Norm richtet bzw die explizit diese Norm gar beseitigt hätte, ist nicht erkennbar.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Kommission der europäischen Gemeinschaft das gegen Österreich eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren inzwischen eingestellt hat (Ruppe/Achatz, UStG⁴, § 3 Tz 299). Aus welchen Gründen dies geschehen ist, wird unterschiedlich beurteilt, kann im gegenständlichen Verfahren nicht geklärt werden, ist aber letztlich auch ohne Belang.

Aus den genannten Gründen war die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Feldkirch, am 15. Dezember 2011