



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Mag. Clemens Ladstätter, 1070 Wien, Zieglergasse 12, vom 30. September 1998 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 9., 18. und 19. Bezirk und Klosterneuburg, vertreten durch Karl Paßecker, vom 29. Juli 1998 betreffend Umsatzsteuer 1993 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

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

Entscheidungsgründe

Die Bw. ist ein in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft geführtes Bauunternehmen, das mit einem abweichenden Wirtschaftsjahr zum 31. Jänner des jeweiligen Jahres bilanziert. Gesellschafter der GmbH sind GH und AP.

Mit Erkenntnis vom 19. September 2007, GZ 2004/13/0110, wies der Verwaltungsgerichtshof die Beschwerde der Bw. gegen den Bescheid des Unabhängigen Finanzsenats, Außenstelle Wien, vom 17. Juni 2004, RV/2859-W/02, betreffend Umsatzsteuer für 1993 mit folgender Begründung ab:

„Die beschwerdeführende GmbH (Bf.) betrieb im Streitjahr ein Unternehmen, welches die Tätigkeit eines Baumeisters, insbesondere auf dem Gebiete des Innenausbau, vor allem betreffend Zusammensetzen von systemisierten Handlauf- und Geländerelementen samt deren Befestigung, ausübt.“

In der Niederschrift über die Schlussbesprechung vom 17. April 1998 über eine bei der Bf. durchgeführte abgabenbehördliche Prüfung finden sich unter Tz 3 "Fremdleistungen" die Ausführungen, dass für das Jahr 1993 in den Fremdleistungen Rechnungen einer M OEG im Betrag von rund 855.500 S berücksichtigt seien. Der Hauptgesellschafter und Geschäftsführer der M OEG sei SB. Die Eingangsrechnungen dieses Unternehmens seien mit demselben Schriftbild versehen wie die Ausgangsrechnungen der Bf., weshalb angenommen werden könne, dass SB zumindest das Sekretariat der Bf. in Anspruch genommen habe. Die Bf. werbe in Zeitungsinsseraten und auf den Prospekten mit bestausgebildetem Personal, obwohl - bis auf den Zeitraum Oktober bis Dezember 1991 - keine Arbeiter angestellt gewesen seien. Die Bf. trete nach außen in einheitlicher Form (weiße Lastkraftwagen mit dem Schriftzug der Firma) auf. Die "betriebsfremden" Arbeiter ("SB etc.") würden weiße Overalls mit dem typischen Schriftzug der Firma erhalten. Diese Overalls würden bei der Arbeit getragen. Die Arbeiter seien gegenüber der Bf. weisungsgebunden. In der Buchhaltung sei im Prüfungszeitraum kein Abzug auf Grund einer Garantieleistung oder von Regressansprüchen an die M OEG vorgenommen worden, weshalb der Prüfer meine, Kosten und Gefahr würden auf die Bf. zurückfallen. Weiters habe die M OEG am 24. Mai 1993 ein Gewerbe angemeldet und die näher angeführte Gewerbescheinnummer erhalten. Da die Gesellschafter keine Aufenthaltsbewilligungen hätten vorweisen können, sei das Gewerbe am selben Tag ruhend gemeldet worden. Auf den Rechnungen der M OEG sei eine andere Gewerbescheinnummer vermerkt. Weiters sei die M OEG steuerlich nicht erfasst gewesen. Da die Geschäftsverbindung der Bf. mit SB und dessen Unternehmen seit Gründung bestehe, nehme der Prüfer an, dass sich die Gesellschafter und Geschäftsführer über das Bestehen eines Unternehmens informiert hätten. Daher komme der Prüfer zur Ansicht, dass die "oben genannten Unternehmen" hinsichtlich der Umsatzsteuer nicht selbständig tätig würden, weshalb eine Vorsteuer nicht abgezogen werden könne. Der Aufwand an Fremdleistung sei jedoch gerechtfertigt, weil für die Geschäftstätigkeit Arbeiter erforderlich seien.

In dem in den vorgelegten Verwaltungsakten enthaltenen Arbeitsbogen des Prüfers ist eine mit VF aufgenommene Niederschrift vom 30. Jänner 1997 enthalten, worin Folgendes ausgeführt wurde: "Die M OEG wurde am 24. Mai 1993 gegründet. Da jedoch keiner der Gesellschafter eine Aufenthaltsbewilligung erhalten hat, wurde die Firma mit gleichem Datum wieder ruhend gemeldet. Von mir wurde im Namen dieser Firma nie eine Tätigkeit ausgeübt. Der Aufenthaltsort von SB ist mir nicht bekannt. Ich habe seit ca. zwei Jahren keinen Kontakt mehr mit ihm. Wieso von der M OEG Rechnungen ausgestellt wurden, kann ich mir nicht erklären."

Als Ergebnis der erwähnten abgabenbehördlichen Prüfung hielt der Prüfer in seinem Bericht vom 24. Juni 1998 u. a. (Tz 16a "Vorsteuern für Fremdleistungen") fest, aus in der

Niederschrift über die Schlussbesprechung angeführten Gründen komme er zur Ansicht, dass die M OEG hinsichtlich der Umsatzsteuer nicht selbstständig tätig geworden sei. Der Aufwand an Fremdleistung sei zwar gerechtfertigt, weil für die Geschäftstätigkeit der Bf. Arbeiter erforderlich seien. Nach Ansicht des Prüfers könne eine Vorsteuer jedoch nicht abgezogen werden und werde daher nicht anerkannt. Daher kürzte er den Vorsteuerbetrag für das Streitjahr 1993 um rund 171.000 S.

Mit Bescheid vom 29. Juli 1998 setzte das Finanzamt nach Wiederaufnahme des Verfahrens die Umsatzsteuer für 1993 neu fest und verwies dabei auf den Prüferbericht und die erwähnte Niederschrift.

Dagegen berief die Bf.. Sie habe bis dato noch nie in Zeitungsinseraten geworben. Dass sie sich Subunternehmer mit "bestausgebildetem Personal" bediene und auf Prospekten Subunternehmen abgebildet seien, könne ihr nicht vorgeworfen werden und stehe auch in keinem Zusammenhang mit Vorsteuern. Die M OEG habe Overalls von der Bf. in Rechnung gestellt erhalten und diese auch bezahlt (eine Rechnung lege sie bei). Die Arbeiter der M OEG seien der Bf. gegenüber nicht weisungsgebunden. Die M OEG sei lediglich verpflichtet gewesen, die vereinbarten Leistungen zum vereinbarten Preis zu erfüllen wie jeder Subunternehmer. Die Bf. sei mit den Leistungen der M OEG zufrieden gewesen und habe keine Regressansprüche gestellt. Auch an die Bf. seien keine Regressansprüche gestellt worden. Der Gesellschafter VF der M OEG habe sehr wohl einen Gewerbeschein. Dieser sei erst 1996 zurückgelegt worden. Zur steuerlichen Erfassung der M OEG verweise die Bf. darauf, dass es nicht Aufgabe des Leistungsempfängers sein könne, das Bestehen einer Steuernummer des Leistenden zu überprüfen. Die M OEG sei im Firmenbuch eingetragen gewesen, ein Gesellschafter habe sehr wohl einen Gewerbeschein gehabt und die M OEG sei nicht nur für die Bf., sondern für mehrere Unternehmen tätig gewesen. Sie sei nur im Rahmen ihres Subauftrages weisungsgebunden gewesen und habe von der Bf. kein regelmäßiges Entgelt bezogen. Die M OEG könne sich ihre Arbeitskräfte selbst auswählen.

Der Berufung waren "Protokolle" betreffend eine Gewerbeanmeldung des VF vom 26. März 1993 zur Aufstellung von mobilen Trennwänden und betreffend die Gewerbezurücklegung vom 2. Juli 1996 hinsichtlich dieses Gewerbes angeschlossen.

Die belangte Behörde forderte von der Bf. mit Verfügung vom 30. Juni 2003 die Rechnungen der M OEG samt Zahlungsbelegen an, welche die vom Finanzamt nicht anerkannten Vorsteuern beträfen.

Der Prüfer führte in einer Stellungnahme vom 3. September 2003 zu diesen von der Bf. vorgelegten Rechnungen und zur Berufung aus, in der Berufung werde angeführt, der Gesellschafter der M OEG, VF, habe einen Gewerbeschein gehabt. Auf den Rechnungen der

M OEG sei die näher angeführte Gewerbescheinnummer des VF angegeben. Die M OEG selbst habe laut Gewerbeschein eine andere näher angeführte Nummer. Laut Niederschrift vom 30. Jänner 1997 sei VF nie für die Bf. tätig gewesen, obwohl er auch Gesellschafter gewesen sei. Diese Niederschrift sei im Zuge der Schlussbesprechung sicher erwähnt worden. Warum die M OEG die Gewerbescheinnummer des Gesellschafters verwendet habe, obwohl der Gesellschafter nie für die Gesellschaft gearbeitet habe, sei sehr fraglich.

In einer vom Finanzamt mit SB am 24. März 2004 aufgenommenen Niederschrift wurden dessen Aussagen wiedergegeben, dass eine B GmbH 1990 gegründet worden sei. SB habe etwa 1992 GH, den Hauptgesellschafter der Bf., auf einer Baustelle getroffen und mit ihm "geschäftlichen Kontakt" aufgenommen. "Wir" hätten für diesen Innenausbauarbeiten mit selbst angemeldeten Arbeitern durchgeführt, seien auf die Baustellen mit LKW der Bf. gefahren und hätten einen weißen Arbeitsanzug mit der Aufschrift "A." tragen müssen. "Wir" hätten auch Aufträge von anderen Kunden. GH habe "unsere" Rechnungen in Anwesenheit des SB geschrieben, ausgedruckt und SB habe dann unterschrieben und den Firmenstempel daraufgegeben. Für die Rechnungen sei ein Quadratmeter- oder Laufmeterpreis vereinbart gewesen. Die M OEG sei deshalb gegründet worden, weil man bei einer "geringen Beteiligung" keine Arbeitserlaubnis benötige. Diese Gesellschaftsform habe ein Rechtsanwalt "uns" eingeredet. VF, "der andere Gesellschafter", habe den Gewerbeschein gehabt. Dieser sei der Schwager des SB und die Geschäftsbeziehung mit der Bf. sei beiläufig erwähnt worden. VF selbst habe nie mitgearbeitet. "Wir" seien jeden Arbeitstag um sieben Uhr entweder bei der Bf. in der T-Straße oder auf der Baustelle gewesen. Die Arbeit habe GH eingeteilt und SB habe ihm die Leute dazu vorgeschlagen. Manchmal habe GH gesagt, dass die Arbeit an einem Tag fertig gemacht werden solle. Es habe keine Überstunden gegeben, weil nach Fixpreisen abgerechnet worden sei. Die Vorgangs- und Arbeitsweise hinsichtlich LKW, Arbeitsanzug usw. sei genau wie bei der B GmbH gewesen. Bei der M OEG hätten "wir" außer der Bf. keine anderen Kunden gehabt. An der Gesellschaft seien etwa sechs Personen beteiligt gewesen, welche alle gearbeitet hätten. Diese Personen habe GH vorher nicht gekannt. SB habe sie vorher gekannt und ihnen gesagt, dass es in Österreich eine Arbeit gebe. Die Rechnungsausstellung sei genauso erfolgt wie bei der B GmbH beschrieben. Auch bei der M OEG seien Quadrat- und Laufmeterpreise vereinbart worden. Warum auf den Rechnungen Pauschalpreise stünden, könne er heute nicht mehr sagen. Er habe die Rechnungen unterschrieben und GH vertraut. Der auf der Rechnung Nr. 1... ausgewiesene Pauschalpreis könne von ihm nicht kontrolliert werden, weil er auf dieser Baustelle nicht tätig gewesen sei. Dort sei als Verantwortlicher SO tätig gewesen. Weil die B GmbH in Konkurs gegangen sei und die Gesellschafter der M OEG durch Gesetzesänderung keinen Aufenthaltstitel mehr gehabt hätten, habe GH ihn mit vier anderen Arbeitern für zwei oder

drei Monate, etwa Ende 1995, als Arbeiter der Bf. angemeldet. Auch die anderen Arbeiter seien ursprünglich bei der M OEG als Gesellschafter tätig gewesen.

Im Rahmen einer Erörterung (§ 279 Abs. 3 BAO) trug der steuerliche Vertreter der Bf. u. a. vor, VF, der gewerberechtliche Geschäftsführer der M OEG, habe zwischen 1993 und 1996 einen Gewerbeschein gehabt.

Die belangte Behörde wies die Berufung mit dem angefochtenen Bescheid als unbegründet ab. Mit der Umsatzsteuererklärung für das Streitjahr 1993 seien dem Finanzamt Vorsteuern "angezeigt" worden, von denen auf Grund von Belegen einer M OEG rund 171.000 S auf diese entfielen. Diese Personengesellschaft werde nach außen von den Gesellschaftern VF und SB vertreten.

Nach Schilderung des Verwaltungsgeschehens und rechtlichen Ausführungen zu den §§ 2, 11 und 12 UStG 1972 führte die belangte Behörde aus, bei einem ruhenden Unternehmen bleibe die Unternehmereigenschaft so lange erhalten, wie die durch objektive Umstände erhärtete Absicht der Fortführung des Unternehmens, sei es durch Wiederaufnahme der Leistungserstellung oder durch Abwicklung, bestehe. Für das Ruhen der Gewerbeberechtigung der M OEG habe die Mitteilung der Bundesinnung Wien der Bauhilfsgewerbe an das Mitglieder-Daten-Service der Wirtschaftskammer und die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft gesprochen, wonach die M OEG das Ruhen ihrer Gewerbeberechtigung, Gewerbeschein vom 24. Mai 1993, ab 24. Mai 1993 schriftlich angezeigt habe. Der Annahme, die M OEG hätte jene Leistungen erbracht, die in den in Rede stehenden Rechnungen ausgewiesen seien, stehe nicht nur diese Mitteilung, sondern auch die Aussage des Gesellschafters VF vom 30. Jänner 1997 entgegen, nie im Namen der M OEG eine Tätigkeit ausgeübt zu haben, samt der am 24. März 2004 protokollierten Antwort des SB auf die Frage nach dem Motiv für die Gründung der M OEG ("Bei einer geringen Beteiligung benötigt man keine Arbeitserlaubnis"). Dass neben dem Gesellschafter VF der allein zur Vertretung der M OEG nach außen befugte Gesellschafter SB gewesen sei, sei bemerkt. Sowohl die Angaben des SB vom 24. März 2004 als auch der Widerspruch in dessen Aussage ("laut der Quadrat- und Laufmeterpreise vereinbart gewesen waren") zu den Rechnungen der M OEG, welche Pauschalpreise auswiesen, würden das Fehlen eines zwischen SB und der Bf. bestehenden Interessengegensatzes offen legen. Von dem zwischen SB und GH bestehenden Vertrauensverhältnis, auf Grund dessen SB die Rechnungen für die M OEG unterschrieben habe, sei auf eine Unterordnung des Willens von SB unter den Willen der Bf. zu schließen, auf Grund welcher die Annahme einer Kundeneigenschaft der Bf. im Verhältnis zum ruhenden Unternehmen der M OEG zu verneinen gewesen sei.

Für das Ruhen der Gewerbeberechtigung der M OEG würden auch die von den Arbeitern getragenen Overalls sprechen, weil im Tragen von Overalls mit dem Emblem eines anderen

Unternehmens generell eine absichtliche und zwangsfreie Form der Beeinflussung zu erkennen sei, die die durch die Overalls angesprochenen Personen zur Nachfrage nach Leistungen von der auf dem Overall aufgedruckten Firma anregen wolle. Da die Bf. sich in ihrem Prospekt als ein Unternehmen mit bestgeschultem Fachpersonal nach außen hin präsentiert habe, ohne im Streitjahr Fachpersonal unter Vertrag gehabt zu haben, und die Arbeiter Overalls der Bf. bei der Verrichtung jener Arbeiten getragen hätten, sei aus dem Tragen der in Rede stehenden Bekleidungsstücke auf "eine Unterordnung der Willen der Arbeiter" unter den Willen der Bf. zu schließen, was der Annahme widersprochen habe, von der Gewerbeberechtigung der M OEG sei im Streitjahr Gebrauch gemacht worden. Dem Berufungsvorbringen, die M OEG habe Overalls von der Bf. in Rechnung gestellt erhalten und bezahlt, sei zu erwidern, dass jede Rechnung eines leistungserbringenden Unternehmens generell den vom Auftraggeber dem Auftragnehmer genannten Namen samt Adresse ausweise. Insofern würden die in Rede stehenden Rechnungen der Bf. keinen Nachweis für die Beendigung des Zustandes des Ruhens der Gewerbeberechtigung der M OEG im Streitjahr darstellen. Dass die Umsatzsteuer den Letztverbraucher treffe und die M OEG steuerlich nicht erfasst gewesen sei, sei bemerkt.

Auf Grund der Ableitbarkeit des Bedarfes der Bf. an Arbeitskräften aus ihrem Unternehmensgegenstand seien die auf die Gesellschafter der M OEG bezogenen Angaben ("An der Gesellschaft seien etwa sechs Personen beteiligt, welche alle gearbeitet haben. Diese Personen hat GH vorher nicht gekannt. Ich habe sie vorher gekannt und sagte ihnen, dass es in Österreich eine Arbeit gibt."), zwar glaubwürdig, würden aber auf Grund der Ruhendmeldung der Gewerbeberechtigung der M OEG für ein von der M OEG unabhängiges Handeln des SB gegenüber der Bf. sprechen.

Bezüglich des in der Niederschrift vom 24. März 2004 genannten SO verweise die belangte Behörde auf die Daten des Firmenbuchs, welche SO als einen zur Vertretung der M OEG nicht befugten Gesellschafter auswiesen. Insofern sei vom Verhalten des SO auf ein Unternehmen, das das Ruhens seiner Gewerbeberechtigung beendet hätte, nicht zwingend zu schließen. Mit der am 24. März 2004 protokollierten Aussage des SB, er habe den Pauschalpreis einer näher genannten Rechnung nicht kontrollieren können, weil auf dieser Baustelle nicht er, sondern SO als Verantwortlicher tätig gewesen sei, sei die fehlende Möglichkeit der Kontrolle offen gelegt worden, dass die von SO verrichteten Arbeiten auch tatsächlich dem Willen der M OEG entsprochen hätten. Das Fehlen dieser Kontrollmöglichkeit sei mit der Annahme nicht zu vereinbaren, SO wäre für ein ruhend gemeldetes Unternehmen an der Baustelle tätig gewesen. Daher sei diese Aussage des SB als weiteres Indiz zu werten, welches der Annahme entgegenstehe, das in Rede stehende ruhende Unternehmen der M OEG hätte gewerbliche und damit unternehmerische Leistungen an die Bf. erbracht.

Dass bereits mit der Berufung die Tatsache thematisiert worden sei, ein Gesellschafter der M OEG habe seinen Gewerbeschein im Jahr 1996 zurückgelegt, führe zur Bemerkung, dass VF nach seiner Aussage vom 30. Jänner 1997 "nie eine Tätigkeit im Namen der Firma M OEG ausgeübt hatte", weshalb die der Berufung angeschlossenen Protokolle über die Gewerbeanmeldung und die Gewerberücklegung des VF lediglich den Vollzug personenbezogener Eintragungen im Gewerberegister bestätigten, nicht aber die Aufnahme von Tätigkeiten des ruhend gemeldeten Unternehmens beweisen würden.

Infolge des Widerspruchs der Aussagen des SB vom 24. März 2004 ("bei der M OEG hatten wir außer der Bf. keine anderen Kunden") und der von der Bf. vorgelegten Liste an Unternehmen, für welche das im Streitjahr ruhende Unternehmen der M OEG gearbeitet hätte, habe die Tatsache, dass GH dem steuerlichen Vertreter der Bf. die Daten über Firmen mitgeteilt habe, für welche die M OEG gearbeitet haben sollte, zwar den Bestand eines Naheverhältnisses zwischen der Bf. und den in Beziehung zur M OEG stehenden Personen dokumentieren können, nicht aber den Mangel beheben können, der den der Berufung zu Grunde gelegenen Rechnungen anhaftet.

Dass die M OEG im Streitjahr keinen Bedarf an Arbeitspersonal gehabt habe, sei aus der Ruhendmeldung der Gewerbeberechtigung ebenso aus den Aussagen ihres Gesellschafters VF vom 30. Jänner 1997 abzuleiten, "wieso von der OEG Rechnungen ausgestellt wurden, kann ich mir nicht erklären". Dass die Aussage des VF, nie eine Tätigkeit im Namen der M OEG ausgeübt zu haben, durch die Aussage des Gesellschafters SB bestätigt werde, VF, sein Schwager, habe nie bei der M OEG mitgearbeitet, sei bemerkt.

Dem Hinweis, wonach es nicht Aufgabe des Leistungsempfängers sein könne, das Bestehen einer Steuernummer des Leistenden zu überprüfen, halte die belangte Behörde entgegen, dass Rechnungen auf Grund derer Vorsteuern geltend gemacht worden seien und die keine oder eine unrichtige Anschrift des laut Rechnung liefernden Unternehmens auswiesen, sogar geeignet seien, eine Wiederaufnahme des Verfahrens rechtfertigende neu hervorgekommene Tatsache darzustellen.

Zusammenfassend hielt die belangte Behörde fest: "Mangels einer gewerblichen Tätigkeit während des Ruhens der Gewerbeberechtigung der M OEG fehlte den in Rede stehenden Rechnungen das in Z 1 des § 11 Abs. 1 UStG 1972 genannte Kriterium (der Name und die Anschrift des leistungserbringenden Unternehmens)".

Als Begründung für die Aufhebung des angefochtenen Bescheides führte der Verwaltungsgerichtshof im letztzitierten Erkenntnis nach dem Zitat des § 2 UStG 1972 ins Treffen, dass (nur) „der Unternehmer, der im Inland Lieferungen oder sonstige Leistungen ausführte oder im Inland seinen Sitz oder eine Betriebsstätte hatte, gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 UStG 1972 die von anderen Unternehmen in einer Rechnung (§ 11) an ihn gesondert

ausgewiesene Steuer für Lieferungen oder sonstige Leistungen abziehen konnte, die im Inland für sein Unternehmen ausgeführt worden sind.

Die im § 12 Abs. 1 UStG 1972 genannten Rechnungen mussten nach § 11 Abs. 1 Z 1 leg. cit. u. a. den Namen und die Anschrift des liefernden oder leistenden Unternehmers enthalten.

Dass die M OEG unter der auf den Rechnungen angeführten Anschrift nicht existiert hätte (vgl. dazu etwa das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 1. Juni 2006, 2004/15/0069), hat die belangte Behörde nicht festgestellt. Von einer Einstellung der Geschäftstätigkeit (vgl. etwa das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 13. September 2006, Zl. 2003/13/0004 und 0008), welche im Beschwerdefall auch von der Bf. nicht unbestritten blieb, kann lediglich auf Grund eines angenommenen "Ruhens der Gewerbeberechtigung" noch nicht gesprochen werden.

Soweit die belangte Behörde den in Rede stehenden Rechnungen das "Kriterium" des Namens und der Anschrift des leistungserbringenden Unternehmens mangels einer gewerblichen Tätigkeit wegen des Ruhens der Gewerbeberechtigung der M OEG abspricht, übersieht sie, dass das Ruhnen der Gewerbeberechtigung während eines bestimmten Zeitraumes allein noch nicht die Qualität der Unternehmereigenschaft erlöschen lässt. Wenn die belangte Behörde daher aus dem Ruhnen einer Gewerbeberechtigung der M OEG das Fehlen der Unternehmereigenschaft ableitete, hat sie die Rechtslage verkannt. Der angefochtene Bescheid war daher schon deshalb rechtswidrig.

Tatsächlich deuten die Ausführungen der belangten Behörde darauf hin, dass sie anscheinend die M OEG nicht als Leistungserbringerin sah, sondern die Gesellschafter der M OEG einzeln oder als Gesamtes der Bf. untergeordnet betrachtete. Wenn auch mehrere von der belangten Behörde am Rande erwähnte Indizien für diese Annahme sprechen mögen, erweist sich doch die zentrale Begründung, auf welche sich die belangte Behörde gestützt hat, nämlich das Ruhnen der Gewerbeberechtigung der M OEG, als nicht tragfähig.

Mit dem in der Berufung und bei der Erörterung nach § 279 Abs. 3 BAO vorgebrachten Einwand, VF, der andere nach außen vertretungsbefugte Gesellschafter und gewerberechtliche Geschäftsführer der M OEG, habe im Streitzeitraum eine Gewerbeberechtigung gehabt, und mit dem Umstand, dass die auf den Rechnungen vermerkte Nummer der Gewerbeberechtigung die des VF darstellte, hat sich die belangte Behörde nicht ausreichend auseinandergesetzt. Dass VF ausgesagt hatte, er habe keine Tätigkeit im Namen der M OEG ausgeübt, steht nicht im Widerspruch dazu, dass sich die M OEG durch ihren nach außen zur Vertretung befugten Gesellschafter SB bei der Ausstellung der Rechnungen die Gewerbescheinnummer des VF verwendet hatte. Die belangte Behörde hat nicht dargelegt, weshalb die M OEG unter Verwendung der Gewerbescheinnummer des VF keine unternehmerische Tätigkeit erbracht haben soll. Beim Umstand des Bestehens einer

Gewerbeberechtigung handelt es sich um ein formales Kriterium, dem bei der Frage des tatsächlichen Tätigwerdens nur bedingte Indizwirkung zukommt.

Der "Bemerkung" der belangten Behörde, dass die M OEG "steuerlich nicht erfasst" gewesen sei, ist das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 20. November 1996, 95/15/0179, entgegenzuhalten, worin der Gerichtshof bereits klargestellt hat, dass es für die Frage des Vorsteuerabzugs des Leistungsempfängers unerheblich ist, ob das Finanzamt den leistenden Unternehmer steuerlich erfasst hat oder nicht."

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 1 des im Berufungsfall noch anzuwendenden Umsatzsteuergesetzes 1972 – UStG 1972 - war Unternehmer, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübte. Die gewerbliche oder berufliche Tätigkeit wurde nach § 2 Abs 2 Z 1 leg. cit. nicht selbständig ausgeübt, soweit natürliche Personen, einzeln oder zusammengeschlossen, einem Unternehmen derart eingegliedert waren, dass sie den Weisungen des Unternehmers zu folgen verpflichtet waren.

Gemäß § 11 Abs. 1 Z. 1 UStG 1972 müssen Rechnungen den Namen und die Anschrift des liefernden oder leistenden Unternehmers enthalten. Gemäß § 11 Abs. 3 leg. cit. ist dabei jede Bezeichnung ausreichend, die eine eindeutige Feststellung des Namens und der Anschrift des Unternehmers ermöglicht.

Gemäß § 12 Abs. 1 Z. 1 UStG 1972 kann der Unternehmer, der die in dieser Gesetzesstelle angeführten Erfordernisse erfüllt, die von einem anderen Unternehmer in einer Rechnung (§ 11) an ihn gesondert ausgewiesene Steuer für Lieferungen oder sonstige Leistungen, die im Inland für sein Unternehmen ausgeführt worden sind, als Vorsteuer abziehen.

Aus dem Schreiben der Landesinnung Wien der Bauhilfsgewerbe vom 9. Februar 1994 war zu ersehen, dass die Fa. M-OEG das Ruhen ihrer Berechtigung lautend auf „*Aufstellung und Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profile oder Systemwänden unter Ausschluss jeder an einen Befähigungsnachweis gebundenen Tätigkeit*“ im Standort Wien X., T-Str. 5/12, Reg.Zl. YYYYYYYY, Gewerbeschein vom 24. Mai 1993 ab 24. Mai 1993 gem. § 93 Gew.O am 11. Oktober 1993 schriftlich angezeigt hatte und „*nun postalisch (an der Adresse) Wien X., T-Str. 5/12, zu erreichen ist*“.

Für die Entfaltung von gewerbebetrieblichen Aktivitäten an der letztgenannten Adresse trotz Ruhendmeldung der Gewerbeberechtigung sprach, dass die „Fa. M-(F.B.&F)OEG“ im Ayell Euronet aktiviert ist. „www.ayell.at“ ist ein Netzwerk für europäische Unternehmen; der Ausdruck der Abfrage bezüglich der Firma M-OEG verschaffte dem UFS hinsichtlich der eingetragenen Firmendaten Gewissheit über das „Copyright 2002-2008 Ayell../Germany/ Postfach 2425, D-59015 Hamm“.

Seit 10. Mai 2006 „05:29:24“ ist die Fa. „M-F...“ Mitglied bei Mittelstand-Online (vgl. <http://www.mittelstand-online.at>“).

Auf die am 1. Jänner 2007 erfolgte Eintragung der Rechtsformänderung gem. Unternehmensgesetzbuch im Firmenbuch sei verwiesen.

Vor diesem Hintergrund vermochten die Angaben des Gesellschafters der Fa. M-OEG, V.F. in der Niederschrift des abgabenbehördlichen Erhebungsdienstes FA O6 vom 30. Jänner 1997 nicht die Mangelhaftigkeit der in Rede stehenden Rechnungen zu beweisen, wenn das Firmenbuch V.F. als unbeschränkt haftenden Gesellschafter der Fa. M-OEG zum Stand per 4. März 2008 (!) offen legt. Ist SB der geschäftsführende „Hauptgesellschafter“ der Fa. M-OEG, so vermochte die am 30. Jänner 1997 protokolierte Angabe des V.F. „*Von mir wurde im Namen der Firma nie eine Tätigkeit ausgeübt. Der Aufenthaltsort von SB ist mir nicht bekannt.*“ die Annahme, der Rechnungsleger sei der Erbringer der Leistungen gewesen, nicht auszuschließen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Beilage: 2 Berechnungsblätter (je eines in Euro bzw. ATS)

Wien, am 5. März 2008