



GZ. RV/0249-I/02

## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Schrettl Herbert WTH-Ges-m.b.H., gegen die Bescheide des Finanzamtes Kufstein betreffend Wiederaufnahme des Verfahrens hinsichtlich Umsatzsteuer und Umsatzsteuer 1998 und 1999 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide betreffend die Wiederaufnahme des Verfahrens hinsichtlich Umsatzsteuer 1998 und 1999 werden aufgehoben.

Gemäß § 307 Abs. 3 BAO tritt das Umsatzsteuerverfahren dadurch in die Lage zurück, in der es sich vor seiner Wiederaufnahme befunden hat.

### **Rechtsbelehrung**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

## Entscheidungsgründe

Das Finanzamt Kufstein führte bei der Bw. eine abgabenbehördliche Prüfung durch, wobei unter TZ 16 des BP- Berichtes vom 1.6.2001 folgende Feststellung getroffen wurde:

*"Die Bw. least von der Fa.... in Deutschland einen Pkw Galopper. Gemäß § 1 Abs.1 (Z.2) lit. d UStG 1994 liegt Eigenverbrauch vor, wenn ein Unternehmen Ausgaben tätigt, die Leistungen im Ausland betreffen, die wären sie im Inland an das Unternehmen ausgeführt worden, den Unternehmer nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt hätten. Somit sind die Leasingraten den 20%igen Umsätzen zuzurechnen."*

Unter TZ 18 wurde folgende weitere Feststellung getroffen :

*"Der PKW Galopper wird an der eigenen Betriebstankstelle betankt. Der Vorsteuerabzug für diesen Treibstoffaufwand ist zu stornieren."*

*Änderungen :*

<i>Abziehbare Vorsteuer</i>	<i>1998 minus</i>	<i>S 1.600.-</i>
<i>Abziehbare Vorsteuer</i>	<i>1999 minus</i>	<i>S 2.000.- "</i>

Das Finanzamt folgte den Feststellungen der Betriebsprüfung und verfügte hinsichtlich der Jahre 1998 und 1999 die Wiederaufnahme des Verfahrens hinsichtlich der Umsatzsteuer und erließ geänderte Umsatzsteuerbescheide (Ausfertigungsdatum der Bescheide 23.5.2001).

Gegen die angeführten Bescheide erhob die Bw. Berufung, wobei in der Berufung behauptet wird, dass die vom Finanzamt angewendete Bestimmung des § 1 Abs. 1 Z. 2 lit. d UStG 1994 gegen EU-Recht verstoße und daher nicht anzuwenden sei.

Mit den beiden Berufungsvorentscheidungen vom 21.9.2001 wurde die Berufung von der Vorinstanz als unbegründet abgewiesen, wobei das Finanzamt begründend ausführte, dass der von der Bw. behauptete Verstoß gegen EU-Recht "von keinem Gericht festgestellt" worden und die Berufung daher abzuweisen sei.

Mit Schreiben vom 22.10.2001 beantragte die Bw. die Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde II. Instanz. Der Vorlageantrag wurde mit Schreiben vom 29.4.2002 ergänzt. Im Vorlageantrag und in der Ergänzung setzt sich die Bw. mit § 1 Abs. 1 Z. 2 lit. d UStG 1994 und der 6. Mehrwertsteuerrichtlinie auseinander und kommt zum Ergebnis, dass für die im gegenständlichen Berufungsfall angewendete Bestimmung des UStG 1994 "keine Deckung durch die 6. Mehrwertsteuerrichtlinie vorhanden" sei.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Die mit 6. Januar 1995 in Kraft getretene Bestimmung des § 1 Abs. 1 UStG 1994 idF BGBl 21/1995 normiert:

"§ 1. (1) Der Umsatzsteuer unterliegen die folgenden Umsätze:

1. ...

2. der Eigenverbrauch im Inland. Eigenverbrauch liegt vor,

(a)...

(d) soweit ein Unternehmer Ausgaben (Aufwendungen) tätigt, die Leistungen im Ausland betreffen, die, wären sie im Inland an den Unternehmer ausgeführt worden, den Unternehmer nach § 12 Abs. 2 Z. 2 nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt hätten; dies gilt nur insoweit, als der Unternehmer im Ausland einen Anspruch auf Vergütung der ausländischen Vorsteuer hat. ..."

Der VwGH hat mit Beschluss vom 29. März 2001, 2000/14/0155, EU 2001/0011, dem Europäischen Gerichtshof folgende Frage gemäß Art 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt:

*"Ist es mit der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern - Gemeinsames Mehrwertsteuersystem einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage, insbesondere deren Artikel 5 und 6, vereinbar, dass ein Mitgliedstaat folgenden Vorgang als steuerpflichtigen Umsatz behandelt:*

*Das Tätigen von Ausgaben, die Leistungen im Ausland betreffen, die, wären sie im Inland an den Unternehmer ausgeführt worden, den Unternehmer nicht zum Vorsteuerabzug berechtigten?"*

Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 11. September 2003, C-155/01, C. W. V. GmbH i.L., zu Recht erkannt:

*"Die Sechste Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern - Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage steht einer Bestimmung eines Mitgliedstaats entgegen, nach der das Tätigen von Ausgaben, die*

*Dienstleistungen betreffen, die einem in diesem Mitgliedstaat ansässigen Empfänger in anderen Mitgliedstaaten erbracht wurden, der Mehrwertsteuer unterliegt, während die betreffenden Dienstleistungen, wären sie demselben Empfänger im Inland erbracht worden, diesen nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt hätten."*

Wie sich aus dem Urteil des EuGH ergibt, ist die Norm des § 1 Abs 1 Z 2 lit d UStG 1994 im Hinblick auf entgegenstehende, unmittelbar anwendbare und unmittelbar wirksame Bestimmungen der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG verdrängt. Daraus folgt, dass die angefochtenen Bescheide, mit welchen die Vorinstanz gestützt auf § 1 Abs 1 Z 2 lit d UStG 1994 Leasingentgelte der Umsatzsteuer unterzogen hat, mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet sind (VwGH 21.10.2003 ,2003/14/0077).

Der vorhin dargestellte Sachverhalt stellt daher auch keinen Wiederaufnahmsgrund im Sinne des § 303 Abs. 4 BAO dar.

Die weitere anlässlich der Prüfung getroffene Prüfungsfeststellung (Tz 18 des Bp-Berichtes) ist hinsichtlich der steuerlichen Auswirkung absolut und auch in Relation zum Gesamtbescheidergebnis nur geringfügig ( verbleibender Steuermehrbetrag 1998 S 1.600.- bzw. 1999 S 2.000.-), weshalb nach Auffassung der Berufungsbehörde der Rechtsbeständigkeit vor der Rechtsrichtigkeit der Vorzug zu geben und das Ermessen (§ 20 BAO) dahingehend auszuüben ist, dass hinsichtlich der Umsatzsteuer 1998 und 1999 von einer Wiederaufnahme des Verfahrens abgesehen wird.

Die angefochtenen Wiederaufnahmebescheide waren daher in Sattgebung der Berufung aufzuheben.

Durch die Aufhebung tritt das Umsatzsteuerverfahren gemäß § 307 Abs. 3 leg.cit. in die Lage zurück, in der es sich vor der Wiederaufnahme befunden hat. Die angefochtenen (geänderten) Umsatzsteuerbescheide scheiden somit ex lege aus dem Rechtsbestand aus und die ursprünglichen Umsatzsteuerbescheide leben wieder auf (VwGH 24.1.1990, 86/13/0146).

Es war somit wie im Spruch zu entscheiden.

Innsbruck, 3. Dezember 2003