



Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über den an das Finanzamt für den 9., 18., und 19. Bezirk und Klosterneuburg gestellten Antrag der Dw (vom 1. Februar 2011) auf Aufhebung, in eventu Änderung der Umsatzsteuerfestsetzung für das Jahr 2008, entschieden:

Der Antrag wird als unzulässig zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 3. November 2009 setzte das Finanzamt die Umsatzsteuer für das Jahr 2008 fest.

Gegen den Umsatzsteuerbescheid 2008 vom 3. November 2009 erhab die Antragstellerin Berufung, über welche mit Berufungsentscheidung des unabhängigen Finanzsenates vom 15. Oktober 2010, RV/0400-W/10, entschieden wurde.

Gegen die Berufungsentscheidung vom 15. Oktober 2010 brachte die Antragstellerin eine VwGH - Beschwerde ein, die derzeit unter der Geschäftszahl 2010/13/0186 beim Verwaltungsgerichtshof anhängig ist.

Am 1. Februar 2011 stellte die Antragstellerin an das Finanzamt den Antrag auf Aufhebung, in eventu Änderung der Umsatzsteuerfestsetzung für das Jahr 2008.

Der Antrag ist wie folgt begründet:

"Mein Recht auf Anerkennung des vorrangigen Gemeinschaftsrechtes Art. 4 der 6. EG-RL wurde durch die Abgabenbehörde verletzt. Dazu Klaus Hilber²,

Kurzkommentar zur Liebhabereiverordnung, Linde Verlag Wien, 2002: Der unbestrittene Vorrang des Gemeinschaftsrechtes vor dem nationalen Recht bringt einen Vergleich mit dem maßgeblichen Art. 4 der 6. EG-RL mit sich. Art. 4 Abs. 1 der RL sieht als Steuerpflichtigen denjenigen an, der eine wirtschaftliche Tätigkeit iSd Abs. 2 "... selbständig und unabhängig von ihrem Ort ausübt, **gleichgültig** zu welchem Zweck und mit welchem Ergebnis". (Hier muss ich einfügen, dass der maßgebliche französische Originaltext, unrichtig übersetzt worden ist: "activités économiques" ist denkunmöglich mit wirtschaftliche Tätigkeiten zu übersetzen, da dies im deutschen Sprachgebrauch "gewinnerzielende Tätigkeiten" bedeutet, was aber im Gegensatz zum weiteren Text stehen würde, der den Zweck und das Resultat der Tätigkeit als gleichgültig bezeichnet. Der französische Originaltext "activités économiques" kann also nur mit Wirtschaftstätigkeiten übersetzt werden.) **Wesentlich ist also, dass die EG-RL die Unternehmereigenschaft unabhängig vom Ergebnis sieht, das aus der Tätigkeit resultiert.**

Der EuGH (29.2.1996, Rs C-110/94) beschäftigte sich mit der Frage der Auslegung des Begriffs "wirtschaftliche Tätigkeit" (richtig: Wirtschaftstätigkeit *Anm*) iSd Art 4 Abs. 1 und 2 der 6. EG-MWSt-RL. Als Steuerpflichtiger – und somit als Unternehmer – iSd genannten EG-RL gilt nämlich, wer eine "wirtschaftliche Tätigkeit" (richtig: Wirtschaftstätigkeit *Anm*) selbständig ausübt (Art 4 Abs. 2). Danach gehören bereits die ersten Investitionsausgaben, die für Zwecke des Unternehmens oder dessen Verwirklichung getätigt werden, zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit (richtig: Wirtschaftstätigkeit *Anm*) (vgl. auch EuGH 14.2.1985, Rs 268/83). Zur wirtschaftlichen Tätigkeit (richtig: Wirtschaftstätigkeit *Anm*) zählen aber nicht nur Vorbereitungshandlungen, die zu einer späteren Einnahmenerzielung führen, sondern auch jene Vorbereitungshandlungen zu solchen Betätigungen, die sich später als erfolglos erweisen. Nur so können der Grundsatz der Neutralität der Mehrwertsteuer hinsichtlich der Abgabenbelastung gewahrt werden und jegliche willkürliche Unterscheidungen ausgeschlossen werden. Der angesprochene Grundsatz der Neutralität der MWSt würde verletzt werden, wenn als Beginn der wirtschaftlichen Tätigkeit (richtig: Wirtschaftstätigkeit *Anm*) erst jener Zeitpunkt angesetzt wird, von dem an die zu versteuernden Einkünfte entstehen.

Die Anwendung der LVO bezüglich meiner schriftstellerischen Tätigkeit **verletzt daher das Gemeinschaftsrecht und ist rechtswidrig.**

Ich war im Jahre 2008 Unternehmerin iSd vorrangigen Gemeinschaftsrechtes. Ich verweise auf meine vorherigen Ausführungen. Wenn die Abgabenbehörde aber aus meinen Umsatzsteuervoranmeldungen für Jänner 2008, Feber 2008 und März 2008 den Schluss zieht, dass ich im Jahre 2008 keine Unternehmerin war, so widerspricht das nicht nur der

primitivsten menschlichen Logik, sondern ist auch voreingenommen und beruht auf keiner Rechtsgrundlage. Da die Abgabenbehörde den Unterschied zwischen wirtschaftlicher Tätigkeit und Wirtschaftstätigkeit nicht begreifen will, muss sie zu der **unrichtigen** Anschauung kommen, dass nur gewinnbringende Tätigkeiten vom gemeinschaftsrechtlichen Mehrwertsteuerrecht erfasst werden.

Entgegen der Meinung der Abgabenbehörde ist ein Vorsteuerabzug sowohl bei wirtschaftlicher als auch bei unwirtschaftlicher Tätigkeit zu gewähren. Jede andere Meinung widerspricht dem vorrangigen Gemeinschaftsrecht und ist rechtswidrig.

Die Abgabenbehörde will nicht zur Kenntnis nehmen, dass die Unternehmereigenschaft gekennzeichnet ist durch die **Absicht**, Einnahmen zu erzielen und nicht durch tatsächlich erzielte Einnahmen **und schon gar nicht durch erzielte Gewinne**.

Ich war seit Mai 1999 selbständige Unternehmerin und habe niemals etwas anders behauptet. Die Behauptung, ich sei keine Unternehmerin, wird nur dann von der Abgabenbehörde aufgestellt, wenn es um Rückzahlung der Vorsteuern geht.

Ich beantrage daher, die Umsatzsteuerfestsetzung für 2008 gemäß **dem Gemeinschaftsrecht** aufzuheben und die Steuer gemäß meiner Umsatzsteuererklärungen für 2008 festzusetzen.

Das Finanzamt Wien 9/18/19 Klosterneuburg, Nußdorferstr. 90, 1090 Wien, ist die örtlich und sachlich zuständige Abgabenbehörde und mein Antrag ist daher richtig eingebracht."

Da über den Antrag vom 1. Februar 2011 vom Finanzamt nicht abgesprochen wurde, stellte die Antragstellerin am 29. August 2011 an den unabhängigen Finanzsenat den Antrag, über ihren Antrag vom 1. Februar 2011 zu entscheiden (Devolutionsantrag).

Über den Antrag vom 1. Februar 2011 wurde erwogen:

Nach [§ 311 Abs. 1 BAO](#) sind die Abgabenbehörden verpflichtet, über Anbringen (§ 85) der Parteien ohne unnötigen Aufschub zu entscheiden.

Unter Entscheidungspflicht ist die Pflicht zum bescheidmäßigen Abspruch über ein Anbringen zu verstehen. Diese Pflicht besteht nicht nur für im Gesetz ausdrücklich vorgesehene Anbringen (vgl. zB *Ritz*, BAO³, § 311 Tz 7).

Die Entscheidungspflicht besteht auch dann, wenn ein Anbringen zurückzuweisen ist (vgl. zB VwGH 19.4.2007, [2006/15/0345](#); VwGH 28.6.2007, [2005/16/0187](#)).

Anbringen sind vor allem dann zurückzuweisen, wenn sie unzulässig sind (vgl. zB VwGH 26.6.2003, [2003/16/0030](#)).

Anträge auf Aufhebung von Berufungsentscheidungen ([§ 289 Abs. 2 BAO](#)) sind in der BAO nicht vorgesehen; [§ 299 Abs. 1 BAO](#) betrifft nämlich nur Bescheide der Abgabenbehörde erster Instanz und nicht solche der Abgabenbehörde zweiter Instanz.

Anträge auf „Abänderung“ von Abgabenbescheiden können zwar auch auf Abänderung von Berufungsentscheidungen ([§ 289 Abs. 2 BAO](#)) gerichtet sein, setzen aber das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der [§§ 293, 293b](#) oder [295a BAO](#) voraus, was im gegenständlichen Fall nicht zutrifft.

Die bescheidmäßige Zurückweisung unzulässiger und/oder nicht rechtzeitig gestellter Anträge obliegt jener Behörde, an die sie gestellt wurden. Für die Zurückweisung des an das Finanzamt für den 9., 18., und 19. Bezirk und Klosterneuburg gestellten Antrages vom 1. Februar 2011 wäre somit das genannte Finanzamt (sachlich und örtlich) zuständig gewesen. Diese Zuständigkeit ist als Folge des Devolutionsantrages ([§ 311 Abs. 2 BAO](#)) nunmehr auf den unabhängigen Finanzsenat übergegangen.

Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts (nunmehr: Unionsrecht) ändert nichts daran, dass nationales Verfahrensrecht gilt, um diesem Vorrang zum Durchbruch zu verhelfen (vgl. zB *Lang*, Getränkesteuer und Rechtskraftdurchbrechung, ÖStZ 2006, 486 ff). Die Partei, die eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit (bzw. nunmehr: Unionsrechtswidrigkeit) eines Bescheides behauptet, hat dies mit den Verfahrensinstrumenten der betreffenden nationalen Rechtsordnung geltend zu machen. Solche Instrumente sind insbesondere die Berufung und der Antrag auf Aufhebung gemäß [§ 299 BAO](#). Nationales Verfahrensrecht verdrängendes bzw. ergänzendes Unionsrecht zur Geltendmachung einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit abgabenrechtlicher Bescheide existiert nicht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 23. Dezember 2011