



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Dr. Erwin Luggauer und die weiteren Mitglieder Mag. Ingrid Freistück-Prodinger, Dr. Erich Moser und Joachim Rinösl im Beisein der Schriftführerin Monika Fritz über die Berufung des S.J.u.M., 8... M 81, S-str. 26, vertreten durch LBG Wirtschaftstreuhand, 9... K, V-R 11, vom 3. September 2004 gegen die Bescheide des Finanzamtes St. Veit Wolfsberg, vertreten durch Dr. Manfred Thalmann, vom 17. August 2004 betreffend Umsatzsteuer für 2001 und 2002 nach der am 26. September 2005 in 9020 Klagenfurt, Dr. Herrmannngasse 3, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Der Berufung gegen den Umsatzsteuerbescheid 2001 wird teilweise Folge gegeben.

Die Berufung gegen den Umsatzsteuerbescheid 2002 wird als unbegründet abgewiesen.

Gleichzeitig wird ausgesprochen, dass eine Veranlagung zur Umsatzsteuer 2001 und 2002 zu unterbleiben hat.

Entscheidungsgründe

Die Bw., S.J.u.M., erwarben mit Kaufvertrag vom 19. Feber 1992 eine Wohnung in W 37, P. Sie begannen mit der Vermietung der Wohnung im August 1992.

Im **Schreiben vom 22. Dezember 1992** teilten die Bw. mit, dass beginnend mit 1993 sich ein Einnahmenüberschuss ergeben würde, weil die Vermietung an die D. Immobilien übergeben worden sei.

In den **Umsatzsteuererklärungen**, den **Erklärungen der Einkünften von Personengesellschaften (Gemeinschaften) 1992 bis 2002** sowie in der **Prognoserechnung I vom 6. Mai 2002** über die Jahre 1999 bis 2006 waren folgende Ergebnisse ausgewiesen:

Jahr/in S	Vorsteuern lt. Erklärung	Entgelte lt. Erklärung	Entgelte lt. Prognose I	Einkünfte lt. Erklärung	Einkünfte lt. Prognose I
1992	119.122,20	7.331,00	7.331,00	- 21.383,00	- 21.383,00
1993	2.321,38	22.087,11	22.087,11	- 12.301,00	- 12.301,00
1994	1.606,29	45.810,18	45.810,18	15.453,00	15.453,00
1995	1.896,62	62.613,00	62.613,00	27.971,00	27.971,00
1996	3.069,55	20.915,00	20.915,00	- 22.357,00	- 22.357,00
1997	1.713,26	21.976,00	21.976,00	- 15.353,00	- 15.353,00
1998	1.191,02	4.976,00	4.976,00	- 26.154,00	- 26.154,00
1999	1.854,68	8.181,44	8181	- 27.194,00	-27193
2000	836,92	1.818,00	1818	- 27.690,00	-27690
2001	740,63	18.272,72	18272	- 12.488,00	1334
2002	377,45	7.255,53	20000	- 14.546,29	8012
2003			25000		16292
2004			25000		16292
2005			25000		16292
2006			25000		16292
Summe	134.730,00	221.235,98	333.979,29	- 136.042,29	- 34.493,00

2002 in €	27,43	527,28		-1057,12	
-----------	-------	--------	--	----------	--

Das Finanzamt erließ erklärungsgemäße **endgültige Umsatzsteuer- und Feststellungsbescheide 1992 bis 2000.**

Mit der **Vorhaltsbeantwortung vom 6. Mai 2002** legte die Bw. die Prognoserechnung I vor und führte aus, dass 1999 bis 2006 ein Gesamtüberschuss von S 19.631,00 erzielt würde. Die Gesamtabschreibung würde sich ab 2003 vermindern, da ab diesem Zeitpunkt die Betriebs- und Geschäftsausstattung fast zur Gänze abgeschrieben sei.

Im Schreiben vom **2. September 2002** gaben die Bw. bekannt, dass die Vermietung ab 1. August 2002 beendet worden sei.

Am **25. Juli 2003** teilten die Bw. auf telefonischen Vorhalt die Berechnungsgrundlagen für eine Berichtigung gemäß § 12 Abs. 10 UStG 1994 mit.

Nach Einlangen der Steuererklärungen für 2001 gab das Finanzamt den Bw. im **Vorhalt vom 4. August 2003** bekannt, dass ab 2001 die Tätigkeit als steuerlich unbeachtliche Liebhaberei

qualifiziert würde. Seit Beginn der Vermietung hätten die Bw. einen Werbungskostenüberschuss von € 8.822,99 erzielt, eine Änderung der Einkunftszielung sei nicht eingetreten, es gäbe nur einen hohen Privatanteil und die Afa sei fast gleich hoch wie die geringen Mieteinnahmen. Beim Übergang von einer unternehmerischen Tätigkeit zur Liebhaberei iSd § 2 Abs. 5 Z 2 UStG 1994 komme die Eigenverbrauchsbesteuerung gemäß § 1 Abs. 1 Z 2 lit.a UStG 1994 zum Tragen. Bei einem derartigen Übergang liege kein Anwendungsfall der § 12 (10) oder § 11 UStG vor. Erfolge jedoch keine Option zur Eigenverbrauchsbesteuerung, sei eine Vorsteuerberichtigung gemäß § 12 Abs. 10 UStG 1994 durchzuführen.

In der **Vorhaltsbeantwortung vom 16. September 2003** führten die Bw. aus, dass der VwGH bei der umsatzsteuerlichen Liebhabereiprüfung wiederholt auf die Sofortbeurteilung hingewiesen habe. Die Liebhabereirichtlinien würden die Sofortbeurteilung hingegen überhaupt nicht anführen, sondern bei nachträglicher Beurteilung einer Betätigung als Liebhaberei eine großzügige Handhabung der Bestimmungen über die Rechnungsberichtigung zulassen.

Laut VwGH in zahlreichen, fast ausschließlich erwerbswirtschaftliche Betätigungen (§ 1 Abs. 1 LVO) betreffenden Erkenntnissen stehe für den Bereich des Umsatzsteuerrechts in der Regel kein längerer Beobachtungszeitraum zur Verfügung. Die Entscheidung, ob eine Betätigung umsatzsteuerlich als Liebhaberei zu beurteilen sei, sei insbesondere in jenen Fällen sofort zu treffen, in denen am Leistungsaustausch Unternehmer beteiligt seien (vgl. VwGH vom 24.3.1998, 93/14/0028, betreffend die Vermietung einer Eigentumswohnung). Eine Tätigkeit, die bei Sofortbeurteilung Zweifel offen lasse, ob die Ertragsfähigkeit gegeben sei, sei umsatzsteuerlich keine Liebhaberei (vgl. VwGH vom 24.6.1999, 97/15/0146).

Die Liebhabereirichtlinien (LRL) würden unter Punkt 6 auf das objektiv erkennbare Ertragsstreben abstellen. Entgegen der weit verbreiteten Fehlmeinung, wonach ein tatsächlich an Hand der Steuererklärung belegbarer Gesamtgewinn oder Gesamtüberschuss ausschlaggebend sei, würden die LRL in aller Deutlichkeit anführen, dass Tatbestandsvoraussetzung für das Vorliegen von Einkünften die objektive Eignung einer Tätigkeit zur Erwirtschaftung eines Gesamtgewinnes oder Gesamtüberschusses sei. Der Begriff der Liebhaberei grenze in Umsatzsteuerrecht nicht – wie im Ertragsteuerrecht – Einkunftsquellen von anderen Betätigungen ab, sondern die unternehmerische Tätigkeit von der Konsumsphäre, dem Endverbrauch. Wenngleich einer Tätigkeit, die auf Dauer gesehen Gewinne oder Einnahmenüberschüsse erziele, der Charakter einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit nicht abgesprochen werden könne, sei durch das Fehlen oder Ausbleiben solcher Ergebnisse nach Sinn und Zweck der Umsatzsteuer nicht als solches, sondern nur als Anhaltspunkt für das Vorherrschende persönliche Interessen und Neigungen unter dem bloßen

Schein einer unternehmerischen Betätigung von Bedeutung. Wo hingegen nicht das Überwiegen der Konsumsphäre in Rede stehe, sei der Grund für das Fehlen des Gewinnstrebens gleichgültig. Es sei daher sachlich notwendig, den Begriff der Liebhaberei im Umsatzsteuerrecht anders zu fassen als im Ertragsteuerrecht, und es sei unsachlich, für die Abgrenzung zwischen unternehmerischer Tätigkeit und Konsumverhalten auf die Erfordernisse der Einkommensteuerberechnung abzustellen. Die im § 6 der LVO enthaltene Klarstellung, dass Liebhaberei im Umsatzsteuerrecht nur bei Betätigungen im Sinn des § 1 Abs. 2 UStG 1994 gegeben sei, sei in verfassungskonformer Auslegung des § 2 Abs. 5 Z 2 UStG 1994 schon immer zu entnehmen gewesen.

In den **endgültig erlassenen Umsatzsteuer- und Feststellungsbescheiden 2001 und 2002** vertrat das Finanzamt die Ansicht, dass die Tätigkeit eine steuerlich unbeachtliche Liebhaberei sei. Eine einheitliche und gesonderte Feststellung von Einkünften habe zu unterbleiben, Entgelte würden nicht erfasst und Vorsteuern nicht gewährt. Von einer Vorschreibung der Umsatzsteuer kraft Rechnungslegung für die angefallenen Mieteinkünfte würde abgesehen.

Ein Gesamtüberschuss sei innerhalb des Beobachtungszeitraumes von 1992 bis 2002 nicht erzielt worden, ein solcher könne auch nicht innerhalb eines Zeitraumes von 20 Jahren erzielt werden.

Im Umsatzsteuerbescheid 2001 nahm das Finanzamt noch eine Berichtigung der Vorsteuern gemäß § 12 Abs. 10 UStG 1994 iHv insgesamt S 10.104,00 für die Vorsteuer aus den Gebäudeanschaffungskosten vor.

In der gegen die Umsatzsteuerbescheide 2001 und 2002 eingebrachten **Berufung** führten die Bw. aus, dass das Finanzamt im Jahr des Wohnungskaufes (1992) offensichtlich die Sofortbeurteilung vorgenommen habe, da die Festsetzung der Umsatzsteuer 1992 mit einem Vorsteuerguthaben kassenmäßig verbucht worden sei. Der VwGH leite die Sofortbeurteilung aus den Besonderheiten der Vorschriften über die umsatzsteuerliche Rechnung ab (vgl. Zorn, Liebhaberei in Rechtsprechung und Verwaltungspraxis, ÖStZ 1989). Auch nach dem Erkenntnis vom 26.11.1990, 90/15/0073, sei der Übergang von einer Einkunftsquelle zur Liebhaberei und umgekehrt kein Anwendungsfall einer Vorsteuerberichtigung gemäß § 12 Abs. 10 UStG und § 11 UStG 1994; ebenso wenig würde hiervon der Eigenverbrauch erfüllt. Da es zu keiner Änderung der Verhältnisse gekommen sei, sei die Vorsteuerberichtigung gemäß § 12 Abs. 10 UStG 1994 auszuschließen. Sei jemand kein Unternehmer iSd Umsatzsteuerrechts, so komme auch ein Eigenverbrauch nicht mehr in Frage, weil der steuerbare Vorgang des Eigenverbrauchs nach dem ausdrücklichen Hinweis des Gesetzes nur von einem Unternehmer bewirkt werden könne.

In der **mündlichen Berufungsverhandlung** vom **26. September 2005** führte der steuerliche Vertreter Dr. Andreas Kogler neuerlich die Sofortbeurteilung ins Treffen. Selbst wenn man die Tätigkeit als Liebhaberei qualifizieren wollte, sei es zu keiner "Änderung der Verhältnisse" gekommen, denn die Wirtschaftsführung sei durchgehend die gleiche gewesen, lediglich auf Grund der äußerer Faktoren habe sich die Ertragslage der Vermietung verschlechtert. Mangels einer "Änderung der Verhältnisse" könne keine Vorsteuerberichtigung gemäß §12 Abs. 10 UStG 1994 vorgenommen werden.

Der Amtssachverständige Dr. Manfred Thalmann brachte noch vor, dass das Finanzamt auf Grund allfälliger tatsächlich erwirtschafteter Einnahmenüberschüsse und der prognostizierten Zahlen noch nicht von Beginn an zwingend von der Liebhaberei ausgehen musste. Faktisch seien die Bw. – auch gegenüber dem Finanzamt – bis einschließlich 2000 als "Unternehmer" aufgetreten. Wenn nun das Finanzamt ab 2001 die Vermietung als Liebhaberei qualifizierte, so sei im Übergang vom Unternehmensbereich in die Liebhaberei die "Änderung der Verhältnisse" gelegen.

Über die Berufung wurde erwogen:

1. LIEBHABEREI:

Unternehmer ist gemäß **§ 2 Abs. 1 UStG 1994**, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt.

Nicht als gewerbliche oder berufliche Tätigkeit gilt **gemäß § 2 Abs. 5 Z 2 UStG 1994** eine Tätigkeit, die auf Dauer gesehen Gewinne oder Einnahmenüberschüsse nicht erwarten lässt (Liebhaberei).

Liebhaberei ist gemäß **§ 2 Abs. 1 Z 3 der Liebhabereiverordnung (LVO)**, BGBl. 33/1993 idF BGBl. II 1997/358, bei einer Betätigung anzunehmen, wenn Verluste aus der Bewirtschaftung von Eigenheimen, Eigentumswohnungen und Mietwohngrundstücken mit qualifizierten Nutzungsrechten entstehen.

Bei Betätigungen gemäß § 1 Abs. 2 LVO liegt gemäß **§ 2 Abs. 4 LVO** Liebhaberei dann nicht vor, wenn die Art der Bewirtschaftung oder der Tätigkeit in einem "absehbaren" Zeitraum einen Gesamtgewinn oder Gesamtüberschuss der Einnahmen über die Werbungskosten (§ 3) erwarten lässt. Andernfalls ist das Vorliegen von Liebhaberei ab Beginn der Betätigung so lange anzunehmen, als die Art der Bewirtschaftung oder der Tätigkeit nicht im Sinn des vorstehenden Satzes geändert wird. Bei Betätigungen im Sinne des § 1 Abs. 2 Z 3 gilt als absehbarer Zeitraum ein Zeitraum von 20 Jahren ab Beginn der entgeltlichen Überlassung, höchstens 23 Jahren ab dem erstmaligen Anfallen von Aufwendungen (Ausgaben).

Unter Gesamtüberschuss ist gemäß **§ 3 Abs. 2 LVO** der Gesamtbetrag der Überschüsse der Einnahmen über die Werbungskosten abzüglich des Gesamtbetrages der Verluste zu verstehen.

Liebhaberei im umsatzsteuerlichen Sinn kann gemäß **§ 6 LVO** nur bei Betätigungen im Sinne des § 1 Abs. 2, nicht hingegen bei anderen Betätigungen vorliegen.

Vorerst bedarf es der Klärung der Frage, ob das Finanzamt die Vermietung 2001 und 2002 zu Recht als umsatzsteuerliche Liebhaberei behandelte.

Das Finanzamt hat in den Umsatzsteuerbescheiden 1992 bis 2000 die Vermietung der Bw. "sofort" als eine unternehmerische Tätigkeit angesehen. Wenn es nunmehr die Vermietung von Beginn an als steuerlich unbeachtliche Liebhaberei qualifizierte, so konnte das Finanzamt aus verfahrensrechtlichen Gründen diese Ansicht in den Umsatzsteuerbescheiden 1992 bis 2000 nicht mehr umsetzen.

Anders sieht es für die Jahre 2001 und 2002 aus. Veranlagungszeitraum ist grundsätzlich das Kalenderjahr (vgl. Ruppe, UStG 1994, Kommentar, 2. Aufl., Tz. 7 zu § 20 UStG 1994). Nach Ansicht des Senates war es daher dem Finanzamt nicht verwehrt, in den Bescheiden der noch offenen Veranlagungszeiträume der geänderten Ansicht Rechnung zu tragen und die Unternehmereigenschaft der Bw. zu verneinen. Eine Bestimmung, die in den Folgejahren eine Korrektur der in den Vorjahren allenfalls unrichtig getroffenen Entscheidung hinsichtlich der Unternehmereigenschaft verbieten würde, ist dem UStG 1994 oder sonstigen Verfahrensvorschriften nicht zu entnehmen. Wollte man der Auffassung der Bw. folgen, dürfte selbst bei einer offensichtlich unrichtigen Entscheidung des Finanzamtes in den Vorjahren in noch offenen Veranlagungszeiträumen keine "Richtigstellung" erfolgen. Der von den Bw. als maßgeblich erachteten Sofortbeurteilung kann nicht der Sinn unterstellt werden, dass selbst rechtlich unrichtige Feststellungen in noch offenen Veranlagungsverfahren beibehalten werden müssten.

Wenn die Bw. unter Hinweis auf das Erkenntnis des VwGH vom 24. 6. 1999, 97/15/0146, meinen, bei Zweifeln hinsichtlich der Liebhaberei bzw. Unternehmereigenschaft dürfe umsatzsteuerlich keine Liebhaberei festgestellt werden, so mag dies auf den dort strittigen Sachverhalt einer typisch erwerbswirtschaftlichen Betätigung iSd § 1 Abs. 1 LVO zutreffen, der aber von dem hier zu beurteilenden Fall einer Betätigung nach § 1 Abs. 2 LVO bedeutend abweicht. Auf die differenzierte Behandlung der beiden Tatbestände haben die Bw. mit ihren Vorbringen zum Erkenntnis des VfGH vom 20. 6. 2001, B 2032/99, selbst hingewiesen.

Das bei Zorn in ÖStZ 1989, S 261, ins Treffen geführte Erkenntnis des VwGH vom 3. 11. 1986, 86/15/0025, hat wiederum einen Betrieb, also eine nach der LVO unter § 1 Abs. 1 zu subsumierende Tätigkeit, betroffen. Zwar hat der VwGH darin ausgesprochen,

dass "für den Bereich des Umsatzsteuerrechtes in der Regel kein längerer Beobachtungszeitraum zur Verfügung steht, weil insbesondere in jenen Fällen, wo am Leistungsaustausch Unternehmer beteiligt sind, die Entscheidung, ob Liebhaberei vorliegt oder nicht, sofort getroffen werden muss", doch hat er in diesem Fall die gemäß § 200 Abs. 1 BAO vorläufige Veranlagung nicht als rechtswidrig angesehen.

Der VwGH leitet die Sofortbeurteilung aus den Besonderheiten der Vorschriften über die umsatzsteuerliche Rechnung ab. Die Sofortbeurteilung ist jedoch kein dogmatisches Erfordernis der umsatzsteuerlichen Liebhabereibeurteilung, zeigt sich dies doch in den Fällen, in denen der VwGH die Vorläufigkeit von Umsatzsteuerbescheiden – ausdrücklich oder stillschweigend – nicht als rechtswidrig anerkannte. Bei den Betätigungen gemäß § 1 Abs. 2 LVO ist davon auszugehen, dass idR schon auf Grund ihres Umfanges (und auch der Anzahl der ausgestellten Rechnungen) keine vergleichbaren Schwierigkeiten wie bei der nachträglichen Berichtigung von Rechnungen aus Betätigungen nach § 1 Abs. 1 LVO auftreten. Gerade bei Betätigungen, die eine besondere Nähe zur Privat- oder Konsumsphäre aufweisen, ist es gerechtfertigt, nicht dem Abgabengläubiger bzw. der Allgemeinheit die durch die Sofortbeurteilung entstehende erhöhte Gefahr eines Abgabenausfalles, sondern dem sich Betätigenden die Berichtigung der von ihm ausgestellten Rechnungen zuzumuten, wenn nach mehrjähriger Beobachtung gewiss ist, dass die Betätigung eine Liebhaberei ist (vgl. Rauscher/Grübler, Steuerliche Liebhaberei in Rechtsprechung und Verwaltungspraxis, S 282 ff. und die dort zitierte Literatur und Judikatur).

Im gegenständlichen Fall handelt es sich bei der (Ferien)wohnung um ein dem Bereich der Konsumsphäre zuzurechnendes Wirtschaftsgut. Ihre Vermietung ist jedenfalls eine Betätigung iSd § 1 Abs. 2 LVO, für die eine umsatzsteuerliche Liebhaberei dem Grunde nach nicht ausgeschlossen ist.

In dem von Dr. Kogler nochmals in der mündlichen Verhandlung zitierten Erkenntnis vom 17. 10. 2001, 98/13/0025, iZm der Bewirtschaftung einer Eigentumswohnung, hat der VwGH die Sofortbeurteilung zwar angesprochen, doch wurde in diesem Fall die Tätigkeit von Beginn an unmissverständlich zur Liebhaberei erklärt. Der VwGH hat darin, ebenso wie im Erkenntnis vom 24. 4. 2002, 96/13/0191, auch ausgesprochen, dass – wenn Gewinne oder Einnahmenüberschüsse überhaupt nicht erwirtschaftet werden können - dies nicht bedeutet, dass in derartigen Fällen hinsichtlich § 2 Abs. 2 Z 5 UStG ein anderes Kriterium für die objektive Ertragsfähigkeit herangezogen werden kann, als die Prognose auf die Erzielung eines Gesamterfolges innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes. Es war daher keineswegs abwegig, dass sich das Finanzamt auch für die Umsatzsteuer an der Erzielung eines Gesamterfolges innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes orientierte.

Wenn das Finanzamt auch zu der nunmehrigen Ansicht nicht bereits im ersten Jahr gelangte, sondern diese Entscheidung bei "besserer Einsicht" traf, so steht dies der getroffenen Entscheidung nicht entgegen. Gerade bei der vorliegenden Konstellation – Einnahmenüberschüsse im dritten und vierten Jahr – wäre bei Einstufung der Vermietung als Liebhaberei durch das Finanzamt von Beginn an ein Vorwurf der Bw. nahe liegend gewesen. Es sollte aber dann dem Finanzamt nicht verwehrt sein, bei entsprechender "Klarheit" bzw. einem Sich-Herauskristallisieren der "wahren" Ergebnisse die maßgeblichen Änderungen durchführen zu können. Bei Wirtschaftsgütern der "Konsumsphäre" wäre eine sofortige, endgültige Entscheidung über die Unternehmereigenschaft im ersten Jahr mit unveränderbarer "Bindungswirkung" für die Folgejahre fern der Praxis, weil es gerade in diesem Fall der Steuerpflichtige in der Hand hätte, durch "(be)schön(igend)e" Prognosezahlen das Finanzamt zu einer "unumstößlichen" Bejahung der Unternehmereigenschaft zu veranlassen.

Die Bw. wiesen innerhalb von 11 Jahren einen Werbungskostenüberschuss iHv rd. 136.000,00 und selbst unter Einbeziehung der zuletzt maßgeblichen Prognose I nach Ablauf von rd. 15 Jahren einen Werbungskostenüberschuss iHv rd. S 34.000,00 aus, wobei man wegen der genannten Verschlechterung der Ertragslage von der Nichtrealisierbarkeit der prognostizierten Zahlen ausgehen durfte. In zwei Jahren der 11-jährigen Vermietung haben die Bw. Einnahmenüberschüsse ausgewiesen. Bei den ausgewiesenen Zahlen und unter Berücksichtigung der auf Grund äußerer Einflüsse immer schlechteren Ertragslage konnte der Senat nicht zur Überzeugung gelangen, dass die Vermietung "auf Dauer gesehen Gewinne oder Einnahmenüberschüsse erwarten" ließ. Die Qualifikation als umsatzsteuerliche Liebhaberei erfolgte daher zu Recht.

2. VORSTEUERBERICHTIGUNG GEMÄSS § 12 Abs. 10 UStG 1994:

Der Umsatzsteuer unterliegt gemäß **§ 1 Abs. 1 Z 2 UStG 1994** der Eigenverbrauch im Inland. Eigenverbrauch liegt vor

a) wenn ein Unternehmen Gegenstände (einschließlich des Betriebes, Teilbetriebes, oder des Unternehmens selbst), die seinem Unternehmen dienen oder bisher gedient haben, für Zwecke verwendet oder verwendet lässt, die außerhalb des Unternehmens liegen; ...

Gemäß **§ 6 Abs. 1 Z 9 lt. a UStG 1994** sind von den unter § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 fallenden Umsätzen die Umsätze von Grundstücken im Sinne des § 2 des Grunderwerbsteuergesetzes 1987 steuerfrei.

Ändern sich bei einem Gegenstand, den der Unternehmer in seinem Unternehmen als Anlagevermögen verwendet oder nutzt, in den auf das Jahr der erstmaligen Verwendung folgenden vier Kalenderjahren die Verhältnisse, die im Kalenderjahr der erstmaligen

Verwendung für den Vorsteuerabzug maßgebend waren (Abs. 3), so ist gemäß **§ 12 Abs. 10 UStG 1994** für jedes Jahr der Änderung ein Ausgleich durch eine Berichtigung des Vorsteuerabzuges durchzuführen. Dies gilt sinngemäß für Vorsteuerbeträge, die auf nachträgliche Anschaffungs- oder Herstellungskosten, aktivierungspflichtige Aufwendungen oder bei Gebäuden auch auf Kosten von Großreparaturen entfallen, wobei der Berichtigungszeitraum vom Beginn des Kalenderjahres an zu laufen beginnt, das dem Jahr folgt, in dem die diesen Kosten und Aufwendungen zu Grunde liegenden Leistungen im Zusammenhang mit dem Anlagevermögen erstmals in Verwendung genommen worden sind. Bei Grundstücken im Sinne des § 2 des Grunderwerbsteuergesetzes 1987 (einschließlich der aktivierungspflichtigen Aufwendungen und der Kosten von Großreparaturen) tritt an die Stelle des Zeitraumes von vier Kalenderjahren ein solcher von neun Kalenderjahren. Bei der Berichtigung, die jeweils für das Jahr der Änderung zu erfolgen hat, ist für jedes Jahr der Änderung von 1/5, bei Grundstücken (einschließlich der aktivierungspflichtigen Aufwendungen und der Kosten von Großreparaturen) von 1/10 der gesamten auf den Gegenstand, die Aufwendungen oder Kosten entfallenden Vorsteuer auszugehen; im Falle der Veräußerung oder der Entnahme ist die Berichtigung für den restlichen Berichtigungszeitraum spätestens in der letzten Voranmeldung des Veranlagungszeitraumes vorzunehmen, in dem die Veräußerung erfolgte.

§ 12 Abs. 10 UStG 1994 sieht eine Berichtigung des Vorsteuerabzuges vor, wenn sich die Verhältnisse ändern, die für den Vorsteuerabzug maßgebend waren. Die Änderung der Verhältnisse muss im Unternehmensbereich eingetreten sein. Eine solche Änderung kann daher nur vorliegen, wenn der Unternehmer ursprünglich Umsätze ausführte, die ihn zum Vorsteuerabzug berechtigten, in weiterer Folge aber Umsätze ausführt, die ihn vom Vorsteuerabzug ausschließen. Eine Änderung der Verhältnisse liegt erst mit der tatsächlich geänderten Verwendung vor.

Das Finanzamt vertritt die Ansicht, dass die Bw. bis 2000 nach außen hin auch gegenüber dem Finanzamt faktisch als Unternehmer aufgetreten seien. Ab 2001 seien sie – weil Liebhaberei festgestellt wurde – keine Unternehmer mehr gewesen und sei folglich ein Übergang von der unternehmerischen Tätigkeit zur nichtunternehmerischen Tätigkeit iSd § 2 Abs. 5 Z 2 UStG 1994 gegeben. Zufolge des unecht steuerfreien Eigenverbrauches des § 6 Abs. 1 Z 9 lit. a UStG 1994 sei eine Vorsteuerberichtigung gemäß § 12 Abs. 10 UStG 1994 vorzunehmen.

Die Verhältnisse haben sich jedoch unbestrittenmaßen nicht geändert. Die Wirtschaftsführung war in den Jahren 1992 bis 2002 die gleiche, dies stellt selbst das Finanzamt nicht in Abrede. Wenn die Unternehmereigenschaft der Bw. nach Auffassung des Finanzamtes in den Umsatzsteuerbescheiden 1992 bis 2000 zu Unrecht bejaht wurde und

eigentlich von Beginn an zu verneinen gewesen wäre, so kann diese "unrichtige Unternehmereigenschaft den Bw. nicht zum Nachteil gereichen. Bei der gegebenen Sachlage ist daher nach Auffassung des Senates im Jahr 2001 von keiner "Änderung der Verhältnisse" und folglich von keinem im Unternehmensbereich gelegenen "Übergang" von der unternehmerischen zur nichtunternehmerischen Tätigkeit und einem damit verbundenen unecht befreiten Grundstückseigenverbrauch auszugehen. Für eine Berichtigung nach § 12 Abs. 10 UStG 1994 bleibt somit kein Raum (vgl. auch Rauscher/Grübler, Steuerliche Liebhaberei in Rechtsprechung und Verwaltungspraxis, S. 287).

Der Berufung gegen den Umsatzsteuerbescheid 2001 ist daher teilweise Folge zu geben und die Vorsteuerberichtigung nicht in Ansatz zu bringen. Im Übrigen wird die Berufung gegen die Umsatzsteuerbescheide 2001 und 2002 als unbegründet abgewiesen und gleichzeitig ausgesprochen, dass eine Veranlagung zur Umsatzsteuer 2001 und 2002 zu unterbleiben hat.

Klagenfurt, am 27. Oktober 2005