



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Feldkirch  
Senat (Feldkirch) 2

GZ. RV/0187-F/10

## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vertreten durch WT, vom 19. Mai 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Bregenz vom 21. April 2009 betreffend Umsatzsteuer 2007 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber, nachfolgend Bw abgekürzt, nutzt eine Eigentumswohnung in Adresse, teils für unternehmerische (43,18 %), teils für unternehmensfremde bzw nichtunternehmerische Zwecke (56,82 % eigene Wohnzwecke). In Ergänzung zu den elektronisch eingereichten Steuererklärungen für das Streitjahr teilte er mit Schriftsatz vom 17.4.2009 unter Berufung auf Rechtsprechung des EuGH dem Finanzamt mit, die gemischt genutzte Eigentumswohnung zur Gänze dem Unternehmensbereich zuzuordnen und für sie den vollen Vorsteuerabzug geltend zu machen.

Das Finanzamt wich von den eingereichten Erklärungen ab und versagte hinsichtlich des zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnungsteiles den Vorsteuerabzug. Begründend führte es unter Verweis auf eine abgabenbehördliche Prüfung und den darüber erstellten Prüfungsbericht vom 9.6.2008 aus: Gem. § 3a Abs. 1a Z 1 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 idF ab 1.5.2004 sei der Abzug von Vorsteuern ausgeschlossen, soweit sie im Zusammenhang mit der Verwendung eines dem Unternehmen zugeordneten Grundstückes für die genannten Zwecke stünden.

Der Bw erhab Berufung. In ihr wiederholte er unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH (ua EuGH 8.5.2003, [C-269/00, Seeling](#); EuGH 23.4.2009, [C-460/07, Puffer](#)) sein Begehren auf die volle Anerkennung der geltend gemachten Vorsteuern.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 29.3.2010 wies das Finanzamt die Berufung unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.5.2009, [2009/15/0100](#)) zusammengefasst mit der Begründung ab, der Vorsteuerausschluss ergebe sich aus der Anwendung von [§ 12 Abs. 2 Z 2 lit. a UStG 1994](#) und finde im Gemeinschaftsrecht Deckung.

Der Bw brachte durch seine steuerliche Vertretung einen Vorlageantrag ein. In ihm hielt er sein Berufungsbegehren aufrecht. Gleichzeitig regte er an, 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 kann im gegenwärtigen Verfahrensstadium allein die Rechtsfrage sein, ob der innerstaatlich im Zeitpunkt des EU-Beitritts geltende Vorsteuerausschluss für Gebäude Teile, die zu privaten Wohnzwecken genutzt werden, durchgehend (insbesondere in der Zeit vom 1.1. bis zum 1.5.2004, konkret bis ins Streitjahr) zum innerstaatlichen Rechtsbestand zählte. Denn eine innerstaatliche Gesetzesänderung, durch die der Vorsteuerausschluss erweitert oder (wieder) eingeführt worden wäre, würde gegen Gemeinschaftsrecht verstößen 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, UStG<sup>4</sup>, § 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 erkennen, dass hierin im Schrifttum von renommierter Seite eine Unionsrechtswidrigkeit geortet wird, woran andere allerdings wiederum u.a. im Hinblick auf widersprüchliche Judikatur des Europäischen Gerichtshofs (vgl. Ruppe/Achatz, UStG<sup>4</sup>, § 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, UStG<sup>4</sup>, § 3 Tz 299). Aus welchen Gründen dies geschehen ist, wird unterschiedlich beurteilt, kann im gegenständlichen Verfahren nicht geklärt werden, ist aber letztlich (mangels Bindungswirkung) auch ohne Belang.

Aus den genannten Gründen war die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Feldkirch, am 11. Jänner 2012