



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw, vertreten durch Dkfm Karl Holztrattner, 1130 Wien, Fichtnergasse 10, gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf betreffend Umsatzsteuer 2001 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

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

Die Fälligkeit des mit dieser Berufungsentscheidung festgesetzten Mehrbetrages der Abgabe ist aus der Buchungsmitteilung zu ersehen.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw) wurde rückwirkend per 1.10.2000 in die Fa MG GesmbH (in der Folge GesmbH) nach den Bestimmungen des Umgründungssteuergesetzes Art. III eingebracht.

Da die Einbringung rückwirkend innerhalb der Neunmonatsfrist erfolgte, wurde die laufende Umsatzsteuer bis 30.6.2001 bei der Bw gemeldet und auch bezahlt.

Anlässlich einer abgabenbehördlichen Prüfung der GesmbH wurde festgestellt, dass die Fa M offiziell weder für die Bw noch für die GesmbH gearbeitet hat. Eine der Fa M nicht bekannte Person hat mit den Rechnungsfomularen der Fa M Geschäfte getätigt, die eine Kürzung der

Vorsteuer zur Folge hat. Diese ist bei der Umsatzsteuerveranlagung 2001 bei der Bw vorzunehmen. Die Höhe der gekürzten Vorsteuer betrug ATS 40.339,20.

In der frist- und formgerechten Berufung wird ausgeführt, die Bw sei von W K B kontaktiert worden – wobei Herr B Gerüstarbeiten (Ausbau, Ergänzungen, Verschiebungen und Abbau der Gerüste) im Namen der Fa M angeboten habe.

Nachdem die Bausaison – insbesondere im Gerüstbau – sehr kurzfristig sei und die Mitarbeiterkapazität in der Bauhauptsaison nicht ausreiche, sei die Bw gezwungen, Fremdfirmen als Subunternehmer einzuschalten.

Die Fa. M hätte die ersten Probeaufträge zur Zufriedenheit erledigt, auch hinsichtlich der Preise hätten sich keine Unüblichkeiten ergeben und es hätte eine Reihe von Bauvorhaben professionel mit der M abgewickelt werden können.

Die Preisgestaltung habe auch dazu geführt, dass nach Abzug der Kosten der M eine zufrieden stellende Gewinnspanne gegenüber dem Auftraggeber der Bw verblieben sei.

Die Fristen seien seitens der M eingehalten worden, so dass während der ganzen Zusammenarbeit keine Probleme entstanden seien.

Die Bezahlung sei – wie in der Gerüstbaubranche üblich – durch Schecks nach Kontrolle der korrekten Erledigung des Auftrages erfolgt.

Anlässlich der Abstimmung von Rechnungen sei festgestellt worden, dass eine Rechnung vom Mai 2001 gefehlt habe und habe die Buchhalterin der Bw die M kontaktiert und mit Frau S telefoniert, wobei Frau S mitgeteilt habe, dass sie keinen Herrn B kenne.

Herr B sei am Handy erreicht worden und vom Geschäftsführer der Bw zur Rede gestellt worden, dass ihn bei der Fa. MSV-Bau GesmbH niemand kenne. Herr B sagte, dass er die Angelegenheit klären werde, hätte jedoch seither nicht mehr erreicht werden können.

Weder die Bw noch die GesmbH seien geschädigt, da die Arbeiten zur Zufriedenheit verrichtet worden seien. Es sei mit dem üblichen m²-Preis abgerechnet worden und hätten die Leistungen durch den Subunternehmer auch zu einem guten Deckungsbeitrag geführt, so dass diese Aufträge durchaus wirtschaftlich positiv hätten abgerechnet werden können.

Im Zuge der Außenprüfung – Umsatzsteuervornameldungsprüfung – für die Zeit 06/02 bis 04/03 seien mit den Prüfungsorganen ausführliche Besprechungen abgehalten worden und es sei eindeutig nachgewiesen worden, dass die Leistungen erbracht und verrechnet worden seien (Rechnungen lägen auf) und es sei anhand von Beispielen dargestellt, dass die Kosten

des Subunternehmers voll in die Kalkulation eingeflossen seien und mit einer guten Gewinnspanne an den Auftraggeber hätten verrechnet werden können.

Selbstverständlich habe sich die Bw einen Firmenbuchauszug besorgt, laut dem als Geschäftsführer Mirsad Skrijelj und Gesellschafter Md S Gesellschafterin V S eingetragen seien.

Aus dem historischen Firmenbuchauszug sei ersichtlich, dass die ersten Eintragungen im Jahr 1994 und weitere in den Jahren 2000 und 2001 erfolgt seien.

Eine Anfrage an das Finanzamt betreffend Seriösität der Fa hätte zu keiner zufrieden stellenden Auskunft geführt, da das Finanzamt auf Grund des Steuergeheimnisses keine Firmendaten zur Verfügung stellen könne.

Es liege daher folgender Sachverhalt vor:

1. Es sei eine Leistung an einen Subuntrnehmer beauftragt worden, die zur Zufriedenheit des Auftraggebers erledigt worden sei.
2. Die Leistung sei korrekt abgerechnet worden.
3. Bei manchen Leistungen seien Abstriche notwendig geworden, die auch seitens der M anerkannt worden seien.
4. Die vom Subunternehmer erbrachten Leistungen seien mit Gewinn an den Auftraggeber der GesmbH weiterverrechnet worden.
5. Die Leistungen an den Subunternehmer seien pünktlich bezahlt worden.

Aus der gesamten Abwicklung der Gerüstbauaufträge hätte kein Verdacht auf eine unkorrekte Handlung seitens des Subunternehmers geschlossen werden können.

Das Umsatzsteuergesetz sei in § 27 Abs. 9 mit Wirksamkeit ab 2003 insoweit ergänzt worden, als der Unternehmer für die Steuer für einen an ihn ausgeführten Umsatz, soweit diese in einer Rechnung im Sinne des § 11 UstG ausgewiesen worden sei, der Aussteller der Rechnung seiner vorgefassten Absicht, die ausgewiesene Steuer nicht entrichte und der Unternehmer bei Eingehen der Leistungsbeziehung davon Kenntnis gehabt habe. Treffe dies auf mehrere Unternehmer zu, so hafteten diese als Gesamtschuldner.

Es hätte kein Indiz für eine nicht gesetzeskonforme Handlung gefunden werden können.

Aus der gesamten Abwicklung der Geschäfte hätte kein Verdacht und Indiz für eine nicht gesetzeskonforme Handlung entstehen können, es sei somit auch keine Sorgfaltspflicht verletzt worden.

Allein aus der Tatsache, dass im Umsatzsteuergesetz diese § 27 Abs. 9 Regelung eingebracht worden sei, sei ersichtlich, dass diese gesetzlichen Bestimmungen notwendig gewesen seien, um einen Missbrauch zu vermeiden bzw. einen Haftungstatbestand zu erreichen.

Das sei jedoch erst seit 1.1.2003 in Geltung und könne daher auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden.

Die Nichtanerkennung der Vorsteuern sei daher rechtswidrig.

Am 16.8.2004 erging an die Bw ein Vorhalt folgenden Inhalts:

„Bei Einbringungen gemäß Art III UmgrStG gilt für die Umsatzsteuer keine Rückwirkungsfiktion. Der Übergang der umsatzsteuerlichen Zurechnung kann mit dem der Anmeldung zur Eintragung im Firmenbuch (das wäre in Ihrem Fall der 1.7.2001) bzw. mit dem der Meldung beim zuständigen Finanzamt folgenden Monatsersten angenommen werden, sofern der zuständigen Abgabenbehörde kein anderer Stichtag des tatsächlichen Wechsels der Unternehmereigenschaft dargetan wird (Rz1221 UmgrStR). Die Umsätze der Monate Mai und Juni 2001 sind daher noch bei der KG zu erfassen. Da das Wirtschaftsjahr der KG von 1.5.2000 bis 30.4.2001 gelaufen ist, wäre für die Monate Mai und Juni 2001 umsatzsteuerrechtlich ein Rumpfwirtschaftsjahr anzusetzen. In die Steuererklärung der KG für 2001 sind dann sowohl die Umsätze des Wirtschaftsjahres 05/00 - 04/01 als auch die Umsätze des Rumpfwirtschaftsjahres 05/01 - 06/01 aufzunehmen. Diese Steuererklärung ist zu erstellen und nachzureichen. Eine Aufstellung der Ausgangsrechnungen für 05/01 und 06/01 ist anzuschließen. Gemäß § 12 (1) Z1 UStG 1994 ist eine Rechnung unabdingbare Voraussetzung für den Vorsteuerabzug. Daher ist mit Abweisung Ihrer Berufung zu rechnen.“

Mit Eingabe vom 1.9.2004 hat die Bw berichtigte Umsatzsteuererklärungen für den Zeitraum 1.5.2000 bis 30.6.2001, die Umsatzsteuerbemessungsgrundlage für den Zeitraum 1.5.1999 bis 30.4.2000 sowie die Umsatzsteuerbemessungsgrundlage 1.5.2000 bis 30.6.2001 bekannt gegeben. Die geltend gemachte Vorsteuer betrug ATS 3.066.643,50. In diesem Betrag sind auch die strittigen Vorsteuern enthalten und zwar für den Zeitraum 1.5.2000 bis 30.4.2001 mit einem Betrag in Höhe von ATS 40.339,20 und für den Zeitraum 1.5.2001 bis 30.6.2001 mit einem Betrag in Höhe von 122.688,81, zusammen somit ATS 163.008,01.

Die Zeugin V S hat angegeben:

„Ich bin Gesellschafterin der Baufirma M in Adr etabliert. Ich erhielt heute gegen 12.00 Uhr einen Anruf von der GesmbH. Diese hat den Sitz in Adr1. Tel.: xyz

Es meldete sich ein Herr G und forderte von mir eine Rechnung für geleistete Arbeiten aus dem Jahr 2002. Angeblich hat er die Rechnung bei einem Herrn B schon mehrmals urgirt. Ich

teilte dem Anrufer mit ,dass meine Baufirma nie für die GesmbH gearbeitet hat und mir ein B absolut unbekannt ist Ich wollte nun genaueres von dem Angestellten der GesmbH über den Sachverhalt wissen. Er teilte mir nun mit, dass meine oa. Baufirma seit einem Jahr für die GesmbH gearbeitet hat. Er hätte Rechnungen mit unserem Briefkopf. Ich habe mir den Briefkopf nun näher beschreiben lassen und konnte gravierende Unterschiede zu unserem Geschäftspapier bemerken. Wir schreiben Firmennamen mit Punkten dazwischen. Unsere Faxnummer fehlte. Weiters haben wir die Volksbank und nicht wie auf dem nun offensichtlich gefälschten Briefkopf die BAWAG. Weiteres ist eine falsche UID Nummer des Finanzamtes darauf. Dies sind die mir aufgefallenen Unterschiede zu unserem Briefkopf.

Konkret zum weiteren Sachverhalt befragt teilte Hr. G mit, dass Herrn B wöchentlich für angeblich geleistete Arbeiten Rechnungen mit unserem Briefkopf abliefert. Im Gegenzug werde an den B die Ausbezahlung dieser Summen mit Schecks getätigt. Angeblich holt sich der B diese Schecks immer persönlich ab.

Ob diese Arbeiten von B tatsächlich geleistet wurden oder ob die Bw für ungeleistete Arbeiten bezahlt hat ist mir nicht bekannt Auch weiß ich nichts über die ausbezahlte Summe von der Bw an den B.

Ich weiß nicht ob die Gerüstbau finanziell geschädigt ist. Derzeit ist meine Baufirma M finanziell nicht geschädigt Es kann nur so sein, dass die GesmbH eine Überprüfung des Finanzamtes hat und dabei die gefälschten Rechnungen des B bemerkt. In so einem Fall würde das Finanzamt zu mir kommen und mich fragen warum ich dafür keine Steuer bezahlt habe. Aus diesem Grunde möchte ich nun die Anzeige gegen den mir unbekannten B machen. Bei der GesmbH interessiert sich offensichtlich niemand für den Vorfall zeigt sich nicht kooperativ. Dabei müsste diese Firma aber finanziell geschädigt sein, da sie offensichtlich für unerledigte Arbeiten des B an diesen Scheck übergibt.

Ich habe den Hr. G mehrfach um Übersendung der Rechnungen mit dem gefälschten Briefkopf unserer Firma gebeten. Er hat aber diesbezüglich nicht reagiert. Ich halte es nun für möglich das bei der GesmbH jemand mit dem B gemeinsame Sache macht

Gegen 15.00 Uhr erhielt ich nun den Anruf des Hr. B. Er gab sich als Mitarbeiter der GesmbH aus. Er stellte den ganzen Vorfall nun als Irrtum einer Sekretärin der GesmbH aus. Ich habe ihn um seine Rückrufnummer gebeten und er gab mir die Nr.: xyu. Ich habe nicht mehr zurückgerufen und bin gleich zur Polizei gekommen. Abschließend möchte ich noch angeben dass ich derzeit finanziell nicht geschädigt bin. Ich möchte nur, dass der offensichtliche Fälscher unseres Briefkopfes bekannt wird und ich keine Schwierigkeiten mit dem Finanzamt bekommen könnte.

Weitere Angaben zum Sachverhalt kann ich nicht machen und ich habe die Wahrheit gesagt.“

Der Zeuge F P machte folgende Angaben:

„Ich bin bei der GesmbH, etabliert in Adr2 beschäftigt. Wir sind im Bereich Gerüstbau tätig und bedienen uns zum Aufstellen der Gerüste diverser Subunternehmen. Wir vergeben Aufträge an ca. 4 bis 5 Subunternehmen. Wir bleiben unseren Subunternehmen eher treu, dass heißt, wir wechseln nicht ständig.

Ca. Mitte 2001 kam ein Herr B nach telefonischer Voranmeldung zu mir und stellte sich als „Vertreter“ der Fa. M, etabliert in Adr vor. Er machte mir ein Preisangebot für das Aufstellen von Gerüsten und ich entschloss mich, dass ich diesem Hr. B Aufträge zum Aufstellen von Gerüsten verschaffen werde. Die Arbeiten sehen so aus, dass meine Firma die Materialien zum Bauobjekt liefert und das Gerüst dann von der Subfirma aufgestellt wird. Außer Arbeitskräfte und diverses Handwerkszeug muss von dieser Firma nichts weiter beigestellt werden.

Anfangs gab es mit der Qualität der Arbeit der Fa. M Probleme, jedoch konnte dies ausgeräumt werden. Der Hr. B kam dann ca. 2 bis 4 mal die Woche und holte sich die folgenden Aufträge und einmal in der Woche, meistens am Wochenanfang, kam er mit der Rechnung für die geleisteten Arbeiten der Vorwoche und kassierte den offenen Betrag mittels Scheck.

Die Arbeiten wurden von der Fa. M bis ca. Dezember 2002 durchgeführt, dann wurden aufgrund der Witterung keine weiteren Aufträge vergeben. Die Auftragslage wäre dann vermutlich im April wieder besser geworden und wir hätten die Fa. M wieder beschäftigt.

Kontakt hatten wir zu Hr. B immer per Telefon unter dem Anschluss xyu.

Wir bemerkten dann irgendwann im Jänner 2003, dass uns eine Rechnung, vermutlich vom Mai 2002 fehlte und wollten Hr. B auf dem Handy anrufen, jedoch konnten wir ihn nicht erreichen. Aus diesem Grund telefonierte unsere Buchhalterin, Fr. Gr, mit einer Fr. S der Fa. MSV-Bau GesmbH, wobei diese angab, dass sie keinen Hr. B kenne.

Vermutlich der Hr. G unserer Firma konnte dann Hr. B am Handy erreichen und stellte ihn zur Rede, da ihm bei der Fa. M niemand kenne. Er sagte, dass er die Angelegenheit klären werde. Seit dieser Zeit haben wir nichts mehr von Hr. B gehört.

Es wurde bereits das Finanzamt (2 und 20 Bezirk) eingeschaltet, welche sämtliche Rechnungen betreffende Fa. M angefordert hat.

Soweit ich weiß, hat sich Hr. B mit W. B unterschrieben, Nähere Personaldaten habe ich keine. Ich würde ihn auf ca. 45 Jahre schätzen, ca. 180 bis 185 cm groß, schlanke Statur, dunkles kurzes Haar, kein Bart und kein Brillenträger. Er hatte auf alle Fälle ein gepflegtes Auftreten.

Da er von uns Schecks entgegen genommen hatte, kann ich auch keine Bankverbindung angeben.

Die GesmbH wurde auf alle Fälle nicht geschädigt, da die Arbeiten schlussendlich zur Zufriedenheit verrichtet wurden. Es gibt bei uns eine Quadratmeterpauschale, nach der abgerechnet wird.

Die Fa M legte bei uns wöchentlich Rechnungen in der Höhe von durchschnittlich ca. 2.000,00 bis 4.000,00 Euro, wobei die Wintermonate ausgenommen sind. In den Wintermonaten gibt es ganz spärlich Aufträge.

Mehr kann ich dazu nicht sagen.“

Der Gendarmerieposten Guntramsdorf schrieb am 17.3.2003 an die Prüfungsabteilung für Strafsachen:

“Zu obigem Betreff wurde mit den vorhandenen Daten des Verdächtigen eine KPA Verknüpfungsabfrage durchgeführt. Mit den vorgefundenen Lichtbildern wurde am 10.3.2003 um 10.15 A G, Angestellter der GesmbH konfrontiert. Dieser erkannte an Hand eines Lichtbildes eindeutig W K B, geb. KI, geb. am TMJ in Wien, als jenen Mann, der seit Mitte 2001 auf den Namen der Fa M Arbeiten für die Bw durchführte.

Bei der Bw trat B mit einem dunkelblau lackierten PKW, Marke Opel Omega (älteres Baujahr, Limousine) in Erscheinung. Hinweise auf den derzeitigen Aufenthaltsort des W K B konnten nicht ermittelt werden.“

Folgender Sachverhalt wird festgestellt:

Mitte 2001 trat W K B an die Bw heran und hat sich im Namen der Fa M als Subunternehmer angeboten.

In den ausgestellten Rechnungen war der Firmenname, die Faxnummer, die Bankverbindung und die UID-Nummer unrichtig angeführt.

Die Fa M hat für die Bw niemals Leistungen erbracht und auch keine Rechnungen ausgestellt. auch ist der Fa MSV-Bau GesmbH ein Herr B nicht bekannt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gem. § 12 Abs. 1 Z. 1 UStG 1994 kann der Unternehmer jene Vorsteuerbeträge abziehen, die von anderen Unternehmern in einer Rechnung (§ 11) an ihn gesondert ausgewiesene Steuer für Lieferungen und sonstige Leistungen, die im Inland für sein Unternehmen ausgeübt worden sind.

Eine Rechnung muss gem. § 11 Abs. 1 enthalten:

1. den Namen und die Anschrift des liefernden oder leistenden Unternehmers;
2. den Namen und die Anschrift des Abnehmers der Lieferung oder des Empfängers der sonstigen Leistung;
3. die Menge und die handelsübliche Bezeichnung der gelieferten Gegenstände oder die Art und den Umfang der sonstigen Leistung;
4. den Tag der Lieferung oder der sonstigen Leistung oder den Zeitraum, über den sich die sonstige Leistung erstreckt. Bei Lieferungen oder sonstigen Leistungen, die abschnittsweise abgerechnet werden genügt die Angabe des Abrechnungszeitraumes, soweit dieser einen Kalendermonat nicht übersteigt;
5. das Entgelt für die Lieferung oder sonstige Leistung und
6. den auf das Entgelt entfallenden Steuerbetrag.

In den Rechnungen ist als leistendes Unternehmen die Fa M ausgewiesen, die aber weder für die Bw noch für die GesmbH tätig geworden ist.

Wie sich aus der Zeugenaussage der Gesellschafterin V S ergibt, hat die M Leistungen weder für die Bw noch für die GesmbH erbracht. Schon aus diesem Grund ist ein Abzug der Vorsteuer nicht möglich.

Die Berufungsausführungen „...selbstverständlich hat sich die GesmbH einen Firmenbuchauszug besorgt...“ und „...eine Anfrage an das Finanzamt betreffend Seriösität hätte zu keiner zufrieden stellenden Auskunft geführt...“ lassen erkennen, dass seitens der Bw sehr wohl Zweifel bestanden haben, ob Herr B tatsächlich für die MSV-Bau GesmbH aufgetreten ist. Es wäre die Pflicht der Bw bzw. der GesmbH gewesen, sich bei der MSV-Bau GesmbH zu erkundigen, ob Herr B überhaupt vertretungsbefugt ist, nachdem sich eine derartige Annahme aus dem Firmenbuch nicht ergeben hat.

Nachdem die M für die Bw bzw. für die GesmbH nicht tätig geworden ist, kann sie auch Abstriche bei einzelnen Leistungen nicht akzeptiert haben.

Wenn auch die Berufungsausführungen, die Bestimmung des § 27 Abs 9 UStG 1994 gelte erst ab dem Jahr 2003 und sei daher auf den gegenständlichen Fall nicht anwendbar, zutreffend sind, so vermag dieser Hinweis dennoch kein anderes Ergebnis herbeizuführen. Diese Bestimmung beinhaltet die Haftung für in einer Rechnung ausgewiesene Umsatzsteuer, wenn der Leistungserbringer die Umsatzsteuer nicht abführt und der Leistungsempfänger davon wusste oder wissen hätte müssen. Keinesfalls kann aus dieser Bestimmung eine Berechtigung zum Vorsteuerabzug abgeleitet werden.

Die Gründe, warum ein Vorsteuerabzug im gegenständlichen Fall nicht zulässig ist, wurden oben aufgezeigt. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Leistungen von einem Subunternehmer zur Zufriedenheit des Auftraggebers ausgeführt und korrekt abgerechnet wurden, mit Gewinn weiterverrechnet werden konnten und pünktlich bezahlt wurden. Ein Vorsteuerabzug wäre in diesen Fällen nur dann zulässig gewesen, wenn der Subunternehmer eine korrekte Rechnung ausgestellt hätte.

Da die Umsätze für das Rumpfwirtschaftsjahr 1.5.2001 bis 30.6.2001 im angefochtenen Bescheid nicht enthalten waren, war dies durch die Berufungsentscheidung richtig zu stellen. Die Bemessungsgrundlagen für die Umsatzsteuer 2001 waren aus den ergänzenden Umsatzsteuererklärungen zu entnehmen, wobei jedoch die Vorsteuer um den Betrag in Höhe von ATS 163.008,01 zu kürzen war. Zieht man diesen Betrag von der gesamten beantragten Vorsteuer in Höhe von ATS 3.066.643,50 ab, so errechnet sich die abziehbare Vorsteuer lt. BE mit ATS 2.903.635,49.

Es war daher der angefochtene Bescheid abzuändern.

Beilage: 1 Brechnungsblatt

Wien, am 20. Juni 2008