



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch Z über die Berufung der Y, vom 2. März 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes X, vertreten durch W, vom 8. Februar 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 308 BAO betreffend Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG 1994 nach der am 13. Juni 2006 in V, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert und der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewilligt.

Entscheidungsgründe

Zur Vorgeschichte wird im Verfahren RV/2067-W/04 folgendes ausgeführt:

Die Berufungswerber, Re. und K., (Bw.), führen gemeinsam einen Weinbaubetrieb.

Für das Jahr 2003 legten sie eine Umsatzsteuererklärung sowie die Erklärung über einheitlich und gesondert festzustellende pauschalisierte Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft vor.

Ihre Umsätze erklärten sie nicht gemäß § 22 UStG pauschal, sondern legten eine Umsatzsteuererklärung vor, in der sie die Umsätze und Vorsteuern gemäß den allgemeinen Regeln des Umsatzsteuergesetzes ermittelten.

Eine ausdrückliche Mitteilung auf die Besteuerung gemäß § 22 Abs 6 UStG zu verzichten, wurde von ihnen vorerst nicht abgegeben.

Es wurde jedoch, auch im Finanzamtsakt aufliegend, mit Eingangsstempel 29. Oktober 2003 am zuständigen Finanzamt eine Erklärung gemäß § 6 Abs 3 UStG 1994 (Verzicht auf die Steuerbefreiung für Kleinunternehmer) abgegeben. In dieser Erklärung wurde auf die Steuerbefreiung gemäß § 6 Abs 1 Z 27 UStG 1994 ab dem Kalenderjahr 2003 verzichtet.

Aktenkundig ist auch, dass K. und Re. (Sohn und Mutter) seit dem Veranlagungsjahr 1996 gemeinsam diesen landwirtschaftlichen Betrieb führen.

Die Beilage zur Umsatzsteuererklärung 2003 listete die Einnahmen aus Bouteillenwein- und Flaschenweinverkauf sowie den Eigenverbrauch auf, von denen die entsprechende Umsatzsteuer berechnet wurde. Demgegenüber wurden die geltend gemachten Vorsteuern gestellt. Auf einer weiteren Beilage listeten die Bw. jene Ausgaben auf, aus denen die geltend gemachte Vorsteuer ermittelt wurde.

Das Finanzamt erließ einen Umsatzsteuerbescheid vom 24.9.2004, in dem es die landwirtschaftlichen Umsätze pauschal gemäß § 22 UStG festsetzte und keine Vorsteuer anerkannte. Begründend wurde ausgeführt, dass die beantragten Vorsteuerbeträge nicht gewährt werden konnten, weil die Verzichtserklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG nicht bis zum Ablauf des Veranlagungszeitraumes 2003 beim Finanzamt eingereicht worden sei. Gemäß § 22 Abs 6 UStG könne der Unternehmer bis zum Ablauf des Veranlagungszeitraumes gegenüber dem Finanzamt schriftlich erklären, dass seine Umsätze von Beginn dieses Kalenderjahres an nicht nach den Abs 1 bis 5, sondern nach den allgemeinen Vorschriften dieses Bundesgesetzes besteuert werden sollen.

Im Veranlagungsakt ist ein Gedächtnisprotokoll in Form eines Aktenvermerkes des Finanzbediensteten S abgelegt.

Dieses Gedächtnisprotokoll führt aus:

"Im September 2002 wurde im FA N das Pilotprogramm gestartet. Ich arbeitete im BV 22 mit den Kollegen R und Q in einem Raum.

Im Spätherbst 2002 (Ende Oktober, November, Anfang Dezember 2002), es war schon den ganzen Tag das Licht eingeschaltet, erhielt ich einen Anruf von P.

Sie stellte mir Fragen, betreffend Regelbesteuerung mit der Errichtung einer Vinothek und Fremdenbeherbung im Zusammenhang eines Weinbaubetriebes.

Ich sagte zu ihr, wenn ein Gewerbebetrieb vorliegt, braucht sie nur den Antrag auf Regelbesteuerung stellen. Sollte aber die Vinothek und Fremdenzimmervermietung als Nebenbetrieb des Weinbaues geführt werden, muss sie nach dem UStG bis Jahresende auf die Umsatzsteuerpauschalierung für Landwirte verzichten.

Ihre Antwort lautete, dass die Verzichtserklärung nicht notwendig ist, da nicht beabsichtigt ist die Vinothek und Beherbergung als Nebenbetrieb zu führen um unter Umständen umsatzsteuerliche Nachteile (Weinverkäufe in der Landwirtschaft voll umsatzsteuerpflichtig) zu haben, sondern im Gegenteil soll der Weinbau und der Gewerbebetrieb getrennt sein. In der Vinothek sollen nicht nur Eigenbauweine, sondern überwiegend die Erzeugnisse der im Weinbaugebiet produzierenden Winzer angeboten werden. Der Beherbergungsbetrieb ist darauf ausgerichtet die Degustationsgäste unterzubringen und allenfalls Zimmer im Rahmen der Werbung "Weinidylle" zur Verfügung zu haben."

Die Berufung gegen diesen Umsatzsteuerbescheid 2003 gründet sich auf folgende relevante Ausführungen:

In der eingereichten Umsatzsteuererklärung wurden die Besteuerungsgrundlagen nach der Regelbesteuerung erklärt und davon ausgegangen, dass auf die Anwendung der Pauschalierung nach § 22 (1-5) UStG verzichtet und die Option zur Regelbesteuerung erklärt worden sei. Das Finanzamt habe den Bescheid mangels Vorliegen einer ausdrücklichen schriftlichen Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG nach den Pauschalierungsbestimmungen gemäß § 22 Abs 1-5 erlassen. Hiegegen richte sich die vorliegende Berufung.

Die Bw. bevollmächtigte die selbständige Buchhalterin P mit der Besorgung ihrer steuerrechtlichen Belange ab Mitte 2003, da ab diesem Jahr umfangreiche Investitionen in ihrem Weinbaubetrieb durchgeführt werden sollten. P habe ihren Angaben zufolge im Oktober 2003 im Finanzamt Oberwart persönlich vorgesprochen um den Wechsel zur Regelbesteuerung ab 2003 zu erledigen.

Anlässlich dieser Vorsprache habe P eine bereits ausgefüllte Verzichtserklärung gemäß § 6 Abs 3 UStG (Kleinunternehmerregelung) sowie einen Antrag auf Erteilung einer UID-Nummer vorgelegt und abgegeben. Die Abgabe erfolgte über Ersuchen des Beamten wegen des Eingangsstempels über den Einwurfkasten. P wurde vom Finanzbeamten nicht darauf aufmerksam gemacht, dass auch eine Erklärung nach § 22 Abs 6 UStG notwendig wäre, sondern er hat die Verzichtserklärung entgegengenommen und den konkreten Eindruck vermittelt, die Angelegenheit wäre somit erledigt. In der Folge seien auch für Zeiträume ab Jänner 2004 laufend Umsatzsteuervoranmeldungen mit Vorsteuergutschriften eingereicht und vom Finanzamt verbucht und teilweise auch zurückbezahlt worden.

Erst nach Einreichung der Umsatzsteuererklärung 2003 sei im Veranlagungsverfahren festgestellt worden, dass eine schriftliche Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG zur Regelbesteuerung im Akt nicht aufliege.

Es werde auf ein Gedächtnisprotokoll verwiesen, weshalb vom Grundsatz Treu und Glauben nicht Gebrauch gemacht werden hätte können.

Hiezu müsse nun festgestellt werden, dass dieses Gedächtnisprotokoll keinesfalls gegenständlichen Fall betreffen könne und die Zuordnung zu diesem Veranlagungsverfahren irrtümlich erfolgt sein müsse.

Das Protokoll verweise erinnerlich auf ein Telefongespräch aus 2002 mit Bezug auf eine gewerblich geführte Vinothek mit Fremdenbeherbung. Gegenständliches Investitionsvorhaben sei erst 2003 nach Erhalt der Förderungszusage tatsächlich in Angriff genommen worden und beziehe sich ausschließlich auf die Erweiterung der Keller- und Arbeitsräume des Weinbaubetriebes. Von einer gewerblich betriebenen Vinothek, insbesondere für Erzeugnisse anderer Winzer des Weinbaugebietes, und von einem Beherbergungsbetrieb könne nie die Rede gewesen sein, denn das sei nie geplant gewesen. Im übrigen befinde sich in unmittelbarer Nähe die Ortsvinothek O und am Höhenweg eine andere Vinothek, welche ohnehin dieses Marktsegment abdecke.

Dass auf Grund dieses Gedächtnisprotokoll die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben ausgeschlossen worden sei, sei verständlich, nur betreffe dieser dort festgehaltene Sachverhalt nicht den gegenständlichen Veranlagungsfall. Dass sich ein Finanzbeamter nicht an jedes geführte Gespräch nach nahezu einem Jahr genau erinnern könne, sei auch zu verstehen. Es bleibe aber festgestellt, dass eine Vorsprache in Sachen Regelbesteuerung erfolgte, was durch das Aufliegen des Kleinunternehmerverzichtes – noch dazu unnötigerweise – glaubhaft sei. Offensichtlich habe der Finanzbeamte, vielleicht auch infolge einer besonderen Stresssituation, auf den vermeintlich zum Kleinunternehmerverzicht zusätzlichen Regelbesteuerungsantrag vergessen, er hätte ansonsten sofort und zeitgerecht eingebracht werden können.

Nun würden sich die Bw. - offensichtlich in Beweisnotstand in Bezug auf die Behauptungen von P befinden, da keine schriftlichen Anträge oder Aufzeichnungen aufliegen würden. Dieser Beweisnotstand könne nicht nur zu Lasten der Steuerpflichtigen wirken, vielmehr werde beantragt, im Wege der Nachsicht und unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben, den Antrag auf Regelbesteuerung eingebracht zu haben und die Schriftlichkeit des Antrages nunmehr noch vor Rechtskraft des Bescheides nachholen zu dürfen. In berücksichtigungswürdigen Fällen erlaube die Rechtsprechung sehr wohl, bei nicht ganz klarer Beweislage, im Nachsichtsweg Fehler zu beheben.

Bei Vorlage an die 2. Instanz werde die Abhaltung einer mündlichen Berufungsverhandlung beantragt.

In seiner Vorlage an den unabhängigen Finanzsenat führte das Finanzamt zu seinem Antrag auf Abweisung der Berufung folgendes aus:

Die Bw. seien pauschalierte Landwirte. Sie hätten am 29.10.2003 eine Erklärung gemäß § 6 Abs 3 UStG im Infocenter des Finanzamtes, Standort N abgegeben und damit erklärt, auf die Steuerbefreiung für Kleinunternehmer zu verzichten.

Strittig sei nun, ob die Verzichtserklärung, die die Berufungswerber nach § 6 Abs 3 UStG abgegeben hätten, auch als Option zur Regelbesteuerung im Sinne des § 22 Abs 6 UStG zu werten sei. Das Finanzamt habe dies – unter Berufung auf ein Erkenntnis des UFS, GZ RV/0258-F/02 verneint.

Nach § 22 Abs 6 UStG könne der pauschalierte Landwirt bis zum Ablauf des Veranlagungszeitraumes gegenüber dem Finanzamt schriftlich in die Regelbesteuerung optieren. Die herrschende Lehre verlange für diese Option eine formgebundene Erklärung ganz bestimmten Inhalts. Es genüge nicht, wenn aus anderen Angaben die Absicht des Verzichtes hervorgehe. So könnten etwa Umsatzsteuervoranmeldungen und/oder Umsatzsteuererklärungen die erforderliche ausdrückliche Erklärung nicht ersetzen (vgl. hierzu Ruppe, UStG 1994, 2. Auflage, § 22 Rz 53; VwGH 22.10.1990, 89/15/0157). Eine Verzichtserklärung im Sinne dieser Ausführungen liege im vorliegenden Fall unstreitig nicht vor. Der Berufungswerber habe lediglich eine Erklärung über den Verzicht auf die sogenannte Kleinunternehmerregelung gemäß § 6 Abs 3 UStG abgegeben, die aber nach dem oben Gesagten nicht auch als Option für die Regelbesteuerung gemäß § 22 Abs 6 UStG anerkannt werden könne (vgl. hierzu auch Ruppe, UStG 1994, 2. Auflage, § 22 Rz 54).

Der Behauptung die angefochtene Entscheidung verstoße gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, weil das Finanzamt eine entsprechende Auskunft gegeben habe, stehe die Aussage des zuständigen Bearbeiters entgegen. Dieser habe in einem "Gedächtnisprotokoll" festgehalten, dass er hinsichtlich der Regelbesteuerung im Zusammenhang mit der Errichtung einer Vinothek und Fremdenbeherbergung befragt worden sei.

Dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung folgend, habe das Finanzamt die geltend gemachten Vorsteuern gestrichen bzw. wieder vorgeschrieben. Die Bw. würden sich nunmehr auf den Grundsatz von Treu und Glauben beziehen. Diesem Grundsatz komme aber nur bei einer von der zuständigen Behörde erteilten Auskunft, die sich nachträglich als falsch herausstellt, Bedeutung zu (vgl. etwa VwGH 27.8.2002, 96/14/0166). Ein Anspruch auf eine falsche Rechtsanwendung lässt sich aus diesem Grundsatz aber keinesfalls ableiten. Das Finanzamt sei aber der Ansicht, dass gar keine falsche Auskunft erteilt worden sei, sondern eine richtige Auskunft von den Bw. falsch interpretiert worden sei.

Mit Schreiben vom 21.12.2004 stellten die Bw. den Antrag auf Regelbesteuerung gemäß § 22 Abs 6 UStG mit folgendem Inhalt:

Gegen den Umsatzsteuerbescheid 2003 laufe derzeit eine Berufung, mit dem Ersuchen die seinerzeit abgegebenen Erklärungen in Zusammenwirkung mit den persönlichen Vorsprachen beim Finanzamt N, als Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG mit Wirkung ab 2003 anzuerkennen. Da jedoch beim Finanzamt offensichtlich eine ausdrückliche schriftliche Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG nicht vorliege, werde nunmehr dieser Antrag zumindest für die Folgejahre wie folgt schriftlich gestellt:

Die Bw. würden hiemit ausdrücklich erklären, dass die Umsätze ihres land- und forstwirtschaftlichen Betriebes ab 1.1.2004 nicht pauschaliert seien, sondern nach den allgemeinen Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes besteuert werden sollten. Die Umsätze sollten daher nicht gemäß § 22 Abs 1 - 5 UStG nach Durchschnittssätzen, sondern nach den allgemeinen Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes besteuert werden. Die Bw. wüßten, dass diese Erklärung sie für zumindest fünf Jahre binde und danach ein Widerruf bis spätestens 31.1. erforderlich sei, wenn sie die Regelbesteuerung beenden möchten.

Um freundliche Kenntnisnahme und Veranlassung werde höflich gebeten.

In der am 21. November 2005 über Antrag der Partei abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde ergänzend ausgeführt.

Der steuerliche Vertreter verwies darauf, dass die Bw. seinerzeit steuerlich nicht vertreten waren und daher das Finanzamt eine Anleitungspflicht treffe.

Es sei von Anfang an klar gewesen, dass die Bw. Vorsteuern lukrieren wollten. Daher hätte das Finanzamt darauf hinweisen müssen, dass auch auf die Pauschalierung nach § 22 UStG gesondert zu verzichten sei.

Es liege hier ein Fall von Treu und Glauben vor.

Was das Gedächtnisprotokoll anlange, sei darauf hinzuweisen, dass nach einem längeren Zeitraum erfahrungsgemäß die Erinnerung an das Geschehene unvollständig sein kann.

BwA. führte aus, dass er und F sie die Landwirtschaft im Nebenerwerb führen würden. Im Jahr 2002 haben sie für eine Erweiterung des Betriebes um Fördermittel angesucht und im März 2003 zunächst informell erfahren, dass die Förderung gewährt werde. Sie hätten zu bauen begonnen.

Sie hätten sich bei ihrer Nachbarin, P, erkundigt, was steuerlich nun zu tun wäre. Am 26. Oktober 2003 hätten sie sich aus dem Internet die Formulare zur Vergabe einer UID-Nummer sowie zum Verzicht auf die Kleinunternehmerregelung ausgedruckt und ausgefüllt. Am 29. Oktober ging P auf das Finanzamt mit den Formularen und erkundigte sich, ob damit den Formvorschriften zur Geltendmachung für Umsatzsteuergutschriften genüge getan wäre. Dies

wurde ihr von dem Finanzbeamten bestätigt, worauf die Formulare abgegeben worden seien. Das Finanzamt habe auch zunächst Vorsteuern rückerstattet.

Sie hätten gedacht, dass sie alle notwendigen Schritte gesetzt hätten

Die Vertreterin des Finanzamtes entgegnete, dass offenbar vom Mitarbeiter des Finanzamtes nicht gesondert darauf hingewiesen worden sei, dass auch ein gesonderter Antrag nach § 22 Abs. 6 UStG zu stellen sei.

Der steuerliche Vertreter hielt dem entgegen, dass das Finanzamt offenbar bis jetzt davon ausgegangen sei, dass die Bw. bereits damals steuerlich vertreten gewesen seien.

Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben müsste der im Jahr 2004 schriftlich gestellte Antrag auf Verzicht auf § 22 UStG als rechtzeitig eingebracht gelten.

Die Vertreterin des Finanzamtes betonte, dass nach § 22 Abs. 6 UStG ein schriftlicher Antrag bis zum Ablauf des Jahres erforderlich sei. Ein derartig rechtzeitig gestellter Antrag liege nicht vor. Es sei richtig, dass es im Internet kein eigenes Formular für diesen Antrag gebe.

Der steuerliche Vertreter ergänzte noch, dass der Förderung ein Ausbau des Betriebes zugrunde gelegt worden sei, wobei zwei Schlafzimmer und ein Verkostungsraum vorgesehen seien. Es könne sich dabei nicht um den Betrieb handeln, an den sich der Finanzbedienstete erinnern könne.

P führte als Zeugin zum Beweisthema Vorsprache am Finanzamt in N anlässlich der Einreichung des Antrages auf Vergabe einer UID-Nummer sowie Verzichtes auf die Kleinunternehmerregelung folgendes aus:

Irgendwann im Jahr 2003 sei die M an sie herangetreten, wie die steuerliche Beurteilung aussehe. Das war, nachdem mit dem Bau begonnen worden sei.

Sie sei mit der M befreundet und wohne auch in der Nähe.

Die M wollte aufgrund des umfangreichen Bauvorhabens Vorsteuern geltend machen. Sie hätten dann im Internet die entsprechenden Anträge runtergeladen und ausgefüllt. Da sie selbst in diesem Bereich nicht besonders versiert sei und aus Gefälligkeit gehandelt habe, sei sie dann auf das Finanzamt in N gegangen. Dort habe sie mit Herrn R und S gesprochen. Bei Herrn R sei sie in einer anderen Angelegenheit gewesen. Über die M habe sie mit ihm nicht gesprochen.

Sie habe S ihre Anträge gezeigt und gesagt, sie hätte einen Weinbauern, der Vorsteuern geltend machen wollte. Sie könne nicht mehr sagen, wie genau dieser die Anträge angesehen habe, er sagte, es passe und sie solle es in den Einwurfkasten werfen. Sie wisse nicht mehr

genau, was sie S über die Ausbaupläne der M erzählt habe. Sie wusste selber nicht, wie groß die Investition letztendlich sein werde.

Sie habe die Anträge hergezeigt, weil sie sich nicht sicher gewesen sei. Daraufhin habe sie erfahren, dass es so passe.

Das Gespräch betreffend Vinothek habe nicht mit ihr stattgefunden, sie habe sonst keinen Weinbauern betreut.

Sie habe nur einmal mit den beiden Formularen am Finanzamt für die M vorgesprochen.

Die Vertreterin des Finanzamtes führte nochmals aus, dass zum einen die Voraussetzungen des § 2 2Abs. 6 UStG nicht vorliegen würden, da im Jahr 2003 eindeutig kein schriftlicher Antrag gestellt worden sei.

Zum anderen sei nach herrschender Lehre und Rechtsprechung das Legalitätsprinzip zu beachten, selbst wenn ein Anwendungsfall von Treu und Glauben vorliege, könnte dies nicht im Zuge des Jahressteuerbescheides berücksichtigt werden. Eine Ermessensentscheidung liege hier nicht vor.

Der steuerliche Vertreter entgegenete, dass nach § 113 BAO die Behörde bei steuerlich nicht vertretenen Parteien eine Anleitungspflicht treffe. Es sei klar gewesen, dass für den Betrieb der Bw. Vorsteuern geltend gemacht werden sollten. Der Vertreterin der Bw. wurde aber nicht gesagt, dass ein weiterer Antrag notwendig wäre.

Das Finanzamt habe daher seine sich aus § 113 BAO ergebene Pflicht verletzt; die Bw. hätten einen Anspruch auf richtige Auskunft.

Der steuerliche Vertreter führte aus, dass das Schreiben vom 21. Dezember 2004 betreffend Antrag auf Regelbesteuerung hinsichtlich des Jahres 2003 auch als Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu verstehen ist.

Der Umsatzsteuerbescheid ist am 24. September 2004 ergangen.

Die Bw. führten abschließend aus, dass sie der Meinung gewesen seien, dass mit der Abgabe des einzigen im Internet verfügbaren Formulars alles getan worden wäre, damit sie die Vorsteuern bekommen würden.

Die Berufungsverhandlung wurde bis zur Entscheidung des Finanzamtes, ob ein Wiedereinsetzungsantrag vorliege, sowie gegebenenfalls, ob diesem Folge zu geben ist, vertrag.

Das Finanzamt werde den Berufungssenat über die weitere Vorgangsweise unterrichten.

In der Folge entschied das Finanzamt mit Bescheid vom 3.2.2006 über die Frage, ob ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt worden sei oder nicht.

Das Finanzamt führte in diesem Bescheid aus:

Dem Antrag auf Wiedereinsetzung gemäß § 308 BAO für den Umsatzsteuerbescheid 2003 vom 21.12.2004 von den Bw. eingebracht 21.11.2005 betreffend Besteuerung der Umsätze gemäß § 22 Abs 6 UStG werde nicht entsprochen.

Die Begründung sei, dass die Bw. in der Berufungsverhandlung vom 21.11.2005 unter anderem vorgebracht hätten, dass ihr Schreiben vom 21.12.2004, betreffend Antrag auf Regelbesteuerung hinsichtlich des Jahres 2003, auch als Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu verstehen sei.

Gegenständlich sei von der Partei fristgerecht ein Antrag auf Regelbesteuerung nach § 6 Abs 3 UStG abgegeben worden. Da es sich um einen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb handle sei bis zum Ablauf des Veranlagungszeitraumes auch die Option nach § 22 Abs 6 UStG notwendig um die Vorsteuerberechtigung zu erlangen. Dies sei von der Partei offensichtlich verabsäumt worden.

Die Verabsäumung sei mit dem Ereignis begründet worden, dass die damals unvertretene Partei eine falsche Belehrung des Finanzamtes (§ 113 BAO) erhalten habe und dadurch der notwendige Antrag nicht gestellt worden sei. Die Nichtanerkennung der Vorsteuerberechtigung könne daher nicht erwartet werden und grobes Verschulden läge daher nicht vor.

Das Schreiben vom 21. 12. 2004 sei folgendermaßen gestaltet gewesen:

Betrifft Antrag auf Regelbesteuerung gemäß § 22 Abs 6 UStG:

Gegen den Umsatzsteuerbescheid 2003 laufe derzeit eine Berufung, mit dem Ersuchen die seinerzeit abgegebenen Erklärungen im Zusammenwirkung mit den persönlichen Vorsprachen beim Finanzamt N , als Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG mit Wirkung ab 2003 anzuerkennen. Da jedoch beim Finanzamt offensichtlich eine ausdrückliche schriftliche Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG nicht vorliege, werde nunmehr dieser Antrag zumindest für die Folgejahre wie folgt schriftlich gestellt:

Die Bw. würden hiemit ausdrücklich erklären, dass die Umsätze ihres land- und forstwirtschaftlichen Betriebes ab 1.1.2004 nicht pauschaliert seien, sondern nach den allgemeinen Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes besteuert werden sollten. Die Umsätze sollten daher nicht gemäß § 22 Abs 1-5 UStG nach Durchschnittssätzen, sondern nach den allgemeinen Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes besteuert werden. Die Bw. wüßten , dass diese Erklärung sie für zumindest fünf Jahre binde und danach ein Widerruf bis spätestens 31.1. erforderlich sei, wenn sie die Regelbesteuerung beenden möchten.

Dieses Anbringen sei im Hinblick auf die gesetzlich geregelten Voraussetzungen zum Wiedereinsetzungsantrag wie nachstehend zu würdigen:

Gemäß § 308 BAO sei gegen die Versäumung einer Frist auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleide, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn die Partei glaubhaft mache, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert gewesen sei, die Frist einzuhalten. Dass der Partei ein Verschulden an der Versäumung zur Last liege, hindere die Bewilligung der Wiedereinsetzung nicht, wenn es sich nur um einen minderen Grad des Versehens handle. Gemäß § 308 BAO sei dieser Antrag binnen einer Frist von drei Monaten nach Aufhören des Hindernisses einzubringen. Spätestens gleichzeitig mit dem Antrag habe der Antragsteller die versäumte Handlung nachzuholen.

Unvorhergesehen sei ein Ereignis, wenn es die Partei nicht eingerechnet habe und dessen Ereignis sich unter Bedachtnahme auf die ihr persönlich zumutbare Aufmerksamkeit und Vorsicht erwarten konnte.

Gemäß § 309a BAO habe der Wiedereinsetzungsantrag zu enthalten:

- a) die Bezeichnung der versäumten Frist,
- b) die Bezeichnung des unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignisses,
- c) die Angaben, die zur Beurteilung des fehlenden groben Verschulden an der Fristversäumung notwendig seien,
- d) die Angaben, die zur Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Antrags notwendig seien.

Die in § 309a BAO geforderten Formalerfordernisse würden ein Anbringen voraussetzen, das zumindest alle Elemente des Wiedereinsetzungsantrages enthalte. Hierbei komme es zwar nicht auf die genaue Bezeichnung und auf zufällige verbale Formen an, aber doch auf den Inhalt des Antrages und das erkennbare oder zu erschießende Ziel des Parteienschrittes, an.

Gegenständlich werde im Anbringen weder die versäumte Frist bezeichnet, noch auf ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis hingewiesen. Es fehlten die Angaben zur Beurteilung des fehlenden groben Verschuldens sowie zur Rechtzeitigkeit des Antrages. Das gesamte Erscheinungsbild des vorliegenden Schreibens lasse sich nicht als ein Anbringen im Sinn des § 308 BAO erkennen.

Gegen diesen Bescheid erhoben die Bw. Berufung und führten aus:

Berufung gegen den Bescheid vom 3.2.2006, Verf. 36, Antrag auf Wiedereinsetzung gemäß § 308 BAO betreffend Umsatzsteuer-Regelbesteuerung 2003.

Gegen den im Betreff angeführten Bescheid werde auftrags und in Vollmacht der Bw. innerhalb offener Frist das Rechtsmittel der Berufung erhoben und werde zur Begründung ausgeführt.

Zum Verständnis des Berufungsbegehrens müsse vorerst der Sachverhalt, der dem Umsatzsteuerbescheid 2003 zugrunde liege, zusammengefasst werden.

Im Herbst 2003, also fristgerecht, habe die Zeugin als Vertreterin der Steuerpflichtigen beim Finanzamt vorgesprochen, um sich unter Vorlage eines ausgefüllten Vordruckes nach § 6 Abs 3 UStG zu vergewissern, ob durch Einbringung dieses Vordruckes, für den bis dahin pauschalierten Weinbaubetrieb, alle Voraussetzungen zur Geltendmachung von Vorsteuerbeträgen erfüllt werden würden. Dem Beamten sei dieser Antrag, mit dem ausdrücklichen Hinweis auf den Wunsch Vorsteuerbeträge geltend machen zu wollen, vorgelegt worden. Der Beamte habe zu erkennen gegeben, dass dies in Ordnung sei und ersuchte, den Antrag wegen des Eingangsstempels im Postkasten oder der Einlaufstelle abzugeben. Dies sei für einen Antrag gemäß § 22 Abs 6 UStG fristgerecht vor dem 31.12.2003 geschehen, für einen Antrag gemäß § 6 Abs 3 UStG bestehe keine derartige Frist. An dieser Stelle möchten die Bw. auch darauf hinweisen, dass in den Erläuterungen im U 12 stehe: "Mit dieser Erklärung stehe dem Unternehmer nach Maßgabe des § 12 UStG 1994 auch das Recht auf Vorsteuerabzug zu". Einen Hinweis, dass für pauschalierte Landwirte ein weiterer Antrag nach § 22 Abs 6 UStG notwendig wäre, gebe es hier nicht, wodurch, für den nicht fachkundigen Steuerpflichtigen die Gewissheit eines ausreichend richtigen Handelns bestärkt werde.

Mit dem Umsatzsteuerbescheid 2003 vom 24.9.2004 werde den Steuerpflichtigen mitgeteilt, dass ein weiterer Antrag gemäß § 22 Abs 6 UStG bis 31.12.2003 gestellt hätte werden müssen. Gegen diesen Bescheid sei rechtzeitig Berufung erhoben worden, mit der Begründung, die Steuerpflichtigen hätten alle von Ihnen geforderten Anträge fristgerecht eingebracht. Da das Finanzamt ausdrücklich mit dem Wunsch um Vornahme des Vorsteuerabzugs kontaktiert worden sei und keine weiteren Erklärungen verlangt worden seien, hätten die Steuerpflichtigen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben davon ausgehen können, dass alle notwendigen Erklärungen und Anträge fristgerecht eingebracht worden seien. Eine rechtskräftige Entscheidung, ob unter Beachtung des Sachverhaltes doch alle notwendigen Anträge im Sinne des angestrebten und auch dem Finanzamt offenkundigen Ziels des Vorsteuerabzuges gestellt worden sei, liege noch nicht vor. Auch wenn ein Antrag unter falscher oder unzureichender Bezeichnung fristgerecht eingebracht worden sei, sei er nach dem angestrebten und ausreichend zum Ausdruck gebrachten Zweck zu beurteilen.

Der Bescheid vom 3.2.2006 über den Antrag auf Wiedereinsetzung gemäß § 308 BAO sei Ausfluss der Berufungsverhandlung vom 21.11.2005 zum Umsatzsteuerbescheid 2003 und daher auch Teil dieses Verfahrens, welches noch nicht rechtskräftig über einen tatsächlich fehlenden, rechtzeitig oder nicht rechtzeitig eingebrachten Antrag auf Regelbesteuerung nach § 22 Abs 6 UStG entschieden habe. Auch die Eingabe vom 21.12.2004 mit dem Antrag auf Regelbesteuerung gemäß § 22 Abs 6 UStG weise in seinem ersten Absatz auf das Berufungsverfahren 2003 hin. Wenn man davon ausgehe, dass die 2003 abgegebene Erklärung kein fristgerechter Antrag gemäß § 22 Abs 6 UStG sei, könne der Ausführung „mit dem Ersuchen die seinerzeit abgegebenen Erklärungen in Zusammenwirkung mit dem persönlichen Vorsprachen beim Finanzamt N, als Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG mit Wirkung ab 2003 anzuerkennen“ nur die Bedeutung eines Antrages gemäß § 308 BAO beigemessen werden.

Das Finanzamt entspreche dem Antrag auf Wiedereinsetzung gemäß § 308 BAO mit der Begründung von Formgebrechen und Inhaltsmängeln nicht. Gemäß § 309a Abs 2 BAO habe die Abgabenbehörde dem Antragsteller die Behebung inhaltlicher Mängel aufzutragen, wenn der Wiedereinsetzungsantrag den in Abs 1 umschriebenen Erfordernissen nicht entspreche. Welche Bedeutung sollte der Hinweis in diesem Antrag auf die Berufung für 2003 haben, wenn nur ein Antrag für 2004 beabsichtigt gewesen sei. Wie bereits ausgeführt, stehe ein Wiedereinsetzungsantrag gemäß § 308 BAO im gegenständlichen Fall in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Berufungsbegehren, denn erst durch eine rechtskräftige Entscheidung, dass tatsächlich kein Antrag gemäß § 22 Abs 6 UStG rechtzeitig eingebracht worden sei (auf die Bezeichnung allein komme es nach ständiger Rechtsprechung nicht an). Liege der Tatbestand einer Fristversäumnis vor und beginne die Frist für die Einbringung eines Wiedereinsetzungsantrages zu laufen.

Der Wiedereinsetzungsantrag sei untrennbar mit dem Berufungsverfahren verbunden als die Beurteilung des fehlenden groben Verschuldens einer Fristversäumnis von der Beurteilung des sich als unsinnig erwiesenen Antrages mit dem Formular gemäß § 6 Abs 3 UStG unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben ergebe. Allein bei Beurteilung des Antrages auf die falsche Zitierung der Gesetzesstelle abzustellen, erst recht unter Mitwirkung des Finanzamtes, könne nicht rechtens sein. Es gebe kein Formular für den Antrag gemäß § 22 Abs 6 UStG, das Finanzamt habe durch eine Auskunft mitgewirkt und akzeptierte ein Formular, obwohl ein solches gar nicht existiere, geschweige denn, bei den gegebenen Umsatzgrößen erforderlich gewesen sei. Von der Absicht zur Vornahme des Vorsteuerabzuges durch einen bis dahin pauschalierten Landwirt, sei das Finanzamt informiert gewesen.

Die formellen Erfordernisse des Antrages gemäß § 308 BAO in Verbindung mit § 309a BAO gehen aus dem Berufungsverfahren hervor. Im Sinne eines ausdrücklichen

Wiedereinsetzungsantrages gemäß § 308 BAO und im Sinne einer Mängelbehebung gemäß § 309a Abs 2 BAO werde präzisiert:

1. Bei abschlägiger Beurteilung des Berufungsbegehrens den eingebrachten Antrag gemäß § 22 Abs 6 UStG anzuerkennen, richte sich der Wiedereinsetzungsantrag gegen die Versäumnis der in § 22 Abs 6 UStG nomierten Frist mit Ablauf des Veranlagungszeitraumes, für 2003 somit der 31.12.2003
2. Das unvorhergesehene Ereignis, das gegebenenfalls zur Fristversäumnis geführt habe, sei die fehlerhafte und unvollständige Auskunft des Finanzbeamten anlässlich der Vorsprache und Einreichung des vielfach zitierten Antrages auf Regelbesteuerung, allerdings mit dem falschen Formular.
3. Grobes Verschulden an der Fristversäumnis könne den Steuerpflichtigen nicht unterstellt werden, wenn auf Anraten oder besser Bestätigung der Richtigkeit eines einzubringenden Antrages sich herausstelle, dass dies ein falscher Antrag gewesen sei. Mehr als sich bei der Finanzverwaltung zu erkundigen werde wohl nicht verlangt werden können, noch dazu wenn hierfür nunmehr eigene Servicestellen eingerichtet und beworben werden.
4. Die Rechtzeitigkeit des Antrages ergebe sich daraus, dass die 3-monatige Frist auch heute noch nicht zu laufen begonnen habe, da der eingebrachte Antrag rechtzeitig gewesen sei und eine abschlägige Beurteilung noch nicht rechtskräftig ausgesprochen worden sei. Darüber hinaus sei das Schreiben vom 21.12.2004 innerhalb von 3 Monaten seit ergangenen Umsatzsteuerbescheid eingereicht worden.
5. Der formelle Antrag gemäß § 22 Abs 6 UStG werde hiermit ebenfalls gestellt. Auftrags und in Vollmacht der Bw. werde ausdrücklich erklärt, dass die Umsätze des land- und forstwirtschaftlichen Betriebes ab dem 1.1.2003 nicht pauschaliert nach § 22 Abs 1 – 5 UStG, sondern nach den allgemeinen Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes besteuert werden sollen.

In Ergänzung zu den Vorbringen in der Berufung gegen den Umsatzsteuerbescheid und den Ausführungen im Verlauf der mündlichen Berufungsverhandlung ergehe dieses Schreiben auch an den UFS zur Vorzahl mit dem Ersuchen um Berücksichtigung der Ausführungen bei der Berufungsentscheidung hinsichtlich der Umsatzsteuerveranlagung 2003.

Sollte das Finanzamt eine abschlägige Berufungsvorentscheidung in Erwägung ziehen, werde beantragt die Berufung an den UFS als Abgabenbehörde 2. Instanz zur Entscheidung vorzulegen. Gleichzeitig werde die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

In der am 13. Juni 2006 über Antrag der Partei abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde ergänzend zum bisherigen Vorbringen ausgeführt:

Der steuerliche Vertreter verwies hinsichtlich des Antrages vom 21. Dezember 2004 darauf, dass das unvorhergesehene Ereignis im Sinne des § 308 BAO der Umsatzsteuerbescheid für das Jahr 2003 vom 24. September 2004 gewesen sei.

Das Schreiben vom Dezember sei daher innerhalb der 3-Monatsfrist ergangen.

Grundsätzlich vertrat der steuerliche Vertreter aber die Auffassung, dass die Wiedereinsetzungsfrist aber erst nach Ablauf dieses Berufungsverfahrens zu laufen beginne, wenn über die Verletzung von Treu und Glauben entschieden worden sei.

Durch die steuerliche Vertretung wurde noch betont, dass die Bw. seinerzeit mit der Abgabe des U 12 der Meinung gewesen seien, alles Erforderliche getan zu haben, um in den Genuss des Vorsteuerabzuges zu kommen. Dieser Antrag sei unwidersprochen vom Finanzamt entgegengenommen worden und die Vorsteuern seien antragsgemäß gebucht und zurückgezahlt worden.

Erst mit dem Umsatzsteuerbescheid 2003 vom 24. September 2004 erkannten die Bw., dass nach Ansicht des Finanzamtes offenbar ein Antrag nach § 22 Abs. 6 UStG nicht gestellt worden sei und hätten diesen mit Schreiben vom 21. Dezember 2004 nachgeholt. Außerdem sei der Umsatzsteuerbescheid mit Berufung bekämpft worden, in welcher auf das Problem mit Treu und Glauben hingewiesen worden sei.

Der Vertreter des Finanzamtes führte aus, dass aus der Aktenlage nicht ersichtlich sei, dass die Bw. vor dem Umsatzsteuerjahresbescheid 2003 von der Rechtsansicht des Finanzamtes erfahren haben.

Es sei richtig, dass hinsichtlich des Schreibens vom 21. Dezember 2004 ein Mängelbehebungsverfahren gemäß § 309a Abs. 2 BAO nicht durchgeführt worden sei.

Nach Ansicht des Finanzamtes sei das Schreiben vom 21. Dezember 2004 nicht als Wiedereinsetzungsantrag hinsichtlich der Fristversäumung betreffend die Umsatzsteuer 2003 zu sehen.

Die Berufungsverhandlung wurde für eine Zwischenberatung des Senates unterbrochen.

Nach dem Wiedererscheinen der Parteien verkündete der Vorsitzende die Rechtsansicht des Senates, dass das Schreiben vom 21. Dezember 2004 auch als Wiedereinsetzungsantrag hinsichtlich der Option nach § 22 Abs. 6 UStG 1994 für das Jahr 2003 zu verstehen sei.

Die Berufungsverhandlung wurde mit der Einvernahme von S als Zeugen zum Beweisthema Vorsprache am Finanzamt in N anlässlich des Antrages auf Vergabe einer UID-Nummer und Verzicht auf die Kleinunternehmerregelung fortgesetzt.

Befragt zum Gedächtnisprotokoll vom 10. September 2004 könne er nur sagen, dass seine dortigen Angaben zutreffend seien. P habe ihn angerufen und den im Gedächtnisprotokoll geschilderten Fall besprochen. Er wisse aber nicht, ob es sich da um die M gehandelt habe.

BwA ergänzte, dass ein derartiger Ausbau nie geplant gewesen sei, es sei um die Erweiterung des Produktionsbereiches und Errichtung eines Verkostungsraumes gegangen.

S führte aus, dass P häufiger am Finanzamt gewesen sei.

Es sei richtig, dass ihn P die Erklärungen gezeigt habe. Er habe gerade telefoniert und sei der Meinung gewesen, es handele sich um einen Gewerbebetrieb und daher gesagt, es passe. Die Formulare sollten unten wegen dem Eingangsstempel abgegeben werden.

Näher habe er sich die Formulare nicht angeschaut, weil er gerade keine Zeit gehabt habe.

Über Befragen durch den steuerlichen Vertreter erläuterte S, dass es richtig sei, dass sein Team für die Bearbeitung des Falles zuständig gewesen sei. Man wisse aber nicht vorher, wer den Fall im Team bearbeiten werde, da die Bearbeitung im Wesentlichen in der Reihenfolge der Eingänge aufgeteilt werde.

Über Befragen durch den Beisitzer L erklärte S, dass nach Abgabe der Anträge der Fall nicht überprüft worden sei, auch nicht mit der Abgabe der Umsatzsteuervoranmeldungen. Erst bei der Jahresveranlagung sei aufgefallen, dass der Antrag nach § 22 Abs. 6 UStG fehle.

Über Befragen durch den steuerlichen Vertreter ergänzte der Zeuge, dass es richtig sei, dass mit der Auszahlung der Umsatzsteuerguthaben die Bw. damit rechnen konnten, dass alles in Ordnung sei.

Über Befragen durch den Vorsitzenden ergänzte der Zeuge, dass die Veranlagung 2003 von Herrn K durchgeführt und vom Teamleiter J approbiert worden sei.

Nach Beendigung der Einvernahme des S wurde in der Verhandlung weiters ausgeführt:

Der Vertreter des Finanzamtes stimmte zu, dass es richtig sein dürfte, dass die M erst mit dem Umsatzsteuerbescheid 2003 erfahren habe, dass die Frist nach § 22 Abs. 6 versäumt worden sei.

Das Finanzamt sei nach wie vor der Ansicht, dass kein formeller Wiedereinsetzungsantrag vorliege und daher der Bescheid vom 3. Februar 2006 zu Recht ergangen sei.

Der Steuerberater betonte, dass nach Erachten der Steuerberatung und der Bw. ein Wiedereinsetzungsantrag hinsichtlich des Jahres 2003 vorliege, der alle Voraussetzungen erfülle. Der Wiedereinsetzung wäre daher Folge zu geben.

Der Vorsitzende schloss die Verhandlung betreffend Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und nach Beratung durch den Senat verkündete der Vorsitzende die Berufungsentscheidung Stattgabe samt den wesentlichen Entscheidungsgründen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Der Senat ging in seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Grundlage dieser Entscheidung waren die mündlichen Berufungsverhandlungen, aus denen über persönliches Vorbringen der Parteien und durch Zeugenbefragungen der Sachverhalt geklärt worden ist:

Die Bw. sind pauschalierte Landwirte und unterlagen mit ihren Umsätzen den Bestimmungen des § 22 Abs 1 bis 5 UStG.

Sie wollten auf diese Pauschalbesteuerung in der Umsatzsteuer verzichten.

Eine Bekannte, P, half ihnen bei der Suche im Internet bezüglich der Informationen des Finanzministeriums für Abgabepflichtige. Dort gab es es nur das Formular für den Verzicht auf die Kleinunternehmerregelung. Da die Bw. mit ihren Umsätzen ebenfalls unter diese Regelung fielen, dachten sie, es wäre das richtige Formular.

Um sicherzugehen wollte P im Finanzamt nachfragen, ob alles seine Richtigkeit hatte. Sie erkundigte sich am Finanzamt bei S, der das Formular nur flüchtig betrachtete und auf Grund eines Missverständnisses von einem Gewerbebetrieb ausging.

Für P bedeutete die Bestätigung durch S, dass das Formular betreffend Kleinunternehmerregelung auch für einen pauschalierten Landwirt, nämlich für die Bw., ausreichend sei.

Daraufhin gaben die Bw. im Oktober 2003 eine Verzichtserklärung für die Kleinunternehmerregelung ab dem Jahr 2003 gemäß § 6 Abs 3 UStG ab.

Die Umsatzsteuervoranmeldungen wurden gebucht und die Guthaben wurden ausbezahlt.

Im Zuge der Veranlagung für das Jahr 2003 wurden die geltend gemachten Vorsteuern nicht anerkannt und eine pauschale Besteuerung gemäß § 22 Abs 1-5 UStG durchgeführt, da eine Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG fehlte.

Aus den Aussagen der Parteien - auch durch den Vertreter des Finanzamtes in der mündlichen Berufungsverhandlung - und durch Aussagen der Zeugen in den mündlichen Berufungsverhandlungen bestätigt sowie aus der Aktenlage (es liegt kein Aktenvermerk vor) wurde seitens des Finanzamtes im Zuge der Veranlagung für das Jahr 2003 kein Vorhalteverfahren durchgeführt.

Erst mit Bescheid vom 24.9.2004 wurde den Bw. mitgeteilt, dass eine Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG fehle.

Die Bw. legten daraufhin Berufung gegen diesen Bescheid ein.

Am 21.12.2004 brachten sie weiters folgendes Schreiben ein:

Betrifft Antrag auf Regelbesteuerung gemäß § 22 Abs 6 UStG:

Gegen den Umsatzsteuerbescheid 2003 laufe derzeit eine Berufung, mit dem Ersuchen die seinerzeit abgegebenen Erklärungen im Zusammenwirkung mit den persönlichen Vorsprachen beim Finanzamt N, als Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG mit Wirkung ab 2003 anzuerkennen. Da jedoch beim Finanzamt offensichtlich eine ausdrückliche schriftliche Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG nicht vorliege, werde nunmehr dieser Antrag zumindest für die Folgejahre wie folgt schriftlich gestellt:

Die Bw. würden hiemit ausdrücklich erklären, dass die Umsätze ihres land- und forstwirtschaftlichen Betriebes ab 1.1.2004 nicht pauschaliert seien, sondern nach den allgemeinen Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes besteuert werden sollten. Die Umsätze sollten daher nicht gemäß § 22 Abs 1-5 UStG nach Durchschnittssätzen, sondern nach den allgemeinen Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes besteuert werden. Die Bw. wüßten, dass diese Erklärung sie für zumindest fünf Jahre binde und danach ein Widerruf bis spätestens 31.1. erforderlich sei, wenn sie die Regelbesteuerung beenden möchten.

Dieses Schreiben wurde mit Bescheid vom 3.2.2006 nicht als Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Versäumung einer Frist zur Abgabe einer Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG im Jahr 2003 für das Jahr 2003 anerkannt.

Gegen diesen Bescheid vom 3.2.2006 erhoben die Bw. Berufung und der Senat hat folgende rechtliche Erwägungen getroffen:

Unstrittig ist, dass keine ausdrückliche Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG für das Jahr 2003 im Jahr 2003 abgegeben wurde.

Die Bw. stellten laut ihren Angaben mit dem Schreiben vom 21.12.2004 einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, da die Frist gemäß § 22 Abs 6 UStG versäumt worden ist.

Gemäß § 308 Abs 1 BAO ist gegen die Versäumung einer Frist auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten. Dass der Partei ein Verschulden

an der Versäumung zur Last liegt, hindert die Bewilligung der Wiedereinsetzung nicht, wenn es sich nur um einen minderen Grad des Versehens handelt.

Gemäß § 308 Abs 3 BAO muss der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen einer Frist von drei Monaten nach Aufhören des Hindernisses bei der Abgabenbehörde, bei der die Frist wahrzunehmen war, gestellt werden. Spätestens gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag hat der Antragsteller die versäumte Handlung nachzuholen.

Das Schreiben vom 21.12.2006 ist aus folgenden Gründen als ein Antrag im Sinne des § 308 BAO zu werten.

Gemäß den Auslegungsregeln und auch der Judikatur zu § 308 BAO ist ein Schreiben, wenn der Wortlaut nicht eindeutig ist, nach seinem Sinn zu verstehen:

Der Inhalt des Schreibens ist in Richtung § 308 BAO gerichtet. Das ganze Schreiben handelt von der Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG. Ausdrücklich wird für die Jahre 2004 und folgende eine Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG abgegeben, da dies mit Schreiben vom 21.12.2004 noch im Veranlagungsjahr 2004 war.

In diesem Schreiben wird aber auch auf das Jahr 2003 Bezug genommen. Ausdrücklich wird gesagt, dass „Gegen den Umsatzsteuerbescheid 2003 laufe derzeit eine Berufung, mit dem Ersuchen die seinerzeit abgegebenen Erklärungen in Zusammenwirkung mit den persönlichen Vorsprachen beim Finanzamt N, als Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG mit Wirkung ab 2003 anzuerkennen. Da jedoch beim Finanzamt offensichtlich eine ausdrückliche schriftliche Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG nicht vorliege.....“. Dies ist durchaus so zu verstehen, dass die Bw. von Anfang an, eine richtige Erklärung abgeben wollten, aber durch fehlende Aufklärung auf der Homepage des BMF und Missverständnisse in der Rechtsauskunft, deren Ursachen auf seiten des Finanzamtes lagen, ein falsches Formular verwendeten, obwohl sie auf die Umsatzsteuerpauschalierung gemäß § 22 Abs 1 – 5 UStG verzichten wollten. Die Formulierung im Schreiben vom 21.12.2004 „Gegen den Umsatzsteuerbescheid 2003 laufe derzeit eine Berufung, mit dem Ersuchen die seinerzeit abgegebenen Erklärungen in Zusammenwirkung mit den persönlichen Vorsprachen beim Finanzamt N, als Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG mit Wirkung ab 2003 anzuerkennen“ ist eindeutig auf die Anerkennung des Verzichtes auf die Umsatzsteuerpauschalierung ab dem Kalenderjahr 2003 gerichtet. Formal steht zwar nicht „Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“, aber die Zielrichtung und die Absicht dieses Schreibens ist durch diese Formulierung eindeutig erkennbar. Der Bezug auf das Jahr 2003 wäre wie die Bw. treffend ausführen auch sinnlos, da für die Jahre 2004 ff die Erklärung allein ausreicht. Da auch die höchstgerichtliche Judikatur nicht auf rein formale Sätze wie „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“ abstellt, sondern auf die Absicht eines Schreibens dessen Wortlaut etwas unklar formuliert worden ist (wie auch das Finanzamt

selbst ausführt), gereicht es den Bw. nicht zum Nachteil, dass sie nicht den Wortlaut „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“ gewählt haben. Dies führte jedoch zum Schluss des Senates, dass ein Wiedereinsetzungsantrag mit Schreiben vom 21.12.2004 vorliegt.

Zu den weiteren Voraussetzungen des § 308 BAO ist zu sagen: Das Schreiben vom 21.12.2004 ist innerhalb der erforderlichen 3-Monatsfrist beim Finanzamt am 22.12.2004 eingelangt. Der Jahresbescheid für 2003 wurde am 24.09.2004 ausgefertigt, hinzu kommt noch die Zeit des Postlaufes. Doch allein schon dadurch, dass der Bescheid mit 24.09.2004 ausgefertigt worden ist, ist der 22.12.2004 noch vor dem 24.12.2004, sodass dieses Schreiben auf alle Fälle innerhalb der 3-Monatsfrist beim Finanzamt eingelangt ist.

Wie aus dem oben festgestellten Sachverhalt hervorgeht, der letztlich in der mündlichen Verhandlung geklärt worden ist, erfuhren die Bw. von der fehlerhaften Abgabe einer weiteren Optionserklärung erst mit dem Jahresbescheid 2003, also nach dem 24.09.2004. Die 3-Monatsfrist begann daher keinesfalls früher zu laufen. Wie auch der Finanzamtsvertreter bestätigte, wurden laut Aktenlage (es gab keine Aktenvermerke oder andere Hinweise darauf) vor der Veranlagung nicht mit den Bw. über die Rechtslage gesprochen, dass die Vorsteuern nicht anerkannt werden würden und eine Veranlagung nach den Bestimmungen des §22 Abs 1-5 UStG erfolgen würde.

Die Bw. erlangten daher erst nach dem 24.09.2004 davon Kenntnis.

Die Bw. trifft auch kein schweres Verschulden an der Unkenntnis. Sie suchten in der offiziellen Homepage des BMF nach einer Rechtsauskunft, die dort allerdings in dem hier zu entscheidenden Punkt unvollständig angeführt ist, erkundigten sich über ihre Buchhalterin beim Finanzamt, ob alles richtig sei, wobei das Missverständnis offenbar durch die flüchtige Aufmerksamkeit und gleichzeitige Ablenkung des Finanzbeamten verursacht worden ist. Den Bw. kann daher kein Vorwurf gemacht haben, da sie alle für einen Abgabepflichtigen üblichen und zumutbaren Schritte unternommen haben, um rechtsrichtig zu handeln. Aus der Situation heraus sowie auch für die Bw. nicht erkennbaren falschen Rechtsauskunft des Finanzamtes bestand für die Bw. kein Anlass zu diesem Zeitpunkt einen Steuerberater zu Rate ziehen.

Da alle Voraussetzungen des § 308 BAO gegeben waren, kam der Senat in seiner Entscheidung zu einer Stattgabe der Berufung und bewilligte die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu Abgabe einer Erklärung gemäß § 22 Abs 6 UStG für das Jahr 2003.

Wien, am 8. August 2006