



## Bescheid

Die Berufung der Bw., W., Z-Gasse, vom 2. Juli 2009 gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 3. Juni 2009 betreffend Haftung für Lohnsteuer 2007, Dienstgeberbeitrag zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen und Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag für den Zeitraum 2005 bis 2007 gilt gemäß § 85 Abs. 2 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl Nr. 1961/194 idgF, als zurückgenommen.

### Begründung

Folgender Sachverhalt liegt der Entscheidung zu Grunde:

Die Berufungswerberin (Bw.) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Agenden der Geschäftsführung werden unter anderem von Herrn CL wahrgenommen, der im Streitzeitraum an der Bw. auch wesentlich beteiligt war.

Im Zuge einer die Jahre 2005 bis 2007 umfassenden Lohnsteuerprüfung wurden die Bezüge des wesentlich beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführers und die an Herrn SM und Frau HF bezahlten Honorare in die Bemessungsgrundlage für den Dienstgeberbeitrag und den Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag einbezogen und für letztere die Bw. als Arbeitgeber für die Einbehaltung und Abfuhr der davon zu entrichtenden Lohnsteuer in Anspruch genommen.

Gegen die den Feststellungen der Lohnsteuerprüfung Rechnung tragenden Bescheide wurde fristgerecht das Rechtsmittel der Berufung erhoben und zur Beibringung der Berufungsbegründung um Setzung einer Nachfrist ersucht.

Der Bw. wurde mit Bescheid vom 28. August 2009 mitgeteilt, dass der Berufung vom 2. Juli 2009 eine Begründung fehle. Mit dem Hinweis, dass die Berufung nach fruchtlosem Ablauf der genannten Frist als zurückgenommen gelte, wurde die Bw. aufgefordert, den der Berufung anhaftenden Mangel bis spätestens 25. September 2009 zu beheben.

Mit Telefax vom 25. September 2009 wurde um Erstreckung der Frist zur Beibringung der Berufungsbegründung bis zum 23. Oktober 2009, mit Fax vom 23. Oktober 2009 um Erstreckung der Frist bis zum 2. November 2009, mit Fax vom 2. November 2009 um Erstreckung der Frist bis zum 12. November 2009, mit Fax vom 12. November 2009 um Fristerstreckung bis zum 23. November 2009 ersucht.

Mit Bescheid vom 11. Dezember 2009 wurde das Fristverlängerungsansuchens vom 12. November 2009 abgewiesen und in der Begründung ausgeführt, die Frist sei bereits mehrfach erstreckt worden. Auch wenn ein Berater durch Krankheit ausfalle, müsse es innerhalb von 5 Monaten möglich sein, eine Begründung beizubringen. Wenn die Berufungsbegründung bis spätestens 23. Dezember 2009 beim Finanzamt einlange, gelte sie als fristgerecht nachgebracht; andernfalls gelte die Berufung als zurückgenommen.

Dieser Bescheid trägt folgenden handschriftlich angebrachten Vermerk: „Frist telefonisch bis 11-1-09 erstreckt“ (gemeint wohl: 11.1.2010)

Am 11. Jänner 2010 wurde per Fax die Berufungsbegründung nachgereicht. Der Geschäftsführer erhalte gewinnabhängige Honorare und Herr SM sei als selbständiger Unternehmer für die Bw. tätig.

Rechtliche Würdigung:

Gemäß § 250 Abs. 1 BAO muss eine Berufung enthalten:

- a) die Bezeichnung des Bescheides, gegen den sie sich richtet;
- b) die Erklärung, in welchen Punkten der Bescheid angefochten wird;
- c) die Erklärung, welche Änderungen beantragt werden;
- d) eine Begründung.

Entspricht eine Berufung nicht den im § 250 Abs. 1 BAO umschriebenen Erfordernissen, so hat die Abgabenbehörde gemäß § 85 Abs. 2 leg. cit. (vormals: § 275 BAO) dem Berufungswerber die Behebung dieser inhaltlichen Mängel mit dem Hinweis aufzutragen, dass

die Berufung nach fruchtlosem Ablauf einer gleichzeitig zu bestimmenden angemessenen Frist als zurückgenommen gilt.

Wird einem berechtigten Mängelbehebungsauftrag nicht, nicht zeitgerecht oder unzureichend entsprochen, so ist die Abgabenbehörde verpflichtet, einen Bescheid zu erlassen, mit dem die vom Gesetzgeber vermutete Zurücknahme der Berufung festgestellt wird. Der Zurücknahmebescheid ist feststellend (vgl. Ritz, BAO<sup>3</sup>, § 275 Tz 16 und die dort angeführte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs).

Die Abgabenbehörde kann die gesetzte Mängelbehebungsfrist verlängern. Der normative Abspruch darüber, dass die gesetzte Frist verlängert wird, ändert die den Steuerpflichtigen treffenden Verpflichtungen und stellt somit einen Bescheid iSd § 92 Abs. 1 lit a BAO dar. Die Erledigung wird allerdings erst dann als Bescheid wirksam, wenn sie dem Steuerpflichtigen nach den Vorschriften des § 97 BAO bekannt gegeben wird.

Im vorliegenden Fall wurde mit Bescheid vom 11. Dezember 2009 über den Fristverlängerungsantrag vom 12. November 2009 abgesprochen und eine Frist zur Nachreichung der Berufungsbegründung bis zum 23. Dezember 2009 gesetzt. Die telefonisch bis 11. Jänner 2010 erfolgte Fristverlängerung wurde jedoch nicht als Bescheid wirksam, da § 97 BAO eine telefonische Bekanntgabe nicht vorsieht (vgl. VwGH 22.12.2005, 2002/15/0166). Die Mängelbehebungsfrist zur Bebringung der Berufungsbegründung ist daher am 23. Dezember 2009 abgelaufen. Die im Vertrauen auf die telefonische Mitteilung des Finanzamtes über die Verlängerung der Mängelbehebungsfrist erst am 11. Jänner 2010 beigebrachte Berufungsbegründung ist daher verspätet, da die telefonische Verlängerung der Frist der Bw. gegenüber nicht wirksam iSd § 97 BAO geworden ist.

Ist die Frist versäumt, so kann die einmal eingetretene Sanktion des § 85 Abs. 2 BAO (§ 275 BAO) nicht nachträglich wieder beseitigt werden (vgl. Ritz, aaO Tz 16 u. 17).

Im Hinblick darauf, dass die Berufung der Bw. keine Begründung enthielt, erging der Mängelbehebungsauftrag zu Recht. Da diesem nicht bis spätestens 23. Dezember 2009 nachgekommen wurde, ist die unverbesserte Berufung gemäß § 85 Abs. 2 BAO als zurückgenommen zu erklären.

Die Abgabenbehörde zweiter Instanz hat einen Zurücknahmebescheid auch dann zu erlassen, wenn die Abgabenbehörde erster Instanz den Mängelbehebungsauftrag erlassen, aber trotz des Umstandes, dass diesem nicht entsprochen wurde, nicht die Zurücknahme der Berufung gemäß § 85 Abs. 2 BAO (§ 275 BAO) festgestellt hat (vgl. VwGH 6.7.2006, 2006/15/0176).

Da das Finanzamt nach fruchtlosem Ablauf der der Bw. gesetzten Frist zur Mängelbehebung keinen Zurücknahmebescheid im Sinne des § 85 Abs. 2 BAO erlassen hat, ist dafür nunmehr die Abgabenbehörde zweiter Instanz zuständig.

Wien, am 1. Juli 2010