



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw, Anschrift1, vertreten durch Ernst & Young Steuerber & WP GmbH, Steuerberater, 5020 Salzburg, Sterneckstraße 31-33, vom 3. Mai 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes Braunau Ried Schärching, vertreten durch Dr. Christa Scharf, vom 12. Februar 2004 betreffend Abweisung eines Antrages auf Wiederaufnahme des Verfahrens zur Veranlagung der Umsatzsteuer gemäß § 303 Abs 4 BAO für die Jahre 1999 und 2000 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Die Umsatzsteuererklärung 1999 (Bescheid vom 15. Mai 2001) und die Umsatzsteuererklärung 2000 (Bescheid vom 13. Juni 2002) waren zunächst erklärungskgemäß veranlagt worden. Mit Eingabe vom 21. November 2002 beantragte die Berufungswerberin (in der Folge: Bw.) die Wiederaufnahme des Verfahrens hinsichtlich Umsatzsteuer 1999 und 2000. Sie hätte im Kalenderjahr 1999 zusammen mit ihrem nunmehrigen Ehegatten mit der Errichtung eines Wohn- und Geschäftsgebäudes in Anschrift2, begonnen. Der Anteil der betrieblichen Nutzung dieses Gebäudes belaufe sich auf 50 %. Die Fertigstellung sei im Kalenderjahr 2001 erfolgt. Die Bw. hätte für die in Rede stehenden Kalenderjahre irrtümlich keine Vorsteuerbeträge geltend gemacht. In der Anlage zu diesem Antrag wurden korrigierte Umsatzsteuererklärungen für 1999 und 2000 beigelegt.

Nach umfangreichen Erhebungen wies das Finanzamt mit Bescheid vom 12. Februar 2004 das Ansuchen auf Wiederaufnahme des Verfahrens hinsichtlich Umsatzsteuer 1999 und 2000 ab.

In der Begründung dazu wird ausgeführt, dass die durchgeführten Erhebungen ergeben hätten, dass die Bw. von 1999 bis Anfang 2003 eine verlustreiche Tätigkeit im Zusammenhang mit der Präsentation und dem Handel von Dessous betrieben hätte. Sowohl die Vorführungen als auch der Vertrieb sei bei den jeweiligen Kunden erfolgt. Im Haus Anschrift2 seien lediglich die Unterwäsche auf einem Kleiderständer sowie die Koffer für die auswärtigen Präsentationen aufbewahrt worden. Eine behauptete betriebliche Notwendigkeit der Nutzung des Dachbodens mit 140 m<sup>2</sup> sei daher nicht gegeben gewesen. Die angebliche Vermietung des Dachgeschosses, wie sie mit Mietvertrag vom 24. April 2003 dokumentiert wäre, habe gemäß der durchgeführten Erhebungen ebenfalls nicht stattgefunden. Es würden daher keine Gründe für eine Wiederaufnahme des Verfahrens betreffend Umsatzsteuer 1999 und 2000 vorliegen.

Innerhalb der verlängerten Rechtsmittelfrist wurde gegen diese Abweisung eine Berufung (als "Einspruch" bezeichnet) eingebracht. In dieser Berufung wird die behauptete gewerbliche Nutzung des Objektes näher dargestellt und ua. auch darauf hingewiesen, dass eine 50 %ige gewerbliche Nutzung bereits während des Erbauens des Objektes festgestanden wäre. Allerdings hätte der ehemalige Steuerberater der Bw. diese diesbezüglich im Unwissen gelassen. Unter Punkt 8. der Berufung wird ausgeführt, dass es mittlerweile ein Urteil des Obersten Verfassungsgerichtshofes gebe, welches besage, dass eine 100 %ige Rückforderung der Vorsteuer möglich sei, auch wenn nur 1 % gewerblich genutzt werde. Der private Nutzungsanteil sei prozentuell jährlich an das Finanzamt zu refundieren.

Nach Vorlage der Berufung an den Unabhängigen Finanzsenat wurde Punkt 8. der Berufung durch den Referenten als Antrag im Sinne der "Seeling-Rechtsprechung" beurteilt. Aus diesem Grund wurde das Verfahren gemäß § 281 BAO bis zur Beendigung des beim Verwaltungsgerichtshof in diesem Zusammenhang schwebenden Verfahrens ausgesetzt. Zuvor wurde die Bw. noch befragt, ob überwiegende Interessen ihrerseits der Aussetzung entgegenstehen würden. Diese Anfrage blieb innerhalb der gesetzten Frist von 2 Wochen ab Zustellung unbeantwortet. Nachdem der Verwaltungsgerichtshof zumindest für die Jahre bis 2003 entschieden hatte, dass die "Seeling-Rechtsprechung" des EuGH aufgrund der autonomen Anwendbarkeit des § 12 Abs. 2 Z 2 lit. a UStG 1994 in Österreich nicht anwendbar sei, wurde das Verfahren vor dem Unabhängigen Finanzsenat fortgesetzt.

Da der Wohnsitz der Bw. aufgrund der Aktenlage und einer ZMR-Abfrage nicht eindeutig war, ersuchte der Referent des Unabhängigen Finanzsenates zunächst das Finanzamt mittels Erhebungen den aktuellen Wohnsitz der Bw. zu ermitteln. Daraufhin teilte das Finanzamt mit, die Wohnadresse der Bw. laute: Anschrift1. Aufgrund von Hausnummernänderungen in der Gemeinde GM habe der Wohnsitz der Bw. nun statt der Anschrift Anschrift2 die Anschrift

Anschrift<sup>1</sup>. Auch nach der Auskunft der Nachbarn sei dies der tatsächliche Wohnsitz der Bw. Die zuständige Postverteilstelle habe mitgeteilt, es gebe keine Probleme mit der Zustellung an die Bw. an dieser Anschrift.

Dem Finanzamt wurde in weiterer Folge mitgeteilt, dass sich nunmehr bei genauerem Aktenstudium im Zusammenhang mit der Bearbeitung der Berufung gezeigt habe, dass die Inhaltserfordernisse des § 303a BAO für Wiederaufnahmeanträge nicht erfüllt seien. Wenn aber ohne vorherige Erlassung eines Mängelbehebungsauftrages über einen Wiederaufnahmeantrag seitens des Finanzamtes abgesprochen wurde, sei der diesbezügliche Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet und müsse dieser daher nach der Rechtsprechung des Unabhängigen Finanzsenates und des Verwaltungsgerichtshofes aufgehoben werden.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Nach § 303a BAO Abs. 1 hat der Wiederaufnahmeantrag zu enthalten:

- a) Die Bezeichnung des Verfahrens, dessen Wiederaufnahme beantragt wird;
- b) die Bezeichnung der Umstände (§ 303 Abs. 1), auf die der Antrag gestützt wird;
- c) die Angaben, die zur Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Antrages notwendig sind;
- d) bei einem auf § 303 Abs. 1 lit. b gestützten Antrag weiters Angaben, die zur Beurteilung des fehlenden groben Verschuldens an der Nichtgeltendmachung im abgeschlossenen Verfahren notwendig sind.

Im Abs. 2 der genannten Bestimmung wird dann weiters ausgeführt, dass die Abgabenbehörde den Antragsteller die Behebung dieser inhaltlichen Mängel mit dem Hinweis aufzutragen habe, dass der Antrag nach fruchtlosem Ablauf einer gleichzeitig zu bestimmenden angemessenen Frist als zurückgenommen gelte, falls der Wiederaufnahmeantrag nicht den in Abs. 1 umschriebenen Erfordernissen entspreche.

Als Umstände im Sinne des § 303 Abs. 1 BAO, auf die der Antrag gestützt werden kann, kommen in Betracht:

- a) Wenn der Bescheid durch Fälschung einer Urkunde, falsches Zeugnis oder eine andere gerichtlich strafbare Tat herbeigeführt oder sonst wie erschlichen worden ist, oder
- b) Tatsachen oder Beweismittel neu hervorkommen, die im abgeschlossenen Verfahren ohne Verschulden der Partei nicht geltend gemacht werden konnten, oder
- c) der Bescheid von Vorfragen abhängig war und nachträglich über eine solche Frage von der hierfür zuständigen Behörde (Gericht) in wesentlichen Punkten anders entschieden wurde

und die Kenntnis dieser Umstände allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätte. Nach Abs. 2 des § 303 BAO ist der Antrag auf Wiederaufnahme binnen einer Frist von drei Monaten von dem Zeitpunkt an, indem der Antragsteller nachweislich von dem Wiederaufnahmegrund Kenntnis erlangt hat, bei der Abgabenbehörde einzubringen, die im abgeschlossenen Verfahren den Bescheid in erster Instanz erlassen hat.

Der Wiederaufnahmeantrag stützt sich offensichtlich auf Tatsachen oder Beweismittel, die neu hervorgekommen wären, aber im abgeschlossenen Verfahren ohne Verschulden der Partei nicht geltend gemacht werden hätten können. Allerdings gibt der Wiederaufnahmeantrag keine konkreten Tatsachen oder Beweismittel an, die neu hervorgekommen wären. Eine irrtümlich unrichtige rechtliche Beurteilung stellt keine neue Tatsache dar.

Ferner enthält der Wiederaufnahmeantrag keine Angaben, die zur Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Antrages notwendig wären. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass die Ausführungen der Bw. eher darauf hinweisen, dass eine allenfalls tatsächlich stattgefundene gewerbliche Nutzung spätestens im Kalenderjahr 2001 bekannt gewesen wäre.

Letztlich fehlen dem Wiederaufnahmeantrag auch Angaben, die zur Beurteilung des fehlenden groben Verschuldens an der Nichtgeltendmachung im abgeschlossenen Verfahren notwendig wären.

Die Erlassung eines Mängelbehebungsauftrages wäre somit erforderlich gewesen. Dies liegt auch nicht im Ermessen der Behörde (VwGH vom 2.3.2006, 2005/15/0126). Das Finanzamt hat somit über einen Wiederaufnahmeantrag entschieden, ohne zuvor ein Mängelbehebungsverfahren abzuführen. Ergeht trotz solcher inhaltlicher Mängel vor deren Behebung eine meritorische Entscheidung über den Wiederaufnahmeantrag, ist diese rechtswidrig (VwGH vom 2.3.2006, 2005/15/0126; VwGH vom 24.6.2009, 2007/15/0192).

Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass nunmehr aufgrund der geänderten Rechtslage (BGBl. I. Nr. 20/2009) das Mängelbehebungsverfahren auf der Grundlage des § 85 Abs. 2 BAO durchzuführen sein wird.

Aufgrund der getroffenen Ausführungen ist der im Berufungsverfahren bekämpfte Bescheid betreffend Abweisung des Antrages auf Wiederaufnahme mit Rechtswidrigkeit behaftet, sodass dieser aufzuheben war.

Linz, am 5. Mai 2010