



## Bescheid

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw. gegen die Bescheide des Finanzamtes Graz-Stadt betreffend Umsatzsteuer für die Jahre 2001 und 2002 sowie Einkommensteuer für die Jahre 2000 bis 2002 vom 3. September 2003 entschieden:

Die Berufung wird gemäß § 275 BAO als zurückgenommen erklärt.

### Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

### Entscheidungsgründe

Anlässlich einer beim Bw., dem Betreiber einer Handybörse, im Jahr 2003 gemäß § 151 Abs. 3 BAO in Verbindung mit § 99 Abs. 2 FinStrG durchgeführten Prüfung der Aufzeichnungen wurde unter Tz 10 ("Sachverhaltsdarstellung") nachstehende Feststellung getroffen:

Nach Mitteilung durch die BP-Dion Graz an die Prüfungsabteilung Strafsachen wären von der Finanzstrafbehörde I. Instanz des FA Graz-Stadt Erhebungen gemäß § 82 FinStrG

durchgeführt worden. Auf Grund dieser Vorerhebungen wären beim Bw. Vermögenswerte - in erster Linie PKW-Anschaffungen - festgestellt worden, deren Ursprung aus den gegenwärtigen Aktenlagen, dem Gesellschafterakt Fa. D.-L. GesbR (50 %iger Miteigentümer ist der Bw.) und dem Einkommensteuerakt des Bw. nicht geklärt werden hätten können.

So hätte sich aus der Beteiligung an obgenannter GesbR jeweils ein anteiliger Verlust in Höhe von S 104.594,00 (2001) und Gewinn in Höhe von € 8.312,10 (2002) ergeben. Bis zur Eröffnung der GesbR im September 2001 sei der Bw. nichtselbstständig tätig gewesen und habe von verschiedenen Firmen und vom Arbeitsmarktservice folgende Jahresverdienstsummen (in Euro) bezogen:

|       |           |
|-------|-----------|
| 1995: | 4.926,79  |
| 1996: | 2.525,67  |
| 1997: | 17.336,18 |
| 1998: | 6.958,49  |
| 1999: | 10.149,78 |
| 2000: | 9.289,55  |
| 2001: | 4.941,61  |

Auf Grund von Vorerhebungen der Strafsachenstelle des Finanzamtes Graz-Stadt wären der Besitz und die Anschaffungen für folgende PKWs festgestellt worden:

Zugelassen:

|                        |          |                       |
|------------------------|----------|-----------------------|
| Peugeot 205            | BJ. 1989 | 30.9.1999 - 11.4.2000 |
| Alfa Spyder            | BJ. 1996 | 12.9.2000 - 16.3.2001 |
| Porsche 986 Boxter     | BJ. 1997 | 16.3.2001 - 7.10.2002 |
| Porsche 911 Carrera    | BJ. 2001 | 10.7.2002 - 2.4.2003  |
| Mercedes SL 500 Cabrio | BJ. 2002 | 23.1.2003 - 2.4.2003  |

In den Prüfungsjahren 2000 bis 2002 hätten die Anschaffungskosten betragen:

|  | <b>2000 (in Schilling)</b> | <b>2001 (in Schilling)</b> | <b>2002 (in Euro)</b> |
|--|----------------------------|----------------------------|-----------------------|
|--|----------------------------|----------------------------|-----------------------|

|                                  |                   |                  |                   |
|----------------------------------|-------------------|------------------|-------------------|
| Alfa Spyder (bar)                | 195.000,00        |                  |                   |
| Porsche 986 Boxter (bar)         |                   | 20.000,00        |                   |
| Porsche 986 Boxter (Kredittilg.) |                   | 70.000,00        | 11.047,00         |
| Porsche 911 Carrera (bar)        |                   |                  | 57.820,00         |
| Mercedes SL 500 Cabrio (bar)     |                   |                  | 72.000,00         |
| <b>Summe:</b>                    | <b>195.000,00</b> | <b>90.000,00</b> | <b>140.867,00</b> |

Auf Grund der Zulassungen seien die Kilometerstände ermittelt und die durchschnittlichen Kilometerleistungen folgendermaßen geschätzt worden:

|                                     | <b>2000:</b>     | <b>2001:</b>      | <b>2002:</b>     |
|-------------------------------------|------------------|-------------------|------------------|
| Alfa Spyder                         | 20000            |                   |                  |
| Porsche 986 Boxter                  |                  | 28500             | 31685            |
| Porsche 911 Carrera                 |                  |                   | 24805            |
| <b>Kilometerleistung:</b>           | <b>20000</b>     | <b>28500</b>      | <b>56490</b>     |
| Durchschnittlicher Verbrauch/100 km | 12 l             | 15 l              | 15 l             |
| Gesamtverbrauch                     | <b>2400 l</b>    | <b>4275 l</b>     | <b>8473 l</b>    |
| Tankungen à S 12,00 bzw € 0,782     | 28.800,00        | 51.300,00         | 7.390,00         |
| Versicherung                        | 6.030,00         | 29.097,00         | 3.244,48         |
| Reifen und Erhaltung (geschätzt)    |                  | 30.000,00         | 4.360,37         |
| <b>Gesamtaufwendungen - PKW</b>     | <b>34.830,00</b> | <b>110.397,00</b> | <b>14.994,85</b> |

Nachgewiesene Mietaufwendungen:

|               | <b>2000(in Schilling)</b> | <b>2001(in Schilling)</b> | <b>2002(in Euro)</b> |
|---------------|---------------------------|---------------------------|----------------------|
| Kaution (bar) |                           | 20.000,00                 |                      |
| Miete (bar)   | 60.000,00                 | 12.440,00                 | 5.424,30             |

|                |                  |                  |                 |
|----------------|------------------|------------------|-----------------|
| Strom (bar)    |                  | 1.180,00         | 514,52          |
| <b>Gesamt:</b> | <b>60.000,00</b> | <b>33.620,00</b> | <b>5.938,82</b> |

Die Lebenshaltungskosten würden mit S 5.000,00 (bzw € 363,36) monatlich geschätzt. Schließlich seien noch anlässlich der Eröffnung der GesbR im Jahr 2001 S 250.000,00 angefallen.

In Anbetracht dieser nachgewiesenen Kosten ergäben sich folgende Gesamtbeträge der zu finanzierenden Aufwendungen:

|                      | <b>2000 (in Schilling)</b> | <b>2001 (in Schilling)</b> | <b>2002 (in Euro)</b> |
|----------------------|----------------------------|----------------------------|-----------------------|
| KFZ-Anschaffungen    | 195.000,00                 | 90.000,00                  | 140.867,00            |
| KFZ-Erhaltung        | 34.830,00                  | 110.397,00                 | 14.994,85             |
| Mietaufwendungen     | 60.000,00                  | 33.620,00                  | 5.938,82              |
| Lebenshaltungskosten |                            | 60.000,00                  | 4.360,37              |
| Geschäftseröffnung   |                            | 250.000,00                 |                       |
| <b>Summe:</b>        | <b>289.830,00</b>          | <b>544.017,00</b>          | <b>166.161,04</b>     |

Der Bw., der zum Zeitpunkt der Betriebsprüfung in Untersuchungshaft im Landesgericht für Strafsachen in G. gesessen sei, wäre am 24. April 2003 vom Erhebungsorgan und in der Folge am 2. Juli 2003, 15. Juli 2003 und 21. Juli 2003 vom Betriebsprüfer zum o.a. Sachverhalt einvernommen worden:

Auf die Begründung der Behörde, dass sich die angefallenen Ausgaben nicht mit den erklärten Gewinnen der Einkommensteuererklärung decken würden und diese Beträge somit aus nicht offengelegten Umsätzen erzielt worden wären, habe der Bw. "keinerlei Stellungnahme und Klärung beitragen können."

In der letzten, in Anwesenheit des bevollmächtigten Rechtsanwaltes durchgeführten Besprechung am 21. Juli 2003 wären die Bemessungsgrundlagen vorgelegt und ausgehändigt worden.

In der Stellungnahme vom 23. Juli 2003 habe der Rechtsanwalt um eine Frist von zwei Wochen für die Klärung des angeführten Sachverhaltes gebeten, da sich der Bw. in Untersuchungshaft befände und für die Nachweise, *woher die finanziellen Mittel stammten*, eine Enthftung notwendig wäre. Am 6. August 2003 wäre um weitere zwei Wochen Frist angesucht und dies von der Behörde zur Kenntnis genommen worden. Schließlich sei auch am 20. August 2003 eine zusätzliche Fristverlängerung - diesmal um eine Woche - beantragt

worden. Da der Bw. zwischenzeitig - am 6. August 2003 - enthaftet worden wäre und auf mehrere Kontaktaufnahmen seines Rechtsanwaltes nicht reagiert hätte, seien von der Behörde die am 21. Juli 2003 dargelegten Bemessungsgrundlagen entsprechend einer Schlussbesprechung gemäß § 151 Abs. 3 BAO festzusetzen.

### **Umsatzsteuer (Tz 11):**

Da der Bw. im Prüfungszeitraum einen Gewerbeschein für ein Handels- und Handelsagentengewerbe gemäß § 124 Z 10 GewO 1994 besessen und eine Handybörse betrieben habe, würden - so der Betriebsprüfer - die ermittelten Bemessungsgrundlagen diesem Geschäftszweig zugeordnet werden. Da die Umsätze gemäß § 24 UStG 1994 differenzbesteuert werden, seien gemäß § 184 BAO die Entgelte auf Basis der zu finanzierenden Aufwendungen zu schätzen:

|                                   | <b>2000 (in Schilling)</b> | <b>2001 (in Schilling)</b> | <b>2002 (in Euro)</b> |
|-----------------------------------|----------------------------|----------------------------|-----------------------|
| Gesamtbetrag der Entgelte lt. Bp. | 250.000,00                 | 500.000,00                 | 160.000,00            |
| zu versteuern mit 20 % lt. Bp.    | steuerfrei § 6 Z 27        | 500.000,00                 | 160.000,00            |

### **Einkommensteuer (Tz 15):**

Wie in obiger Sachverhaltsdarstellung (Tz 10) ausgeführt, wären über ausschließliche Barzahlungen Vermögenszuwächse festgestellt worden, die auch nach mehreren Einvernahmen und Fristgewährungen nicht geklärt werden hätten können. Daher seien die Bemessungsgrundlagen der Einkünfte aus Gewerbebetrieb wie folgt festzusetzen:

|                                      | <b>2000 (in Schilling)</b> | <b>2001 (in Schilling)</b> | <b>2002 (in Euro)</b> |
|--------------------------------------|----------------------------|----------------------------|-----------------------|
| Einkünfte aus Gewerbebetrieb lt. Bp. | 289.830,00                 | 544.017,00                 | 166.161,00            |

Das Finanzamt folgte der Auffassung des Betriebsprüfers in den am 3. September 2003 erstmals ergangenen Umsatzsteuerbescheiden 2001 und 2002 sowie Einkommensteuerbescheiden 2000 bis 2002.

Die dagegen eingebrachte Berufung lautete wie folgt:

*"Ich berufe gegen die Bescheide vom 3. September 2003.*

*Einkommensteuer 2000*

*Einkommensteuer 2001*

*Einkommensteuer 2002*

*Umsatzsteuer 2001*

*Umsatzsteuer 2002.*

*Mit freundlichen Grüßen..... ."*

Das Finanzamt erteilte dem Bw. daraufhin mit Bescheid vom 10. Oktober 2003 einen Mängelbehebungsauftrag mit folgendem Wortlaut:

"Ihre Berufung vom 1. Oktober 2003 gegen die Einkommensteuerbescheide 2000, 2001, 2002 und Umsatzsteuerbescheide 2001 und 2002 vom 3. September 2003 weist hinsichtlich des Inhaltes (§ 250 BAO) die nachstehenden Mängel auf:

Es fehlt eine Erklärung

- 1. in welchen Punkten die Bescheide angefochten werden,
- 2. welche Änderungen beantragt werden, sowie
- 3. eine Begründung.

Die angeführten Mängel sind beim Finanzamt Graz-Stadt gemäß § 275 BAO bis zum 20. November 2003 zu beheben. Bei Versäumung dieser Frist gilt Ihre Berufung als zurückgenommen."

In Beantwortung dieses Auftrages verwies der Bw. unter "*Begründung der Beschwerde*" auf zwei beiliegende Bestätigungen vom 14. Dezember 2001 - "*Leihgabe 90.000 € für Kauf SL 500 (bzw. Kauf)*" und vom 21. Mai 2001 - "*Firmenbeteiligung 150.000 €*".

Eine Erklärung, in *welchen Punkten* die Bescheide angefochten werden sowie *welche Änderungen* beantragt würden, ist der Beantwortung des Mängelbehebungsauftrages nicht zu entnehmen.

In der Folge wurde die gegen obgenannte Bescheide gerichtete Berufung vom Finanzamt mittels Berufungsvorentscheidung (vom 28. November 2003) als unbegründet abgewiesen.

Mit Schriftsatz vom 14. Dezember 2003 stellte der Bw. schließlich den Antrag, die Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vorzulegen.

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

Gemäß § 250 Abs. 1 BAO muss die 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 nun eine Berufung nicht den im § 250 Abs. 1 oder Abs. 2 erster Satz umschriebenen Erfordernissen, so *hat* die Abgabenbehörde gemäß § 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.

Daraus ergibt sich also die *Verpflichtung* der Abgabenbehörde in jenen Fällen, in denen einem berechtigten Mängelbehebungsauftrag nicht, nicht zeitgerecht oder *unzureichend* entsprochen worden ist, einen Bescheid zu erlassen, mit dem die vom Gesetzgeber vermutete Zurücknahme der Berufung festgestellt wird (VwGH 17.9.1996, 92/13/0081).

Sachlich zuständig ist sowohl die Abgabenbehörde erster Instanz als auch jene zweiter Instanz (siehe *Ritz*, BAO-Handbuch, § 275, S 190 oben).

Diese (sachliche) Zuständigkeit umfasst nicht nur die Befugnis zur Erteilung des Mängelbehebungsauftrages sondern auch *zur Erlassung des Zurücknahmebescheides*. Auch eine geteilte (aufgespaltete) Zuständigkeit wird in der Praxis für möglich und zulässig erachtet. Dies etwa dann, wenn die Abgabenbehörde erster Instanz einen Behebungsauftrag erlassen hat und davon ausgegangen ist, dass dem Auftrag voll entsprochen wurde, während die nachfolgend befassende Abgabenbehörde zweiter Instanz feststellt, dass der Berufungswerber dem ursprünglichen Auftrag nicht oder nur teilweise nachgekommen ist (*Stoll*, BAO-Kommentar III, S 2701, 2. Absatz).

Der Bw. hat nun im vorliegenden Fall die Punkte 1 und 2 des Mängelbehebungsauftrages (*Erklärung, in welchen Punkten die Bescheide angefochten werden sowie welche Änderungen beantragt werden*) überhaupt nicht beantwortet und darüberhinaus nur eine (teilweise) "*Begründung der Beschwerde*" (gemeint wohl: Begründung der Berufung) nachgereicht.

Somit ist offensichtlich, dass dem (berechtigten) Mängelbehebungsauftrag nur völlig *unzureichend* entsprochen worden ist und hätte daher bereits das Finanzamt nicht mit Berufungsvorentscheidung (in der Sache entscheidend) vorgehen dürfen, sondern einen Zurücknahmebescheid erlassen müssen.

Dies ändert aber nichts daran, dass im nunmehrigen zweitinstanzlichen Verfahren schon im Hinblick auf § 289 BAO (idF BGBl I Nr. 97/2002), worin der "Vorrang von Formalerledigungen" normiert ist (*Ritz*, BAO-Handbuch, § 289, S 227) bei dem vorliegenden Sachverhalt ein Zurücknahmebescheid gemäß § 275 BAO zu erlassen war:

Aus § 289 Abs. 2 BAO ergibt sich nämlich die *Zulässigkeit* einer Berufungsentscheidung (Entscheidung in der Sache selbst) *nur* dann, wenn *keine* der im § 289 Abs. 1 erster Satz

BAO genannten *formalen* Erledigungen wie zB *Zurücknahmebescheide nach § 85 Abs. 2 BAO oder nach § 275 BAO* zu erfolgen haben.

Es war daher wie im Spruch ersichtlich zu entscheiden.

Graz, 13. April 2004