



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat am 9. Juni 2004 über die Berufung des Bw., vertreten durch Mag. Doris Grohn-Geissler, gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 21. und 22. Bezirk, vertreten durch Oberrat Mag. Albin Mann, betreffend Abweisung eines Antrages auf Wiederaufnahme des Verfahrens hinsichtlich gesonderter Feststellung von Einkünften, Umsatzsteuer, Gewerbesteuer und Abgabe von alkoholischen Getränken für die Jahre 1984 bis 1988 nach in Wien durchgeführter mündlicher Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### 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

Nach der Aktenlage des zuständigen Finanzamtes bzw. laut den für die Jahre 1984 bis 1988 eingereichten Abgabenerklärungen führten sowohl der Bw. als auch sein Vater G. K. im 1.

Wiener Gemeindebezirk je ein Cafe. Im Zuge einer abgabenbehördlichen Prüfung hinsichtlich beider Betriebe gelangte der Prüfer zur Überzeugung, dass ein einheitlicher Gewerbebetrieb vorliege, der dem Vater des Bw. zuzurechnen sei. Das Finanzamt folgte den Feststellungen des Betriebsprüfers und rechnete auch die Einkünfte aus dem Cafe C. dem Vater des Bw. zu.

Der Vater des Bw. beantragte in seiner Berufung, die Ergebnisse des Cafe C. dem Sohn zuzurechnen. Diesem Berufungsantrag gab der Senat mit Berufungsentscheidung Folge.

Im weiteren Verlauf wurden die Ergebnisse des Cafe C. wieder dem Sohn zugerechnet und dementsprechende Bescheide hinsichtlich Umsatzsteuer, Gewerbesteuer, Alkoholabgabe und gesonderte Feststellung von Einkünften gemäß § 187 BAO für die Jahre 1984 bis 1988 erlassen.

Die dagegen erhobene Berufung wurde ebenso wie die gegen die Berufungsentscheidung eingebrachte Verwaltungsgerichtshofbeschwerde als unbegründet abgewiesen.

Mit Schreiben vom 14.6.1999 stellte der Bw. den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens hinsichtlich Umsatzsteuer, Gewerbesteuer, Alkoholabgabe und gesonderte Feststellung von Einkünften gemäß § 187 BAO für die Jahre 1984 und 1988.

In der Begründung führte er aus, durch einen glücklichen Zufall habe er durch eine Stellenausschreibung einen ehemaligen Kellner des Cafe C. aus den Jahren 1987 bis 1988 kennengelernt. Herr E. J. habe er bis dato überhaupt nicht gekannt und sei ihm daher ein früheres Vorbringen nicht möglich gewesen. § 303 BAO sei erfüllt, da ihm Herr E. J. bis heute in keinem Verfahren bekannt gewesen sei und es sich daher eindeutig um ein neues Hervorkommen eines Beweismittels handle.

Die als Beilage zum Wiederaufnahmeantrag übermittelte eidesstattliche Erklärung des E. J. hat folgenden Wortlaut:

*"Ich, E. J., erlaube mir hiermit festzustellen, daß ich in den Jahren 1987 und 1988 im Cafe C. in .W., A.-Gasse 12 als Teilzeitkellner gearbeitet habe um mir mein Studiengeld zu verdienen.*

*Der damalige Chef ist mit dem heute bekannten Herrn C. K. in keiner Weise ident. Ich hatte damals auch keinen Grund an den Personalien des Chefs zu zweifeln, da er sich sowohl durch Visitenkarten als auch gegenüber der Post und div. Kommissionen als Herr C. K. ausgewiesen hat. Ich bin davon überzeugt, daß ehemalige Arbeitskollegen meine Worte bestätigen können.*

*Den mir heute als Herr C. K. bekannten Herrn habe ich kürzlich durch eine Stellenanzeige der Cafe-Konditorei N. kennengelernt und war mir bis dahin gänzlich unbekannt."*

Der Bescheid, mit dem der Antrag auf Wiederaufnahme abgewiesen worden ist, wurde mit Berufungsvorentscheidung aufgehoben, da zwingend ein Mängelbehebungsverfahren gemäß § 303a BAO abzuführen gewesen wäre.

Datiert mit 18.4.2000 erließ das Finanzamt einen Mängelbehebungsbescheid, mit der Begründung, der Wiederaufnahmeantrag enthalte keine Angaben, die zur Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Antrages notwendig seien.

Innerhalb offener Frist führte die steuerliche Vertreterin des Bw. aus, dieser habe am 1.6.1999 in seinem Cafehaus N. in W., S.-Straße 20, im Fenster einen Aushang platziert, mit dem eine Wochenendaushilfskraft dringend gesucht worden sei.

Aufgrund dieses Aushanges hätte sich Herr E. J. beworben und es sei am 4.6.1999 zu einem Vorstellungsgespräch gekommen. Herr E. J. habe sich an den Namen K. erinnert und sei schon deswegen ins Lokal gekommen und neugierig auf ein Gespräch gewesen, weil er gedacht habe, seinen ehemaligen Chef dort zu sehen. Er sei aber jemanden gegenüber gestanden, den er bis zu diesem Tag nicht gekannt habe.

Herr E. J. erwähnte in dem Gespräch, dass er in den Jahren 1987 und 1988 für einen Herrn K. im Cafe C. in der A.-Gasse 12 gearbeitet habe. Dabei handelte es sich um den Vater des Bw..

Herr E. J. habe sich aufgrund des Gespräches vom 4.6.1999 bereit erklärt, eine eidesstattliche Erklärung abzugeben, dass keine Identität zwischen seinem damaligen Chef und dem ihm nunmehr erst durch das Vorstellungsgespräch bekannten C. K. bestehe.

In weiterer Folge wies das Finanzamt den Antrag auf Wiederaufnahme ab und führte aus, wenn sich der Abgabepflichtige eines Zeugen weder im Zuge der Betriebsprüfung noch im anschließenden Rechtsmittelverfahren bedient habe, könne dieses Versäumnis nicht mit Hilfe eines Wiederaufnahmeantrages nachgeholt werden. Die Wiederaufnahme des Verfahrens diene nicht dazu, Beweisanträge zu stellen, die im abgeschlossenen Verfahren unterlassen worden seien.

In der dagegen erhobenen Berufung führte die steuerliche Vertreterin des Bw. aus, der Zeuge E. J. sei dem Bw. bis zum 4.6.2000 unbekannt gewesen, es liege daher kein Verschulden des Bw. vor, sondern es seien jetzt neue Tatsachen bzw. Beweismittel hervorgekommen, die im ursprünglichen Verfahren gar nicht hätten geltend gemacht werden können.

Durch die eidesstattliche Erklärung des E. J. erscheine das Verfahren in einem ganz anderen Licht.

Die im Jahr 1997 beantragte Wiederaufnahme des Verfahrens sei deswegen abgelehnt worden, weil die beiden Zeugen (Herr K. und Herr J. M.) im Verfahren bereits bekannt gewesen seien. Die von diesen Zeugen abgegebenen eidesstattlichen Erklärungen seien von enormer Wichtigkeit und es stelle sich die Sachlage völlig anders dar, als sie von der Abgabenbehörde bislang angenommen worden sei.

Herr G. K., der Vater des Bw., habe eine falsche Aussage getätigt und im seinerzeitigen Verfahren ausgesagt, die Einkünfte aus dem Cafe C. seien seinem Sohn zuzurechnen. Nunmehr habe er aber bestätigt, dass diese Einkünfte ihm selbst zuzurechnen seien. Auch der Umstand der falschen Aussage von G. K. führe gemäß § 303 Abs 1 lit a BAO dazu, dass dem Wiederaufnahmeantrag des Bw. stattgegeben werden könne.

Hätte Herr G. K. bereits im Zuge der Betriebsprüfung sowie seiner anschließenden Berufung die nunmehrige Erklärung abgegeben, so wären die ursprünglichen Bescheide anders ergangen.

In der mündlichen Berufungsverhandlung gab der Bw. an, im Cafe C. seien in den Jahren 1984 bis 1988 durchschnittlich 4 bis 5 Personen beschäftigt gewesen.

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

#### **Die Abgabenbehörde hat folgenden Sachverhalt als erwiesen angenommen:**

- Der Bw. war vom 1.9.1983 bis März 1988 u.a. auch im Cafe C. tätig.
- Der Zeuge E. J. konnte ihm nicht unbekannt sein.

Diese Feststellungen ergeben sich aus der Aussage des Bw. vom 14. Mai 1988, aus der in der Berufung angesprochenen Erklärung des Vaters vom 18. August 1994 und aus den Zeugenaussagen von Frau E. M. vom 17. Oktober 1988 und Herrn J. M. vom 23. August 1988.

#### **Beweiswürdigung:**

Die Behauptung des Bw. in der Berufung, er habe den Zeugen E. J. erst am 4.6.1999 kennengelernt, ist aus folgenden Überlegungen heraus nicht glaubwürdig:

In einer beim Finanzamt für den 1. Bezirk am 24. Mai 1988 mit dem Bw. aufgenommenen Niederschrift gab dieser zu Protokoll, dass er in der Zeit vom 1.9.1983 bis Mitte März 1988 sowohl im Cafe V. als auch im Cafe C. tätig gewesen sei. Er sei in den ersten vier Jahren als Kellner, danach für alle möglichen Verrichtungen zuständig gewesen, u.a. für den Transport von Speisen und Waren aus dem Cafe V. in das Cafe C.. In dieser Niederschrift gab er auch an, dass die Tageslosungen des Cafe C. zu Beginn ca. ATS 15.000,-, zum Schluss ca. ATS

3.500,- betragen hätten. Die Abrechnungen des Cafe C. seien in der gleichen Form wie im Cafe V. über eine Bon-Kasse erfolgt.

Dieser Niederschrift ist eindeutig zu entnehmen, dass der Bw. zur selben Zeit wie der Zeuge E. J. im Cafe C. tätig war bzw. Tätigkeiten für das Cafe C. verrichtet hat (Transport von Speisen und Waren). Es widerspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, bei einer Betriebsgröße von durchschnittlich 4 bis 5 Mitarbeitern den einzelnen Mitarbeiter nicht zu kennen. Selbst die Tatsache, dass der Bw. auch für das Cafe V. tätig war, vermag daran nichts zu ändern, gibt doch der Bw. in seiner Niederschrift an, u.a. für den Transport von Speisen und Waren zuständig gewesen zu sein und hatte er – wie seine Angaben über die Höhe der Tageslosungen zeigen – sehr wohl detaillierte Kenntnisse, die den Schluss auf durchaus längere Anwesenheiten im Cafe C. durchaus gerechtfertigt erscheinen lassen.

Der Erklärung des Vaters des Bw., Herrn G. K., ist zu entnehmen, dass der Bw. im Zeitraum 1984 bis 1988 mit einem monatlichen Gehalt von netto S 12.500,- im Cafe C. angestellt war.

Durch die Zeugenaussagen von E. M. und J. M. wird die Anwesenheit des Bw. im Cafe C. ebenfalls bestätigt, da die Tageslosungen bzw. die Registrierkassenstreifen entweder an G. K. oder den Bw. übergeben wurden, je nachdem, wer von beiden im Betrieb anwesend war.

Das Vorbringen, er habe den Zeugen E. J. erst am 4.6.1999 kennengelernt, ist daher nicht glaubwürdig.

**Dieser Sachverhalt war in rechtlicher Hinsicht wie folgt zu beurteilen:**

Gemäß § 303 Abs. 1 BAO ist dem Antrag einer Partei auf Wiederaufnahme eines durch Bescheid abgeschlossenen Verfahrens stattzugeben, wenn ein Rechtsmittel gegen den Bescheid nicht oder nicht mehr zulässig ist und

- a) der Bescheid durch Fälschung einer Urkunde, falsches Zeugnis oder eine andere gerichtlich strafbare Tat herbeigeführt oder sonstwie erschlichen worden ist, oder
- b) Tatsachen oder Beweismittel neu hervorkommen, die im abgeschlossenen Verfahren ohne grobes Verschulden der Partei nicht geltend gemacht werden konnten, oder
- c) der Bescheid von Vorfragen abhängig war und nachträglich über eine solche Vorfrage 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.

Entsprechend der Bestimmung des § 303 Abs. 2 BAO ist der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens binnen einer Frist von drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in dem der Antrag-

steller nachweislich von dem Wiederaufnahmegrund Kenntnis erlangt hat, bei der Abgabenbehörde einzubringen, die im abgeschlossenen Verfahren den Bescheid in erster Instanz erlassen hat.

Wenn die Zuständigkeit zur Abgabenerhebung auf eine andere Abgabenbehörde übergegangen ist, kann nach Abs. 3 leg. cit. der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens auch bei der Abgabenbehörde erster Instanz eingebracht werden, die im Zeitpunkt der Antragstellung zur Abgabenerhebung zuständig ist.

### **1. Wiederaufnahmegrund der falschen Aussage des Vaters des Bw.:**

Hinsichtlich des Wiederaufnahmegrundes der falschen Aussage des Vaters des Bw., Herrn G. K. ist auszuführen, dass die Frist des § 303 Abs. 2 BAO in diesem Fall nicht gewahrt ist. Die Unrichtigkeit der Aussage des Vaters vom 18. August 1994 war dem Bw. spätestens am 17. Juli 1997 bekannt. An diesem Tag stellte der Bw. ebenfalls einen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens, den er u. a. auf die als Beilage übermittelte Erklärung seines Vaters stützte, dass ihm und nicht seinem Sohn die Einkünfte aus dem Cafe C. zuzurechnen seien und dass der Bw. nie Inhaber des Cafe C. gewesen sei.

Hat er aber bereits am 17. Juli 1997 von der falschen Aussage des Vaters gewusst, kann der am 14.6.1999 gestellte Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens im Hinblick auf § 303 Abs. 2 BAO nicht mit Erfolg darauf gestützt werden.

### **2. Wiederaufnahmegrund des Neuhervorkommens eines Beweismittels (Zeugen):**

Ein Wiederaufnahmeantrag nach der Bestimmung des § 303 Abs. 1 lit b BAO kann nur auf solche Tatsachen oder Beweismittel gestützt werden, die beim Abschluss des wiederaufzunehmenden Verfahrens schon vorhanden waren, deren Verwertung der Partei aber erst nachträglich möglich wurde. Es müssen also neu hervorgekommene Tatsachen bzw. neu hervorgekommene Beweismittel vorliegen, von denen aber nur dann die Rede sein kann, wenn die Tatsachen oder Beweismittel zur Zeit des nunmehr abgeschlossenen Verfahrens bereits existent waren, aber im Verfahren nicht berücksichtigt worden sind.

Auf Zeugen bezogen bedeuten diese Ausführungen, dass ein Zeuge nur dann als ein neu hervorgekommenes Beweismittel anzusehen ist, wenn er ohne grobes Verschulden der Partei von dieser im abgeschlossenen Verfahren nicht geltend gemacht werden konnte oder dass die Partei von der Person des Zeugen oder von dem Umstand, dass diese Person als Zeuge zweckdienliche Aussagen in Bezug auf das Beweisthema hätte machen können, keine Kenntnis hatte.

Ist aber dem Bw. die Kenntnis vom Zeugen E. J. aus den oben angeführten Gründen zurechenbar, dann ist die in § 303 Abs. 1 lit b BAO geforderte Voraussetzung des Neuhervorkommens eines Beweismittels nicht erfüllt und kann das Beweismittel, nach rechtskräftigem Abschluss des Erstverfahrens vorgebracht, nicht als Wiederaufnahmegrund zum Tragen kommen. Hat die Partei, die im vorangegangenen Verfahren Gelegenheit hatte, die ihr zur Verfügung stehenden Beweismittel für ihren Anspruch vorzubringen, diese Gelegenheit aber zufolge Fehlbeurteilung oder aus mangelnder Obsorge versäumt, so hat sie die Folgen daraus zu tragen und kann sich nicht auf diesen Wiederaufnahmegrund berufen (vgl. VwGH v. 21.12.1999, 99/14/0293).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, 9. Juni 2003