



## Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., Adr., vertreten durch Veltze, Mares & Partner KG, Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungskanzlei, 1200 Wien, Leithastrasse 25, vom 3. Dezember 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg, vom 29. November 2010 betreffend Einkommensteuer 2009 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 289 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl Nr. 1961/194 idgF, unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

## Begründung

Im gegenständlichen Fall hat der Bw. die Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung in Höhe von € 49.188,60, die AfA in Höhe von € 3.948,90, die Fremdfinanzierungskosten in Höhe von € 17.269,58 und übrige Werbungskosten in Höhe von € 21.019,44, die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung somit in Höhe von € 6.950,68 erklärt. Verluste aus Gewerbebetrieb wurden nicht bekanntgegeben.

Die Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit wurden laut übermitteltem Lohnzettel erfasst.

Die Veranlagung der Einkommensteuer 2009 erfolgt erklärungsgemäß.

Gegen diesen Bescheid brachte der Bw. Berufung ein.

Begründend wurde ausgeführt, dass im Rahmen der Erstellung der Einkommensteuer vergessen wurde, dass dem Bw. ein Verlustvortrag im Ausmaß von € 301.308,26 zustehe.

Weiters wurde ausgeführt, dass ebenfalls auf Grund eines Irrtums die Fremdkapitalzinsen im Zuge der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung berücksichtigt wurden. Richtigerweise stellten diese nachträgliche Verluste aus gewerblicher Tätigkeit dar.

Das Finanzamt legte die Berufung dem unabhängigen Finanzsenat vor.

Im Vorlagebericht des Finanzamtes wurden als Streitpunkte die Geltendmachung des Verlustvortrages (§ 18) sowie nachträgliche Betriebsausgaben iZm Mitunternehmerbeteiligung angeführt.

Soweit aus der Aktenlage erkennbar, wurden im Jahr 2004 Verluste aus Gewerbebetrieb auf Grund der Beteiligung bei der Bw. GmbH & Mitges. erklärt und veranlagt.

Im Jahr 2005 wurden keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb erklärt.

In den Jahren 2006 und 2007 wurden bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung Zinsen als Werbungskosten geltend gemacht, Verluste aus Gewerbebetrieb wurden nicht bekanntgegeben und die Veranlagungen erfolgten erklärungsgemäß.

Für das Jahr 2007 wurde laut Onlineauszug der Einkommensteuerbescheid gemäß § 299 Abs.1 BAO vom Finanzamt aufgehoben. In einer Antwort vom 9. März 2010 auf ein Ergänzungssuchen des Finanzamtes wurden bei den Werbungskosten (V+V) für das Jahr 2007 die Fremdfinanzierungskosten (= negative Werbungskosten aus Gewerbebetrieb) in Höhe von € 20.206,59 bekannt gegeben. In einem weiteren Ergänzungsschreiben führte der Bw. aus, dass er Fremdmittel habe aufnehmen müssen, um die Gesellschaft schließen zu können. Vorgelegt wurden ein Kreditvertrag aus dem Jahr 2002 über € 432.000,-, eine Nachtragsvereinbarung aus dem Jahr 2003 in Höhe von betreffend einer Einzahlung von € 232.000,-, Kreditprolongationen und eine Kreditzusage.

Der neue Erstbescheid (neue Sachentscheidung) ist in Bearbeitung. Das Verfahren ist noch offen.

Im Jahr 2008 wurden die Fremdkapitalzinsen als nachträgliche Betriebsausgaben bei den Einkünften aus Gewerbebetrieb geltend gemacht und die Veranlagung erfolgte erklärungsgemäß.

Der Verlustvortrag wurde seit dem Jahr 2004 (Auflösung der Mitgesellschaft) vom Finanzamt im erklärten Ausmaß gewährt.

Gemäß [§ 276 Abs. 6 BAO](#) hat das Finanzamt eine Berufung erst "nach Durchführung etwa noch erforderlicher Ermittlungen" der Abgabenbehörde zweiter Instanz vorzulegen.

Auf Grund der Aktenlage ist jedoch ersichtlich, dass die Abzugsfähigkeit der Fremdkapitalzinsen, sei es als nachträgliche Betriebsausgaben bei Einkünften aus Gewerbebetrieb oder als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung nicht Thema von Ermittlungen war. Dies hat zur Folge, dass im gegenständlichen Fall der entscheidungswesentliche Sachverhalt bis dato nur unzureichend erhoben wurde und bei Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden können.

Gemäß [§ 289 Abs. 1 BAO](#) kann, wenn die Berufung weder zurückzuweisen (§ 273) noch als zurückgenommen (§ 85 Abs. 2, § 86a Abs.1) oder als gegenstandslos (§ 256 Abs. 3, § 274) zu erklären ist, die Abgabenbehörde zweiter Instanz die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Berufungsvorentscheidungen unter Zurückweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs. 1) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können.

Ob der UFS als Abgabenbehörde zweiter Instanz von der Möglichkeit einer kassatorischen Berufungserledigung Gebrauch macht, liegt in seinem Ermessen.

Zur Ermessenübung bezüglich der Aufhebung des Bescheides wird darauf verwiesen, dass es laut Erkenntnis des VwGH vom 21.11.2002, [2002/20/0315](#), die Anordnung des Gesetzgebers (über ein zweitinstanzlichen Verfahren) unterlaufen würde, wenn es wegen des Unterbleibens des Ermittlungsverfahrens in erster Instanz zu einer Verlagerung des gesamten Verfahrens vor der Berufungsbehörde käme und die Einrichtung von zwei Entscheidungsinstanzen damit zur bloßen Formsache würde. Es ist laut VwGH nicht Sinn des Gesetzes, wenn die Berufungsbehörde, statt ihre (umfassende) Kontrollbefugnis wahrnehmen zu können, jene Behörde ist, die erstmals den entscheidungsrelevanten Sachverhalt ermittelt und einer Beurteilung unterzieht. Zweck der Kassationsmöglichkeit ist im Übrigen die Entlastung der Abgabenbehörde zweiter Instanz und die Beschleunigung des zweitinstanzlichen Verfahrens (Ritz BAO<sup>3</sup>, § 289, Tz 5).

Würde der UFS im berufungsgegenständlichen Fall sämtliche Ermittlungen erstmals durchführen, müsste dies auch zu einer nicht unbeträchtlichen Verfahrensverzögerung führen, weil alle Ermittlungsergebnisse immer der jeweils anderen Verfahrenspartei zur Stellungnahme bzw. Gegenäußerung unter Beachtung des Parteiengehörs iSd § 115 Abs.2 BAO zur Kenntnis gebracht werden müssten, was bei der Ermessensübung iSd § 289 Abs.1 BAO jedenfalls Beachtung zu finden hat.

Weiters hält der UFS fest, dass im gegenständlichen Verfahren die Frage hinsichtlich der Abzugsfähigkeit der Zinsen nicht nur auf das Streitjahr begrenzt ist. Die Zinsen wurden in den Jahren vor dem Streitjahr verschieden berücksichtigt. Das Verfahren betreffend das Jahr 2007 ist noch offen.

Der unabhängige Finanzsenat sieht daher eine Aufhebung und Zurückverweisung als gerechtfertigt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 14. Juni 2012