

# **BGer 2C 311/2016 vom 23. Mai 2016**

Bundesgericht, 2016-05-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_311\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_311_2016)

FR: TF 2C 311/2016 du 23 mai 2016

IT: TF 2C 311/2016 del 23 maggio 2016

## **Regeste**

Mehrwertsteuer 1. Quartal 2008 bis 4. Quartal 2009 (Ermessenseinschätzung; 2. Rechtsgang) | Öffentliche Finanzen & Abgaberecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde richtet sich gegen den verfahrensabschliessenden Entscheid einer letzten kantonalen Instanz in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts. Die Voraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten liegen vor (Art. 82 lit. a, Art. 83, Art. 86 Abs. 1 lit. a, Art. 89 Abs. 1, Art. 90 BGG [SR 173.110]). Am 1. Januar 2010 ist das Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Mehrwertsteuer (MWSTG 2009; SR 641.20) in Kraft getreten (vgl. Art. 116 Abs. 2 MWSTG). Es sieht keine spezialgesetzlichen Vorschriften zum bundesgerichtlichen Verfahren vor.

### **E. 1.2.1**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a und b BGG ). Bei der Prüfung verfügt das Bundesgericht über uneingeschränkte (volle) Kognition und wendet es das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ; BGE 140 III 86 E. 2 S. 88). Dennoch ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG unerlässlich, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 116).

### **E. 1.2.2**

Die Verletzung von Grundrechten prüft das Bundesgericht in jedem Fall nur, falls eine solche Rüge in der Beschwerde überhaupt vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 140 IV 57 E. 2.2 S. 60). Wird keine Verfassungsrüge erhoben, kann das Bundesgericht eine Beschwerde selbst dann nicht gutheissen, wenn eine Verfassungsverletzung tatsächlich vorliegt ( BGE 141 I 36 E. 1.3 S. 41). Auf bloss allgemein gehaltene, appellatorische Kritik am vorinstanzlichen Entscheid geht das Bundesgericht nicht ein ( BGE 141 IV 317 E. 5.4 S. 324; 141 IV 369 E. 6.3 S. 375).

### **E. 1.2.3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, wozu auch die Beweiswürdigung zählt ( BGE 141 IV 369 E. 6.3 S. 375; 140 III 264 E. 2.3 S. 266), nur berichtigen oder ergänzen, soweit sie offensichtlich unrichtig - das heisst willkürlich - sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen

( Art. 105 Abs. 2 BGG ; BGE 142 V 2 E. 2 S. 5; 141 V 657 E. 2.1 S. 659 f.).

### **E. 2.1**

Der Steuerpflichtige ist der Auffassung, die konkreten Sachumstände liessen keine Umsatzschätzung nach pflichtgemäsem Ermessen zu. Dementsprechend sieht er davon ab, sich zur Ermessensbetätigung, das heisst der Umsatzschätzung als solcher, zu äussern. Mit Blick auf die streitbetroffene Kontrollperiode ist in der Sache selbst das vorrevidierte Mehrwertsteuerrecht (Bundesgesetz vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer; AS 2000 1300, nachfolgend MWSTG 1999) anwendbar.

#### **E. 2.2.1**

Der bundesgerichtlichen Praxis zufolge gilt, dass eine formell richtige Buchhaltung vermutungsweise auch materiell richtig ist. Von Gesetzes wegen ist die ESTV freilich gehalten (Art. 60 MWSTG 1999), eine pflichtgemässe Schätzung der massgebenden Umsätze vorzunehmen, falls entweder überhaupt keine oder nur unvollständige Aufzeichnungen vorliegen (erste Tatbestandsvariante, Verstoss gegen die formellen Regeln der Buchführung) oder die ausgewiesenen Ergebnisse mit dem wirklichen Sachverhalt offensichtlich nicht übereinstimmen können (zweite Tatbestandsvariante, Verstoss gegen die materiellen Regeln der Buchführung; Urteil 2C\_812/2013 vom 28. Mai 2014 E. 2.4.1, in: ASA 83 S. 63).

#### **E. 2.2.2**

Im Fall einer Schätzung nach pflichtgemäsem Ermessen ist hinsichtlich der Kognition des Bundesgerichts wie folgt vorzugehen: Beim Sachverhalt einschliesslich der Beweiswürdigung handelt es sich um eine Tatfrage ( Art. 105 Abs. 1 BGG ; vorne E. 1.2.3), die als solche nur im Rahmen von Art. 106 Abs. 2 BGG gerügt werden kann (vorne E. 1.2.2). Vom Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsfrage ( Art. 95 lit. a BGG ; vorne E. 1.2.1) ist, ob der so ermittelte Sachverhalt die gesetzlichen Voraussetzungen der Einschätzung nach pflichtgemäsem Ermessen erfüllt. Bei der zweiten Tatbestandsvariante ist deshalb mit uneingeschränkter Kognition zu klären, ob die festgestellten Ergebnisse mit dem wirklichen Sachverhalt offensichtlich nicht übereinstimmen.

#### **E. 2.2.3**

Zeigt sich, dass die ausgewiesenen Ergebnisse und der wirkliche Sachverhalt im genannten Sinne "offensichtlich nicht übereinstimmen", ist als weitere Rechtsfrage zu klären, ob die Vorinstanz eine sachgerechte Bewertungsmethode herangezogen hat. Davon ist auszugehen, wenn sie ein Vorgehen gewählt hat, das nachvollziehbar, plausibel, anerkannt ist, in vergleichbaren Fällen verbreitete Anwendung findet und nach allgemeiner Auffassung besser oder mindestens ebenso bewährt ist wie andere Methoden und den Verhältnissen im konkreten Einzelfall Rechnung trägt (Urteil 2C\_1012/2014 vom 14. November 2014 E. 2.1).

#### **E. 2.2.4**

Die eigentliche Bewertung oder Schätzung, die aufgrund dieser Methoden vorzunehmen ist, gehört zu den Tatfragen . Infolge dessen prüft das Bundesgericht das Ergebnis einer Bewertung oder Schätzung nur zurückhaltend, das heisst auf offensichtliche Fehler und Irrtümer hin. Es obliegt der steuerpflichtigen Person, die Unrichtigkeit der Schätzung zu beweisen. Erhebt die steuerpflichtige Person Beschwerde, kann sie sich vor Bundesgericht nicht darauf beschränken, die Kalkulationsgrundlagen der Ermessensbetätigung allgemein

zu kritisieren; sie muss vielmehr nachweisen, dass die von der ESTV vorgenommene Schätzung offensichtlich unrichtig ist (zit. Urteile 2C\_812/ 2013 E. 2.4.3 und 2C\_1012/2014 E. 2.2).

### **E. 2.3.1**

Art. 60 MWSTG 1999 ist ausgesprochen offen angelegt. In der zweiten Tatbestandsvariante geht es darum, dass die an sich formell einwandfreien Aufzeichnungen in "offensichtlichem" Widerspruch zum wirklichen Sachverhalt stehen. Trifft dies zu, ist nach dem im Abgaberecht streng herrschenden Legalitätsprinzip (hier: Erfordernis der Normfolgegebung; zum Ganzen Urteile 2C\_809/2015 vom 16. Februar 2016 E. 5.1, in: ASA 84 S. 721; 2C\_835/2011 vom 4. Juni 2012 E. 2.3 mit Hinweisen) zwingend zur Schätzung nach pflichtgemäßem Ermessen zu schreiten. Wann erhobenes und mutmasslich zutreffendes Ergebnis hinreichend auseinanderfallen, um eine Schätzung nach pflichtgemäßem Ermessen zu rechtfertigen, lässt sich indes kaum positivrechtlich umschreiben. Generell-abstrakt eine qualitative oder quantitative, betragsmässige oder prozentuale Umschreibung der Abweichung zwischen Büchern und "wirklichem Sachverhalt" anzustellen, erwiese sich aber auch als wenig sachgemäss. Der Tatbestand ruft von Fall zu Fall nach einer Gesamtbetrachtung.

### **E. 2.3.2**

Mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der Offensichtlichkeit beschränkt der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der zweiten Tatbestandsvariante auf Fälle mit einer gewissen Tragweite. Geringfügige Abweichungen sollen keinen Anlass zu behördlichem Einschreiten geben. Soweit ausgewiesenes und mutmasslich zutreffendes Ergebnis aber "offensichtlich" voneinander abweichen, verbleibt der Behörde zwangsläufig in diesem Rahmen ein gewisser Beurteilungsspielraum. Die Ermessensschätzung oder der Ermessenszuschlag hat den tatsächlichen Gegebenheiten möglichst nahe zu kommen. Nachdem die wahren Sachumstände aber gerade im Dunkeln liegen, verfügt die Behörde bei der Ermittlung der Steuerfaktoren über ein Tatbestandsermessen. Wenn es sich bei der Auslegung und Anwendung von Art. 60 MWSTG 1999 auch um eine Rechtsfrage handelt (vorne E. 1.2.1 und 2.2.2), so erweist sich der Vorbehalt der Offensichtlichkeit doch als eingeschränkt justiziabel. Mit Blick auf das gesetzgeberisch gewollte Tatbestandsermessen greift das Bundesgericht nicht ohne Weiteres in die pflichtgemässe steuerbehördliche Ermessensbetätigung ein.

### **E. 3.1**

Die ESTV hatte ursprünglich zwecks Prüfung der materiellen Richtigkeit der Buchhaltung auf die mittleren Erfahrungszahlen abgestellt. Im zweiten Umgang rückte sie davon ab und bezog nun auch die Minimal- und Maximalwerte in ihre Überlegungen ein (vorne lit. A und C). Zudem berücksichtigte sie nun Warenverluste für Getränke und Küche (zehn bzw. 30 Prozent), was sie zu einem Materialanteil - "über alle Sparten hinweg" - von 39,5 Prozent führte. Da aber der Zuschlagssatz für die Getränke wesentlich höher ausfalle, liege der Zuschlagssatz auf der Küche (53 Prozent) "klar unter dem minimalen Wert" (angefochtener Entscheid E. 3.1). Die Vorinstanz billigt das Vorgehen und betont, dass die prozentualen Zuschlagssätze - ausser "Küche" und "Kaffee" - auf der Buchhaltung bzw. Belegen beruhten. Die ESTV könne sich auf eine breit abgestützte Anzahl von Betrieben berufen. Selbst unter Berücksichtigung der Warenverluste bewege sich der konkrete Quotient (53 Prozent) deutlich unterhalb des Minimalwerts, was eine "offensichtliche" Abweichung

darstelle und Anlass zu einer Schätzung nach pflichtgemäßem Ermessen gebe (Entscheid E. 3.2).

### **E. 3.2**

Der Steuerpflichtige gelangt, unter Berücksichtigung des verminderten Warenaufwandes, zu einem Materialanteil von 38,4 Prozent ("über alle Sparten hinweg"), vergleicht diesen mit den schweizweit ermittelten Maximalwerten der Gourmetrestaurants (40,9 Prozent) und Landgasthöfe (44,6 Prozent), um schliesslich auf die generell tieferen Zahlen in den Tessiner Betrieben hinzuweisen. Er bekräftigt die Richtigkeit des Zuschlagssatzes für die Küche (53 Prozent) und begründet dies mit den eingetretenen Verlusten. Deren Grund liege insbesondere in den mangelnden Branchenkenntnissen, was es verbiete, seinen Betrieb mit erfolgreichen Restaurants zu vergleichen.

### **E. 3.3.1**

Die Vorbringen des Steuerpflichtigen überzeugen nicht. Zunächst ist ihm entgegenzuhalten, dass seine Buchführung keineswegs als insgesamt formell korrekt eingestuft werden kann. Wenn auch die Vorinstanz angenommen hat, es sei die zweite Tatbestandsvariante von Art. 60 MWSTG 1999 zu prüfen, ist festzuhalten, dass die Bücher zumindest teilweise unvollständige Aufzeichnungen enthielten (erste Tatbestandsvariante). Verdeutlichen lässt sich dies anhand der Überlegungen, welche die ESTV zum Kaffee anstellte. Dem Einspracheentscheid vom 22. Juli 2015, der ergänzend herangezogen werden kann ( Art. 105 Abs. 2 BGG ; vorne E. 1.2.3), ist zu entnehmen, dass sowohl aufwand- wie ertragsseitig zum Kaffee gar kein oder zumindest kein verlässliches Zahlenmaterial vorliege (vorne lit. C).

### **E. 3.3.2**

Der Steuerpflichtige stellt die Frage ins Zentrum, ob bei einem (korrigierten) Materialanteil "über alles" von rund 38,4 Prozent (Warenaufwand [vermindert]: Fr. 235'152.--, Warenverkauf [gemäss Erfolgsrechnung] Fr. 612'668.--) von einer offensichtlichen Abweichung im Sinne der zweiten Tatbestandsvariante gesprochen werden dürfe. Sein Ansatz greift aber zu kurz. So scheint er anzutönen, dass es gewissermassen eines "Anfangsverdachts" bedarf, damit die ESTV überhaupt zu einer Schätzung schreiten könne. Weder bei grammatikalischer noch teleologischer Auslegung lässt sich dem Gesetz eine entsprechende Stossrichtung entnehmen. Ausgangspunkt bildet vielmehr eine interne oder externe Kontrolle seitens der ESTV. Ergibt sich nämlich im Laufe der Untersuchungen und bei einer Gesamtbetrachtung, wie sie von Fall zu Fall vorzunehmen ist (vorne E. 2.3.1), dass die ausgewiesenen Ergebnisse mit dem mutmasslich "wirklichen" Sachverhalt offensichtlich nicht übereinstimmen, kann und muss die ESTV aufgrund des Legalitätsprinzips eine Schätzung nach pflichtgemäßem Ermessen vornehmen (auch dazu E. 2.3.1).

### **E. 3.3.3**

Selbst wenn in einem konkreten Fall der Durchschnitt "über alles" nicht zu beanstanden ist, weil er insoweit dem Mass des Üblichen entspricht, schliesst dies nicht aus, dass einzelne Sparten näher betrachtet und gegebenenfalls ermessensweise korrigiert werden. Bundesrechtlich besteht kein Anlass für die Annahme, die "offensichtliche" Abweichung müsse sich auf den Gesamtquotient, beziehen. Eine Buchhaltung, die über mehrere Jahre geführt wird und verschiedenste Geschäftsvorfälle abbildet, kann in mannigfacher Hinsicht Fragen aufwerfen, selbst wenn sie formell einwandfrei und im Ergebnis als zutreffend

erscheinen mag.

#### **E. 3.3.4**

Vorliegend hält sich der Gesamtquotient im Bereich von 39 Prozent (38,4 Prozent nach Auffassung des Steuerpflichtigen, wogegen die ESTV von 39,5 Prozent ausgeht). Der Steuerpflichtige zieht als Vergleichsgrösse die Maximalwerte für Gourmetrestaurants (40,9 Prozent) und Landgasthöfe (44,6 Prozent) herbei. Der ESTV und mit ihr der Vorinstanz ist aber darin beizupflichten, dass die Berechnungen bereits sehr stark individualisiert sind, indem Schankverluste berücksichtigt wurden, die beispielsweise weit über das in Deutschland übliche Mass hinausgehen. Selbst wenn es gilt, die Bandbreite nicht aus dem Auge zu verlieren, erscheint es doch als nachvollziehbar, unter den gegebenen Umständen vom Mittelwert auszugehen. Dieser liegt bei rund 32 Prozent, sodass der konkret massgebende Quotient (38,4 Prozent) um 20 Prozent höher ausfällt als der gesamtschweizerische Durchschnitt.

#### **E. 3.3.5**

So oder anders greift es zu kurz, wenn der Steuerpflichtige seine Kritik hauptsächlich mit seinem angeblich einwandfreien Gesamtquotient begründet. Erhebliche ungeklärte Auffälligkeiten im Bereich von "Küche" und "Kaffee" (Entscheid E. 4.3.2 und 4.3.3) mussten die ESTV veranlassen, von einer offensichtlichen Abweichung im Sinne der zweiten Tatbestandsvariante auszugehen. Wenn sie in der Folge den Umsatz nach pflichtgemäßem Ermessen schätzte, ist dies bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

#### **E. 3.4.1**

Der Steuerpflichtige hat davon abgesehen, weitere Rügen hinsichtlich der Bewertungsmethode oder der Bewertung (dazu vorne E. 2.2.3 und 2.2.4) zu erheben. Dazu erklärt er: "Zu den Erwägungen der Vorinstanz unter Ziff. 4 ff. (Prüfung der Frage, ob die von der Vorinstanz zu Unrecht vorgenommene Schätzung als nicht pflichtwidrig erfolgt gelten könne) äussert sich der Beschwerdeführer nicht, weil seiner Überzeugung nach die Voraussetzungen zur Durchführung einer Ermessenstaxation im vorliegenden Fall nicht gegeben sind." Da die Schätzung damit nicht Streitgegenstand ist, ist der Frage auch nicht von Amtes wegen nachzugehen (vorne E. 1.2.1; BGE 141 II 307 E. 6.8 S. 317).

#### **E. 3.4.2**

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen ist.

#### **E. 4**

Nach dem Unterliegerprinzip sind die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens dem Steuerpflichtigen aufzuerlegen (Art. 65 i. V. m. Art. 66 Abs. 1 BGG). Der ESTV, die in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt, steht keine Parteientschädigung zu (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.