

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Mag. Dieter Fröhlich über die Bescheidbeschwerde vom 27.03.2018 der ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch MEMO Wirtschaftstreuhandges.m.b.H., Utzstraße 11 Tür 4, 3500 Krems an der Donau, gegen den Bescheid des Finanzamtes Hollabrunn Korneuburg Tulln vom 23.02.2018 betreffend Abweisung des Antrages für das Jahr 2016 auf Prämie für gastronomische Betriebe wegen Investitionen zum Nichtraucherschutz gemäß § 124b Z. 268 EStG 1988 idF BGBl 101/2015

zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Sachverhalt und Verfahrensgang

Beschwerdeführende Partei ist die ***1*** (in der Folge kurz Bf oder Beschwerdeführerin, bzw. Bf. genannt). Die Gesellschaft wurde 2005 gegründet. Ihr Alleingeschäftsführer ist seit der Gründung A. (tt.mm.1978 geb), seit November 2016 ist er auch Alleingesellschafter der Bf.

Die Bf kaufte im Oktober 2006 von der B. die Betriebsliegenschaft KG Ort, EZ X1, in Ort, Str.1 um € 156.000. Das Grundstück hat eine Gesamtfläche von 3.736m², wovon eine Fläche von 624m² verbaut ist. Es handelte sich beim dem Objekt um eine Gastronomiestätte, für die ab September 2005 die Betriebsanlagengenehmigung für eine Diskothek erteilt wurde.

Die Bf. reichte im Jahr 2009 für die Vornahme umfangreicher Zu- und Umbauten an dieser Betriebsanlage Anträge bei der Bau- und Gewerbebehörde ein.

Mit Bescheid der BH Hollabrunn vom 3.3.2010 wurde entsprechend den Projektunterlagen und der Projektbeschreibung unter zahlreichen Auflagen (30) die Betriebsanlagengenehmigung für folgende Änderung der Betriebsanlage erteilt:

Im Obergeschoss der Betriebsstätte soll der ehemalige Heurigenbetrieb D. der „K.“, eine Musikbar mit 80 Besucherplätzen eingerichtet werden. Dazu werden im Gastraum nischenartig Sitzplätze geschaffen und zusätzlich Barhocker entlang einer organisch geformten Schank angeordnet. Mittig wird eine Lautsprecher- und Lichtanlage installiert, sowie eine Zu- und Abluftanlage für die Belüftung und eine Zentralbeheizung mittels Außenwandtherme im Bereich der WC-Anlage und die erforderliche Sicherheitsbeleuchtung eingebaut. Die Nassgruppe im Obergeschoss (WC-Anlage mit Vor- und Waschräumen und Toiletten für Damen und Herren) wird auch völlig neu gestaltet.

Oberhalb der internen Stiegenanlage wird eine Abstellnische eingerichtet und ein neue externe Stiegenanlage als Fluchtweg aus dem Obergeschoss ins Außengelände angebaut. Sechs Fensterelemente in der Giebelwand im Obergeschoß werden mit Gipskarton verschlossen. Die Betriebsanlage im Obergeschoss wird als Nichtraucher-Bereich geführt.

Im Erdgeschoß wird ein neuer Windfang (5x2,6), der über zwei Rampenanlagen erschlossen wird, geschaffen. Durch eine Türe gelangt man zur Stiegenanlage, die ins Oberschoss zum „K.“ (SN) führt. Rechter Hand des Windfangs befindet sich ein offener Durchgang zur Cocktailbar und zur Diskothek. Innerhalb der Diskothek wird durch Errichtung einer Glaswand eine räumliche Abtrennung in einen Raucher- und Nichtraucherbereich geschaffen. Der Zugang zum neu geschaffenen Nichtraucherbereich im Erdgeschoss erfolgt vom Vorraum zur Diskothek.

Südöstlich der Diskothek wird ein eingeschossiger Zubau (11,5x4,5m) errichtet, in dem die zur Diskothek gehörenden Nassgruppen für Damen und Herren eingerichtet werden (Vorraum, Wasch- und WC-Räume).

Des Weiteren soll die Betriebsanlage durch Aufstellung von zwei Containern (5x2,3, elektrifiziert und 7x2,3) und einer zweiräumigen Holzhütte mit Pultdach (4x2,3) erweitert werden. Diese Räumlichkeiten dienen für verschiedene betriebliche Lagerzwecke, insbesondere von Flaschen und Leergebinde, für Werkzeuge, Scheinwerfer und Elektronikgeräten, Werbeständer, usw.).

Außerdem wird die straßenseitige Grundstücksgrenze mit einer Höhe von 2,3m eingefriedet und zwischen den Zaunelementen eine Torkonstruktion in gleicher Höhe errichtet.

Diese Beschreibung der Erweiterung der Betriebsanlage in der Betriebsanlagengenehmigung vom 3.3.2010 korrespondiert mit dem Bauplan vom 20.8.2009 und der Niederschrift vom 24.2.2011 über die Bauverhandlung. In dieser Niederschrift wurde auch darauf hingewiesen, dass dieses Bauvorhaben schon seit längerer Zeit amtsbekannt ist und dazu bereits einige

klärende Vorbesprechungen stattgefunden haben. Die Baubewilligung wurde unter der Auflage einer plangemäßen Ausführung und der Einhaltung der bautechnischen Normen erteilt.

Laut Auskunft des steuerlichen Vertreters (StV) der Bf. wurden diese Investitionen zur Erweiterung der Betriebsanlage größtenteils bereits im Jahr 2010 ausgeführt. Im Anlagenverzeichnis sind diesbezüglich folgende Aufwendungen aktiviert worden:

InvNr.	Kt. 210 Betriebs- u. Geschäftsgebäude	Inbetrieb.-Datum	Nutzungsdauer	Restbuchwert 2015
22	Ausbau Obergeschoss, div.	8/2010	33,3	24.314,54
22	Material f. Ausbau, div.	8/2010	33,3	32.913,46
22	Material f. Verglasungen i. OG (Hornbach, Baumax, etc.)	11/2010	33,3	11.526,39
23	Arbeitsaufwand E., F., aktivierte Eigenleistungen	12/2010	33,3	5.672,34
24	Installation Geräte, L1	5/2010	33,3	10.019,93
25	Erweiterung Notbeleuchtung	9/2011	33,3	829,15
	Summe - Buchwert zum 31.12.2015		33,3	85.275,81

(Tabelle 1)

InvNr.	Kt. 570 Sonstige Betriebs- und Geschäftsausstattung	Inbetrieb.-Datum	Nutzungsdauer	Restbuchwert 2015
23	Einrichtung Nichtraucherbereich, L2 Gastrodesign	10/2010	20	25.338,75
24	Stiege m. Geländer, J. L3	3/2010	10	600,00
26	Eckbank, L4	9/2010	10	11.526,39
	Summe - Buchwert zum 31.12.2015			28.022,25

(Tabelle 2)

Mit Bescheid vom 18.6.2014 hat die BH Hollabrunn die gastronomische Betriebsstätte im Obergeschoss (SN) durch Sofortmaßnahme anlässlich des behördlichen Lokalausgangsstillgelegt. In der Niederschrift vom 18.6.2014 wurde festgestellt, dass weiterhin zahlreiche Projektabweichungen vom genehmigten Baubescheid bestehen und auch der nunmehr vorgelegte Einreichplan vom 10.4.2014 in vielen Punkten nicht dem tatsächlich vorgefundenen Bauzustand entspricht. Vor allem wegen gravierender Verletzungen des Brandschutzes (unter Verweis auf die Verhandlungsschrift vom 6.11.2013, Punkte 4, 9, 19-22, die nach wie vor nicht erfüllt waren), war die Betriebsschließung des Obergeschosses für die Dauer eines Jahres zu verfügen.

Seither wurde das Obergeschoß dieses Gebäudes nicht mehr als Gastronomielokal genutzt. Am 24.06.2015 fand eine neuerliche Überprüfung der Betriebsstätte durch die Bezirkshauptmannschaft statt. Da seit der letzten Überprüfung keine Veränderungen erfolgt sind, wurde die Stilllegung der gewerblichen Nutzung des gesamten Obergeschosses des Betriebsgebäudes (Straße, Ort) für ein weiteres Jahr verfügt (bis 26.6.2016).

Seit Oktober 2013 ist die Y. GmbH auf Grund eines Unternehmenspachtvertrages mit der Bf die Betreiberin der Diskothek (X-D.) sowie der Bar im Obergeschoss. Ab Jänner 2017 wurden dann die Räumlichkeiten der Diskothek an Z. vermietet. Auf dem Mietvertrag ist handschriftlich vermerkt, dass das Obergeschoss von der Bf nicht betrieben wird. Eine weitere Überprüfung der Betriebsanlage durch die BH Hollabrunn erfolgte am 8.11.2017, wobei ebenfalls keine Änderung betreffend das Obergeschoss festgestellt wurde.

Mit der Körperschaftssteuererklärung 2015, eingereicht am 6.2.2016, stellte die Bf für das Jahr 2015 den Antrag auf Prämie für gastronomische Betriebe wegen Investitionsmaßnahmen zum Nichtraucherschutz gemäß § 124b Z. 268 EStG. In der eingereichten Abgabenerklärung über die Selbstberechnung der Prämie (E108c) vom 4.2.2016 gab die Bf an, dass das absolute Rauchverbot in dem Gastronomiebetrieb bereits umgesetzt wurde und die Prämie für die gesetzten Maßnahmen zum Nichtraucherschutz € 33.989,42 betrage.

Mit Vorhalt vom 9.2.2016 wurde die Bf aufgefordert den Jahresabschluss 2015 samt Anlagenverzeichnis nachzureichen und die Ermittlung der Bemessungsgrundlage für die erklärte Prämie gesondert zu dokumentieren und diese Dokumentation vorzulegen.

Die Bf ist diesem Vorhalteverlangen nicht in vollem Umfang nachgekommen. Es wurde lediglich die Bilanz 2015 samt dem Anlagenverzeichnis dem Finanzamt (FA) übermittelt und darin wurden die aktivierten Aufwendungen, für welche die 30%ige Nichtraucherschutz-Prämie erklärt wurde, bezeichnet. Es handelte sich um sämtliche Investitionen der schon beschriebenen Betriebsanlagenenerweiterung 2010, wie in obiger Tabelle 1 und Tabelle 2 aufgelistet. Für diese aktivierten Aufwendungen im Jahr 2010, in dessen Zentrum der Ausbau des Obergeschosses für die Errichtung des „K.“ stand, wurde folgende Prämie gemäß § 124b Z. 268 EStG von der Bf. selbstberechnet:

Selbstberechnung Prämie § 124b Z 268 EStG iVm § 201 BAO lt. Abgabenerkl. der Bf.	2015 Euro
Buchwerte zum 31.12.2015, Aufwendungen für Betriebs- und Geschäftsgebäude (Kt. 270) – Betriebsanlagenenerweiterung 2010 – Tabelle 1	85.275,81
Buchwerte zum 31.12.2015, Sonstige Betriebs- und Geschäftsausstattung (Kt. 570) – Betriebsanlagenenerweiterung 2010 – Tabelle 2	28.022,25
Summe Bemessungsgrundlage f. Prämie lt. Bf.	113.298,06
30% Prämie gem. § 124b Z 268 EStG lt. Erkl. 2015	33.989,41

(Tabelle 3)

Am 28.04.2016 führte die Abgabenbehörde beim steuerlichen Vertreter der Bf. betreffend die erklärte Nichtraucherschutz-Prämie 2015 eine Nachschau gemäß § 144 BAO durch, bei der unter anderem die Betriebsstätte besichtigt und Einsicht in Unterlagen der Gewerbe- und Baubehörde genommen wurde. In der Niederschrift wurde vom Prüfer Folgendes festgehalten:

„Bei der Überprüfung wurde festgestellt, dass die Voraussetzungen zur Gewährung dieser Prämie nur teilweise erfüllt wurden. Die für den Bereich „SN“ getätigten Investitionen sind nicht prämiertauglich, da mit Bescheid der BH Hollabrunn vom 18.6.2014 und 20.6.2015 eine Stilllegung des Obergeschoßes verfügt wurde. Die Prämie beträgt lt. Nachschau (von Buchwerten € 50.112) € 15.033,30.“

Auf Grund einer Schätzung (telefonische Auskunft des StV gegenüber dem BFG) wurde vom Prüfer für folgende Investitionen die Prämie anerkannt und die Auszahlung von € 15.033,30 an die Bf mit Buchung vom 29.4.2016 verfügt:

	Kt. 210 Betriebs- u. Geschäftsgebäude	AZ	Buchwert
22	Material f. Ausbau, div.	8/2010	32.913,46
22	Material f. Verglasungen i. OG (Hornbach, Baumax, etc.)	11/2010	11.526,39
23	Arbeitsaufwand E., F., aktiv. Eigenleistungen	12/2010	5.672,34
	Summe Bemessungsgrundlage f. Prämie lt. Prüfer		50.112,19
	30% Prämie 2015 lt. Prüfer		15.033,30

(Tabelle 4)

Ein Festsetzungsbescheid über die behördliche Abweichung vom Prämienantrag 2015, in dem auf Grund einer Selbstberechnung des Stpfl. ein Anspruch auf Nichtraucherchutz-Prämie von € 33.989,42 erklärt worden ist, hat das Finanzamt nicht erlassen.

Dazu ist an dieser Stelle bereits anzumerken, dass auch nicht aktenkundig und nicht ansatzweise nachvollziehbar ist, worauf sich die Feststellung des Prüfers gründet, dass die in der Tabelle 4 angeführten Aufwendungen allesamt das Erdgeschoss betreffen und in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Kausalzusammenhang mit der Schaffung eines Nichtraucher- und Raucherbereiches in der Diskothek stehen. Erhebliche Zweifel an der Genauigkeit und Treffsicherheit dieser offenbaren Globalschätzung stellen sich, weil ausgerechnet der unter der Bezeichnung „Einrichtung Nichtraucherbereich-L2 Gastradesign“ auf dem BH-Konto 570 „Sonstige Betriebs- und Geschäftsausstattung im Jahr 2010 aktivierte Aufwand (siehe Tabelle 2, erste Zeile) vom Prüfer nicht in die anererkennungsfähige Bemessungsgrundlage einbezogen wurde.

Im Hinblick darauf, dass von der Abgabenbehörde mit Vorhalt vom 9.2.2016 und Vorhalt vom 9.10.2017 die Vorlage der Dokumentation der Ermittlung der Bemessungsgrundlage gemäß § 124b Z 268 EStG verlangt worden ist und es sich bei dieser Urkundenvorlage um eine Anspruchsvoraussetzung gemäß § 124b Z 268 lit.c EStG handelt, wäre es auch erforderlich gewesen, in den Verwaltungsakt (insb. BP-Arbeitsbogen) aufzunehmen, ob und in welcher Weise anlässlich der Nachschau die Bf. allenfalls dieser Dokumentationspflicht entsprochen hat. Auf Grundlage der damit verbundenen Belegvorlage hätte an Hand der Leistungsbeschreibungen in den einzelnen Ausgangsrechnungen betreffend die erklärten Investitionen nachvollziehbar festgestellt werden müssen, inwieweit sie für die Trennung des

Raucherbereiches vom Nichtraucherbereich im Erdgeschoss angefallen sind. Eine pauschale Schätzung der Bemessungsgrundlage für die Prämie ist nicht zulässig.

Für das Veranlagungsjahr 2016 reichte die Bf. durch ihren StV neuerlich mit Abgabenerklärung, E 108c, vom 28.9.2017, den Antrag auf Nichtraucherchutz-Prämie gemäß § 124b Z 268 EStG beim FA ein und erklärte für 2016 einen Anspruch auf Prämie in Höhe von € 18.955,76 zu haben.

Mit Vorhalt vom 9.10.2017 verlangte das FA neuerlich die Ermittlung der Bemessungsgrundlage gesondert zu dokumentieren und diese Dokumentation vorzulegen. Die Bf. wurde darauf hingewiesen, dass bereits für das Jahr 2015 die Nichtraucherchutz-Prämie (€ 33.989,42) beantragt worden ist und vom FA diesbezüglich € 15.033,30 ausbezahlt wurden. Um Stellungnahme dazu wurde ersucht.

Nachdem der Vorhalt unbeantwortet geblieben ist, wies die Abgabenbehörde mit Bescheid vom 23.2.2018 den Antrag auf Nichtraucherchutz-Prämie 2016 vom 28.9.2017 ab. In der Bescheidebegründung wurde ausgeführt, dass der Vorhalt, der auch ein Dokumentationsverlangen enthielt, trotz Erinnerung unbeantwortet geblieben sei und daher das Begehren abzuweisen gewesen sei.

Gegen diesen Abweisungsbescheid vom 23.2.2018 betreffend Nichtraucherchutzprämie 2016 erhob die Bf. mit Anbringen vom 27.03.2018 form- und fristgerecht Bescheidbeschwerde. Die Bf. brachte durch ihren StV Folgendes vor:

„Die Bf. hat im Jahr 2010 umfangreiche Investitionen auf Grund der Trennung in Raucher und Nichtraucherbereich getätigt, welche Ende 2015 noch einen Restbuchwert von € 113.298,07 aufwiesen. Dementsprechend wurde für das Jahr 2015 eine Nichtraucherchutz-Prämie im Ausmaß von 30% dieses Betrages, also € 33.989,42 beantragt.

Im Zuge der Überprüfung dieses Sachverhaltes durch die Abgabenbehörde wurden wohl die Berechnungsgrundlagen an sich für richtig befunden, jedoch nur ein Teil der beantragten Prämie, nämlich € 15.033,30, als Gutschrift gewährt, da auf Grund der eingesehenen Unterlagen der Baubehörde festgestellt wurde, dass ein Teil der Maßnahmen erst Anfang 2016 umgesetzt wurde. Dies ist längst erfolgt, sodass der Restbetrag der noch nicht gutgeschriebenen Prämie, nämlich der Differenzbetrag zum Prämienantrag 2015, von € 18.955,76, nun für das Jahr 2016 beantragt wurde.“

Mit BVE vom 28.08.2018 wurde vom FA die Bescheidbeschwerde als unbegründet abgewiesen und zur Begründung sinngemäß Folgendes ausgeführt:

„Am 6.8.2018 erfolgte vom FA ein Lokalaugenschein des Betriebsobjektes, in Ort, Str.1 Bei dieser Betriebsbesichtigung konnte keine Änderung zu der

Überprüfungsniederschrift anlässlich der wiederkehrenden Begehung durch die Bezirkshauptmannschaft Hollabrunn vom 8.11.2017 (Zl. X4) festgestellt werden. Deshalb steht fest, dass das Lokal im 1. Obergeschoss nicht als gastronomische Betriebsstätte benutzt werden konnte und bis Ende 2017 auch weiterhin behördlich geschlossen war, weil die Bau- und Brandschutzmängel nicht behoben worden sind. Bei dem Lokalausweis ist auch erklärt worden, dass derzeit nicht beabsichtigt sei, den 1. Stock als Gastronomiestätte zu betreiben. Zurzeit werden diese Räume als Lager benützt und das Erdgeschoss werde ebenfalls komplett umgebaut.

Die Behauptung in der Beschwerde ist daher unzutreffend, dass die Baumängel, die zur durchgängigen Stilllegung der Betriebsstätte im Obergeschoß seit Juni 2014 führten, beseitigt worden sind. Die Beschwerde war deshalb abzuweisen“

Die Bf. brachte nach mehreren Fristverlängerungsansuchen binnen offener Frist gegen die BVE vom 28.8.2018 den Vorlageantrag vom 31.10.2018 ein. Es sei richtig, dass sowohl bei der Überprüfung des Betriebes durch die BH Hollabrunn am 8.11.2017 als auch bei der Betriebsbesichtigung durch das FA am 6.8.2018, das Obergeschoss nicht als Gastronomielokal, sondern als Lager verwendet wurde. Der Grund dafür sei der seit geraumer Zeit stattfindende Umbau im Erdgeschoss. Tatsache sei aber auch, dass die vollständige Umsetzung des umfassenden Rauchverbotes bereits vor dem 1.7.2016 erfolgt sei. So stehe in der Niederschrift vom 8.11.2017 (BH Hollabrunn) auf Seite 4 „Hingewiesen wird, dass ein Betrieb jedoch nur dann möglich ist, wenn das Obergeschoß entsprechend der erteilten Genehmigung vom 3.10.2010 (also als Gastlokal) betrieben wird. Es werde daher beantragt, die Nichtraucherchutz-Prämie entsprechend der Erklärung 2016 im Betrag von € 18.955,76 gutzuschreiben.

Mit Vorlagebericht vom 19.11.2018 wurde die Beschwerde mitsamt den bezugshabenden Akten dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorgelegt.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Der vorstehend geschilderte Sachverhalt liegt der rechtlichen Beurteilung zu Grunde. Das entscheidungsrelevante Geschehen ist aktenkundig und wird daher als erweisen beurteilt.

Vom BFG ist zu prüfen, ob mit dem angefochtenen Bescheid, der Antrag auf eine Nichtraucherchutz-Prämie für das Jahr 2016 – nach der bereits erfolgten Antragstellung für das Jahr 2015 – zu Recht abgewiesen wurde.

Gemäß § 279 Abs. 1 BAO hat das Verwaltungsgericht, außer in den Fällen des § 278, immer in der Sache selbst mit Erkenntnis zu entscheiden. Es ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung seine Anschauung an die Stelle jener der Abgabenbehörde zu

setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern, aufzuheben oder die Bescheidbeschwerde als unbegründet abzuweisen.

Die Änderungsbefugnis des Verwaltungsgerichts ist durch die Sache begrenzt. Sache ist die Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches des Bescheides der belangten Behörde gebildet hat (Ritz, BAO6, § 279 Tz 10).

Das BFG hat volle Kognitionsbefugnis und daher die beschwerdegegenständliche Sache so zu entscheiden, als ob diese Sache erstmals nach den für sie geltenden materiell-rechtlichen Bestimmungen behandelt würde. Dabei ist dem BFG in Ermessensfragen eine uneingeschränkte eigene Ermessensübung übertragen (Art. 1030 Abs. 3 B-VG).

Die Bestimmung des § 124b Z. 268 EStG lautet:

„Für einen Betrieb, in dem spätestens zum 1. Juli 2016 ein dem umfassenden Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutz gemäß § 12 Abs 1 Z 4 und § 13 Abs 2 des Tabakgesetzes, BGBl. Nr 431/1995 in der Fassung BGBl. I Nr 101/2015, entsprechendes Rauchverbot gewährleistet ist, kann nach Maßgabe folgender Bestimmungen eine Prämie in Höhe von 30 % geltend gemacht werden:

a) Bemessungsgrundlage für die Prämie sind jene Aufwendungen, die für die Bewirkung des Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutzes in Räumen der Gastronomie im Sinne des § 13a Abs 2 des Tabakgesetzes, BGBl. Nr 431/1995 in der Fassung vor dem BGBl. I Nr 101/2015, vorgenommen und bis einschließlich des bei der Veranlagung 2015 zu erfassenden Wirtschaftsjahres steuerlich noch nicht berücksichtigt worden sind; dabei ist eine allfällige Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert, die in dem bei der Veranlagung 2015 zu erfassenden Wirtschaftsjahr vorgenommen wird, nicht zu berücksichtigen.

b) die Prämie stellt keine Betriebseinnahme dar; § 6 Z 10 und § 20 Abs 2 sind auf sie nicht anwendbar.

c) Die Ermittlung der Bemessungsgrundlage ist gesondert zu dokumentieren. Diese Dokumentation ist auf Verlangen der Abgabenbehörde vorzulegen.

d) Die Prämie ist in der Abgaben- oder Einkünftefeststellungserklärung gemäß § 188 BAO für das Jahr 2015 zu beantragen, wenn das Rauchverbot zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung für 2015 vollständig umgesetzt ist. Ist die Abgaben- oder Einkünftefeststellungserklärung für 2015 zum Zeitpunkt der vollständigen Umsetzung des Rauchverbotes bereits abgegeben worden, ist die Prämie in der Erklärung für 2016 zu beantragen. Eine nachträgliche Antragstellung ist bis zur Rechtskraft des jeweiligen Bescheides möglich.

e) Die Prämie ist auf dem Abgabenkonto gut zu schreiben, es sei denn, es ist ein Bescheid gemäß § 201 BAO zu erlassen. Die Gutschrift wirkt auf den Tag der Antragstellung zurück. Sowohl die Prämie als auch ein Rückforderungsanspruch gelten als Abgaben vom Einkommen im Sinne der Bundesabgabenordnung. Auf Gutschriften und Rückforderungen sind jene Bestimmungen der Bundesabgabenordnung anzuwenden, die für wiederkehrend zu erhebende, selbst zu berechnende Abgaben gelten. Bei Gesellschaften, die nach bürgerlichem Recht nicht rechtsfähige Personenvereinigungen sind, hat die zusammengefasste Verbuchung der Gebarung mit jenen Abgaben zu erfolgen, die die Beteiligten gemeinsam schulden.

f) Die Prämien sind zu Lasten des Aufkommens an veranlagter Einkommen- oder Körperschaftsteuer zu berücksichtigen.

g) Für Betriebe, die nach dem 31. Juli 2015 im Sinne des § 2 Z 1 des Neugründungsförderungsgesetzes neu gegründet werden, steht keine Prämie zu.“

Gemäß § 12 Abs 1 Z 4 iVm § 17 Abs 9 TabakG wurde ab 1.5.2018 ein generelles Rauchverbot in der Gastronomie normiert. Steuerpflichtige, die Investitionen zum Nichtraucherchutz in einem Gastronomiebetrieb, insbesondere zur Herstellung eines abgetrennten Raucherraumes, vorgenommen haben, sollen durch eine Prämie einen Anreiz erhalten, ihren Betrieb schon bis zum 1.7.2016 auf die neue Rechtslage des absoluten Rauchverbotes umzustellen.

Bemessungsgrundlage der Prämie ist der Restbuchwert der Aufwendungen, die für die Trennung des Raucher- vom Nichtraucherbereiches der Gäste in einem Gastronomiebetrieb angefallen sind, zum Ende des Wirtschaftsjahres 2015.

Die Prämie ist durch Antragstellung in der Steuererklärung für das Jahr 2015 geltend zu machen, wenn das umfassende Rauchverbot zum Zeitpunkt der Erklärungsabgabe für 2015 vollständig umgesetzt ist. Ist die Steuererklärung 2015 (Est- KöSt- oder Einkünftefeststellungserklärung) zum Zeitpunkt der vollständigen Umsetzung des Rauchverbotes bereits abgegeben worden, ist die Prämie in der Erklärung für 2016 zu beantragen.

Wird von der Abgabenbehörde die Selbstberechnung der Prämie durch den Steuerpflichtigen vollinhaltlich anerkannt, erfolgt keine Erledigung des Antrages mit Bescheid. Die selbstberechnete Prämie wird dann bloß auf dem Abgabenkonto gutzuschreiben. Über den Antrag muss aber mit Bescheid entschieden werden, wenn die Behörde ihn für unzulässig hält oder sich die selbstberechnete Prämie als nicht richtig erweist, also die Selbstberechnung objektiv rechtswidrig ist (vgl. Ritz, BAO⁶, § 201, Tz. 2).

Belegt ist, dass die Bf. die KöSt-Erklärung 2015 am 6.2.2016 elektronisch eingebracht hat und zu dieser Abgabenerklärung den Antrag auf Nichtraucherchutz-Prämie für 2015 vom 4.2.2016 gestellt hat. Mit diesem Antrag hat die Bf. unter ausdrücklichem Hinweis auf die

Wahrheitspflicht erklärt, dass in dem Gastronomiebetrieb bereits das absolute Rauchverbot umgesetzt worden ist. Es sind keine Umstände aktenkundig und es liegen im Beschwerdeverfahren auch keine Hinweise vor, dass diese Erklärung der Bf., das absolute Rauchverbot in ihrem Gastronomiebetrieb mit Februar 2016 verfügt und umgesetzt zu haben, nicht der Wahrheit entspricht.

Aus dieser Tatsachenfeststellung des BFG folgt, dass der Antrag auf Prämie ausschließlich im Zusammenhang mit der Steuererklärung 2015 für das Jahr 2015 von der Bf. gestellt werden kann. Die Bestimmung des § 124b Z 268 lit. d EStG gibt dem Steuerpflichtigen nämlich kein Wahlrecht, den Antrag bei der Veranlagung der Einkünfte 2015 oder für das Jahr 2016 zu stellen, sondern legt ein bestimmtes Antragsjahr fest.

Da die Bf. widerspruchsfrei erklärt hat, dass bereits im Zeitpunkt der Abgabe der Steuererklärung für das Jahr 2015 (also seit Februar 2016) in ihrem Gastronomiebetrieb ein absolutes Rauchverbot besteht, erfüllt die Antragstellung der Nichtraucherchutz-Prämie für das Jahr 2016 nicht das gesetzliche Erfordernis des § 124b Z 268 lit. d EStG. Der Prämienantrag 2016 vom 28.09.2017 ist unberechtigt, weil er in der falschen Abgabenerklärung (2016) für ein unrichtiges Antragsjahr (2016) gestellt worden ist.

Zudem wurde von der Bf. der Prämienantrag betreffend die dargestellten Investitionen in Höhe von € 63.185,87 zweimal eingebracht, nämlich zunächst für das Jahr 2015 und in der Folge auch für das Jahr 2016.

Soweit das Finanzamt vom Prämienantrag 2015 abgewichen ist, hat der Steuerpflichtig einen durchsetzbaren Erledigungsanspruch, dass die Behörde darüber mit Bescheid entscheidet und kann er diese Entscheidung im Rechtsweg auf seine Rechtmäßigkeit prüfen lassen.

Die Verwaltungssache, ob für die erklärten Aufwendungen in Höhe von € 63.185,87 die 30%ige Nichtraucherchutz-Prämie (€ 18.955,76) zusteht, ist bereits mit dem Antrag 2015 bei der zuständigen Abgabenbehörde anhängig und darf daher durch eine wiederholende Antragstellung für das Jahr 2016 nicht nochmal anhängig gemacht werden. Über den erklärten Anspruch auf die Prämie gemäß § 124b Z 268 EStG für das Jahr 2015 hat das FA mit Bescheid zu entscheiden. Die Steuerpflichtige auch die Möglichkeit durch Antragstellung gemäß § 201 Abs. 2 Z. 2 BAO die Erlassung eines Festsetzungsbescheides zu erzwingen.

Stattdessen hat die steuerlich vertretene Bf. mit der nochmaligen Einbringung eines Prämienantrages gemäß § 124b Z 268 EStG für das Jahr 2016 – ohne Offenlegung der bereits erfolgten faktischen Ablehnung der Prämie für 2015 – versucht, die fehlende Prämie durch eine allfällige Auszahlung ohne ein vertieftes Ermittlungsverfahren der Behörde beim Antrag 2016 zu erlangen. Dabei wurden auch wahrheitswidrige Angaben vorgenommen. Es ist nämlich erwiesen, dass der Betriebsanlagenteil im Obergeschoß des Betriebsgebäudes, in Ort, Str.1 („SN“) ab 18.6.2014 bis über den für die Nichtraucherchutz-Prämie maßgebenden Zeitpunkt,

den 1.7.2016, hinaus nicht als Gastronomieraum für die Verabreichung von Speisen oder Getränke an Gäste im Sinne des § 13a Abs. 2 Tabakgesetz idF BGBl. 1010/2015 genutzt wurde.

Zur Begründung des angefochtenen Bescheides, dass der mit Vorhalt vom 9.10.2017 verlangten Vorlage der Dokumentation über die Ermittlung der Bemessungsgrundlage gemäß § 124b Z 268 lit. c EStG nicht entsprochen worden ist, ist zu bemerken, dass dieser von der belangten Behörde herangezogene Abweisungsgrund nur dann zutreffen kann, wenn dem Prüfungsorgan bei seiner Nachschau gemäß § 144 BAO am 28.04.2016 diese Dokumentation der Bemessungsgrundlage nicht in einer dem Gesetz entsprechenden Weise vorgelegt worden ist. Dazu fehlt aber jede Feststellung und Nachweisführung im vorgelegten Verwaltungsakt.

Festzuhalten ist, dass der Prämienantrag 2015 (Bemessungsgrundlage € 113.298,06) und der Prämienantrag 2016 (Bemessungsgrundlage € 63.185,87) dieselben Aufwendungen für die Betriebsanlagenerweiterung im Jahr 2010 zum Gegenstand haben. Grundsätzlich sollte anzunehmen sein, dass der belangten Behörde durch die gebotene Aktenführung bekannt ist, wenn ein Steuerpflichtiger einem gesetzlichen, anspruchrelevanten Nachweisverlangen im Zuge einer abgabenbehördlichen Prüfung nachgekommen ist. Nachdem das FA nach der Nachschau zum selben Prüfungsgegenstand (Bemessungsgrundlage der Prämie) mit dem Vorhalt vom 9.10.2017 wiederum das Dokumentationsverlangen gemäß § 124b Z 268 lit. c EStG gestellt hat, deutet dies darauf hin, dass die Bf. dieser Verpflichtung, die den belegmäßigen Nachweis der getätigten Aufwendungen beinhaltet, bisher nicht entsprochen hat. Die Bf. ist auch der Bescheidbegründung, dass der Dokumentationsverpflichtung nicht nachgekommen worden sei, mit keinem Einwand entgegengetreten.

Wenn dieser Umstand zutrifft, was vom Finanzamt bei der Entscheidung über den Prämienantrag 2015 zu klären sein wird, steht schon aus diesem Grunde der Bf. gänzlich keine Nichtraucherzuschutz-Prämie zu. Mit anderen Worten, ist die Begründung im angefochtenen Bescheid betreffend den Prämienantrag 2016 zutreffend, dass von der Bf. der Dokumentationsverpflichtung nicht entsprochen wurde, so wäre mit der gleichen Begründung der gesamte Prämienantrag 2015 wohl abzulehnen.

Zur Zulässigkeit der Revision:

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Die Lösung der gegenständlichen Rechtsfrage folgt aus dem eindeutigen Wortlaut des § 124b Z 268 lit. d EStG, weshalb die Revision nicht zuzulassen war.

Wien, am 17. September 2020