



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw, vertreten durch Rechtsanwalt, vom 4. Jänner 2003 gegen die Bescheide des Finanzamtes vom 30. Juli 2001 betreffend Umsatz- und Körperschaftsteuer für den Zeitraum 1996 bis 1998, vom 6.8.2001 betreffend Kapitalertragsteuer für 1996 bis 1998, vom 1.8.2001 betreffend Abzugsteuer gemäß § 99 EStG für 1997 und vom 2.8.2001 betreffend Abzugsteuer gemäß § 99 EStG für 1998 entschieden:

Die Berufung gegen die Bescheide betreffend Abzugsteuer gemäß § 99 EStG gilt als zurückgenommen. Im übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die TJ-GmbH (Berufungswerberin) wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 25.4.1991 gegründet und am 19.6.1991 im Firmenbuch eingetragen. Sie betreibt eine Diskothek („Tanzdiele-J“). Gesellschafter der Berufungswerberin waren im Berufszeitraum ChR und seine Schwiegereltern.

Die RE-GmbH (im Jahr 2000 umgewandelt in die RE-KG) betrieb im Prüfungszeitraum das Nachtlokal A-Bar und ab 1998 zwei weitere Lokale. ChR war Komplementär der RE-KG und auch tatsächlicher Machthaber der Vorgänger-GmbH (RE-GmbH).

Bei einer den Zeitraum 1996 bis 1998 umfassenden abgabenbehördlichen Prüfung im Betrieb der TJ-GmbH wurde festgestellt, dass die zu führenden Bücher wegen nachfolgend dargestellter formeller und materieller Mängel nicht ordnungsmäßig im Sinne von § 131 BAO

seien (vgl. Tz 15 des Berichtes vom 13.7.2001, AbNr. 101038/00 und Niederschrift über die Schlussbesprechung vom 4.7.2001):

- a) Die Ausdrucke von Getränken über die Schankanlage mit dem Hausschlüssel wurden nicht vorgelegt
- b) Die Ausdrucke der Schankanlage sind z.T. nicht lesbar (ab Nov. 1996 – März 1997)
- c) Laut Handbuch (Bedienungsanleitung) zur Schankanlage ist eine Bonierung ohne Registrierung möglich
- d) In bestimmten Zeiträumen wurden zu den erklärten Erlösen Heißgetränke keine entsprechenden Wareneingänge verbucht (Hinweis auf Schlussbesprechung Punkte 2 d)
- e) Die händisch geführten Grundaufzeichnungen (Bons) über die Erlöse Heißgetränke wurden für die Zeiträume 1996 – Dezember 1997 nicht aufbewahrt
- f) Es wurden im gesamten Prüfungszeitraum nicht aufklärbare Kalkulationsdifferenzen festgestellt
- g) Die Erlöse Eintrittsgelder wurden nicht vollständig aufgezeichnet und erklärt sowie die dazugehörigen Grundaufzeichnungen über die Erlöserfassung nicht vorgelegt (laut BP wurden bisher keine Hinzurechnungen Eintrittsgelder vorgenommen)
- h) Im gesamten Prüfungszeitraum wurden Kassafehlbeträge festgestellt (siehe Pkt. 2 g)
- i) Der Erlös über den Verkauf von Getränken an die RE-GmbH wurde nur zum Teil erfasst und erklärt
- j) Für das Jahr 1997 wurden bei Erstellung des Jahresabschlusses die Tabakerlöse geschätzt und den erklärten Erlösen hinzugerechnet (Pt. 6 zur Schlussbesprechung)“

Auf Grund dieser Feststellungen ermittelte der Prüfer die tatsächlich erzielten Erlöse durch Schätzung und rechnete den erklärten Erlösen folgende Beträge hinzu:

	1996	1997	1998
Erlöse lt. Veranlagung/Erklärung	8.064.862,68	8.396.036,90	7.914.991,75
Hinzurechnung laut Prüfung:			
Getränke 20 % netto	1.129.000,00	1.936.000,00	879.000,00
Heißgetränke 10 % netto	10.000,00	8.000,00	13.000,00
Rauchwaren 20 % netto			34.000,00
	1.139.000,00	1.944.000,00	926.000,00
Erlöse laut Betriebsprüfung	9.126.586,88	10.262.761,10	8.763.715,95

Das Finanzamt verfügte mit den am 30.7.2001 ausgefertigten Bescheiden die Wiederaufnahme der Verfahren hinsichtlich Umsatz- und Körperschaftsteuer für 1996 bis 1998 und erließ neue, den Feststellungen der Betriebsprüfung entsprechende Abgabenbescheide mit demselben Ausfertigungsdatum, die zu einer Nachforderung an Umsatz- und Körperschaftsteuer führten.

Die Erlöshinzurechnungen behandelte das Finanzamt als der Kapitalertragsteuer zu unterwerfende verdeckte Gewinnausschüttung (vgl. Tz 35 und 36 des Prüfungsberichtes vom 13.7.2001, AbNr. 101038/00). Die Vorschreibung der Kapitalertragsteuer erfolgte mit Bescheiden vom 6.8.2001.

Weiters stellte die Betriebsprüfung fest, dass im Lokal der Berufungswerberin in den Jahren 1997 und 1998 Darbietungen ausländischer, „beschränkt steuerpflichtiger Künstler“ erfolgten. Deren Gagen würden der Abzugsteuer gemäß § 99 EStG unterliegen (vgl. Tz 37 des Prüfungsberichtes).

Die Berufung vom 4.1.2002 richtet sich sowohl gegen die die Wiederaufnahme der Verfahren verfügenden Bescheide als auch gegen die Sachbescheide. Die Wiederaufnahme der Verfahren sei zu Unrecht erfolgt, weil die Buchhaltung nachvollziehbar gewesen sei und der Geschäftsführer der Berufungswerberin *„allfällige Umstände lückenlos aufklären“* habe können. Gegen die Sachbescheide wurde eingewendet, dass die Ursache für die aufgezeigten Erlös-differenzen in einer defekten Schankanlage zu finden sei. Die Behörde sei sowohl bei einzelnen Getränken als auch bei Mischgetränken unzutreffend davon ausgegangen, dass die *„mengenmäßige Anzeige der Schankanlage exakt“* sei. Es werde beantragt, *„einen technischen Sachbefund zum Beweis dafür aufzunehmen, dass die Schankanlage im Prüfungszeitraum fehlerhaft gelaufen“* sei. Weiters sei unberücksichtigt geblieben, dass *„die Rechnungstellung durch Lieferanten teilweise unrichtig“* gewesen sei. Es seien nämlich *„Fehllieferungen“* an die RE-GmbH erfolgt und auch *„falsche Rechnungsausstellungen“* an diese Gesellschaft vorgekommen. Schließlich habe die Behörde bei ihrer Schätzung nichtalkoholische Getränke den alkoholischen Getränken zugezählt und sei dadurch *„zu einem völlig verzerrten Ergebnis gekommen“*.

Die Berufung gegen die die Wiederaufnahme der Verfahren verfügenden Bescheide wurde mit Berufungsvorentscheidung vom 2.4.2003 als unbegründet abgewiesen. Als im Zuge der Betriebsprüfung neu hervorgekommene, die Wiederaufnahme stützende Tatsachen wurden – neben den aufgetretenen Kalkulationsdifferenzen - die im Prüfungsbericht unter Tz 18 (Korrektur der abziehbaren Vorsteuer), Tz 22 (Korrektur der Anschaffungskosten für eine Kücheneinrichtung), Tz 23 (aktivierungspflichtige Aufwendungen) und Tz 25 (Berichtigung Investitionsfreibetrag) getroffenen Feststellungen angeführt.

Hinsichtlich der Sachbescheide erging am 28.4.2003 eine abweisende Berufungsvorentscheidung. Zum erstmalig in der Berufung vom 4.1.2002 erhobenen Einwand der schadhafte Schankanlage führte das Finanzamt aus, dass eine Überprüfung nicht mehr möglich sei. Außerdem sei es allein Sache des Abgabepflichtigen, für die laufende und vollständige Erfassung der Tageslosungen zu sorgen. Die eingewendete *„mengenmäßige Anzeige der Schankanlage“* sei für die erfolgte Kalkulation unerheblich, da als Ausgangswerte der buchmäßige Wareneinsatz und der erklärte Umsatz herangezogen worden seien. Zum Einwand der Warenlieferungen an die RE-GmbH hielt das Finanzamt fest, dass bereits bei der Schlussbesprechung zur Betriebsprüfung (Hinweis auf „Schlussbesprechungspunkt 1e“) und

später im Berufungsverfahren die Aufforderung ergangen sei, die Höhe dieser Lieferungen bekanntzugeben. Die daraufhin vorgelegte Rechnung (betreffend Lieferungen über den Zeitraum 1.7.1996 bis 31.12.1997) sei bei der Kalkulation berücksichtigt worden. Die Schätzung sei auf Grund der „*ausführlich aufgezeigten*“ Buchführungsmängel zu Recht erfolgt. Die Mängel seien weder in der Schlussbesprechung noch durch Vorhalt vom 28.11.2002 aufzuklären gewesen. Die Kalkulationsdifferenzen seien ausgehend vom buchmäßigen Wareneinsatz unter Berücksichtigung kalkulatorischer Abgrenzungen durch Anwendung gewogener Rohaufschläge ermittelt worden. Für behauptete (aber nicht nachgewiesene) Warenlieferungen an die Fa. Ruprecht-Eberharter GmbH sowie für zusätzliche Abgrenzungen seien Abschläge angesetzt worden.

Im Vorlageantrag wird auf das bisherige Vorbringen verwiesen. Geltend gemacht werde darüber hinaus ein Verfahrensfehler, der in der Nichtaufnahme des beantragten „*Sachbefundes hinsichtlich der Schankanlage*“ bestehe. Die Begründung der Berufungsvorentscheidung, wonach eine defekte Schankanlage keine Auswirkungen auf das Kalkulationsergebnis habe, sei unzutreffend. Die Einvernahme der namhaft gemachten Zeugen zum Nachweis von Fehllieferungen und der Ausstellung falscher Rechnungen werde weiterhin beantragt. Dem Vorlageantrag angeschlossen ist ein als „*Befund & Gutachten*“ bezeichnetes Schriftstück mit folgendem Inhalt:

„Befund & Gutachten

Betrifft:

Schankanlage Tanzdiele-J Wörgl

1.) Einleitung:

Mit Schreiben vom ... wurde ich beauftragt, die bestehende Schankanlage auf Funktion und Portionsgenauigkeit zu überprüfen.

2.) Befund:

Bei der gegenständlichen Anlage handelt es sich um eine Computerschankanlage. Über diese Anlage werden Limonaden (Postmix), Weine, Biere und Schnäpse gezapft.

Mittels eines Schankcomputers werden alle Entnahmen portioniert und gezählt.

Festgestellt wurde, dass die Anlage zum Zeitpunkt der Begutachtung sich technisch und funktionell in einem sehr schlechten Zustand befand.

Begutachtet wurden folgende Punkte:

- 1.) Prixkonstante der Postmixgetränke*
- 2.) Portionsgenauigkeit aller Fertiggetränke*
- 3.) Beschaffenheit der Verdrahtung*

3.) Gutachten

Die in der Anlage montierten Pomventile entsprechen in keinsten Weise dem heutigen Stand der Technik.

Begründung: Beim Zapfer verändert sich von Getränk zu Getränk, der Prixwert (Mischungsverhältnis carbonisiertes Wasser zu Sirup) um 2 Prix.

Die Portionsgenauigkeit bei Fertiggetränken wie Bier und Wein ist nicht gegeben, da die zur Portionierung benötigten Volumsgeber nicht am Computer angeschlossen sind.

Die defekte Verdrahtung bewirkt eine teilweise Auslösung von Zapfungen.

4.) Zusammenfassung

Die begutachtete Anlage ist in keinsten Weise zu 100 % betriebsfähig.

Durch die vorhandenen Mängel ist es dem Betreiber der Anlage nicht möglich die Getränke portionsgenau und qualitativ zu zapfen.

Eine Reparatur der Anlage ist auf Grund ihres Alters nicht zu empfehlen.“

Über die Berufung wurde erwogen:

1. Wiederaufnahme der Verfahren

Nach dem Berufungsvorbringen sei die Wiederaufnahme der Verfahren zu Unrecht verfügt worden, „da die Buchhaltung nachvollziehbar“ gewesen sei und „der Geschäftsführer allfällige Umstände lückenlos aufklären“ habe können (Berufungsergänzung vom 22.3.2003). Dazu ist festzustellen:

Im Zusammenhang mit der Feststellung betreffend die Nichterfassung von Getränkeverkäufen an die (ebenfalls von ChR geführte) A-Bar wurde im Berufungsverfahren der Antrag gestellt, durch Befragung der Lieferanten diese aus der Buchhaltung nicht ersichtlichen Lieferungen in Erfahrung zu bringen. Der Einwand von Fehllieferungen wurde auch in der Berufung der Firma RE-GmbH (Betreiberin der A-Bar) gegen die an sie gerichteten Umsatz- und Körperschaftsteuerbescheide für 1996 bis 1998 erhoben. Die Tanzdiele-J und die ca. 50 Meter entfernte A-Bar hätten sich „gegenseitig mit Getränken ausgeholfen“, eine „nachvollziehbare Verbuchung“ sei „zum großen Teil nicht erfolgt“ (Berufungsentscheidung vom 29.9.2008, RV/0267-I/03). Die Unvollständigkeit der Erlöserfassung wird somit mehrfach und vor allem auch durch die Berufungswerberin selbst zum Ausdruck gebracht.

Die behauptete „Nachvollziehbarkeit“ kann auch wegen der fehlenden Grundaufzeichnungen nicht gegeben sein. Dass die Aufzeichnungen nicht dem tatsächlichen Geschäftsgang entsprechen können, ergibt sich weiters aus den festgestellten Kassafehlbeträgen. Diese Umstände sind erst im Zuge der Betriebsprüfung hervorgekommen und waren dem Finanzamt bei Ausfertigung der Erstbescheide nicht bekannt.

Darüber hinaus hat das Finanzamt die Wiederaufnahme auch auf andere, unbestritten gebliebene Prüfungsfeststellungen gestützt, die für sich (ohne Erlöshinzurechnungen) zu „im Spruch anders lautenden Bescheiden“ führen mußten (siehe dazu die bereits wiedergegebene

Auflistung in der Berufungsvorentscheidung: Tz 18 - Korrektur der abziehbaren Vorsteuer, Tz 22 - Korrektur der Anschaffungskosten für eine Kücheneinrichtung, Tz 23 - aktivierungspflichtige Aufwendungen und Tz 25 – Berichtigung Investitionsfreibetrag).

Die in § 303 BAO angeführten Voraussetzungen für die Wiederaufnahme der Verfahren waren somit gegeben. Die Berufung gegen die Bescheide, mit denen die Wiederaufnahme der Verfahren verfügt wurde, war daher abzuweisen.

2. Sachbescheide

2.1. Umsatz- und Körperschaftsteuer

In der Berufung und der dazu nachgereichten Begründung wird u.a. eingewendet, die Buchhaltung sei nachvollziehbar und der Geschäftsführer habe *„allfällige Umstände lückenlos aufklären“* können. Diesbezüglich werde auf die Stellungnahme vom 7.1.2003 verwiesen. Daraus sei ersichtlich, dass der Betriebsprüfung die angeforderten Unterlagen längst übergeben und schon bei der Schlussbesprechung *„allfällige Differenzen“* aufgeklärt worden seien. Dazu ist folgendes anzumerken:

Bei der für Zwecke der Ermittlung der vorzunehmenden Erlöshinzurechnung durchgeführten Kalkulation ging das Finanzamt vom Warenbestand zu Jahresbeginn und zum Jahresende sowie dem Wareneinsatz während des Jahres aus. Die Warenbestände entnahm das Finanzamt den vorgelegten Inventuren, der Wareneinsatz ergab sich aus den Gewinn- und Verlustrechnungen. Daraus konnte das Finanzamt den Wareneinsatz pro Warengruppe ermitteln. Bei jeder Warengruppe wurde ein Schwund in Höhe von 5% des Wareneinsatzes berücksichtigt und eine weitere *„kalkulatorische Abgrenzung laut Bp“* in derselben Höhe in Abzug gebracht. Die Berücksichtigung von *„EV, PV und Werbung“* erfolgte basierend auf den Angaben des steuerlichen Vertreters der Berufungswerberin. Nach Berücksichtigung dieser Faktoren ergab sich der kalkulatorische Wareneinsatz. Nach Anwendung des Rohaufschlagskoeffizienten war davon der kalkulatorische Sollumsatz abzuleiten. Der Rohaufschlagskoeffizient errechnete sich aus der Gegenüberstellung von Wareneinsatz und Verkaufspreis. Die Differenz aus den kalkulatorischen Erlösen und den in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Erlösen ergab die Grundlage für die erfolgten Hinzurechnungen. Die Betriebsprüfung führte dazu in einer schriftlichen Stellungnahme zur Berufung aus: *„Für behauptete aber nicht nachgewiesene Warenlieferungen an die RE-GmbH sowie für zusätzliche kalkulatorische Abgrenzungsposten wurden durch den Prüfer die sich ergebenden Kalkulationsdifferenzen gekürzt um 722.000 S (1996), 251.000 S (1997) und 670.000 S (1998)“*. In der Niederschrift über die Schlussbesprechung vom 4.7.2001 ist zu den Erlöshinzurechnungen festgehalten:

„Aufgrund nichtordnungsmäßiger Buchhaltung erfolgen nachstehende Erlöshinzurechnungen. Bei der Höhe der Hinzurechnungen wurde auf Einwendungen des Steuerberaters hinsichtlich Ungenauigkeiten in der Rohaufschlagsgermittlung sowie bei den kalkulatorischen Abgrenzungsposten eingegangen. Die festgestellten Kalkulationsdifferenzen betragen bei den Getränken Bier, Wein, Spirituosen, Limo: 1996: 27 %; 1997: 38,8 %; 1998: 23 %. Unter Berücksichtigung der Ungenauigkeiten wurden die festgestellten Prozentsätze um jeweils 10 % reduziert, sodaß sich bei diesen Getränkesparten folgende Hinzuschätzungen ergeben: 1996: 17 % bzw. 1.129.000; 1997: 28 % bzw. 1.936.000 und 1998: 13 % bzw. 879.000.“

Erstmals in der Berufung vom 4.1.2002 wurde eingewendet, die durch die Prüfung aufgezeigten Erlösdifferenzen hätten ihre Ursache in einer defekten Schankanlage. Dem Arbeitsbogen des Betriebsprüfers ist zu entnehmen, dass die Erlösaufzeichnungen Gegenstand von Besprechungen im Rahmen der Prüfung waren. Dabei wurde der Berufungswerberin u.a. vorgehalten, dass die Ausdrücke der *„Schankanlage alt“*, d.h. *„ab ca. November 1996 bis März 1997“* nicht lesbar gewesen und die Ausdrücke *„Hausschlüssel“* für den Prüfungszeitraum *„ab Mitte Dezember 1997“* nicht aufbewahrt worden seien. Die Berufungswerberin hatte somit Gelegenheit, sich zu den Feststellungen der Betriebsprüfung zu äußern. Dass die Berufungswerberin – wie in der Berufung eingewendet – von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und *„allfällige Umstände lückenlos aufgeklärt“* hätte, ist nicht ersichtlich. Durch die Nichtaufbewahrung der erwähnten Grundaufzeichnungen sowie der Nichterfassung von Getränke-lieferungen hat sie sich der Möglichkeit einer exakten Erlösermittlung begeben. Eine solche kann nur mehr durch Schätzung erfolgen. Das Ergebnis der Schätzung wurde der Berufungswerberin mitgeteilt und mit ihr besprochen. Soweit die erfolgten Einwendungen ausreichend konkretisiert wurden, fanden sie bereits in den bekämpften Bescheiden Berücksichtigung.

Dem Berufungsantrag, *„einen technischen Sachbefund zum Beweis dafür aufzunehmen, dass die Schankanlage im Prüfungszeitraum fehlerhaft gelaufen ist“*, konnte schon zum Zeitpunkt der Einbringung der Berufung (4.1.2002) nicht mehr entsprochen werden. Ein Jahre nach dem Prüfungszeitraum erstelltes Gutachten vermag keinen Aufschluss über die Funktionsfähigkeit der Anlage im Prüfungszeitraum 1996 bis 1998 zu liefern. Dies gilt auch für das im Berufungsverfahren vorgelegte, als *„Befund & Gutachten“* bezeichnete Schreiben des Sachverständigen R.R. vom 27.5.2003. Der unter Punkt 2 dieses Schreibens enthaltene *„Befund“* stellt ausdrücklich auf den *„Zeitpunkt der Begutachtung“* ab und trifft daher keine Aussagen über die Verhältnisse im Prüfungszeitraum.

Im Zusammenhang mit dem Einwand der defekten Schankanlage ist auch darauf hinzuweisen, dass bei der Kalkulation ein Schwund in Höhe von 5 % und darüber hinaus *„eine pauschale kalkulatorische Abgrenzung für zusätzliche Werbung, Schwund“* von weiteren 5 % berück-

sichtigt wurde. Bei den vorgenommenen Hinzurechnungen seien die Einwendungen des Steuerberaters zum Rohaufschlag und zu den kalkulatorischen Abgrenzungen berücksichtigt worden (vgl. Protokoll über die Schlussbesprechung).

Im Berufungsverfahren wurde die Einvernahme der *„Lieferanten der Steuerschuldnerin“* beantragt. Dadurch hätten *„teilweise Fehllieferungen und teilweise falsche Rechnungsstellungen, nämlich an die RE-GmbH“* nachgewiesen werden können. Die Berufungswerberin ist aber bereits im Rahmen der Betriebsprüfung aufgefordert worden, die eingewendeten Fehllieferungen für den gesamten Prüfungszeitraum bekanntzugeben. Die daraufhin vorgelegte Rechnung aus dem Jahr 1997 über die Lieferung von Spirituosen an die genannte Firma fand in der Kalkulation der Betriebsprüfung Berücksichtigung. Das Vorbringen in der Berufung vom 3.1.2002, die Behörde habe die eingewendete falsche Rechnungsstellung durch die Lieferanten unberücksichtigt gelassen, erweist sich damit ebenso als unzutreffend wie der Einwand, durch Zuordnung nichtalkoholischer Getränke zu den alkoholischen sei ein *„völlig verzerrtes Bild“* entstanden. Das Finanzamt hat eine auf die Angaben der Berufungswerberin gestützte Umschichtung vorgenommen.

Weitere Aufforderungen an die Berufungswerberin zur Beibringung tauglicher Nachweise erfolgten in der Schlussbesprechung (s. Protokoll vom 4.7.2001) und mit Vorhalt vom 28.11.2002. Die Berufungswerberin war bis zum Abschluss des Berufungsverfahrens nicht gehindert, allfällige noch nicht in die erfolgte Kalkulation eingeflossene Umstände vorzubringen und nachzuweisen. Zum Antrag auf Einvernahme der Lieferanten bleibt festzustellen, dass die Berufungswerberin nicht erläutert hat, inwiefern die Befragung der Lieferanten *„der Erforschung der materiellen Wahrheit“* (so im Vorlageantrag) dienlich sein könnte. Die Lieferanten können allenfalls Auskunft darüber geben, wann sie eingegangene Bestellungen an welche Adresse ausgeliefert haben. Aber in welchem Betrieb welche Getränke zum Verkauf gelangten, kann wohl nicht ein Lieferant, sondern nur die Berufungswerberin allein wissen. Dies gilt besonders im vorliegenden Fall, wurde doch wiederholt vorgebracht, die Betriebe hätten sich gegenseitig mit Getränkelieferungen ausgeholfen. Da die Berufungswerberin somit ausreichend Gelegenheit hatte, ihre Einwendungen auch nachzuweisen und nicht erkennbar ist, was die Lieferanten zur Klärung der Frage nach einer *„Fehllieferung“* oder *„falschen Rechnungsstellung“* beitragen könnten, wurde von der beantragten Einvernahme abgesehen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Einwendungen der Berufungswerberin – soweit sie ausreichend konkretisiert wurden - in den bekämpften Bescheiden Berücksichtigung fanden. Aufzeichnungen, die eine genauere Ermittlung der steuerlichen Bemessungsgrundlagen ermöglichen würden, hat die Berufungswerberin nicht vorgelegt.

2.2. Kapitalertragsteuer

Die erfolgten Hinzurechnungen waren vom Finanzamt als verdeckte Gewinnausschüttung zu behandeln (Tz 35 und 36 des Prüfungsberichtes vom 13.7.2001, AbNr. 101038/00). Verdeckte Gewinnausschüttungen unterliegen gemäß § 93 Abs. 2 EStG der Kapitalertragsteuer. Die Kapitalertragsteuer ist durch Abzug einzubehalten. Der zum Abzug Verpflichtete haftet gemäß § 95 Abs. 2 EStG für die Einbehaltung und die Abfuhr der Kapitalertragsteuer.

2.3. Abzugsteuer gemäß § 99 EStG

Gemäß § 250 Abs. 1 BAO muss eine 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 eine Berufung nicht den im § 250 Abs. 1 BAO 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.

In der Berufung vom 4.3.2003 sind zunächst die bekämpften Bescheide aufgelistet. Darunter auch die „Haftungs- und Abgabenbescheide für 1997 und 1998 hinsichtlich der § 99 – Abzugsteuer“. Weitere Ausführungen enthält die Berufung dazu nicht.

Die Berufung entsprach somit nicht den Erfordernissen des § 250 Abs. 1 BAO. Mit Bescheid vom 27.3.2009 wurde der Berufungswerberin die Behebung der Mängel mit dem Hinweis aufgetragen, dass die Berufung nach fruchtlosem Ablauf einer Frist von drei Wochen ab Bescheidzustellung als zurückgenommen gelte. Diese Frist wurde dem Antrag des Vertreters vom 21.4.2008 entsprechend bis 5.5.2009 verlängert. Eine Mängelbehebung ist nicht erfolgt.

Wird einem berechtigten Mängelbehebungsauftrag überhaupt nicht, unzureichend oder nicht zeitgerecht entsprochen, so ist die Abgabenbehörde verpflichtet, einen Bescheid zu erlassen, mit dem die vom Gesetzgeber vermutete Zurücknahme der Berufung festgestellt wird (vgl. z.B. VwGH 28.2.1995, 90/14/0225).

Es war daher wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Innsbruck, am 30. Juni 2009