

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der H.KG als RNF der H.GmbH, NiH., vertreten durch Dr. Claus Staringer, Steuerberater, 1010 Wien, Seilergasse 16, vom 16. Dezember 2003 gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz vom 9. Oktober 2003 betreffend Säumniszuschlag für die nicht abgeführte Kapitalertragsteuer 2002 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) produziert, vertreibt und handelt mit Bauteilen für die Industrie. Anlässlich einer im Jahr 2003 stattgefundenen Betriebsprüfung stellte der Prüfer unter anderem fest, dass für eine im Jahr 2002 erfolgte Gewinnausschüttung Kapitalertragsteuer vorzuschreiben ist:

Mit Schreiben vom 18. April 2002 sei beim Finanzamt Linz der KESt Verzicht für die Gewinnausschüttung im Jahr 2002 in Höhe von 4.000.000,00 € vor Ablauf der zweijährigen Behaltefrist beantragt worden. Diesem Antrag sei unter Vorbehalt der Voraussetzungen für die Abzugsfreiheit vom Finanzamt zugestimmt worden.

Am 15. Mai 2002 sei eine Gewinnausschüttung der H.GmbH an die englische Muttergesellschaft H.L in Höhe von 4.167.339,98 € erfolgt. Mit Wirkung vom 17. März 2003 habe die H.GmbH einen Gesellschafterwechsel vor Ablauf der zweijährigen Behaltefrist durchgeführt. Durch diesen Gesellschafterwechsel seien die im § 94 EStG 1988 enthaltenen Voraussetzungen für den Entfall der Kapitalertragsteuerpflicht nicht erfüllt. Folglich sei diese vorzuschreiben. Nach § 95 Abs. 1 EStG betrage die einzubehaltende KESt grundsätzlich 25 Prozent. In Anwendung des Art. 10 Abs. 1 lit. a DBA Österreich-Großbritannien ermäßige sich

der Steuersatz bei Nachweis der Ansässigkeit des nutzungsberechtigten Empfängers im Vereinigten Königreich für diese Gewinnausschüttung auf 5 Prozent.

Bemessungsgrundlage	Kapitalertragsteuer
5% KESt von 4.167.339,98 €	208.367,00 €

Das Finanzamt erließ am 9. Oktober 2003 entsprechend der Feststellung der Betriebsprüfung einen Haftungs- und Abgabenbescheid für die Kapitalertragsteuer 2002.

Weiters setzte das Finanzamt Linz mit gleichem Bescheid einen Säumniszuschlag für die nicht abgeführt Kapitalertragsteuer in Höhe von 4.167,34 € (2% von 208.367,00 €) fest.

Mit Schreiben vom 23. Oktober 2003 wurde um Verlängerung der Rechtsmittelfrist ersucht.

Der steuerliche Vertreter reichte die Berufung fristgerecht am 17. Dezember 2003 ein.

Die Berufung richtet sich gegen die Festsetzung des Säumniszuschlages.

Die Festsetzung des 2%-igen Säumniszuschlages wird damit bekämpft, da die vom Finanzamt angenommene Abfuhrverpflichtung für die Kapitalertragsteuer dem Grunde nach nicht bestehen und daher durch die Nichtabfuhr der Kapitalertragsteuer keine Säumnis eingetreten sei.

Die Bw. beantragte die Neuberechnung des Säumniszuschlages im Falle der nachträglichen Herabsetzung der Abgabenschuld gemäß § 217 Abs. 8 BAO mit Null und stützte den Antrag auf Nichtfestsetzung auch auf § 217 Abs. 7 BAO, weil sie an der Säumnis kein grobes Verschulden treffe, was sich insbesondere aus der am 20. März 2003 fristgerecht erfolgten Anzeige und Anmeldung der Gewinnausschüttung als potentiell kapitalertragsteuerpflichtigem Vorgang ergebe.

Im Schreiben vom 25. Februar 2005 wurde auf die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

Mit Bescheid vom 31. März 2005 hat das Finanzamt Linz den Haftungs- und Abgabebescheid betreffend Kapitalertragsteuer gemäß § 293 BAO dahingehend berichtigt, dass es statt "über den Prüfungszeitraum 2001" richtig "über den Prüfungszeitraum 2002" zu lauten hat.

Ergänzend wird noch zum Sachverhalt festgehalten, dass mit Wirkung vom 23. Oktober 2003 die H.GmbH nach den §§ 2 ff UmwandlungsG bzw. Art. II UmgrStG errichtet in die H.KG umgewandelt wurde. Die Bw. ist Gesamtrechtsnachfolgerin der H.GmbH und daher als nunmehriger Adressat des Säumniszuschlages anzusehen.

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

Wird eine Abgabe, ausgenommen Nebengebühren, nicht spätestens am Fälligkeitstag entrichtet, sind gem. § 217 Abs. 1 BAO Säumniszuschläge zu entrichten. Nach Abs. 2 beträgt der erste Säumniszuschlag 2 Prozent des nicht zeitgerecht entrichteten Abgabenbetrages.

Gemäß § 217 Abs. 7 BAO ist auf Antrag des Abgabenpflichtigen der Säumniszuschlag insoweit herabzusetzen bzw. nicht festzusetzen, als ihn an der Säumnis kein grobes Verschulden trifft, insbesondere insoweit bei nach Abgabenvorschriften selbst zu berechnenden Abgaben kein grobes Verschulden an der Unrichtigkeit der Selbstberechnung vorliegt.

Bemessungsgrundlage des Säumniszuschlages ist die nicht entrichtete Abgabenschuldigkeit, unabhängig davon, ob die Festsetzung der Stammabgabe rechtmäßig, rechtskräftig oder mit Berufung angefochten ist (vgl. Ritz, BAO-Handbuch, § 217 BAO, S 146, mwN).

Hierzu ist festzustellen, dass im vorliegenden Fall die Abgabe einer unrichtigen Selbstberechnung und in der Folge die damit verbundene Nichtentrichtung zum Fälligkeitstermin bewusst vorgenommen bzw. in Kauf genommen wurde.

Statt den sich aus den gesetzlichen Bestimmungen ergebenden Steuersatz für die Berechnung der Kapitalertragsteuer anzuwenden, wurde die Selbstberechnung mit "Null" durchgeführt. Die hierfür angeführte Begründung, nämlich dass die zuschlagsbelastete Abgabenschuld gemeinschaftswidrig sei und daher die Bw. gezwungen gewesen sei eine Null-Meldung einzureichen, geht ins Leere.

Zur Abwendung der Rechtsfolge, dass der Bw. ein Säumniszuschlag vorgeschrieben wird, wäre es zumutbar gewesen eine den gesetzlichen Bestimmungen richtige Kapitalertragsteueranmeldung abzugeben und den Betrag zum Fälligkeitstermin zu entrichten. Zur entsprechenden Rechtsverteidigung hätte in weiterer Folge ein Feststellungsbescheid im Sinne des § 92 Abs. 1 BAO beantragt werden können (vgl. VfGH 3.3.1971, B 175/70 bzw. auch Ritz, BAO Kommentar, § 92 BAO, S 204). Die Voraussetzung für eine Nichtfestsetzung des Säumniszuschlages, nämlich das Nichtvorliegen eines groben Verschuldens, ist im vorliegenden Fall daher nicht erfüllt.

Aus den angeführten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

Linz, am 8. April 2005