

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Vorsitzende Dr. Christine Smolle und die weiteren Senatsmitglieder Mag. Anna Mechtler-Höger, Mag. Gertraud Lunzer und Mag. Petra-Maria Ibounig in der Beschwerdesache Bf., Bf.Adresse, vertreten durch Diligentia-Wirtschaftsprüfung- und Steuerberatungsges.m.b.H., Mühlstraße 27, 3340 Waidhofen a.d.Ybbs gegen die Bescheide des Finanzamtes Amstetten Melk Scheibbs vom 10. Juni 2009, betreffend Feststellung von Einkünften gemäß § 188 BAO für die Jahre 2004 - 2006 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

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

Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin (Bf.) betrieb in den streitgegenständlichen Jahren (2004 bis 2006) in der Rechtsform einer Kommandit-Erwerbsgesellschaft u.a. ein Gast- und Schankgewerbe.

Anlässlich der Schlussbesprechung über eine Außenprüfung gem. § 149 Abs. 1 BAO wurde in der Niederschrift über die Schlussbesprechung anlässlich der Außenprüfung und für das gegenständliche Verfahren von Bedeutung Folgendes festgehalten:

2 Pauschalierung 2006

Der ggst. Betrieb ist eine Bar und kein Pub (kein nennenswertes Speiseangebot) - und fällt daher NICHT unter den Begriff "Gastwirt" - keine Pauschalierung möglich.

Im **Bericht** über das Ergebnis der **Außenprüfung** wurde u.a. folgende strittige Feststellung getroffen:

"Tz. 1 Gewinnermittlung 2006

In den Jahren 2004 und 2005 erfolgte die Gewinnermittlung gem. § 4 Abs. 3 EStG (Einnahmen/Ausgaben Rechnung), im Jahr 2006 wurde der Gewinn aus Gewerbebetrieb gem. § 17 EStG (Gastwirtepauschalierung) ermittelt.

Beim gegenständlichen Betrieb handelt es sich um eine Bar, die Öffnungszeiten liegen zwischen 17.00 Uhr abends und den späten Nachtstunden. Das Speisenangebot geht über Kabanossi, Laugenstangerl bzw. Bierbrezerl nicht hinaus. Der Umsatz an Speisen beträgt pro Jahr rd. 3.700 bis 5.700 Euro, was einem Anteil am Gesamtumsatz von 1,7 % bis 2,5 % entspricht. Der wesentliche Anteil am Umsatz entfällt daher auf die Getränke.

Maßgebend für die Anwendung der Gaststättenpauschalierung ist, dass es ein nennenswertes Speisenangebot gibt. Da dieses im ggst. Betrieb zu vernachlässigen ist, kann die Pauschalierung nicht in Anspruch genommen werden (Pkt. 2 d. NS.). Der Gewinn 2006 ist daher durch die BP nach den allgemeinen Vorschriften zu ermitteln.

Als Grundlage wird die vom Steuerbüro erstellte Erfolgsrechnung des Jahres 2006 herangezogen. Die Einnahmen und Ausgaben betragen in Summe:

	2006
Einnahmen in Summe	226.837,92
Ausgaben in Summe	177.039,94
vorl. Gewinn lt. Erkl.	49.797,98
Gewinn bisher (pauschaliert)	16.802,88
Aenderung – Erhöhung lt. BP	32.995,10

¶

Steuerliche Auswirkungen: ¶

Zeitraum	<u>2006</u>
	(Euro)
<u>Einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung</u>	xxx
[330] Einkünfte aus Gewerbebetrieb	32.995,10

¶

Das Finanzamt erließ den steuerlichen Feststellungen folgend nach Wiederaufnahme der Verfahren hinsichtlich der Umsatzsteuer und der Feststellung von Einkünften gem. § 188 BAO die dementsprechenden Bescheide für die Jahre 2004 bis 2006.

In der rechtzeitig eingebrauchten **Berufung** (nunmehr: Beschwerde) gegen die Bescheide über die Feststellung von Einkünften gem. § 188 BAO für die Jahre 2004 -2006 stellte die Bf. den Antrag auf Pauschalierung für die Ermittlung des Gewinnes gem. Verordnung über die Gaststättenpauschalierung BGBl. 1999 vom 14. Juli 1999 für die Jahre 2004 und 2005.

Anlässlich der Außenprüfung sei behauptet worden, dass der gegenständliche Betrieb eine Bar und kein Pub (kein nennenswertes Speisenangebot) sei und daher nicht unter den Begriff Gastwirt falle. Eine diesbezügliche Inanspruchnahme der

Gaststättenpauschalierung sei daher laut Prüfung nicht möglich. Seit dem Jahr 2003 führe die Bf. am Standort in W. ein Pub, in dem auch Speisen angeboten worden seien.

Neben der Eingangstür zum Pub befände sich der Eingang zu einer Pizzeria und hätten die Gäste des gegenständlichen Betriebes in der Pizzeria Essen bestellt und im Lokal der Bf. konsumiert. Die Pizzeria habe direkt mit den Gästen der Bf. abgerechnet. Es sei daher für die Bf. wirtschaftlich nicht sinnvoll gewesen, ein größeres Speisenangebot bereit zu stellen.

Im Lokal der Bf. seien Speisen (Pizzen) angeboten und auch konsumiert worden, was somit genau dem Verordnungstext entspreche.

Lt. Verordnung ergebe sich kein Hinweis auf das Ausmaß der Speisenumsätze im Verhältnis zu den Getränkeumsätzen.

Auch in den Einkommensteuerrichtlinien sei nicht definiert worden, wie weit geringfügiger die Speisenumsätze sein dürften. Schneebars und ähnliche Einrichtungen würden die Anwendungsvoraussetzungen nur dann erfüllen, wenn sie in einer pauschalierungsfähigen Gaststätte integriert seien. In einer Schneebar würden außer Soletti und dergleichen überhaupt keine Speisen verkauft werden.

Der Gesetzgeber habe einen Mindestprozentsatz an Speisenumsätzen nicht gewollt, da in der Verordnung eine entsprechende Klarstellung fehle.

Auch in der Verordnung über die Aufstellung von Durchschnittssätzen für die Ermittlung des Gewinnes aus Land- und Forstwirtschaft sei zwischen land- und forstwirtschaftlichem Vermögen unterschieden worden.

In weiterer Folge stellte die Bf. in der Beschwerde die Gewinne ihres Lokales für die Jahre 2004 bis 2006 im Sinne der Gaststättenpauschalierung, BGBl. II 227/1999 dar und gelangte zur Ansicht, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Verordnung gegeben seien.

In der **Stellungnahme des Prüfers** zur gegenständlichen Beschwerde wurde ausgeführt, dass im Zuge der durchgeföhrten abgabenbehördlichen Prüfung die Anwendung der Gaststättenpauschalierung überprüft und gewürdigt worden sei. Bis zum Jahr 2005 ermittelte die Bf. ihren Gewinn gem. § 4 Abs. 3 EStG 1988, für das Jahr 2006 nahm sie die Gaststättenpauschalierung gem. § 17 EStG 1988 in Anspruch.

Beim gegenständlichen Betrieb handle es sich um eine Bar, deren Öffnungszeiten zwischen 17:00 Uhr abends und den späten Nachtstunden liege. Das Speisenangebot sei über Cabanossi, Laugenstangerl, Bierbrezerl nicht hinausgegangen. Der Umsatz an Speisen in den Prüfungsjahren habe zwischen € 3.700,00 bis € 5.700,00 betragen, was einem Anteil am Gesamtumsatz im Ausmaß von 1,7% bis 2,5% entspreche.

Der wesentliche Anteil am Umsatz entfiel somit auf die Getränke und sei daher die Anwendung der Pauschalierungsverordnung im Zuge der Prüfung versagt worden. Der Prüfer ermittelte den Gewinn nach den allgemeinen Vorschriften.

In der vorgelegten Speise- und Getränkekarte habe sich neben einem umfangreichen Getränkeangebot unter der Position "Snacks" folgende Speisen befunden: Cabanossi mit Gebäck € 2,60, Wutzi € 1,10, Laugenstangerl € 1,10, Bierbrezerl € 0,80. Aus dieser Aufstellung sei ersichtlich, dass es sich hierbei um zugekauft Fertigprodukte gehandelt habe. Eine Zubereitung von Speisen, wie in einem Gasthausbetrieb, sei nicht erforderlich gewesen.

Die Möglichkeit bzw. Tatsache, gelegentliche Konsumationen fremder Speisen im Lokal vorzunehmen, würden das eigene Speisenangebot für die Anwendung einer Pauschalierungsverordnung nicht positiv beeinflussen. Die bloße Möglichkeit der Einnahme fremder Speisen begründe kein eigenes Anbieten von Speisen.

Unter Berücksichtigung der völlig unterschiedlichen Öffnungszeiten der benachbarten Lokale sei jeder Zusammenhang zu verneinen.

Ein Mindestausmaß an Speisenumsätzen sei tatsächlich weder in den Richtlinien noch in der Verordnung enthalten, jedoch sei in den EStR Rz. 4294 dargelegt worden, dass das Speisenangebot zum Teil geringfügiger sein könne. Im gegenständlichen Betrieb sei die Einstufung des Speisenanteiles von nicht einmal 3% der Gesamtumsätze als geringfügig anzusehen.

Abschließend stellte der Prüfer noch fest, dass der gegenständliche Betrieb nicht in einer pauschalierungsfähigen Gaststätte integriert sei.

Die Stellungnahme des Prüfers wurde zur **Gegenäußerung der Bf.** übermittelt und widersprach diese hinsichtlich der Öffnungszeiten. Die Öffnungszeiten des gegenständlichen Lokales seien sehr wohl mit den Öffnungszeiten des benachbarten Lokales ident gewesen.

Im gegenständlichen Lokal sei eine Speisekarte der Pizzeria aufgelegen; damit habe die Bf. laut § 2 Abs. 2 der Gaststättenpauschalierung Speisen und Getränke angeboten.

Mit **Schriftsatz vom 15. Dezember 2015** nahm die Bf. den Antrag auf Durchführung der mündlichen Verhandlung zurück.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Bf. betrieb in einem Lokal ein Schank- und Gastgewerbe. In der von ihr vorgelegten Speise- und Getränkekarte wurden neben einem umfangreichen Getränkeangebot unter der Position „Snacks“ diverse Speisen – und zwar Cabanossi mit Gebäck, Wutzi, Laugenstangerl, Bierbrezerl – angeboten.

In den streitgegenständlichen Jahren betrug der Anteil des Speisenumsatzes der Bf. am Gesamtumsatz zwischen 1,7% bis 2,5%.

Strittig ist im vorliegenden Fall, ob für die Bf. die Voraussetzungen zu einer pauschalen Ermittlung von Gewinn gegeben sind.

Hiezu gilt rechtlich Folgendes:

Auf Grund der Verordnungsermächtigung nach § 17 Abs. 4 und 5 EStG 1988 hat der Bundesminister für Finanzen die Verordnung über die Aufzeichnungspflicht bei Lieferungen von Lebensmittel und Getränken sowie über die Aufstellung von Durchschnittssätzen für die Ermittlung des Gewinnes und der Vorsteuerbeträge der nichtbuchführenden Inhaber von Betrieben des Gaststätten- und Beherbergungsgewerbes, BGBl. II 227/1999 (kurz: Gaststättenpauschalierungs-Verordnung) erlassen. Diese Verordnung (in der Stammfassung BGBl. II Nr. 227/1999, und in den im Beschwerdefall maßgeblichen Fassungen BGBl. II Nr. 416/2001 und BGBl. II Nr. 634/2003) lautet auszugsweise:

§ 2 Abs. 2 der Gaststättenpauschalierungs-Verordnung lautet auszugsweise:

"Betriebe des Gaststättengewerbes im Sinne der folgenden Bestimmungen liegen nur vor, wenn in geschlossenen Räumlichkeiten Speisen und Getränke zur dortigen Konsumation angeboten werden und Umsätze überwiegend aus derartigen Konsumationen erzielt werden. ..."

Wenn die Bf. in der Berufung ausführt, sie habe ein Pub geführt, indem Speisen (Pizzen) angeboten und konsumiert worden seien, denn neben der Eingangstüre ihres Lokales habe sich der Eingang zu einer Pizzeria befunden und die Gäste der Bf. hätten in der Pizzeria Essen bestellt und im Lokal der Bf. konsumiert, ist entgegenzuhalten, dass - wie die Bf. auch selbst ausführt - die Pizzeria direkt mit den Gästen der Bf. abgerechnet hat. Durch diese Vorgehensweise erzielte jedoch die Pizzeria (das Nachbarlokal) die diesbezüglichen Umsätze aus den Speisen und nicht die Bf., sodass für die Bf. die Voraussetzungen zur Anwendung der Gaststättenpauschalierungs-Verordnung eben nicht vorliegen.

Soweit die Bf. angibt, es sei wirtschaftlich nicht sinnvoll gewesen, ein größeres Speisenangebot bereit zu stellen, ist zu erwidern, dass Gründe, warum die Bf. kein eigenes, größeres Speisenangebot bereitgestellt hat, nicht entscheidungsrelevant sind. Wesentlich ist vielmehr, dass ein Steuerpflichtiger Speisen und Getränke anbietet und die Umsätze überwiegend aus derartigen Konsumationen erzielt. Die Gründe für das Fehlen eines größeren Speisenangebotes sind insoweit unerheblich und reicht das alleinige Anbieten von Speisen und Getränke für die Anwendung der Gaststättenpauschalierungs-Verordnung nicht aus.

Die Bf. bringt auch vor, der Gesetzgeber habe einen Mindestprozentsatz an Speisenumsätzen nicht gewollt, da in der Verordnung eine entsprechende Klarstellung fehle. Diesem Einwand ist entgegenzuhalten, dass der erkennende Senat nicht auf einen Mindestprozentsatz der Speisenumsätze abstellt. Im VwGH-Erkenntnis vom 5. September 2012, 2012/15/0120 hat dieser ausgesprochen, dass in der Gaststättenpauschalierungs-Verordnung jene Betriebe als Gaststätten erfasst sind, die

den Gästen auch frisch in einem Küchenbereich zubereitete Speisen anbieten (zumindest "kleine Speisekarte") und dafür über die infrastrukturellen Einrichtungen einer Küche verfügen. Der vorliegende Betrieb hat in der vorgelegten Speise- und Getränkekarte neben einem umfangreichen Getränkeangebot unter der Position "Snacks" Cabanossi mit Gebäck, Wutzi (Wurststangerl), Laugenstangerl und Bierbrezerl angeboten. Der Senat gelangt zur Auffassung, dass die Bf. mit diesem Speisenangebot keine Speisekarte im Sinne des oben zitierten Erkenntnisses besitzt. Damit sind aber die Voraussetzungen für die Anwendung der Gaststättenpauschalierungs-Verordnung nicht gegeben und erübrigt sich ein weiteres Eingehen auf das Vorbringen der Bf. hinsichtlich eines Mindestprozentsatzes an Speisenumsätze.

Zulässigkeit einer 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.

In der vorliegenden Beschwerde wurden keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Beurteilung einer "kleinen Speisekarte" hat der VwGH bereits in mehreren Erkenntnissen vorgenommen (zuletzt VwGH vom 28. Mai 2015, 2012/15/0104; vom 28. Mai 2015, 2012/15/0167; vom 4. September 2014, Ra 2014/15/0002). Die Revision ist somit unzulässig.

Wien, am 17. Dezember 2015