



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw, Adresse, vertreten durch LBG Wirtschaftstreuhand - und Beratungsgesellschaft m.b.H., 2700 Wiener Neustadt, Reyergasse 19, vom 27. Dezember 2005 gegen den Bescheid des Finanzamtes Neunkirchen Wr. Neustadt vom 6. Dezember 2005 betreffend Haftungs- und Abgabenbescheid für den Zeitraum 1. Jänner 2000 bis 31. Dezember 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Für die streitgegenständlichen Jahre werden festgesetzt:

	2000	2001	2002	2003	2004
Bemessungsgrundlage	€ 1.597,35	€ 11.512,09	€ 29.840,65	€ 36.166,43	€ 27.360,22
Dienstgeberbeitrag 4,5 %	€ 71,88	€ 518,04	€ 1.342,82	€ 1.627,48	€ 1.231,20
Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag	0,52 % € 8,31	0,51 % € 58,71	0,47 % € 140,25	0,44 % € 159,13	0,42 % € 114,91

Entscheidungsgründe

Bei der Berufungswerberin (in Folge: Bw.) fand für den Zeitraum 1. Jänner 2000 bis 31. Dezember 2004 eine Prüfung der lohnabhängigen Abgaben (GPLA Prüfung) statt. Dem Akteninhalt ist zu entnehmen, dass vom Prüfungsorgan eine telefonische Ankündigung der

GPLA Prüfung am 16. Februar 2005 beim steuerlichen Vertreter der Bw. erfolgte. Abgeschlossen wurde die Prüfung laut Niederschrift über die Schlussbesprechung am 9. November 2005. Weiters ist dem Akteninhalt zu entnehmen, dass im Kalenderjahr 2004 von Organen der Bundespolizeidirektion X eine fremdenrechtliche Kontrolle bei der Bw. durchgeführt worden ist. Bei dieser Kontrolle sind mehrere Personen aufgrund des Verdachts des unrechtmäßigen Aufenthalts festgenommen worden. Aus den mit diesen Personen aufgenommenen Niederschriften geht hervor, dass sie für die Tätigkeit bei der Bw. Geldbeträge erhalten haben. Am 10. März 2005 wurde eine Kontrolle durch KIAB Organe bei der Bw. durchgeführt. Zum Zeitpunkt der Kontrolle konnte eine ausländische Staatsangehörige keine gültige arbeitsmarktbehördliche Bewilligung vorweisen. Es wurde aber festgestellt, dass die ausländische Staatsangehörige an der Anschrift der Bw. in Adresse gemeldet war.

Vom Prüfungsorgan wurde am 24. Mai 2005 ein Auskunftersuchen an den Magistrat X - mit der Bitte um Bekanntgabe aller an der Anschrift Adresse ab dem Jahr 2000 gemeldeten Personen - gestellt. Der Magistrat hat die vom Prüfungsorgan angeforderten Meldedaten übermittelt. Das Prüfungsorgan hat festgestellt, dass die im Melderegister angegebenen Personen nicht zur Sozialversicherung gemeldet waren und dass auch keine Gehaltszahlungen für die angeführten Personen in der Buchhaltung der Bw. enthalten waren. Weiters wurde vom Prüfungsorgan die Feststellung getroffen, dass es sich bei den Personen hauptsächlich um Ausländerinnen handelt, welche bei der Bw. – sie betreibt einen Swinger Club – einer Animiertätigkeit unter Beteiligung am Umsatz nachgehen. Auf Grund der vorliegenden Meldedaten und der Niederschriften wurde vom Prüfungsorgan eine Schätzung des Lohnaufwandes vorgenommen und von der so ermittelten Bemessungsgrundlage der Dienstgeberbeitrag und der Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag berechnet.

Das Finanzamt hat sich den Prüfungsfeststellungen angeschlossen und der Bw. mit Haftungs – und Abgabenbescheid den Dienstgeberbeitrag und den Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag zur Zahlung vorgeschrieben.

Gegen diesen Bescheid wurde vom steuerlichen Vertreter der Bw. Berufung erhoben. In der Begründung wurde vorgebracht, dass der Prüfer davon ausgegangen sei, dass die an der Anschrift Adresse gemeldeten ausländischen Damen im Betrieb der Bw. einer Animiertätigkeit nachgehen würden und dafür eine Beteiligung am Getränkeumsatz erhalten hätten. Der tatsächliche Sachverhalt sehe allerdings anders aus. Grundsätzlich finde in einem Swinger Club keine Animiertätigkeit statt. Alle im Swinger Club anwesenden Personen (sowohl Frauen als auch Männer) seien Gäste und bekämen kein Entgelt für ihre Anwesenheit im Club. Der einzige Unterschied sei der, dass alle Männer einen Eintritt und alle Frauen keinen Eintritt bezahlen müssen. Der Grund liege darin, dass im Swinger Club üblicherweise immer mehr

Männer anwesend seien und die Frauen mit freiem Eintritt dazu angehalten werden sollten, den Swinger Club zu besuchen.

Bei den Damen, die in Adresse gemeldet gewesen waren, sehe der Sachverhalt wie folgt aus: Diese Damen (hauptsächlich aus A, B, C) hielten sich in Österreich auf, da sie versucht hätten beruflich Fuß zu fassen. Sie hätten sich nicht durchgehend in Österreich aufgehalten, sondern seien immer wieder in ihr Heimatland zurückgekehrt. Im Schnitt seien die Damen zwei bis drei Tage in der Woche in Österreich gewesen. An diesen Tagen seien sie auf Arbeitssuche gewesen. Um sich die Kosten für ein Hotel zu ersparen, hätten sie die Möglichkeit gehabt, bei der Bw. zu übernachten und sich als Gäste im Swinger Club aufzuhalten. Da es in der Vergangenheit Probleme mit der Fremdenpolizei gegeben habe, seien die Damen beim Meldeamt mit der Anschrift Adresse angemeldet worden. Um sich die ständigen An – und Abmeldungen zu ersparen, seien die Damen durchgehend gemeldet geblieben, auch wenn sie nur fallweise in Österreich gewesen sind.

Die Zuschätzung stütze sich auf Aussagen der Damen bei der Fremdenpolizei. Diese Aussagen seien aber unter Androhung der Abschiebung gemacht worden. Jene Damen, welche die Wahrheit ausgesagt haben, dass sie bei der Bw. gratis haben wohnen können und kein Entgelt bekommen hätten, da sie nur Gäste im Swinger Club gewesen seien und so wie alle anderen Gäste die Getränke und Speisen vom Buffet kostenlos hätten konsumieren können, seien tatsächlich von der Polizei abgeschoben worden.

Aus den dargelegten Gründen sei daher die Zuschätzung von Arbeitslöhnen nicht gerechtfertigt.

Vom Finanzamt wurde die Berufung mit Berufungsvorentscheidung als unbegründet abgewiesen. Als Begründung wurde wörtlich Folgendes angeführt:

Laut übereinstimmender Aussagen der von der KIAB bzw. der Bundespolizei X einvernommenen, im Swinger Club angetroffenen s, t und u Staatsbürgerinnen, gehen diese dort einer Erwerbstätigkeit nach.

Die folgende Vereinbarung wurde mündlich mit Herrn AF abgeschlossen, der im Lokal als Chef auftritt: Es bestand keine Verpflichtung zur Prostitution, Geschlechtsverkehr erfolgte auf freiwilliger Basis. Pro Abend im Swinger Club erhielten die Damen neben Essen und Trinken € 35,00. Zusätzlich erhielten sie € 10,00 pro vom Gast konsumierter Flasche Sekt, waren also am Getränkeumsatz beteiligt. Weitere € 10,00 erhielten sie, wenn sie mit den Gästen die „Spielwiese“, die Sauna oder den Whirlpool aufsuchten. Meist waren sie drei Tage pro Woche im Swinger Club tätig und verdienten zwischen € 120,00 und € 150,00 innerhalb der drei Tage. Die Unterbringung erfolgte während der Tätigkeit im Swinger Club am Firmensitz in Adresse unentgeltlich. Aus der Meldebestätigung vom Magistrat X für oben angeführte Adresse ist ersichtlich, dass über längere Zeiträume 18 Frauen gemeldet waren.

Bei der GPLA – Prüfung standen dem Prüfer die Aussagen von N, M und O vom April 2005 sowie von P, R, M und O vom März 2004 zur Verfügung. Im Arbeitgeberakt befinden sich außerdem Aussagen aus den Jahren 1999 und 2000, in denen von den befragten Frauen ebenfalls die Animationstätigkeit und die Bezahlung durch AF (nach Clubschluss bar auf die Hand S 400,00) erklärt wird.

Während der Prüfung fertigte die Steuerberaterin der Bw. einen Aktenvermerk von einem Telefonat mit AF an, der im Akt vorliegt: „Durchschnittlich 3 Damen an durchschnittlich 3 Tagen bekommen ca. € 250,00 pro Monat inklusive Trinkgeldpauschale“. Da AF keine weiteren Unterlagen für die Prüfung vorlegte und auch jede weitere Zusammenarbeit verweigerte, wurden die Bemessungsgrundlagen vom Prüfer aufgrund der Aussagen der Animateurinnen für die Zeiten, in denen Meldungen an der Adresse des Swinger Clubs vorlagen, ermittelt. Es erfolgten keine Zurechnungen für Sachbezüge und auch keine Zurechnung eines Sicherheitszuschlages.

Nach Ansicht des Finanzamtes ist die Ermittlung der Bemessungsgrundlagen schlüssig und nachvollziehbar.

Die Beurteilung der Animationstätigkeit als Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit stützt sich auf die Eingliederung in den Betrieb, die Tätigkeit gegen Entgelt und die Organisation der Tätigkeit durch Anton Frisch zu den Öffnungszeiten des Betriebes.

Daraufhin wurde von der steuerlichen Vertretung der Bw. ein Vorlageantrag eingebracht. Als Begründung wurden die Ausführungen der Berufung wiedergegeben. Zu der vom Finanzamt angeführten Begründung in der Berufungsvorentscheidung erfolgte keine Gegendarstellung.

Über die Berufung wurde erwogen:

Auf Grund der vorliegenden Unterlagen wird folgender Sachverhalt als erwiesen angenommen und der Entscheidung zugrunde gelegt:

Laut Firmenbuchauszug verfügt die Bw. über eine Gewerbeberechtigung für den Betrieb einer Bar. An der Adresse Adresse, wird der Barbetrieb von der Bw. in Form eines Swinger Clubs geführt. In den Kalenderjahren 2004 und 2005 fanden bei der Bw. durch Organe der Bundespolizei und der KIAB fremdenrechtliche Kontrollen statt. Bei diesen Kontrollen haben die aufgegriffenen Personen niederschriftlich ausgesagt, dass sie bei der Bw. einer Erwerbstätigkeit nachgehen und für die Tätigkeit von AF Geldbeträge erhalten haben. Im Akt befinden sich außerdem für den vorhergehenden Prüfungszeitraum Anzeigen und Niederschriften, aus welchen zu entnehmen ist, dass die damals einvernommenen Personen Geldbeträge von AF für die Tätigkeit bei der Bw. erhalten haben. Im Prüfungszeitraum waren an der Adresse der Bw. mehrere ausländische Staatsangehörige gemeldet. Dies ist durch die Meldedarstellung des Magistrates dokumentiert. Von der steuerlichen Vertretung der Bw. ist in einer Gesprächsnotiz anlässlich eines Telefonates mit AF festgehalten worden, dass „durchschnittlich 3 Damen an durchschnittlich 3 Tagen circa € 250,00 pro Monat inklusive Trinkgeldpauschale bekommen haben“. Weitere Unterlagen bzw. Nachweise für die von AF

telefonisch getätigte Aussage sind während der durchgeführten Prüfung dem Prüfungsorgan nicht vorgelegt worden.

Die Bw. ist im Wesentlichen der Meinung, dass, da die Aussagen bei der Fremdenpolizei unter Androhung der Abschiebung erfolgt seien, eine Zuschätzung von Arbeitslöhnen nicht gerechtfertigt sei.

Das Finanzamt vertritt den Rechtstandpunkt, dass eine Schätzungsberechtigung vorgelegen sei, da von der Bw. keine Unterlagen vorgelegt wurden.

Rechtliche Würdigung:

Gemäß § 138 Abs. 1 BAO haben die Abgabepflichtigen und die diesen im § 140 gleichgestellten Personen in Erfüllung ihrer Offenlegungspflicht (§ 119 BAO) auf Verlangen der Abgabenbehörde zur Beseitigung von Zweifeln den Inhalt ihrer Anbringen zu erläutern und zu ergänzen sowie dessen Richtigkeit zu beweisen. Kann ihnen ein Beweis nach den Umständen nicht zugemutet werden, so genügt die Glaubhaftmachung.

Als Beweismittel kommt alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist (§ 166 BAO).

Soweit die Abgabenbehörde die Grundlagen für die Abgabenerhebung nicht ermitteln oder berechnen kann, hat sie diese gemäß § 184 Abs. 1 BAO zu schätzen, wobei alle Umstände zu berücksichtigen sind, die für die Schätzung von Bedeutung sind.

Nach § 184 Abs. 2 BAO ist insbesondere dann zu schätzen, wenn der Abgabepflichtige über seine Angaben keine ausreichenden Aufklärungen zu geben vermag oder weitere Auskunft über Umstände verweigert, die für die Ermittlung der Grundlagen (Abs. 1) wesentlich sind.

Zu schätzen ist ferner nach § 184 Abs. 3 BAO, wenn der Abgabepflichtige Bücher oder Aufzeichnungen, die er nach den Abgabenvorschriften zu führen hat, nicht vorlegt oder wenn die Bücher oder Aufzeichnungen sachlich unrichtig sind oder solche formellen Mängel aufweisen, die geeignet sind, die sachliche Richtigkeit der Bücher oder Aufzeichnungen in Zweifel zu ziehen.

Nach § 167 Abs. 2 BAO hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

Dem Prüfungsorgan wurden während der durchgeführten Prüfung der lohnabhängigen Abgaben keine Unterlagen betreffend der im Swinger Club tätigen Personen vorgelegt. In der Berufungsvorentscheidung hat das Finanzamt dargelegt, dass laut Aussagen jener Personen,

welche bei den von Organen der KIAB und der Bundespolizei durchgeführten Kontrollen angetroffenen worden sind, Geldbeträge von AF für ihre Tätigkeit bei der Bw. erhalten haben. Auf die Ausführungen in der Berufungsvorentscheidung – denen der Charakter eines Vorhaltes zukommt – hat die Bw. im Vorlageantrag keinen Bezug genommen. Es wäre an der Bw. gelegen den von ihr behaupteten Sachverhalt, dass die Ausländerinnen lediglich Gäste des Swinger Clubs gewesen sind und kein Entgelt erhalten habe unter Beweis zu stellen. Dass sich die an der Adresse der Bw. gemeldeten ausländischen Staatsbürgerinnen im Swinger Club aufgehalten haben, wird von der Bw. nicht bestritten. Wenn von der Bw. vorgebracht wird, dass der tageweise Aufenthalt der Personen in Österreich der Arbeitssuche gedient habe, schließt dies nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates nicht aus, dass sie bei der Bw. abends bzw. nachts tätig gewesen sind. Auch die Behauptung, dass die Personen für die Tätigkeit im Swinger Club kein Entgelt erhalten hätten, steht im Widerspruch zur von der steuerlichen Vertretung verfassten Gesprächsnotiz. Danach haben die Damen durchschnittlich € 250,00 für ihre Tätigkeit bei der Bw. erhalten. Von der Bw. wurde während des gesamten Verfahrens mit Ausnahme der Gesprächsnotiz, keine Unterlagen für ihre Behauptungen vorgelegt. Da die Bw. an der Aufklärung des Sachverhaltes nicht mitgewirkt hat, ist dem Finanzamt beizupflichten, wenn es den Lohnaufwand geschätzt hat. Das Finanzamt hat auf Grund der eingeholten Meldedaten die Anzahl der Personen festgestellt, welche während des Prüfungszeitraumes an der Adresse der Bw. gemeldet waren. Betreffend die Höhe der Entgelte standen dem Finanzamt die Aussagen in den Niederschriften und die Gesprächsnotiz der steuerlichen Vertretung zur Verfügung. Wenn vom Finanzamt die Bemessungsgrundlage für die Lohnhinzuschätzung auf Grund der zur Verfügung stehenden Unterlagen vorgenommen wurde, kann in dieser Vorgehensweise keine Unsachlichkeit erblickt werden. Dass jeder Schätzung eine gewisse Ungenauigkeit immanent ist (VwGH vom 15. Mai 1997, Zl. 95/16/0144, VwGH vom 23. April 1998, Zl. 95/16/0222) ändert jedoch nichts an deren Zulässigkeit. Es muss nämlich der, der zur Schätzung Anlass gibt und bei der Ermittlung der materiellen Wahrheit nicht entsprechend mitwirkt, die mit jeder Schätzung verbundene Ungewissheit hinnehmen (VwGH vom 28. Mai 1997, Zl. 94/13/0032, VwGH vom 22. April 1998, Zl. 95/13/0191, VwGH vom 30. September 1998, Zl. 97/13/0033).

Da von der Bw. keinerlei Unterlagen für die Beschäftigungsverhältnisse vorgelegt wurden und auch die Mitwirkung an der Aufklärung des Sachverhaltes verweigert wurde, kann dem Finanzamt nicht mit Erfolg entgegen getreten werden, wenn es die Bemessungsgrundlagen für die Arbeitslöhne im Schätzungsweg ermittelt hat.

Bezüglich der Bemessungsgrundlagen und die Berechnung der Nachforderungsbeträge des Dienstgeberbeitrages und des Zuschlages zum Dienstgeberbeitrag wird auf die Ausführungen im Bericht bzw. auf die Prüfungsfeststellungen verwiesen.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 13. April 2010