

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bwin. , vom 29. März 2006, gegen die Bescheide des Finanzamtes Deutschlandsberg Leibnitz Voitsberg vom 28. Februar 2006, betreffend die Festsetzung von Lohnsteuer gemäß § 202 BAO für den Zeitraum vom 1. Mai 2004 bis 30. April 2005, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Anlässlich einer bei der Berufungserwerberin durchgeführten Lohnsteuerprüfung wurden unter anderem Bezüge, die (angeblich) an den Dienstnehmer XY (in der Folge kurz: RZ) unversteuert ausgezahlt worden waren, nachversteuert und wurde die Berufungserwerberin vom Finanzamt mit den im Spruch genannten Haftungsbescheiden hinsichtlich der aus der Nachversteuerung resultierenden Lohnsteuernachforderung in Anspruch genommen.

Der Lohnsteuerprüfung waren im Auftrag des zuständigen Landesgerichts für Strafsachen durchgeführte Hausdurchsuchungen in dem von der Berufungserwerberin betriebenen Lokal A im März 2005 voran gegangen.

In der am 5. März 2005 mit dem Dienstnehmer RZ aufgenommenen Niederschrift hat dieser, seine Person betreffend, ausgesagt:

Frage: „Welche Funktion (Arbeit) haben Sie im Betrieb auszuführen?“

Antwort: „Ich habe die Funktion als Barchef, meine Stellvertreterin ist Ich bin verantwortlich für den reibungslosen Ablauf des Bargeschäfts. Ich habe Sorge zu tragen, dass

sämtliche Getränke da sind, dass stets frisches Obst für die Mixgetränke zur Verfügung steht, hinter der Theke bin ich für die Zubereitung der Mixgetränke zuständig. ...“

Frage: „*Wieviele Tage in der Woche arbeiten Sie im Betrieb?*“

Antwort: „*Ich arbeite an 5 Tagen in der Woche. Wochenende, das ist Freitag und Samstag, bin ich meistens im Lokal tätig.*“

Frage: „*Wieviele Stunden arbeiten Sie im Betrieb?*“

Antwort: „*Wochentags beginne ich um 17.00 Uhr und arbeite ich bis je nach Frequenz bis 24.00 oder 01.00 Uhr. Am Wochenende, Fr auf Sa beginne ich meistens um 18.00 Uhr und bin ich bis zur Sperrstunde, das kann 03.00, zeitweise auch 04.00 Uhr sein.*“

Frage: „*Sind Sie angemeldet?*“

Antwort: „*Ja, ich bin angemeldet.*“

Frage: „*Wenn ja zu wie viel Stunden?*“

Antwort: „*Ich bin in einem Angestelltenverhältnis zu 40 Stunden pro Woche angemeldet.*“

Frage: „*Wieviel verdienen Sie im Monat?*“

Antwort: *Ich bin mit € 650,- im Monat angemeldet und siviel bekomme ich auch ausgezahlt. Nach genauerer Überlegung und in Hinblick auf die Verpflichtung als Zeuge die Wahrheit zu sagen, gebe ich an, dass ich neben den angemeldeten Gehaltes zusätzlich zu meinem normalen Gehalt von € 650,- noch € 1.350,- pro Monat netto durch Herrn ... ausbezahlt bekomme.*“

Frage: „*Wie erfolgt die Auszahlung des Lohnes?*“

Antwort: „*Ich erhalte das Geld in Bar am Ende des Monats, spätestens aber am 1. des Folgemonats.*“

Frage: „*Welche Nachweise gibt es dafür (Lohnzettel, Bestätigungen usw.) – Vorlage!*“

Antwort: „*Ich habe keinen Lohnzettel, ich habe auch keine Bestätigung über den ausgezahlten Lohn durch Herrn ...“*

Frage: *Wie wird täglich die Kasse abgerechnet (Kellnerbrieftasche)?*“

Antwort: „*Am Ende des Dienstes schreiben die Kellner ihre Namen in die Brieftasche, der Inhalt wird von mir gezählt und ich bezahle dann den Lohn für deren Kellnertätigkeit in Bar aus. Jeder Kellner bekommt pro Stunde € 8,-- zuzüglich 5 % des Umsatzes als Trinkgeld ausgezahlt.*“

Frage: „*Mit wem rechnen Sie die Kasse (Kellnerbrieftasche) ab?*“

Antwort: „*Ich rechne mit niemandem ab, ich bin für die Tageslosung selbst verantwortlich.*“

Frage: „*Sind Sie auch umsatzbeteiligt?*“

Antwort: „*Ich bin nicht umsatzbeteiligt.*“

In der am 20. März 2005 mit RZ aufgenommenen Niederschrift verweist dieser im Wesentlichen auf die Niederschrift vom 5. März 2005.

In einer weiteren am 22. März 2005 aufgenommenen Niederschrift gab RZ auszugsweise an:

Frage: „*Wie hoch ist Ihr monatlicher Gehalt?*“

Antwort: „*Mein monatlicher Gehalt beträgt 2.200,- Euro.*“

In der dagegen von einem bevollmächtigten Anwalt fristgerecht eingebrachten Berufung wird zu RZ ausgeführt:

„*Der Zeuge wurde am 05.03. um 04:30 Uhr (!), am 20.03.2005 um 03:15 Uhr und am 22.03.2005 um 13:00 Uhr einvernommen.*

Tatsächlich war RZ entsprechend der ohnehin beigeschafften Daten der Gebietskrankenkasse angemeldet und wurde dieser Betrag auch ausbezahlt; es darf darauf verwiesen werden, dass RZ in seiner Aussage vom 05.03.2005 (um 04:30 Uhr früh) angegeben hatte € 650,00 zu erhalten, nach offensichtlicher Hinterfragung jedoch einen Betrag von 1.350,00 weiters angegeben hatte.

Aus welchem Grund der Zeuge am 20.03. nochmals um 03:15 Uhr früh (!) einvernommen wurde ist nicht nachvollziehbar, wobei in den diesbezüglichen Ausführungen auch keine konkreten Aussagen enthalten sind, sondern auf die Niederschrift vom 05.03. verwiesen wird; es ist dem Protokoll nicht zu entnehmen, dass diese Niederschrift dem Zeugen auch tatsächlich vorgehalten wurde.

In seiner Aussage vom 22.03.2005 gibt der Zeuge an, § 2.200,00 (nicht angeführt ob Brutto oder Netto) zu erhalten, gegenüber seinen früheren Aussagen weiß er nun jedoch nicht mehr, wie hoch er angemeldet sei.

Differenziert wird insbesondere auch nicht zwischen Gehalt und Trinkgeld.

Unter Einschluss des Trinkgeldes wird für den genannten Zeitraum – und auch bis zum Ende des Prüfungszeitraumes – von einem Monatslohn von rund € 1.100,00 Netto inklusive Trinkgeldern auszugehen sein, sodass die bezughabenden Feststellungen nicht dem Sachverhalt entsprechen.“

Mit Berufungsvorentscheidung vom 6. Juli 2006 hat das Finanzamt die Berufung mit eingehender Begründung abgewiesen. Sie gilt jedoch infolge des fristgerecht eingebrachten Vorlageantrages wiederum als unerledigt.

Im Bezug habenden Schriftsatz wird auszugsweise ausgeführt:

„*In den aufgenommenen Niederschriften vom 5.3.2005 und vom 22.3.2005 gab Herr RZ bekannt, dass er als Dienstnehmer der Fa. ... zwischen € 2000,- pro Monat netto und € 2200,-*

verdient. Diese Aussage von Herrn RZ wurde vom Dienstgeber schon in der Berufung vom 31.3.2006 bestritten, jedoch im Berufungsverfahren nicht gewürdigt.

Ein heute vom Berufungsverfasser mit Herrn RZ geführtes Telefonat widerlegt die ursprünglichen Niederschriften dahingehend, dass Herr RZ bei der Nennung des Monatsbezugs vom 5.3.2005 wie auch am 22.3.2005 diesen Betrag € 2000 oder auch €2200 iincl. Weihnachtsgeld verstanden hat.

Sein Nettobezug im Monat war € 1200,- und zusätzlich das Trinkgeld. Diese € 2000,- oder auch € 2200,- wurden genannt, weil Herr RZ das Weihnachtsgeld 2004 erst im Feber 2005 erhalten hat.

Ein Monatsbezug von netto € 1200 ist für einen Kellner in der Weststeiermark ein guter Verdienst, so Herr RZ heute am Telefon und er würde sofort den Dienstgeber wechseln wenn er wo anders netto € 2000,- bis € 2200,- verdienen könnte.“

Mit Schreiben vom 17. Oktober 2007 hat der Unabhängige Finanzsenat Herrn RZ zum einen darauf hingewiesen, dass er sich bei der in Streit stehenden Lohnsteuer um seine Abgabenschuld handle, für die der Arbeitgeber nur hafte.

Zur Sache wurde ausgeführt:

„Sie haben anlässlich Ihrer Einvernahme am 5. März 2005 angegeben, dass Sie neben Ihrem „normalen Gehalt“ von netto 650,00 € „noch 1.350,00 € pro Monat netto durch Herrn ...“ ausgezahlt erhielten, was einem Gesamt –Nettobezug von 2.000,00€ entspricht.

In einer späteren Niederschrift haben Sie Ihren monatlichen Gehalt mit 2.200,00 € angegeben, ohne nähe zu bezeichnen, ob es sich dabei um den Brutto- oder um den tatsächlichen Auszahlungsbetrag (Nettobetrag) handelte.

In einem später geführten Telefonat haben Sie den Nettobezug angeblich mit nur 1.200,00 € monatlich bezeichnet.

Ich bitte Sie, diese (scheinbar) widersprüchlichen Angaben zu erläutern und bekannt zu geben, wie hoch die Ihnen ausgezahlten Netto-Bezüge im genannten Zeitraum tatsächlich waren. Auch mögen Sie bekannt geben, welche sonstigen Bezüge (Urlaubszuschuss, Weihnachtsremuneration etc.) Sie zusätzlich zu diesem Monatslohn ausgezahlt erhalten haben, sowie deren Höhe (netto).

Haben Sie die Ihnen von Kunden zugewendeten Trinkgelder vor Abrechnung mit dem Geschäftsführer aus Ihrer Geldtasche entnommen? Haben Sie die den Ihnen unterstellten „Kellnern“ zugewendeten Trinkgelder bei der Abrechnung ausgehändigt?
Wenn nicht, wie erfolgte die Abrechnung der Trinkgelder?“

Da Herr RZ auf dieses Schreiben keine Reaktion zeigte, wurde er mit Schriftsatz vom 10. November 2008 neuerlich ersucht, zu den unterschiedlichen Angaben Stellung zu beziehen. Er wurde auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nach den Erfahrungen des täglichen Lebens früher getätigten Aussagen ein höherer Wahrheitsgehalt zuzumessen sei, als späteren.

Im Jänner 2009 brachte Herr RZ ein Schreiben mit nachstehendem Inhalt ein:

„Ich habe bei der Firma B im Monat netto so an die 1200,- Euro verdient.

Urlaubsgeld und Weihnachtsgeld extra.

Das Trinkgeld wurde unter uns Kellner aufgeteilt. Ich habe im Monat ca 100 – 150 Euro Trinkgeld bekommen. ...“

Die Ladung des Geschäftsführers der Berufungswerberin für die anberaumte mündliche Verhandlung wurde von diesem nachweislich übernommen. In der Ladung wurde er gebeten, „alle Lohnunterlagen für die Jahre 2004 und 2005 betreffend Herrn RZ, insbesondere Auszahlungsbelege, Quittungen etc“ zur mündlichen Verhandlung mit zu bringen.

Kurz vor Beginn der mündlichen Verhandlung hat der Geschäftsführer telefonisch mitgeteilt, dass er an der Verhandlung nicht teilnehmen könne und auch ein Vertreter nicht entsandt werde. Da, wie dem Geschäftsführer der Berufungswerberin in der Ladung zur mündlichen Verhandlung mitgeteilt wurde, ein Fernbleiben der Partei der Durchführung der Verhandlung gemäß § 284 Abs. 4 BAO nicht entgegensteht, wurde die Verhandlung ohne Vertreter der Berufungswerberin durchgeführt.

In der mündlichen Verhandlung gaben die Vertreter des Finanzamtes auf die Frage, „weshalb das Finanzamt bei der Schätzung des Netto – Lohnes von dem in der Niederschrift vom 22.3.2005 angegebenen Betrag von mtl. € 2.200,-- ausgegangen ist und nicht von dem in der ersten Niederschrift vom 5.3.2005 genannten Betrag von insgesamt € 2.000,-- an:

„dass die Niederschrift am 22.3.2005 um die Mittagszeit aufgenommen wurde, während die Erstvernehmung des Dienstnehmers am frühen Morgen (genanntes Ende 05.50 Uhr) erfolgt war. In diesem Zusammenhang wird auf die Ausführungen in der Berufungsschrift hingewiesen. Im Übrigen entspricht der Betrag von monatlich € 2.200,-- einem amtsbekannten auch in der Weststeiermark durchaus branchenüblichen Taglohn von € 110,-- bis € 120,--. Bei Herrn RZ handelte es sich auch nicht um einen „gewöhnlichen Kellner“ sondern um den „Chefober“ (vergleiche dazu die aktenkundigen Kopien: „Meister“).

Die Aussagen des Dienstnehmers, er habe im Monat lediglich € 1.200,-- netto erhalten sind schon deshalb unschlüssig, weil sie sich auf den Betrieb „B“ beziehen, nicht aber auf den hier verfahrensgegenständlichen Betrieb A.“. Es ist nicht auszuschließen, dass Herr RZ nicht nur im A sondern daneben auch im B gearbeitet hat.“

Über die Berufung wurde erwogen:

Die Ausführungen im Vorlageantrag beweisen, dass die Berufungswerberin nunmehr zugesteht, (auch) an den Dienstnehmer RZ Bezüge unversteuert („schwarz“) ausgezahlt zu haben. In Streit steht nur mehr deren Höhe.

Die Ausführungen im Vorlageantrag, der von Herrn RZ in den Einvernahmen genannte Betrag sei einschließlich des erst im Februar 2005 ausgezahlten Weihnachtsgeldes 2004 zu verstehen, widerspricht der Aktenlage, weil nach dem aktenkundigen Lohnkonto im Dezember 2004 eine „Sonderzahlung“ in der Höhe von 1.181,00 ausgewiesen ist, bei der es sich wohl um das anteilige „Urlaubs- und Weihnachtsgeld“ handelt. Nach dem ebenfalls aktenkundigen Lohnkonto für 2005 ist in keinem der Monate Jänner bis März die Auszahlung eines sonstigen Bezuges vermerkt.

Anders als die Ausführungen im Vorlageantrag erweisen sich die Aussagen des Finanzamtes als schlüssig, wobei in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen wurde, dass es sich beim Dienstnehmer RZ nicht um einen einfachen Angestellten handelte sondern ohne jeden Zweifel um einen „leitenden Angestellten“ der Berufungswerberin.

Der Unabhängige Finanzsenat hat daher in freier Beweiswürdigung von der Richtigkeit der angefochtenen Bescheide auszugehen, weshalb die Berufung, wie im Spruch geschehen, als unbegründet abgewiesen werden musste. Im Übrigen wird auch auf die Berufungsvorentscheidung des Finanzamtes hingewiesen.

Graz, am 17. März 2010