



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung von Herrn F.B., vertreten durch Dr. Gerhard Rößler, Rechtsanwalt KEG, 3910 Zwettl, Hamerlingstraße 1, vom 24. Februar 2005 gegen den Bescheid des Finanzamtes Waldviertel vom 24. Jänner 2005 betreffend Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 308 BAO) sowie über die Berufung vom 13. Juli 2004 gegen den Haftungsbescheid des Finanzamtes Waldviertel vom 24. Juni 2004 entschieden:

I. Der Berufung gegen die Abweisung des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird stattgegeben, der angefochtene Bescheid aufgehoben und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 308 BAO gegen den Ablauf der Frist zur Einbringung eines Vorlageantrages der Berufung gewährt.

II. 1. Der Berufung gegen den Haftungsbescheid wird teilweise stattgegeben und die Haftung auf folgende Abgaben im Gesamtausmaß von € 10.982,52 (wovon noch € 9.277,45 offen aushaften) eingeschränkt:

Dienstgeberbeitrag 07/2003 in Höhe von € 25,10,

Dienstgeberzuschlag 07/2003 in Höhe von € 10,07,

Lohnsteuer 09/2003 in Höhe von € 103,08,

Dienstgeberbeitrag 09/2003 in Höhe von € 9,59,

Dienstgeberzuschlag 09/2003 in Höhe von € 0,94,

Körperschaftsteuervorauszahlungen 10-12/2003 in Höhe von € 653,77,

Lohnsteuer 10/2003 in Höhe von € 103,08,

Dienstgeberbeitrag 10/2003 in Höhe von € 9,59,

Dienstgeberzuschlag 10/2003 in Höhe von € 0,94,

Lohnsteuer 11/2003 in Höhe von € 103,08,  
Dienstgeberbeitrag 11/2003 in Höhe von € 9,59,  
Dienstgeberzuschlag 11/2003 in Höhe von € 0,94,  
Lohnsteuer 12/2003 in Höhe von € 165,85,  
Dienstgeberbeitrag 12/2003 in Höhe von € 103,01,  
Dienstgeberzuschlag 12/2003 in Höhe von € 10,07,  
Pfändungsgebühr 2004 in Höhe von € 22,57,  
Barauslagenersatz 2004 in Höhe von € 0,55,  
Körperschaftsteuervorauszahlungen 01-03/2004 in Höhe von € 652,00 sowie  
Umsatzsteuervorauszahlung 12/2003 in Höhe von € 8.998,70.

2. Die Haftung für folgende Abgaben im Gesamtausmaß von € 156,81 wird aufgehoben:

Lohnsteuer 01/2004 in Höhe von € 19,88,  
Lohnsteuer 01/2004 in Höhe von € 19,88,  
Pfändungsgebühr 2004 in Höhe von € 13,63,  
Barauslagenersatz 2004 in Höhe von € 0,55,  
Lohnsteuer 03/2004 in Höhe von € 7,19,  
Lohnsteuer 04/2004 in Höhe von € 85,19,  
Dienstgeberbeitrag 04/2004 in Höhe von € 9,59, sowie  
Dienstgeberzuschlag 04/2004 in Höhe von € 0,90.

3. Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid des Finanzamtes Waldviertel vom 24. Juni 2004 wurde der Berufungswerber (in weiterer Folge Bw.) für näher bezeichnete Abgaben und Monate der Jahre 2003 und 2004 für Veranlagungszeiträume ab September 2003 im Gesamtausmaß von € 11.139,33, nämlich

Dienstgeberbeitrag 07/2003 in Höhe von € 25,10,  
Dienstgeberzuschlag 07/2003 in Höhe von € 10,07,  
Lohnsteuer 09/2003 in Höhe von € 103,08,  
Dienstgeberbeitrag 09/2003 in Höhe von € 9,59,  
Dienstgeberzuschlag 09/2003 in Höhe von € 0,94,  
Körperschaftsteuervorauszahlungen 10-12/2003 in Höhe von € 653,77,  
Lohnsteuer 10/2003 in Höhe von € 103,08,  
Dienstgeberbeitrag 10/2003 in Höhe von € 9,59,  
Dienstgeberzuschlag 10/2003 in Höhe von € 0,94,

Lohnsteuer 11/2003 in Höhe von € 103,08,  
Dienstgeberbeitrag 11/2003 in Höhe von € 9,59,  
Dienstgeberzuschlag 11/2003 in Höhe von € 0,94,  
Lohnsteuer 12/2003 in Höhe von € 165,85,  
Dienstgeberbeitrag 12/2003 in Höhe von € 103,01,  
Dienstgeberzuschlag 12/2003 in Höhe von € 10,07,  
Pfändungsgebühr 2004 in Höhe von € 22,57,  
Barauslagenersatz 2004 in Höhe von € 0,55,  
Körperschaftsteuervorauszahlungen 01-03/2004 in Höhe von € 652,00,  
Lohnsteuer 01/2004 in Höhe von € 19,88,  
Umsatzsteuervorauszahlung 12/2003 in Höhe von € 8.998,70,  
Lohnsteuer 01/2004 in Höhe von € 19,88,  
Pfändungsgebühr 2004 in Höhe von € 13,63,  
Barauslagenersatz 2004 in Höhe von € 0,55,  
Lohnsteuer 03/2004 in Höhe von € 7,19,  
Lohnsteuer 04/2004 in Höhe von € 85,19,  
Dienstgeberbeitrag 04/2004 in Höhe von € 9,59, sowie  
Dienstgeberzuschlag 04/2004 in Höhe von € 0,90

als Geschäftsführer der Firma B-GmbH. zur Haftung herangezogen. Die Zustellung des Bescheides erfolgte am 29. Juni 2004.

In der dagegen eingebrachten (vom Parteienvertreter verfassten) Berufung vom 13. Juli 2004 verwies der Bw. darauf, dass die Firma B-GmbH. seit Ende Oktober/Anfang November 2003 überhaupt keinerlei finanzielle Mittel mehr zur Verfügung gehabt habe und daher der Bw. als Geschäftsführer überhaupt keine Zahlung mehr leisten habe können. Als Geschäftsführer der Firma B-GmbH. sei der Bw. verpflichtet, die Gläubiger gleich zu behandeln. Nachdem er an keinen Gläubiger eine Zahlung geleistet habe, liege diese Gleichbehandlung vor. Es liege daher kein Haftungstatbestand vor.

Mit Berufungsvorentscheidung des Finanzamtes Waldviertel vom 30. September 2004 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen und begründend ausgeführt, dass aus den Eintragungen im Kassabuch hervorgehe, dass im Dezember 2003 Eingänge in Höhe von € 54.375,75 unter anderem von der Firma T. für die Werkstattbenutzung in den Jahren 2002 und 2003 erfolgt seien. Der Großteil davon – € 49.699,00 – sei allerdings in den Monaten 12/2003 und 1/2004 privat entnommen worden, habe somit für die Zahlungen an die Gläubiger nicht mehr zur Verfügung gestanden. Zu diesem Zeitpunkt sei die Umsatzsteuerforderung für Dezember 2003 bereits absehbar gewesen und der Bw. hätte für deren Bezahlung Vorsorge treffen müssen. Hinsichtlich der nicht abgeführten Lohnsteuer

werde auf die Bestimmung des § 78 Abs. 3 EStG verwiesen, wonach jede vom Geschäftsführer vorgenommene Zahlung vereinbarter Arbeitslöhne, wenn die zur Verfügung stehenden Mittel nicht auch für die darauf entfallende Lohnsteuer ausreichen, eine schuldhafte Verletzung seiner abgabenrechtlichen Pflichten mit den Rechtsfolgen des § 9 Abs. 1 BAO darstelle. Die Zustellung der Berufungsvorentscheidung erfolgte am 7. Oktober 2004 an den Parteienvertreter.

Mit Schreiben vom 10. Dezember 2004 (Poststempel vom 14. Dezember 2004) brachte der Vertreter des Bw. einen Antrag auf Wiedereinsetzung und einen Antrag auf Entscheidung durch die Berufungsbehörde ein, wobei ausgeführt wird, dass die Berufungsfrist auf der eingelangten Berufungsentscheidung vermerkt und von der zuständigen Sachbearbeiterin im Terminkalender eingetragen worden sei. Allerdings sei irrtümlich anstelle des 7. November das Datum 7. Dezember 2004 eingetragen und daher der Akt erst zum 7. Dezember 2004 wieder vorgelegt worden. Hierbei sei aufgefallen, dass die Frist bereits abgelaufen gewesen sei.

Ein derartiger Fehler sei in der Kanzlei des Einschreitervertreters noch nicht passiert. Die zuständige Mitarbeiterin sei für die Eintragung der Fristen besonders geschult. Es sei daher der Fehler auf lediglich einen minderen Grad des Versehens zurückzuführen. Beweis: Zeugin M.B..

Der Bw. beantrage daher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 308 BAO gegen den Ablauf der Frist für die Vorlage der Berufung.

Gleichzeitig werde der Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz gestellt. Inhaltlich werde ergänzt, dass zwar Auszahlungen an den Bw. verbucht worden seien. Diese Auszahlungen seien aber schon deshalb irrelevant, weil im damaligen Zeitpunkt die Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Finanzamt noch nicht einmal fällig gewesen wäre. Der Berufungsantrag werde daher aufrechterhalten.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde vom Finanzamt Waldviertel mit Bescheid vom 24. Jänner 2005 abgewiesen. Als Begründung wurde ausgeführt, dass der Antragsteller das irrtümliche Eintragen einer Rechtsmittelfrist als das unvorhergesehene Ereignis im Sinne des § 308 BAO vorgebracht habe. Unklar bleibe jedoch auf Grund der Ausführungen des Antragstellers in diesem Zusammenhang, wo der Sachbearbeiterin des Vertreters der angebliche Irrtum passiert sei. Aus den Ausführungen sei nämlich nicht ersichtlich, ob diese bereits eine falsche Rechtsmittelfrist auf der Berufungsvorentscheidung vermerkt habe oder das falsche Datum nur im Terminkalender eingetragen worden sei. Es seien weder die Berufungsvorentscheidung mit dem Vermerk einer – falschen (?) – Berufungsfrist noch der entsprechende Terminkalender vom Antragsteller vorgelegt worden.

Eine Überprüfung der Angaben des Antragstellers bezüglich der angeblich irrtümlichen Fehleintragung sei daher nicht möglich gewesen.

Es seien jedoch von der Partei sowohl der behauptete Wiedereinsetzungsgrund im Wiedereinsetzungsantrag glaubhaft zu machen, als auch bereits mit dem Antrag taugliche Beweismittel beizubringen (vgl. Stoll, BAO-Kommentar zu § 308, S. 2974f und dort zitierte VwGH-Judikatur).

Es sei somit Sache des Wiedereinsetzungswerbers, das Vorliegen des Wiedereinsetzungsgrundes und die unverschuldete Hinderung an der Wahrnehmung der Frist nicht nur zu behaupten, sondern auch Gründe vorzubringen, die geeignet sind, bei der Behörde die Überzeugung herzustellen, dass die Behauptungen auch mit hoher Wahrscheinlichkeit den Tatsachen entsprechen. Kurzum ist der behauptete Wiedereinsetzungsgrund im Antrag glaubhaft zu machen und in diesem auch taugliche Beweismittel beizubringen.

Derartige taugliche Beweismittel – wie oben bereits erwähnt – seien im Antrag nicht beigebracht worden. M.B. sei zwar als Zeugin angeführt worden, jedoch sei es verabsäumt worden, dass bereits dem Antrag eine Zeugenaussage von M.B. beigelegt worden wäre, die die Angaben des Antragstellers bestätigt hätte.

Dem Finanzamt erscheint es daher nicht als erwiesen, dass überhaupt ein unvorhergesehenes Ereignis in Form einer irrtümlichen Rechtsmittelfristeintragung vorgelegen sei. Dies auch deswegen, weil schon allein die diesbezüglichen Angaben und Behauptungen nicht eindeutig seien, wie bereits dargestellt worden sei.

Somit sei schon mangels Vorliegen einer der gesetzlichen Voraussetzungen des § 308 Abs. 1 BAO der Antrag auf Wiedereinsetzung abzuweisen gewesen.

Darüber hinaus sei noch auf Folgendes zu verweisen:

Ein „minderer Grad des Versehens“ im oben angeführten Sinne sei leichter Fahrlässigkeit im Sinne des § 1332 ABGB gleichzusetzen. Außerdem sei das Verschulden des Vertreters dem Verschulden des Vertretenen gleichzuhalten, wobei allerdings an berufliche Parteienvertreter ein strengerer Maßstab als etwa an nicht rechtskundige und noch nie an derartigen Verfahren beteiligte Personen anzulegen sei.

Der bevollmächtigte Parteienvertreter habe die ihm aus dem Bevollmächtigungsvertrag erwachsenen Aufgaben auch insoweit, als er sich zu ihrer Wahrnehmung seiner Kanzlei als Hilfsapparat bedient, unter den Gesichtspunkten des § 308 BAO zu erfüllen und gegenüber diesem Apparat alle Vorsorgen und Kontrollen zu treffen, die die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben gewährleiste, die ihm nach dem Bevollmächtigungsvertrag obliegen.

Nach ständiger Rechtsprechung habe ein bevollmächtigter berufsmäßiger Parteienvertreter somit die Organisation seines Kanzleibetriebs so einzurichten, dass auch die richtige Vormerkung von Terminen und damit die fristgerechte Setzung von Verfahrenshandlungen gesichert erscheint. Dabei ist dafür zu sorgen, dass Unzulänglichkeiten durch menschliches Versagen aller Voraussicht nach auszuschließen seien. Nach der Judikatur gehört zu den Organisationserfordernissen jedoch nicht nur die präventive Vorsorge, sondern auch das Erfordernis von Endkontrollen. Nur wenn auch diesbezüglich entsprechende Vorsorgen getroffen worden sind, kann dem Vertreter aus diesem Blickwinkel kein Verschulden, das über einen minderen Grad des Versehens hinausgeht, vorgeworfen werden.

Den berufsmäßigen Parteienvertreter trifft somit neben der Vorsorgepflicht (durch Einrichtung einer zweckdienlichen Kontrollorganisation) auch eine Überwachungspflicht.

Vom Antragsteller werde diesbezüglich nur vorgebracht, dass die zuständige Mitarbeiterin für die Eintragung der Fristen besonders geschult worden sei. Auch hier sei es unterlassen worden zu konkretisieren, wann und wie diese Vorsorgemaßnahme durch den Vertreter erfolgt sei.

Dass der Vertreter seinen Überwachungspflichten in irgendeiner Form nachgekommen sei, werde nicht einmal behauptet. Eine derartige Überwachungspflicht in irgendeiner Form hätte den Vertreter auch bei einem bewährten Kanzleipersonal – Fristversäumnisse hätte es laut Angaben des Antragstellers in der Kanzlei noch nie gegeben – getroffen.

Es sei daher auch davon auszugehen, dass nicht nur ein minderer Grad des Versehens vorgelegen sei. Auch aus diesem Grund sei der Antrag auf Wiedereinsetzung abzuweisen gewesen.

In der dagegen eingebrachten Berufung vom 24. Februar 2005 führt der Bw. aus, dass entgegen der Meinung der erkennenden Behörde im Wiedereinsetzungsantrag klar dargestellt worden sei, dass die 1-monatige Berufungsfrist auf der Berufungsvorentscheidung richtig vermerkt worden sei und lediglich irrtümlich die Frist in den Terminkalender anstelle am 7. November 2004 am 7. Dezember 2004 eingetragen worden sei. Dies ergebe sich klar und eindeutig aus dem kurz gehaltenen und auf den notwendigen Inhalt beschränkten Wiedereinsetzungsantrag.

Bereits aus der Begründung des bekämpften Bescheides ergebe sich, dass selbst die erkennende Behörde einen Umstand, wonach „nur das falsche Datum im Terminkalender eingetragen werde“ offensichtlich als minderen Grad des Versehens ansehe.

Die falsche Eintragung im handschriftlich geführten Kanzlei- und Fristenkalender sei darauf zurückzuführen, dass sich die erfahrene Sachbearbeiterin der beklagten Partei bei der

Datumssuche für die Fristeintragung im Kalender offensichtlich verblättert habe und deshalb die Frist im falschen Monat nämlich anstelle am 7. November 2004 am 7. Dezember 2004 eingetragen worden sei. Derartiges sei jedenfalls als geringfügiges Versehen einzustufen, umso mehr als trotz einer Vielzahl von einzutragenden Fristen ein derartiger Fehler der mit dieser Tätigkeit beauftragten Sachbearbeiterin noch nie unterlaufen sei.

Als taugliches Beweismittel sei bereits im Rahmen des ursprünglichen Antrages auf Wiedereinsetzung die Sachbearbeiterin des Einschreitervertreters M.B. namhaft gemacht worden. Im Übrigen könne unter Hinweis auf die standesrechtlichen Verpflichtungen von berufsmäßigen Parteienvertretern insbesondere hinsichtlich diese direkt betreffende Vorgänge bereits von einer erhöhten Glaubwürdigkeit ausgegangen werden.

Lediglich der Vollständigkeit halber werde darauf hingewiesen, dass die Telefonnummer der Parteienvertreterin auf dem gegenständlichen Antrag angeführt und die Kanzlei während der gesamten üblichen Amtszeit besetzt sei, sodass bereits auf kurzem telefonischen Weg eine unmittelbare Auskunftseinholung direkt bei der Sachbearbeiterin leicht möglich gewesen wäre.

Im bekämpften Bescheid werde angeführt, dass den Vertreter eine Überwachungspflicht auch bei bewährtem Kanzleipersonal treffe und nicht angeführt worden wäre, dass diese Überwachungspflicht in irgendeiner Form nachgekommen worden wäre.

Dazu sei auszuführen, dass bereits im Antrag auf Wiedereinsetzung dargestellt worden sei, dass ein derartiger Fehler in der Kanzlei des Einschreitervertreters noch nie passiert sei. In einer Rechtsanwaltskanzlei sei bekanntlich eine Fülle von Fristen zu erledigen. Mit jeder termingerechten Vorlage eines mit einer Frist versehenen Aktes erfolge dabei zwangsläufig auch gleichzeitig die Überwachung der Sachbearbeiterin im Bezug auf die richtige Eintragung von Fristen und zeitgerechte Vorlage der zu bearbeitenden Akten.

Bereits aus dem Hinweis, dass ein derartiges, wie im Antrag auf Wiedereinsetzung angeführtes Versehen in der Kanzlei des Einschreitervertreters noch nie passiert sei, ergebe sich somit zwangsläufig, dass die zu bearbeitenden Akten jeweils fristgerecht vorgelegt worden seien und auch der Fristeintrag regelmäßig richtig erfolgt sei. Im Hinblick auf das offenkundig langjährige Funktionieren der diesbezüglichen Vorsorgemaßnahmen sei deshalb auch eine nähere Konkretisierung derselben entbehrlich gewesen.

Unter Einem werde eine Kopie der ersten Seite der Berufungsvorentscheidung samt Eingangsstempel samt richtigem Fristvermerk zur Vorlage gebracht. (Anmerkung: Die Kopie der Berufungsvorentscheidung weist einen Fristvermerk 7.11. auf.)

Wie leicht Fehler auch bei sorgfältiger Arbeit passieren könne zeige sich auch aus dem bekämpften Bescheid. Dieser wurde an Herrn B.F. zugestellt, obwohl eine wirksame

Zustellung im Hinblick auf das ausgewiesene Vollmachtsverhältnis nur an den Einschreitervertreter erfolgen könne. Der Einschreitervertreter habe eine Kopie des Bescheides am 21. Februar 2005 erhalten.

Es werde deshalb der Antrag gestellt, den bekämpften Bescheid aufzuheben sowie dem Einschreiter die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 308 BAO gegen den Ablauf der Frist für die Vorlage der Berufung zu gewähren.

Anlässlich der Vorlage der Berufung führt die Abgabenbehörde erster Instanz aus, dass in der Berufung davon gesprochen worden sei, dass "die Frist irrtümlich anstelle am 7.11.2004 am 7.12.2004 im Terminkalender eingetragen worden sei". Im bekämpften Antrag werde jedoch davon gesprochen, dass "irrtümlich anstelle des 7.11. das Datum des 7.12. eingetragen worden sei". Aus diesen widersprüchlichen Aussagen sei daher noch immer nicht zu erkennen, ob im Terminkalender am 7.12.2004 das Ende der Rechtsmittelfrist (wie im Antrag vorgebracht) oder ein Datum "7.12.2004" (wie in der Berufung behauptet) eingetragen wurde. Trotz einer entsprechenden Begründung in der Abweisung des Wiedereinsetzungsantrages seien wiederum nur eine Ablichtung der Berufungsvorentscheidung betreffend die Haftung mit dem Eingangsstempel und dem Fristenvermerk, nicht jedoch der Terminkalender bzw. eine Ablichtung davon als Beweismittel vorgelegt worden.

Abschließend weist die Abgabenbehörde darauf hin, dass der einschreitende Rechtsanwalt nach der Aktenlage nicht über eine Zustellvollmacht verfüge.

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

*Ad I. Gemäß § 308 Abs. 1 BAO ist gegen die Versäumung einer Frist (§§ 108 bis 110) auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten. Dass der Partei ein Verschulden an der Versäumung zur Last liegt, hindert die Bewilligung der Wiedereinsetzung nicht, wenn es sich nur um einen minderen Grad des Versehens handelt.*

*Gemäß § 308 Abs. 3 BAO muss der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen einer Frist von drei Monaten nach Aufhören des Hindernisses bei der Abgabenbehörde, bei der die Frist wahrzunehmen war, bei Versäumung einer Berufungsfrist oder einer Frist zur Stellung eines Vorlageantrages (§ 276 Abs. 2) bei der Abgabenbehörde erster oder zweiter Instanz eingebracht werden. Spätestens gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag hat der Antragsteller die versäumte Handlung nachzuholen.*

Wie von der Abgabenbehörde erster Instanz richtig ausgeführt, ist es Sache des Wiedereinsetzungswerbers, das Vorliegen des Wiedereinsetzungsgrundes und die unverschuldete Hinderung an der Wahrnehmung der Frist nicht nur zu behaupten, sondern auch Gründe vorzubringen, die geeignet sind, bei der Behörde die Überzeugung herzustellen,

dass die Behauptungen auch mit hoher Wahrscheinlichkeit den Tatsachen entsprechen. Der behauptete Wiedereinsetzungsgrund ist im Antrag glaubhaft zu machen und in diesem auch taugliche Beweismittel beizubringen.

Wenn allerdings in der Folge ausgeführt wird, dass es dem Finanzamt nicht als erwiesen erscheint, dass überhaupt ein unvorhergesehenes Ereignis in Form einer irrtümlichen Rechtsmittelfristeintragung vorgelegen wäre, darf erwähnt werden, dass eine Glaubhaftmachung nicht die selbe Bedeutung hat wie der volle Beweis einer Tatsache oder eines Ereignisses. Glaubhaftmachung hat den Nachweis der Wahrscheinlichkeit zum Gegenstand (vgl. VwGH 21.10.2004, 2000/13/0089) und unterliegt den Regeln der freien Beweiswürdigung. Ein Sachverhalt ist glaubhaft gemacht, wenn die Umstände des Einzelfalles dafür sprechen, der vermutete Sachverhalt habe von allen anderen denkbaren Möglichkeiten die größte Wahrscheinlichkeit für sich.

Zur Frage, was man unter Beweismittel zu verstehen hat, sei auf die entsprechenden Bestimmungen der Bundesabgabenordnung verweisen. Demnach komme gemäß § 166 BAO als Beweismittel im Abgabenverfahren alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist. Schließlich enthält die BAO explizit in den §§ 169 ff BAO nähere Regelungen über Zeugen als Beweismittel.

Dass dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 308 BAO schon eine schriftliche Aussage der Zeugin M.B. beizuschließen gewesen wäre, ist zwar – jedenfalls auch – als taugliches Beweismittel anzusehen. Die BAO und auch der von der Abgabenbehörde erster Instanz angeführte BAO-Kommentar von Stoll trifft keine Aussage darüber, welche Beweismittel vorzubringen sind, sondern weist nur darauf hin, dass das Beweismittel tauglich sein muss.

Die qualifizierte Mitwirkungspflicht des Antragstellers im Zusammenhang mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedeutet nicht, dass die Behörde von jeder Ermittlungspflicht entbunden wäre; entspricht der Antragsteller nämlich seiner Obliegenheit, das Nötige an Behauptung und Beweisanbot zu seiner Entlastung darzutun, dann liegt es an der Behörde, erforderlichenfalls Präzisierungen und Beweise anzufordern. Entgegen der Ansicht der Abgabenbehörde erster Instanz erfüllt der Hinweis auf ein taugliches Beweismittel jedenfalls die vom Gesetzgeber aufgestellten Bedingungen.

Beim Verschulden von Kanzleiangestellten von berufsmäßigen Parteienvertretern ist maßgeblich, ob den Parteienvertreter ein den minderen Grad des Versehens übersteigendes Verschulden trifft. Das Verschulden einer Kanzleibediensteten stellt dann einen Wiedereinsetzungsgrund dar, wenn der Vertreter der ihm zumutbaren und nach der Sachlage

gebotenen Überwachungspflicht gegenüber der Kanzleibediensteten nachgekommen ist (VwGH 24.6.1997, 97/14/0019, 0020). Maßgebend ist somit, ob dem Parteienvertreter ein grobes Auswahlverschulden, grobe Mängel der Kanzleiorganisation oder eine mangelhafte Überwachung und Kontrolle anzulasten sind.

Der Parteienvertreter hat glaubhaft gemacht, dass ein derartiger Fehler in seiner Kanzlei noch nie passiert sei. "In einer Rechtsanwaltskanzlei sei bekanntlich eine Fülle von Fristen zu erledigen. Mit jeder termingerechten Vorlage eines mit einer Frist versehenen Aktes erfolgte dabei zwangsläufig auch gleichzeitig die Überwachung der Sachbearbeiterin im Bezug auf die richtige Eintragung von Fristen und zeitgerechte Vorlage der zu bearbeitenden Akten".

Bereits aus dem Hinweis, dass ein derartiges, wie im Antrag auf Wiedereinsetzung angeführtes Versehen in der Kanzlei des Einschreitervertreters noch nie passiert ist, ergibt sich somit zwangsläufig, dass die zu bearbeitenden Akten jeweils fristgerecht vorgelegt wurden und auch der Fristeintrag regelmäßig richtig erfolgt ist. Im Hinblick auf das offenkundig langjährige Funktionieren der diesbezüglichen Vorsorgemaßnahmen ist deshalb auch eine nähere Konkretisierung derselben entbehrlich gewesen. Eine Verletzung einer Sorgfaltspflicht oder mangelnde Organisation der Kanzlei kann daraus nicht abgeleitet werden.

Da der Bw. im Wiedereinsetzungsantrag glaubhaft gemacht hat, dass der Parteienvertreter hinsichtlich der bisher verlässlichen Kanzleibediensteten die ihm obliegende Aufsichts- und Kontrollpflicht eingehalten hat, ist ihm und damit auch dem Bw. das Verschulden der Kanzleibediensteten nicht zuzurechnen. Es liegt daher kein Verschulden an der Fristversäumung vor, das die Bewilligung der Wiedereinsetzung hindern könnte. Dass die seit vielen Jahren verlässliche Kanzleibedienstete das Datum der Rechtsmittelfrist falsch in den Kalender eingetragen hat, ändert nichts an der Zulässigkeit der Wiedereinsetzung im gegenständlichen Fall. Hätte sie in einem gleich gelagerten Fall statt der falschen überhaupt keine Frist eingetragen und wäre dies nach Ablauf der Rechtsmittelfrist hervorgekommen, hätte auch in diesem Fall auf Grund der glaubhaft gemachten Zuverlässigkeit der Kanzleibediensteten die Wiedereinsetzung entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. Beschluss vom 28.6.2001, 2001/16/0010) erfolgen müssen. Das Verschulden einzig der Kanzleibediensteten bei der Eintragung einer falschen Rechtsmittelfrist und der nachfolgenden verspäteten Vorlage an den Parteienvertreter wiegt nicht schwerer und kann keine anderen rechtlichen Folgen nach sich ziehen, als die gänzliche Unterlassung einer Fristvormerkung durch sie und die nachfolgende weisungswidrige Nichtvorlage an den Parteivertreter. Das Verschulden der Kanzleibediensteten stellte für den berufsmäßigen Parteienvertreter und für den Bw. daher ein unvorhergesehenes und unabwendbares Ereignis dar (VwGH 21.1.2004, 2001/16/0479). Im Übrigen darf darauf verwiesen werden, dass der

VwGH die Ansicht vertritt, dass auch ein Irrtum (wie hier der Fehler der Kanzleikraft) ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis sein kann, durch welches eine Partei verhindert ist, eine Frist einzuhalten (VwGH 16.3.2005, 2003/14/0005).

Sofern nicht ein eigenes Verschulden des Rechtsanwaltes hinzutritt, ist das Verschulden der sonst verlässlichen Kanzleiangestellten seinem Verschulden nicht gleichzusetzen. Entscheidend ist allein, dass der Anwalt durch klare Weisungen an ein verlässliches Kanzleipersonal dafür Sorge trägt, dass ihm die Schriftstücke tatsächlich zukommen; wird eine solche Weisung verletzt und konnte der Anwalt im Hinblick auf das bisherige dienstliche Verhalten seines Mitarbeiters mit der Befolgung dieser Weisung rechnen, so kann aus der einmaligen Missachtung einer solchen Weisung ein Verschulden des Vertreters nicht abgeleitet werden (VwGH 21.1.2004, 2001/16/0479).

Weder aus dem Abgabenakt noch aus dem Parteivorbringen lässt sich ein den minderen Grad des Versehens übersteigendes Verschulden des Parteienvertreters ableiten, sodass die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen war.

*Ad II. Gemäß § 9 Abs. 1 BAO haften die in den §§ 80 ff bezeichneten Vertreter neben den durch sie vertretenen Abgabepflichtigen für die diese treffenden Abgaben insoweit, als die Abgaben infolge schuldhafter Verletzung der den Vertretern auferlegten Pflichten nicht eingebracht werden können.*

*Gemäß § 80 Abs. 1 BAO haben die zur Vertretung juristischer Personen berufenen Personen alle Pflichten zu erfüllen, die den von ihnen vertretenen obliegen, und sind befugt, die diesen zustehenden Rechte wahrzunehmen. Sie haben insbesondere dafür zu sorgen, dass die Abgaben aus den Mitteln, die sie verwalten, entrichtet werden.*

Unstrittig ist, dass laut Firmenbuch der Bw. in der Zeit vom 9. Mai 1995 bis zur Konkurseröffnung am 24. Mai 2004 einziger Geschäftsführer der Firma B-GmbH. war.

Die Haftung nach § 9 BAO ist eine Ausfallhaftung, die die objektive Uneinbringlichkeit der Abgaben im Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Haftenden zur Voraussetzung hat.

Uneinbringlichkeit liegt nach ständiger Rechtsprechung des VwGH dann vor, wenn Vollstreckungsmaßnahmen erfolglos waren oder voraussichtlich erfolglos wären. Allein die Abweisung eines Konkursantrages über das Vermögen des Hauptschuldners mangels kostendeckenden Vermögens und die Aufhebung des Konkurses aus diesem Grund erlauben vorweg eine Feststellung der Uneinbringlichkeit beim Hauptschuldner (VwGH 31.3.2004, 2003/13/0153).

Mit Beschluss des Gerichtes vom 24. Mai 2004 wurde über die Firma B-GmbH. zur GZ. 1S234/05a das Konkursverfahren eröffnet, schließlich wurde jedoch mit Beschluss des Gerichtes vom 31. August 2004 der Konkurs mangels Kostendeckung aufgehoben. Damit erscheint die Uneinbringlichkeit der haftungsgegenständlichen Abgaben bestätigt.

Reichen die liquiden Mittel einer Gesellschaft nicht zur Begleichung sämtlicher Schulden und haftet der Geschäftsführer deswegen, weil er die Abgabeforderungen nicht wenigstens anteilig befriedigt und somit benachteiligt hat, erstreckt sich seine Haftung nur dann lediglich auf jenen Betrag, der bei gleichmäßiger Behandlung aller Schulden der Abgabenbehörde zugekommen wäre, wenn er diesen Betrag konkret beziffert und belegt (VwGH 16.9.2003, 2003/14/0040).

Der Bw. führt in diesem Zusammenhang zwar aus, dass seit Ende Oktober/Anfang November 2003 überhaupt keine Mittel zur Verfügung standen, er daher an keinen Gläubiger irgendeine Zahlung geleistet hätte, sondern – nachdem er an keinen Gläubiger eine Zahlung geleistet habe – Gläubigergleichbehandlung vorliegen würde. Eine Liquiditätsrechnung wurde nicht vorgelegt.

Demgegenüber ist der Berufungsvorentscheidung zu entnehmen, dass aus den Eintragungen im Kassabuch hervorgehe, dass im Dezember 2003 Eingänge in Höhe von € 54.375,75 unter anderem von der Firma T. für die Werkstattbenutzung in den Jahren 2002 und 2003 erfolgt seien. Der Großteil davon – € 49.699,00 – sei allerdings in den Monaten 12/2003 und 1/2004 privat entnommen worden, habe somit für die Zahlungen an die Gläubiger nicht mehr zur Verfügung gestanden. Den vorgelegten Kopien aus dem Kassabuch sind auszugsweise folgende Einträge zu entnehmen: am 1. September 2003 Löhne und Gehälter für 08/03 in Höhe von € 966,96, am 1. September 2003 Zahlung N. in Höhe von € 836,85, am 17. September 2003 Teilzahlung Finanzamt in Höhe von € 80,61 für U 7/03, am 30. September 2003 Löhne und Gehälter für 09/03 in Höhe von € 966,96, am 2. Oktober 2003 Teilzahlung Finanzamt in Höhe von € 107,20, am 20. Oktober 2003 Zahlung N. in Höhe von € 1.194,90, am 30. November 2003 Löhne und Gehälter für 10/03 € 966,96, am 2. Dezember 2003 Eingang Werkstattbenutzung Firma T. 2002 und 2003 in Höhe von € 11.880,00 und € 9.990,00 sowie am 15. Dezember 2003 Lohnkosten Firma B. in Höhe von € 32.400,00, am 29. Dezember 2003 Zahlung N. in Höhe von € 1.021,30, am 30. Dezember 2003 Löhne und Gehälter für 11/03 € 959,70, am 30. Dezember 2003 Löhne und Gehälter für 12/03 € 1.716,53, am 30. Dezember 2003 Privatentnahme € 46.600,00, Saldo 31. Dezember 2003: € 3.578,22. Am 16. Jänner 2004 Zahlung N. in Höhe von € 479,15, am 19. Jänner 2004 Privatentnahme € 3.099,00, am 1. März 2004 Teilzahlung Finanzamt in Höhe von € 107,20, am 1. März 2004 Finanzamt Pfändungsgebühr in Höhe von € 13,23. Ab Jänner 2004 erfolgte laut vorgelegten Auszügen des Kassabuchs keine Auszahlung von Löhnen und Gehältern. Daraus lässt sich jedoch ohne jeden Zweifel ableiten, dass einerseits liquide Mittel vorhanden gewesen sind, wodurch die diesbezüglichen Berufungsausführungen widerlegt sind, sowie, dass andererseits auch die vom Bw. behauptete Gläubigergleichbehandlung nicht stattgefunden hat, da offensichtlich die Zahlungen an die N. ungeschmälert erfolgt sind.

Schließlich ist den vom Bw. vorgelegten Kopien zu entnehmen, dass er auch nach dem von ihm selbst genannten Termin Ende Oktober 2003/Anfang November 2003 Löhne und Gehälter ausbezahlt hat, somit auch das diesbezügliche Berufungsvorbringen widerlegt ist.

Wenn der Bw. weiters ausführt, dass diese Auszahlungen schon deshalb irrelevant sind, weil im damaligen Zeitpunkt die Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Finanzamt noch nicht einmal fällig gewesen war, ist auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen. Werden von der zur Führung der Geschäfte einer Gesellschaft bestellten Person überhöhte Entnahmen aus der Gesellschaft getätigt oder geduldet, sodass der Gesellschaft die zur Entrichtung von Abgaben erforderlichen Mittel nicht mehr zur Verfügung stehen, so ist in diesem Handeln oder Dulden eine schuldhaft Verletzung der dieser Person auferlegten Pflichten zu erblicken (VwGH 13.9.1988, 1986/14/0095). Zum Zeitpunkt der Privatentnahmen (am 30. Dezember 2003 bzw. 19. Jänner 2004) sind die Umsatzsteuerforderung für Dezember 2003 bzw. Körperschaftsteuervorauszahlung 1-3/2004 bereits absehbar gewesen. Im Lichte dieser Ausführungen wäre es die Pflicht eines Geschäftsführers gewesen, für die Entrichtung der Abgaben Vorsorge zu treffen, was jedoch durch den Bw. insofern unterblieben ist, als er die Einnahmen der Firma in einer Höhe von € 49.699,00 (einem Vielfachen des Haftungsbetrages) privat entnommen hat.

Im Zusammenhang mit der Pfändungsgebühr 2004 in Höhe von € 13,63 ist darauf hinzuweisen, dass diese laut Kassabuch am 1. März 2004 bezahlt wurde. Eine Haftung scheidet somit aus.

Hinsichtlich der Lohnsteuer ergibt sich aus § 78 Abs. 3 EStG 1988, dass der Arbeitgeber für den Fall, dass die ihm zur Verfügung stehenden Mittel zur Zahlung des vollen vereinbarten Arbeitslohnes nicht ausreichen, verpflichtet ist, die Lohnsteuer von dem tatsächlich zur Auszahlung gelangenden niedrigeren Betrag zu berechnen, einzubehalten und abzuführen hat. Wird die Lohnsteuer nicht einbehalten und an das Finanzamt abgeführt, ist ungeachtet wirtschaftlicher Schwierigkeiten einer GmbH nach ständiger Rechtsprechung des VwGH von einer schuldhaften Pflichtverletzung des Geschäftsführers auszugehen, was zu dessen Inanspruchnahme als Haftender führt.

Die im angefochtenen Bescheid angegebenen Lohnabgaben der Monate Juli 2003 bis April 2004 basieren auf der Bekanntgabe durch den Bw. Den Kopien des Kassabuches ist zu entnehmen, dass bis inklusive Dezember 2003 Löhne ausbezahlt worden sind. Die Haftung für Lohnabgaben dieser Monate ist daher zu Recht ausgesprochen worden. Allerdings wurden für die Monate Jänner 2004 bis April 2004 – wie aus den vorgelegten Aktenteilen zu ersehen war – keine Löhne mehr ausbezahlt, sodass auch eine Haftung gemäß § 78 Abs. 3 EStG nicht greifen kann.

Wenn im Haftungsbescheid ursprünglich Abgaben im Ausmaß von gesamt € 11.139,33 angeführt wurden, ist im Rahmen der Berufung die Haftung eingeschränkt für Dienstgeberbeitrag 07/2003 in Höhe von € 25,10, Dienstgeberzuschlag 07/2003 in Höhe von € 10,07, Lohnsteuer 09/2003 in Höhe von € 103,08, Dienstgeberbeitrag 09/2003 in Höhe von € 9,59, Dienstgeberzuschlag 09/2003 in Höhe von € 0,94, Körperschaftsteuervorauszahlungen 10-12/2003 in Höhe von € 653,77, Lohnsteuer 10/2003 in Höhe von € 103,08, Dienstgeberbeitrag 10/2003 in Höhe von € 9,59, Dienstgeberzuschlag 10/2003 in Höhe von € 0,94, Lohnsteuer 11/2003 in Höhe von € 103,08, Dienstgeberbeitrag 11/2003 in Höhe von € 9,59, Dienstgeberzuschlag 11/2003 in Höhe von € 0,94, Lohnsteuer 12/2003 in Höhe von € 165,85, Dienstgeberbeitrag 12/2003 in Höhe von € 103,01, Dienstgeberzuschlag 12/2003 in Höhe von € 10,07, Pfändungsgebühr 2004 in Höhe von € 22,57, Barauslagenersatz 2004 in Höhe von € 0,55, Körperschaftsteuervorauszahlungen 01-03/2004 in Höhe von € 652,00 und Umsatzsteuervorauszahlung 12/2003 in Höhe von € 8.998,70, somit im Gesamtbetrag von € 10.982,52 zu bestätigen.

Auch wenn laut Abgabekonto nur mehr folgende Abgabenbeträge des Haftungsbescheides offen aushaften, nämlich Körperschaftsteuervorauszahlungen 01-03/2004 in Höhe von € 278,75 und Umsatzsteuervorauszahlung 12/2003 in Höhe von € 8.998,70, so erfolgte auf Grund des Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 BAO die Inanspruchnahme des Bw. als Haftungspflichtiger für die Abgabenschuldigkeiten der GmbH im Ausmaß von nunmehr € 10.982,52 zu Recht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wenn der Vertreter des Bw. als „Fehler“ der Abgabenbehörde erster Instanz ausführt, dass der Bescheid direkt an den Berufungswerber zugestellt wurde, obwohl eine wirksame Zustellung im Hinblick auf das ausgewiesene Vollmachtsverhältnis nur an den Einschreitervertreter erfolgen hätte dürfen, ist zu konzedieren, dass der Vertreter in den Eingaben immer wieder auf die Geld- und Prozessvollmacht hingewiesen hat.

Nachdem sich der Parteienvertreter über die seiner Ansicht nach „unkorrekte“ Zustellung beschwert erachtete, kann davon ausgegangen werden, dass er damit ausdrücklich darauf hinweisen wollte, dass eine Zustellvollmacht besteht, sodass im weiteren Verfahren rechtswirksam nur an den Parteienvertreter zuzustellen sein wird.

Wien, am 17. Februar 2006