



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des N.N., Adresse1, vertreten durch NNP Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungs-Ges.m.b.H., 1010 Wien, Bäckerstraße 3/6, vom 22. Dezember 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg vom 23. November 2011 betreffend Haftung gemäß § 9 iVm § 80 BAO entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben und die Haftung auf einen Betrag von € 8.186,35 (statt bisher € 9.634,01), und zwar auf folgende aushaftende Abgabenschuldigkeiten der Fa. M-GmbH eingeschränkt:

Abgabenart	Zeitraum	Betrag in Euro
Umsatzsteuer	05/2009	1.026,56
Umsatzsteuer	06/2009	1.237,21
Umsatzsteuer	09/2009	727,31
Umsatzsteuer	10/2009	470,02
Lohnsteuer	07/2009	216,78
Lohnsteuer	08/2009	216,78
Lohnsteuer	09/2009	216,78
Lohnsteuer	10/2009	216,78
Lohnsteuer	11/2009	209,48
Dienstgeberbeitrag	07/2009	587,43

Dienstgeberbeitrag	08/2009	587,43
Dienstgeberbeitrag	09/2009	664,50
Dienstgeberbeitrag	10/2009	737,61
Dienstgeberbeitrag	11/2009	776,07
Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag	07/2009	49,77
Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag	08/2009	52,22
Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag	09/2009	59,07
Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag	10/2009	65,57
Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag	11/2009	68,98
	<b>Summe:</b>	<b>8.186,35</b>

### Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 23. November 2011 wurde der Berufungswerber (Bw.) als Haftungspflichtiger gemäß §§ 9 und 80 BAO für aushaftende Abgabenschuldigkeiten der Fa. M-GmbH, Firmenbuchnummer XY, in Höhe von € 9.634,01 in Anspruch genommen. Dieser Betrag gliedert sich wie folgt:

Abgabenart	Zeitraum	Betrag in Euro
Umsatzsteuer	05/2009	1.026,56
Umsatzsteuer	06/2009	1.237,21
Umsatzsteuer	09/2009	727,31
Umsatzsteuer	10/2009	470,02
Umsatzsteuer	11/2009	1.447,66
Lohnsteuer	07/2009	216,78
Lohnsteuer	08/2009	216,78
Lohnsteuer	09/2009	216,78
Lohnsteuer	10/2009	216,78
Lohnsteuer	11/2009	209,48
Dienstgeberbeitrag	07/2009	587,43

Dienstgeberbeitrag	08/2009	587,43
Dienstgeberbeitrag	09/2009	664,50
Dienstgeberbeitrag	10/2009	737,61
Dienstgeberbeitrag	11/2009	776,07
Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag	07/2009	49,77
Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag	08/2009	52,22
Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag	09/2009	59,07
Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag	10/2009	65,57
Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag	11/2009	68,98
	<b>Summe:</b>	<b>9.634,01</b>

Zur Begründung wurde neben Zitierung der maßgeblichen Gesetzesbestimmungen seitens der Abgabenbehörde erster Instanz ausgeführt, der Bw. sei im Zeitraum 6. Dezember 2008 bis 30. Dezember 2009 handelsrechtlicher Geschäftsführer der Fa. M-GmbH und daher gemäß § 18 GmbH-Gesetz zu deren Vertretung berufen gewesen. Er sei somit auch verpflichtet gewesen, die Abgaben aus deren Mittel zu bezahlen.

Für die im Spruch des Haftungsbescheides ersichtlichen Zeiträume sei die Umsatzsteuer, entgegen der Bestimmung des § 21 Abs. 1 UStG, nicht entrichtet worden.

In diesem Zusammenhang werde auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen, wonach es Sache des Geschäftsführers sei, die Gründe darzulegen, die ihn ohne sein Verschulden daran gehindert hätten, die ihm obliegende abgabenrechtliche Verpflichtung zu erfüllen, widrigenfalls von der Abgabenbehörde eine schuldhafte Pflichtverletzung gemäß § 9 Abs. 1 BAO angenommen werden dürfe. Demnach hafte der Geschäftsführer für die nicht entrichteten Abgaben der Gesellschaft auch dann, wenn die Mittel, die ihm für die Entrichtung aller Verbindlichkeiten der Gesellschaft zur Verfügung standen, hierzu nicht ausreichten, es sei denn, er weise nach, dass er diese Mittel anteilig für die Begleichung aller Verbindlichkeiten verwendet habe, die Abgabenschulden daher im Verhältnis nicht schlechter behandelt habe als andere Verbindlichkeiten.

Hinsichtlich der Heranziehung zur Haftung für aushaftende Lohnsteuer sei festzuhalten, dass gemäß § 78 Abs. 1 EStG der Arbeitgeber die Lohnsteuer des Arbeitnehmers bei jeder Lohnzahlung einzubehalten habe. Es wäre die Pflicht des Bw. gewesen, für eine zeitgerechte Lohnsteuerabfuhr Sorge zu tragen. Es werde in diesem Zusammenhang hervorgehoben, dass der Arbeitsgeber gemäß § 78 Abs. 3 EStG für den Fall, dass ihm die zur Verfügung stehenden

Mittel zur Zahlung des vollen vereinbarten Arbeitslohnes nicht ausreichen, verpflichtet sei, die Lohnsteuer von dem tatsächlich zur Auszahlung gelangenden, niedrigeren Betrag, zu berechnen, einzubehalten und abzuführen. In der Nichtbeachtung dieser Verpflichtung sei jedenfalls ein schuldhaftes Verhalten zu erblicken.

Die Schuldhaftigkeit sei damit zu begründen, dass durch das pflichtwidrige Verhalten des Bw. als Vertreter der Gesellschaft die Uneinbringlichkeit eingetragen sei. Weiters sei der Bw. seiner Verpflichtung Behauptungen und Beweisanbote zu seiner Entlastung darzutun nicht nachgekommen, weswegen spruchgemäß zu entscheiden gewesen sei.

Da der Konkurs mangels Vermögens abgewiesen worden sei, sei der Abgabenrückstand bei der Firma uneinbringlich geworden.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende frist- und formgerechte Berufung des Bw. vom 22. Dezember 2011, mit welcher die Aufhebung des angefochtenen Haftungsbescheides beantragt wird.

Zur Begründung wird ausgeführt, es habe einen faktischen Geschäftsführer gegeben, welcher sämtliche Agenden eines Geschäftsführers ausgeführt, die alleinige Zustellung der Firmenpost bewirkt und welcher in betrügerischer Absicht die Bezahlung der betreffenden Abgaben vorgetäuscht habe. Diesbezüglich werde auf ein Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft sowie auf ein Ermittlungsverfahren der Bundespolizei wegen Betrug, Unterschlagung und anderen Delikten verwiesen. Eine ausführliche Begründung zur Berufung werde nachgereicht.

Nachdem trotz Aufforderung durch die Abgabenbehörde vom 23. Februar 2012 (Ersuchen um Ergänzung) eine ergänzende Begründung durch den Bw. nicht erfolgte, wurde die gegenständliche Berufung mit Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde erster Instanz vom 29. Mai 2012 als unbegründet abgewiesen und dazu ausgeführt, die Bestimmung des § 9 BAO sehe eine Ausfallshaftung des gesetzlichen Vertreters von juristischen Personen vor. Diese Bestimmung gelte nach der Rechtsprechung für formell bestellte Mitglieder der jeweiligen Leitungsorgane. Die Überlassung der faktischen Geschäftsführung an einen Dritten stelle nach der Rechtsprechung per se eine vorwerfbare Fehlleistung dar, zumal der formelle Geschäftsführer damit in der Regel seine Kontroll- und Überwachungsmöglichkeiten verliere.

Mit Schriftsatz vom 29. Juni 2012 (zur Post gegeben am 2. Juli 2012), beantragte der Bw. rechtzeitig die Vorlage der Berufung (irrtümlich wurde eine Berufung gegen die Berufungsentscheidung eingebracht und als Vorlageantrag gewertet) an die Abgabenbehörde zweiter Instanz sowie die Aufhebung des Haftungsbescheides vom 23. November 2011 und führte zur Begründung ergänzend aus, er verweise inhaltlich auf die Stellungnahme gegenüber der Steuerfahndung, welche mit Herrn W. verfasst worden sei. Ebenso verweise er

inhaltlich auf ein Schreiben des Herrn B., welches an die Staatsanwaltschaft weitergeleitet worden sei.

Kurz nach Gründung der Gesellschaft – wohl im Zusammenhang mit einer Hausdurchsuchung in den Büroräumlichkeiten der Fa. M-GmbH im Geschäftslokal in Adresse2 (vorher Büro der Fa. S-GmbH), sei Herr S. auf eigenen Wunsch aus der GmbH ausgeschieden, aber als ihr faktischer Geschäftsführer weiter verblieben. Der gesamte Geschäftsbetrieb sei in der X-Gasse abgewickelt worden, die Mitarbeiter hätten sich in diesem Büro eingefunden und die Verteilung der Fahrten habe auch dort stattgefunden, kurz, der gesamte Geschäftsbetrieb sei dort von Herrn S. abgewickelt worden.

In den vergangenen Jahren habe Herr S. ein Mietwagenunternehmen unter der Bezeichnung "A.S." betrieben, welches insolvent geworden sei. Unmittelbar darauf sei die Gründung der Fa. S-GmbH erfolgt, ebenfalls ein Mietwagenunternehmen, welches genauso insolvent geworden sei. Herr S. sei danach der faktische Geschäftsführer der Fa. M-GmbH gewesen, der sowohl alleiniger Ansprechpartner für die Mitarbeiter und für die Kunden gewesen sei und der – wie sich im Nachhinein herausgestellt habe – willkürlich über die Gelder der Fa. M-GmbH verfügt habe.

Besonders hervorzuheben sei ebenfalls das Verfahren der Staatsanwaltschaft wegen des Verdachtes der betrügerischen Krida, für welches aktuell von der Kriminalpolizei ermittelt werde. Es gehe hierbei um die tatsächlich stattgefundene Unterschlagung von € 130.000,00 durch Herrn S. bzw. seine Lebensgefährtin, welche Dienstnehmerin der Fa. M-GmbH gewesen sei. Dieser Betrag sei vom Bankkonto der Firma bar behoben worden und es von Herrn S. behauptet worden, dass er mit diesem Geld Gläubiger bedient hätte, wie z.B. das Finanzamt und die Gebietskrankenkasse oder die Kfz-Leasingfirma.

Die Belege für die Buchhaltung seien von der Lebensgefährtin des Herrn S., welche Dienstnehmerin der Fa. M-GmbH gewesen sei, vorbereitet und sodann an diese übermittelt worden. Was anfänglich gut geklappt habe, sei mit der Zeit verzögert worden und schließlich seien die Unterlagen nicht nur zu spät, sondern auch unvollständig übermittelt worden. Auch fortlaufende Aufforderungen, dies sofort richtig zu stellen, seien nicht von Erfolg gekrönt gewesen. Während all dieser Zeit sei von Herrn S. immer wieder beteuert worden, er habe Zahlungen an das Finanzamt geleistet und es seien Zusammenhänge mit den Barabhebungen hergestellt worden, diese seien an das Finanzamt gezahlt worden, sodass auch bei nachträglicher Verbuchung ein beträchtliches Guthaben verbleiben würde. Das Verhältnis zwischen dem Bw. und Herrn S. habe sich zusehends verschlechtert. Als Beispiel hierfür sei anzuführen, dass dem Bw. sein Privatauto, das er der Firma zur Abwicklung von Flughafentransfers vorübergehend überlassen hätte, nicht mehr ausgefolgt worden sei,

sodass schließlich im Jänner 2010 nach mehreren mündlichen Auseinandersetzungen sich der Bw. mit professionellem Personenschutz in das Büro in der X-Gasse begeben habe und alle dortigen Mitarbeiter auffordern habe müssen, die Kraftfahrzeuge (Leasingwagen der Fa. M-GmbH) und sämtliche Gegenstände der Firma auszufolgen. Herr S., der sehr bald an diesem Tag im Büro vorstellig worden sei, sei von der Polizei der Lokalität verwiesen worden, nachdem er den Bw. gefährlich bedroht habe.

All diese Ausführungen sollten lediglich darstellen, dass der Bw. zwar Geschäftsführer der Fa. M-GmbH gewesen sei, allerdings keinen Zugriff auf die wesentlichen Betriebsmittel gehabt habe. Eine Überlassung der Geschäftsführung an einen faktischen Geschäftsführer habe jedenfalls nicht freiwillig und somit fahrlässig stattgefunden.

Der Bw. habe somit keine Gelegenheit gehabt, unrichtige oder unvollständige Erklärungen abzugeben und dies sei auch nicht pflichtwidrig unterlassen worden. Erst nach gewaltsamer Entfernung (jegliche Androhung einer Konsequenz habe in der Vergangenheit keine Wirkung gehabt) des faktischen Geschäftsführers, Herrn S., seien die Belege zugänglich gewesen. Zu diesem Zeitpunkt habe die Firma Forderungen in Höhe von mehr als € 140.000,00 gehabt und hätten auch die Verbindlichkeiten beim Finanzamt leicht bedient werden können und seien somit einbringlich gewesen.

Sofort nach Entfernung des Herrn S. aus der Firma habe dieser begonnen, Kunden anzurufen und zu behaupten, dass die Forderungen nicht an die Fa. M-GmbH zu zahlen wären – der Bw. sei ein Betrüger – sondern an eine andere Firma in seinem Einflussbereich. Die Kunden sollten sich nur beharrlich weigern, die Rechnungen zu bezahlen, er (S.) würde ihnen dann Vorteile zukommen lassen. Nachdem die Kunden Herrn S. bereits gekannt hätten, glaubten sie ihm offenbar. Allein durch die beharrliche Weigerung der zwei größten Kunden, ihre Rechnungen zu bezahlen (es wurden Mängel bei der Erledigung der Aufträge behauptet) und durch die Tatsache, dass laufend Mitarbeiter in der Firma vorstellig geworden seien, die behauptet hätten, für die Firma im Auftrag von Herrn S. tätig gewesen zu sein, aber nicht in der Lohnverrechnung aufgeschienen seien und somit nachträgliche Meldungen bei der Gebietskrankenkassa zu erstatten gewesen seien, seien die Verbindlichkeiten größer geworden, die Firma sei zahlungsunfähig geworden, was nicht in kurzer Zeit behoben hätte werden können. Deshalb sei ein Insolvenzantrag zu stellen gewesen.

Allfällige Haftungsbescheide seien demnach an den tatsächlichen Vertreter (Herrn S.) zu richten, dessen Vorgehen sicher eine qualifizierte Vertretereigenschaft dargestellt habe und er auch eine qualifizierte, namentlich schuldhafte Pflichtverletzung nicht nur in Kauf genommen habe, sondern quasi ein Unternehmen im Unternehmen geführt habe. Der Bw. als "Strohmann-Geschäftsführer" sei in vielen wesentlichen Punkten getäuscht worden und es

könne ihm eine Verletzung seiner Geschäftsführungspflichten mangels Wissen gar nicht vorgeworfen werden. Alle seine Hinweise seien ignoriert und er sei sogar bedroht worden. Herr S. habe ebenfalls über ein Abtretungsangebot von 50% der Geschäftsanteile verfügt. Eine einseitige Erklärung der Rücklegung der Geschäftsführung, für eine Firma, die laut Firmenbuch auch zu 100 % im Eigentum des Bw. stehe, sei nicht möglich.

Die Einbringlichkeit der Abgaben (gemeint wohl: Uneinbringlichkeit) sei nicht durch eine allfällige Pflichtverletzung eingetreten, sondern durch die Nichtzahlung der Verbindlichkeiten der Kunden an die Fa. M-GmbH und nicht durch die Nichtabfuhr von Abgaben der Geschäftsführung, zumal diese die Rückstände nicht gekannt habe und auch – bedingt durch die Täuschung – nicht kennen habe können. Demnach fehle nicht nur das Element der Pflichtverletzung, sondern auch ein vorsätzliches Unterlassen des Bw.

Die Konkurseröffnung durch die Geschäftsführung der Fa. M-GmbH selbst sei ebenfalls als Indiz zu werten, dass weiter keine Ungleichbehandlung der Gläubiger vorliege. Unmittelbar nachdem klar gewesen sei, dass die Verbindlichkeiten der Fa. M-GmbH durch Nichtzahlung ihrer Schuldner kurzfristig nicht getilgt werden könnten, habe die Gesellschaft keine Gläubiger bevorzugen wollen und sei der Konkursantrag von der Geschäftsführung selbst eingebracht worden.

Es werde somit die Abweisung des Haftungsbescheides mangels Grundlage beantragt.

Aus der vom Bw. in seiner Berufung angesprochenen Sachverhaltsdarstellung gegenüber der Steuerfahndung (Herrn W.) vom 6. Oktober 2010 gehe zunächst hervor, wie es zu einer Zusammenarbeit mit S. und letztlich zur Gründung der Fa. M-GmbH gekommen sei. Wie im historischen Firmenbuchauszug richtig vermerkt sei, sei diese GmbH in der Form gegründet worden, dass sowohl der Bw. als auch S. 50% der Stammeinlage übernommen hätten.

Organisatorisch sollte sich S. um sämtliche operative Tätigkeiten aus dem Bereich Mietwagen kümmern (Kundenkontakt, Fahrerabrechnung, sämtlich Personalagenden, Kundenausbau und -pflege, Neukundenakquisition, Einstellung von Personal, kurz: um den laufenden Betrieb).

Der Bw. sollte einen ordnungsgemäßen Behördenkontakt gewährleisten, die Verbuchung der Belege organisieren, alle Verträge überwachen, und bei sämtlichen wirtschaftlichen Fragen tätig werden, vor allem aber Geld einbringen.

Die Gründungskosten der Fa. M-GmbH seien vom Firmenkonto bezahlt worden und der Bw. habe den Anteil der übernommenen Stammeinlage einbezahlt, um die Liquidität sicherzustellen. S. habe sich laufend persönlich Geld vom Bw. geborgt.

Der Bw. habe sodann begonnen, die Eröffnung der Firma bei den zuständigen Behörden anzuzeigen, es sei eine Dienstgeberkontonummern bei der WGKK sowie eine Steuernummer beim zuständigen Finanzamt beantragt worden. Sofort nach Meldung habe das Finanzamt einen umfangreichen Fragenvorhalt betreffend S. geschickt, woher das Geld für die Stammeinlage komme, welche Fahrer (Namen!) für die Firma tätig seien, woher die Fahrzeuge stammen würden etc. Ein derartig genauer Fragenvorhalt sei höchst ungewöhnlich und der Bw. habe S. damit konfrontiert. S. habe dies mit seinem Ausgleich erklärt und habe beschlossen, er werde rein formal aus der Firma aussteigen, bis seine Dinge geregelt sein würden. Dies würde sehr bald der Fall sein. Er bestehe aber natürlich darauf, nur formal aus der Firma auszusteigen und habe ein notarielles Abtretungsanbot für 50% der Geschäftsanteile verlangt, welches er jederzeit aufgreifen könne, falls er "für das Firmenbuch" ausscheide.

Dies sei umgesetzt, ein Notariatsakt errichtet worden und S. sei formal aus der Firma ausgeschieden. Das notarielle Abtretungsanbot sei auf seinen ausdrücklichen Wunsch auf seine Lebensgefährtin ausgestellt worden. Weiters sei noch keine Geschäftstätigkeit in der Fa. M-GmbH passiert, das Firmengerüst habe jedoch bestanden.

Eines Tages (glaublich im November 2008, habe S. den Bw. angerufen und ihm erzählt, dass es einen Konkursantrag gegen seine Firma, die S-GmbH vom Finanzamt gebe. Es handle sich um eine Kleinigkeit und Schuld habe die Steuerberatungskanzlei, die keine Unterlagen herausgebe, da es einen Rechtsstreit wegen überhöhter Honorare gebe. Der Bw. habe zu S. gesagt, er müsse das regeln und diesem privat € 5.000,00 geborgt, welche dieser persönlich beim Finanzamt einbezahlt habe.

Der Fahrbetrieb der Fa. M-GmbH habe im Mai 2009 begonnen. Die Geschäftstätigkeit sei rasch ausgebaut worden und es hätten laufend neue Kunden akquiriert werden können. Die Kunden, mit denen die umsatzstärksten Geschäftsbeziehungen bestanden hätten, seien ein namentlich genanntes Hotel und einige größere Reisebüros gewesen.

S. habe von Anfang an folgende Tätigkeiten/Aufgaben gehabt: Aufnahmeverfahren, Kontakt mit Kunden, Aufgabenverteilung an und Führung von Mitarbeiter(n), Ausstellungen von Ausgangsrechnungen zusammen mit Mitarbeitern, Kontrolle der Eingangsrechnungen und andere bereits aufgezählte Tätigkeiten.

Der Bw. habe nach Einrichten der Firma gelegentlich mit Einzelfragen zu tun gehabt, wo es um eine wirtschaftlich fundierte Meinung gegangen sei. Das in der Sachverhaltsdarstellung näher umschriebene Tagesgeschäft sei von S. betrieben worden. Zwischen dem Bw. und S. habe es durchschnittlich einmal pro Woche eine Besprechung irgendeines konkreten



Sachverhaltes, meist betreffend mögliche neue Kunden, gegeben. S. habe dem Bw. auch nie die Vertreter der wichtigsten Kunden vorgestellt. Der Bw. habe dies zwar für unhöflich gehalten, aber sich nicht näher darum gekümmert. Ex post könne gesagt werden, dass der Kontakt zu diesen Kunden von S. verhindert worden sei, der dies immer als seine alleinige Aufgabe gesehen habe. Außerdem habe S. immer von "seiner" Firma gesprochen, von "seinen" Fahrern und auch von "seinen" Erfolgen bei der Kundenakquisition. Der Bw. sei von ihm immer als "sein Buchhalter" titulierte worden. Ex post betrachtet habe S. ein Unternehmen im Unternehmen geführt und nach Diskussionen mit ehemaligen Angestellten werde vom Bw. auch bezweifelt, dass sämtliche Einnahmen den Weg in das Rechnungswesen der Firma gefunden hätten. Konkret werde vermutet, dass S. diverse Zahlungen einfach nur bar bei den Kunden kassiert habe, da er der Einzige gewesen sei, der persönlichen Kundenkontakt gehabt habe.

Die Fahrer seien von S. eingestellt worden. Die Daten seien in ein Formular eingefügt und an den Bw. im Büro der Fa. SteuerberatungsGmbH verschickt worden. Entsprechend diesen Daten seien die Fahrer zur Sozialversicherung angemeldet und abgerechnet worden. Mehr habe der Bw. mit den Fahrern nicht zu tun gehabt.

Die Belege zur laufenden Buchhaltung seien allesamt von Frau T. bearbeitet worden. Sie habe alle Barauszahlungen aus der Kasse des Unternehmens getätigt und sei auch neben dem Bw. auch die einzige Person gewesen, die Zeichnungsberechtigung gehabt hätte. S. habe das unbedingt gewollt, weil man jemand brauche, dem man vertrauen könne und seine Lebensgefährtin habe auch in der S-GmbH und davor in der Einzelfirma immer alles erledigt. Die Fahrer würden ihre Abrechnungen legen, T. würde sie kontrollieren und die Löhne bar auszahlen. Auf dem Konto der Bank Austria sei ersichtlich, dass der Bw. in der ganzen Zeit, in der die Firma bestanden habe, nur zwei oder drei Barabhebungen im Gesamtbetrag von ca. € 2.200,00 getätigt habe, welche alle in der Buchhaltung nachvollzogen werden könnten, da die Beträge sofort auf einer Fremdbank für eine offene Rechnung eingezahlt worden seien. So hätte es auch nur Überweisungen in einem ähnlichen Ausmaß gegeben, welche vom Bw. beauftragt worden seien. Alle weiteren Tätigkeiten des Zahlungsverkehrs seien in der restlichen Zeit von T. erledigt worden. S. habe jedenfalls ebenso Geld vom Firmenkonto mit der Kontokarte seiner Lebensgefährtin an Bankomaten behoben. Dies sei aus den Daten der Bank ersichtlich, da alle Kontokarten nummeriert seien. Die Rechnungsprüfung sei faktisch von S. erfolgt, dem Lebensgefährten der T.. T. habe er auch die Kontrolle der Zahlungseingänge bzw. das Mahnwesen erledigt. Die Belege seien später an die Buchhalterin übermittelt worden, die diese verbucht habe.

Der weitere Inhalt der Sachverhaltsdarstellung an die Steuerfahndung deckt sich mit dem Berufungsvorbringen des Bw. und wird, um Wiederholungen zu vermeiden, hier nicht wiedergegeben.

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

*Gemäß § 9 Abs. 1 BAO haften die in den §§ 80 ff. bezeichneten Vertreter neben den durch sie vertretenen Abgabepflichtigen für die diese betreffenden 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 und die gesetzlichen Vertreter natürlicher 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.*

Laut Firmenbuch war der Bw. im Zeitraum 6. Dezember 2008 bis 17. Dezember 2009 handelsrechtlicher Geschäftsführer der Fa. M-GmbH (FN XY). Im Zeitraum 6. Dezember 2008 bis 23. April 2009 war neben dem Bw. auch N. S. als weiterer handelsrechtlicher Geschäftsführer im Firmenbuch eingetragen. Zu den Fälligkeitstagen der haftungsgegenständlichen Umsatzsteuervorauszahlungen und Lohnabgaben war der Bw. somit alleinvertretungsbefugter Geschäftsführer der Primärschuldnerin und zählt somit zum Kreis der im § 80 BAO genannten Vertreter, welche zu einer Haftung gemäß § 9 BAO herangezogen werden können.

Die unbestrittene Uneinbringlichkeit der haftungsgegenständlichen Abgabenschuldigkeiten steht aufgrund der mit Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 22. August 2011 (GZ.) erfolgten Aufhebung des Konkurses über das Vermögen der Fa. M-GmbH und der am 15. Dezember 2011 erfolgten amtswegigen Löschung in Folge Vermögenslosigkeit fest.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist es Aufgabe des Geschäftsführers darzutun, weshalb er nicht dafür Sorge tragen konnte, dass die Gesellschaft die anfallenden Abgaben entrichtet hat, widrigenfalls von der Abgabenbehörde eine schuldhafte Pflichtverletzung angenommen werden darf. Hat der Geschäftsführer schuldhaft seine Pflicht verletzt, für die Abgabentrachtung aus den Mitteln der Gesellschaft zu sorgen, so darf die Abgabenbehörde auch davon ausgehen, dass die Pflichtverletzung Ursache für die Uneinbringlichkeit war. Nicht die Abgabenbehörde hat das Ausreichen der Mittel zur Abgabentrachtung nachzuweisen, sondern der zur Haftung herangezogene Geschäftsführer das Fehlen ausreichender Mittel. Der Geschäftsführer haftet für nicht entrichtete Abgaben der Gesellschaft auch dann, wenn die zur Verfügung stehenden Mittel auch zur Entrichtung aller Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht ausreichen, es sei denn, er weist nach, dass diese Mittel anteilig für die Begleichung aller Verbindlichkeiten verwendet wurden. Widrigenfalls

haftet der Geschäftsführer für die in Haftung gezogenen Abgaben zur Gänze (vgl. VwGH 24.09.2003, 2001/13/0286).

Mit der gegenständlichen Berufung bringt der Bw. vor, dass Mario S., welcher bereits vor Beginn der operativen Tätigkeit der Fa. M-GmbH im Mai 2009 nach Ermittlungen der Abgabenbehörde gegen seine Person am 23. April 2009 als formeller Geschäftsführer ausgeschieden sei und der in der Folge die faktische Geschäftsführung gegen seinen Willen und unter fortlaufender Täuschung und Schädigung seiner Person übernommen habe. S. habe einen eigenen Betrieb im Rahmen der GmbH geführt und dem Bw., welcher sich selbst in der Berufung als "Strohmanngeschäftsführer" bezeichnet, in vielen wesentlichen Punkten getäuscht, weswegen ihm eine schuldhafte Pflichtverletzung im Sinne des § 9 Abs. 1 BAO nicht vorwerfbar sei.

Diesem Vorbringen ist zunächst entgegenzuhalten, dass der Bw. nach seinem eigenen Vorbringen (Sachverhaltsdarstellung an die Steuerfahndung – Herrn W. – vom 6. Oktober 2010, auf welche in der Berufung inhaltlich verwiesen wurde) bereits vor Gründung der Fa. M-GmbH und Übernahme der Geschäftsführerfunktion (6. Dezember 2008) Kenntnis vom Umstand hatte, dass N. S. zuvor bereits mit zwei Firmen (Einzelunternehmen und als Geschäftsführer der Fa. N. S. Mietwagen GmbH) wirtschaftlich gescheitert war. Dennoch hat er zunächst mit N. S. die Fa. M-GmbH als gleichteilige Gesellschafter gegründet und zunächst auch gemeinsam mit ihm die Geschäftsführung übernommen. Aufgrund von intensiven Ermittlungen der Abgabenbehörde erster Instanz ist N. S. dann, nach dem glaubhaften Berufungsvorbringen des Bw., in der Folge formal als Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH ausgeschieden. Aus der der Berufung angeschlossenen Sachverhaltsdarstellung vom 6. Oktober 2010 geht weiters hervor, dass S. sich organisatorisch im Rahmen der GmbH um sämtliche operative Tätigkeiten aus dem Bereich Mietwagen kümmern sollte, während es Aufgabe des Bw. sein sollte, den ordnungsgemäßen Behördenkontakt zu gewährleisten, die Verbuchung der Belege zu organisieren, alle Verträge zu überwachen und bei sämtlichen wirtschaftlichen Fragen tätig zu werden, vor allem aber Geld einzubringen.

Zum Fälligkeitstag der haftungsgegenständlichen Umsatzsteuervorauszahlungen 5-10/2009 sowie der Lohnabgaben (L, DB, DZ) 7-11/2009, musste der Bw. schon allein aufgrund der Kenntnis des Umstandes, dass N. S. bereits mit zwei Firmen wirtschaftlich gescheitert und der wegen Ermittlungshandlungen der Abgabenbehörde gegen ihn aus der GmbH als offizieller Geschäftsführer ausgeschieden war, Zweifel an dessen abgabenrechtlicher Zuverlässigkeit haben.

Zudem räumt der Bw. selbst ein, für die Meldung und Entrichtung der haftungsgegenständlichen Abgabenschuldigkeiten als Alleingeschäftsführer zuständig gewesen zu sein.

Festgestellt wird dazu aufgrund der Aktenlage, dass der Bw. als verantwortlicher Geschäftsführer der Fa. M-GmbH für die Monate 5-10/2009 weder Umsatzsteuervoranmeldungen abgegeben noch entsprechende Vorauszahlungen an Umsatzsteuern bis zu den jeweiligen Fälligkeitstagen entrichtet hat und deswegen eine Festsetzung durch die Abgabenbehörde erster Instanz am 12. Februar 2010 erfolgen musste. Auch die haftungsgegenständlichen Lohnabgaben 7-11/2009 hat der Bw. während seiner Geschäftsführerzeit weder gemeldet noch entrichtet. Diese wurden erst am 16. Februar 2010, also nach dem Zeitraum seiner Geschäftsführung, am Abgabenkonto aufgrund einer Meldung verbucht. Aus dem Berufungsvorbringen des Bw. geht dazu hervor, dass er von der nicht zeitgerechten Meldung und Entrichtung der Selbstbemessungsabgaben Kenntnis hatte, führt er doch aus, dass die Lebensgefährtin des Herrn Mario S. die Belege für die Buchhaltung vorbereitet und an diese übermittelt habe, was anfänglich gut geklappt, aber sich mit der Zeit verzögert habe und schließlich seien die Unterlagen nicht nur zu spät sondern auch unvollständig übermittelt worden. Der Bw. führt dazu aus, dass fortlaufende Aufforderungen seinerseits, dies sofort richtig zu stellen, nicht von Erfolg gekrönt gewesen seien. Während all dieser Zeit habe S. immer wieder beteuert, er habe Zahlungen an das Finanzamt geleistet, sodass bei nachträglicher Verbuchung ein beträchtliches Guthaben verbleiben würde. Auch mit diesem Vorbringen bekennt der Bw. inhaltlich eine schuldhafte Pflichtverletzung an der nicht zeitgerechten Meldung und Entrichtung der verfahrensgegenständlichen Abgaben ein, wobei von ihm nicht behauptet wird, trotz Kenntnis der Unzuverlässigkeit der in der Firma faktisch handelnden Personen selbst Maßnahmen bzw. Handlungen zur Entrichtung der haftungsgegenständlichen Abgabenschuldigkeiten gesetzt zu haben.

Dass die Bestellung eines "Geschäftsführers auf dem Papier" an seiner Stellung als Organwalter und am Bestand der in nach § 80 BAO treffenden Pflichten nicht das Geringste ändert, hat der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung wiederholt zum Ausdruck gebracht (vgl. VwGH 26.08.2009, 2007/13/0024, VwGH 23.03.2010, 2009/13/0078).

Der vertretungsbefugte Geschäftsführer ist von seiner Verantwortung zur Entrichtung der Abgaben nicht deshalb befreit, weil die Geschäftsführung – sei es aufgrund des eigenen Willensentschlusses des Geschäftsführers, sei es über Weisung von Gesellschaftern, sei es aufgrund einer sonstigen Einflussnahme wirtschaftlich die Gesellschaft beherrschender Personen – faktisch anderen Personen zusteht und der Geschäftsführer dadurch der Möglichkeit der ausreichenden und effektiven Kontrolle in der Richtung, ob die jeweils fällig

werdenden Abgaben zumindest anteilig entrichtet werden, beraubt ist, sich aber die unzulässige Beschränkung seiner Geschäftsführung oder zumindest seiner Aufsichts- und Kontrollaufgaben in Bezug auf die Entrichtung der Abgaben nicht durch entsprechende gerichtliche Schritte zur Wehr setzt oder von seiner Geschäftsführerfunktion zurücktritt (vgl. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0164).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung trifft den Bw. ein für die Haftung nach § 9 BAO relevantes Verschulden, da er als gesetzlicher Vertreter der Primärschuldnerin seiner Verpflichtung zur Entrichtung der aus dem Spruch der gegenständlichen Entscheidung ersichtlichen Abgabenschuldigkeiten nicht nachgekommen ist und sich mit der Einschränkung seiner Befugnisse zumindest geraume Zeit abgefunden hat.

Im gegenständlichen Fall hat der Bw. nicht einmal behauptet, als am Firmenkonto zeichnungsbefugter Geschäftsführer an der Entrichtung der hier in Rede stehenden Selbstbemessungsabgaben gehindert gewesen zu sein. Er hat dazu ausgeführt, er sei nach fortlaufender Aufforderung an S. und dessen Lebensgefährtin, die Meldungen der Selbstbemessungsabgaben nachzuholen, aufgrund einer Auskunft des Herrn S. davon ausgegangen, dass dieser Barabhebungen dazu verwendet habe, Zahlungen an das Finanzamt zu leisten. Auch insoweit hat der Bw. im Rahmen der gegenständlichen Berufung nicht behauptet, entsprechende Kontrollmaßnahmen gegenüber S. und dessen Lebensgefährtin zur Verhinderung von abgabenrechtlichen Pflichtverletzungen gesetzt zu haben. Dies obwohl er an der Zuverlässigkeit des faktischen Geschäftsführers S. schon aufgrund seines Vorlebens als Unternehmer und Geschäftsführer und der ihm bekannten Ermittlungshandlungen der Abgabenbehörde begründet Zweifel haben musste.

Das umfangreiche Berufungsvorbringen des Bw. dahingehend, Malversationen des faktischen Geschäftsführers S. darzustellen, trifft nicht den Gegenstand dieses Verfahrens und konnte dem Bw. auch nicht vom Vorwurf einer schuldhaften Pflichtverletzung befreien.

Lediglich in Bezug auf die Umsatzsteuervorauszahlung 11/2009 in Höhe von € 1.447,66 kann deswegen keine schuldhafte Pflichtverletzung des Bw. in Bezug auf die Nichtentrichtung vorliegen, weil diese Abgabe erst nach Beendigung der Geschäftsführerfunktion des Bw. (17. Dezember 2009) am 15. Jänner 2010 fällig geworden ist. Insoweit war der Ausspruch über die Haftung gemäß §§ 9, 80 BAO spruchgemäß einzuschränken.

In Bezug auf die Heranziehung zur Haftung für die aushaftenden Abgabenschuldigkeiten an Lohnsteuer für die Monate 7-11/2009 wurde zudem im Haftungsbescheid zu Recht auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dahingehend verwiesen, dass der Arbeitgeber gemäß § 78 Abs. 3 EStG 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. In der Nichtbeachtung dieser Verpflichtung ist jedenfalls ein schuldhaftes Verhalten zu erblicken (vgl. VwGH 05.04.2011, 2009/16/0106).

In Folge der schuldhaften Pflichtverletzung durch den Bw. konnte die Abgabenbehörde nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 17.5.2004, 2003/17/0134), auch davon ausgehen, dass die Pflichtverletzung Ursache für die Uneinbringlichkeit der haftungsgegenständlichen Abgaben war.

Die im Rahmen des § 224 BAO zu treffende Ermessensentscheidung im Sinne des § 20 BAO ist innerhalb der vom Gesetzgeber gezogenen Grenzen nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände zu treffen. Wesentliches Ermessenskriterium ist die Vermeidung eines endgültigen Abgabenausfalles. Aus dem auf die Hereinbringung der Abgabenschuld beim Haftenden gerichteten Besicherungszweck der Haftungsnorm folgt, dass die Geltendmachung der Haftung in der Regel ermessenskonform ist, wenn die betreffende Abgabe beim Primärschuldner uneinbringlich ist (VwGH 25.06.1990, 89/15/0067).

Der Bw. hat mit der gegenständlichen Berufung keine Einwendungen in Bezug auf die Ermessensübung durch die Abgabenbehörde erster Instanz bei Erlassung des Haftungsbescheides vorgebracht und es liegt nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates im Lichte der oben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine gesetzeskonforme Ermessensübung vor.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 14. Dezember 2012