



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Rechtsanwalt, vom 22. Februar 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 6/7/15 vom 20. Jänner 2010 betreffend Haftung gemäß § 9 iVm [§ 80 ff BAO](#) entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 20. Jänner 2010 wurde der Berufungswerber (Bw.) gemäß [§§ 9](#) und [80 BAO](#) für Abgabenschulden der XY GmbH & CoKG in Höhe von € 15.666,70, nämlich Umsatzsteuer 5/2001 in Höhe von € 11.294,12 und Lohnsteuer 6/2001 in Höhe von € 4.372,58 zur Haftung herangezogen.

Zur Begründung führte das Finanzamt im Wesentlichen aus, dass der Bw. im Zeitraum 4. August 2000 bis 8. Februar 2002 handelsrechtlicher Geschäftsführer der XY GmbH (persönlich haftende Gesellschafterin der XY GmbH & CoKG) gewesen sei.

Gemäß [§ 21 Abs. 1 UStG 1994](#) habe der Unternehmer spätestens am 15. Tag (Fälligkeitstag) des auf den Kalendermonat (Voranmeldungszeitraum) zweitfolgenden Kalendermonats eine Voranmeldung bei dem für die Einhebung der Umsatzsteuer zuständigen Finanzamt einzureichen, in der er die für den Voranmeldungszeitraum zu entrichtende Steuer (Vorauszahlung) oder den auf den Kalendermonat entfallenden Überschuss unter entsprechender Anwendung des § 20 Abs. 1 und Abs. 2 und des § 16 leg. cit. selbst zu

berechnen habe. Der Unternehmer habe eine sich ergebende Vorauszahlung spätestens am Fälligkeitstag zu entrichten. Die haftungsgegenständliche Umsatzsteuer sei fristgerecht gemeldet, jedoch nicht veranlagt worden.

In diesem Zusammenhang sei auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, 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 nicht entrichtete Abgaben der Gesellschaft auch dann, wenn die Mittel, die ihm für die Entrichtung aller Verbindlichkeiten der Gesellschaft zur Verfügung standen, hiezu nicht ausreichen, es sei denn, er weise nach, dass er diese Mittel anteilig für die Begleichung aller Verbindlichkeiten verwendet, die Abgabenschulden daher im Verhältnis nicht schlechter behandelt habe als andere Verbindlichkeiten.

Hinsichtlich der Heranziehung zur Haftung für die ausstehende Lohnsteuer sei festzuhalten, dass gemäß [§ 78 Abs. 1 EStG 1972](#) bzw. 1988 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. Dies habe der Bw. jedoch unterlassen. Es werde in diesem Zusammenhang hervorgehoben, dass der Arbeitgeber gemäß § 78 Abs. 3 leg. cit. für den Fall, dass die ihm 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.

In der Beantwortung des Vorhaltes vom 31. August 2009 werde angeführt, dass Ausgaben für den Fortbetrieb wie Miete, Telefonkosten und Lieferanten beglichen worden seien, da widrigenfalls Zahlungsunfähigkeit des Betriebes offensichtlich gewesen wäre. Bei einer Gläubigergleichbehandlung wären alle Verbindlichkeiten gleichmäßig angestiegen, was die Generalzession verhindert habe.

Durch die Tatbestände der Gläubigerbevorzugung und des Fehlens der Kürzung der Löhne sei eine schuldhafte Pflichtverletzung abzuleiten.

In der dagegen am 22. Februar 2010 form- und fristgerecht eingebrachten Berufung führte der steuerliche Vertreter aus, dass das Finanzamt mit Bescheid vom 27. September 2005 die Haftung betreffend Lohnsteuer 06/2001 und 07/2001 sowie Umsatzsteuer 05-07/2001 geltend gemacht habe.

Zufolge der vom Bw. erhobenen Berufung sei dieser Bescheid aufgehoben worden.

Dem nunmehr berufsgegenständlichen Haftungsbescheid vom 20. Jänner 2010 stehe damit die Sperrwirkung der entschiedenen Sache entgegen. Die Sach- und Rechtslage habe sich nämlich seit Erlass des ersten Haftungsbescheides vom 27. September 2005 nicht geändert, lediglich der Umfang sei auf die Umsatzsteuer 05/2001 und die Lohnsteuer 06/2001 eingeschränkt worden.

Diese beiden Abgabenarten seien bereits vom Haftungsbescheid vom 27. September 2005 erfasst gewesen. Auch die Rechtsgrundlagen hätten sich nicht geändert.

Zwar führe der Haftungsbescheid vom 27. September 2005 als gesetzliche Bestimmung „§ 12 i.V.m [§ 80 BAO](#)“ an, zufolge der Begründung dieses Haftungsbescheides handle es sich aber genauso um eine Haftung aus Gründen des [§ 9 BAO](#).

Wenn aber entschiedene Sache anzunehmen sei, dann hätte der nunmehr berufsgegenständliche Haftungsbescheid schon aus diesem Grunde nicht mehr erlassen werden dürfen und sei schon aus diesem Grunde gesetzwidrig.

Wenn der Haftungsbescheid vom 27. September 2005 aufgehoben worden sei, habe die Abgabenbehörde auf die Haftung offensichtlich verzichtet. Jedenfalls sei der Haftungsbescheid vom 27. September 2005 niemals in Rechtskraft erwachsen, im Gegenteil, er sei behoben worden. Dann erhebe sich die Frage, ob nicht Verjährung des Rechtes zur Festsetzung der Abgabe eingetreten sei.

Im gegenständlichen Fall beginne die Frist zur Festsetzungsverjährung mit Ablauf des Jahres 2001. Der berufsgegenständliche Haftungsbescheid sei im Jahr 2010 erlassen worden. Zufolge Aufhebung des ersten Haftungsbescheides, welcher nicht mehr dem Rechtsbestand angehöre, sei mit dem berufsgegenständlichen Haftungsbescheid die Geltendmachung des gegenständlichen Abgabenanspruches auch erstmalig anlässlich der Erlassung des berufsgegenständlichen Haftungsbescheides erfolgt. Dies sei aber nach [§ 224 Abs. 3 BAO](#) nach Eintritt der Verjährung des Rechtes zur Festsetzung der Abgaben nicht mehr zulässig.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei es im Hinblick auf [§§ 9 und 80 BAO](#) Aufgabe des Geschäftsführers darzutun, weshalb er nicht dafür Sorge tragen können, dass die Gesellschaft die angefallenen Abgaben entrichte, widrigenfalls von der Abgabenbehörde eine schuldhafte Pflichtverletzung angenommen werden dürfe.

Würden die Mittel zur Begleichung aller Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht ausreichen, so habe der Vertreter nachzuweisen, dass die vorhandenen liquiden Mittel anteilig für die

Begleichung aller Verbindlichkeiten verwendet worden seien, andernfalls hafte der Geschäftsführer für die nicht entrichteten Abgaben der Gesellschaft. Eine Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers oder einiger Gläubiger stelle somit eine schuldhafte Pflichtverletzung durch den Vertreter dar, sofern dieses Verhalten eine Kürzung der Abgaben bewirkt habe. Der Nachweis, welcher Betrag bei Gleichbehandlung sämtlicher Gläubiger – bezogen auf die jeweiligen Fälligkeitszeitpunkte einerseits und das Vorhandensein liquider Mittel andererseits – an die Abgabenbehörde zu entrichten gewesen wäre, obliege dem Vertreter. Vermöge er nachzuweisen, welcher Betrag bei anteilmäßiger Befriedigung der Forderungen an die Abgabenbehörde abzuführen gewesen wäre, so hafte er nur für die Differenz zwischen diesem und der tatsächlich erfolgten Zahlung.

Soweit dies die vorliegenden Unterlagen noch ermöglichen würden, (deshalb gebe es ja Verjährungsfristen) habe der Bw. in der Vorhaltsbeantwortung vom 20. Oktober 2009 detailliert dargelegt, dass einerseits keine liquiden Mittel zur Verfügung gestanden seien, nämlich im Zeitpunkt der Fälligkeit der gegenständlichen Abgabenbeträge und andererseits auch die Lieferverbindlichkeiten (sogenannte Altschulden) im Zeitraum vom 20. Juli 2001 bis 31. Juli 2001 lediglich um 0,1% reduziert worden seien.

Selbst wenn der Bw. beispielsweise am 15. Juli 2001 € 1.000,00 frei zur Verfügung gehabt habe, hätte er diese anteilmäßig auf das Finanzamt und die sonstigen Gläubiger aufteilen müssen. Aus den mit der Vorhaltbeantwortung vom 20. Oktober 2009 übermittelten Aufstellung ergibt sich aber, dass selbst bei einem Betrag von € 1.000,00 angesichts der damals bestandenen Verbindlichkeiten gegenüber Lieferanten kein nennenswerter Geldbetrag auf die mit berufungsgegenständlichem Bescheid geltend gemachte Abgabenverbindlichkeit entfallen wäre.

Es bestehe daher keine Haftung.

Selbst wenn aber ein geringfügiger Betrag theoretisch durch schuldhaftes Verhalten verkürzt worden wäre, wäre dieser Betrag derartig gering, dass die Abgabenbehörde schon aus Gründen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Verwaltung bei richtiger Übung des ihr durch das Gesetz eingeräumten Ermessens von einer Geltendmachung der Haftung Abstand zu nehmen gehabt hätte.

Die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Finanzsenat wurde beantragt.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 20. Juli 2010 wies das Finanzamt die Berufung als unbegründet ab und führte aus, dass der Tatbestand der schuldhaften Pflichtverletzung insofern erfüllt sei, da eine Bevorzugung eines Gläubigers durch den Zessionsvertrag erfolgt

sei. Weiters seien Zahlungen an Miete, Telefon etc. ohne Kürzung oder Aliquotierung an die Gläubiger bezahlt worden. Auch der Wareneinkauf gegen Vorkasse sei eine Besserstellung gegenüber den Verbindlichkeiten der bisherigen Kreditoren.

Bezüglich der ausbezahlten Löhne und Gehälter werde in diesem Zusammenhang hervorgehoben, dass der Arbeitgeber gemäß § 78 Abs. 3 leg. cit. für den Fall, dass die ihm zur Verfügung stehenden Mittel nicht ausreichen, verpflichtet sei, die Lohnsteuer vom tatsächlich zur Auszahlung gelangenden, niedrigeren Betrag zu berechnen, einzubehalten und abzuführen. In der Nichtbeachtung dieser Verpflichtung sei jedenfalls ein schuldhaftes Verhalten zu erblicken.

Dagegen beantragte der Bw. ohne weiteres Vorbringen die Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

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 treffenden Abgaben insoweit, als die Abgaben infolge schuldhafter Verletzung der den Vertretern auferlegten Pflichten nicht eingebracht werden können.

Gemäß § 80 Abs. 1 leg. cit. 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.

Es ist im Hinblick auf das Berufungsvorbringen zunächst zu prüfen, ob das mit Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates vom 29. Juni 2007, GZ. RV/0137-W/07, rechtskräftig abgeschlossene Haftungsverfahren der Erlassung eines weiteren Haftungsbescheides entgegensteht.

Materielle Rechtskraft bedeutet im Verwaltungsverfahren nach herrschender Lehre Unwiderrufbarkeit, Unwiederholbarkeit und Verbindlichkeit des Bescheides.

Dadurch wird die wiederholte Aufrollung einer bereits entschiedenen Sache (ohne nachträgliche Änderungen der Sach- oder Rechtslage) verhindert. Die objektive (sachliche) Grenze dieser Wirkung der Rechtskraft wird durch die "entschiedene Sache", also durch die Identität der Verwaltungssache, über die bereits mit einem formell rechtskräftigen Bescheid abgesprochen wurde, mit der im neuen Bescheid intendierten bestimmt. Dabei kommt es allein auf den normativen Inhalt des bescheidmäßigen Abspruches des rechtskräftig gewordenen Vorbescheides an (vgl. etwa das Erkenntnis des VwGH vom 29.1.2008, [2005/11/0102](#)).

„Sache“ ist in diesem Zusammenhang die Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches des Bescheides bildet. Die weitere Begründung des Bescheides ist in diesem Zusammenhang nicht relevant.

Sache des mit Berufungsentscheidung vom 29. Juni 2007, RV/0137-W/07, abgeschlossenen Haftungsverfahrens war die Haftung laut Spruch des angefochtenen Bescheides gemäß [§ 12 BAO](#), wogegen im vorliegenden Verfahren die Vertreterhaftung gemäß § 9 iVm [§ 80 ff BAO](#) geltend gemacht wurde. Es lag daher keine entschiedene Sache vor.

Unbestritten ist, dass der Bw. im Zeitraum 4. August 2000 bis 8. Februar 2002 als Geschäftsführer der XY BeteiligungsGmbH fungierte, welche wiederum Komplementärin der XY GmbH & Co KG war. Bei einer GmbH & Co KG wird die Gesellschaft durch die Komplementär-GmbH, somit im Ergebnis durch deren Geschäftsführer vertreten (vgl. Koppensteiner in Straube, HGB, S 170, TZ 7). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat dieser Geschäftsführer die abgabenrechtlichen Pflichten zu erfüllen, die der GmbH obliegen und damit auch die abgabenrechtlichen Pflichten, die die KG treffen. Bei schuldhafter Pflichtverletzung haftet er für die Abgaben der KG (vgl. VwGH 23. 1. 1997, [96/15/0107](#), VwGH 27. 3. 1996, [93/15/0229](#), VwGH 24. 1. 1996, [94/13/0069](#), VwGH 7. 6. 1989, [88/13/0127](#)).

Mit Beschluss des L-Gerichtes vom 6. August 2001 wurde über das Vermögen der KG der Konkurs eröffnet, der mit Beschluss vom 9. September 2005 nach Schlussverteilung aufgehoben wurde.

Die Quote betrug 5,035488%.

Die GmbH wurde per 7. November 2006 gemäß [§ 40 FBG](#) wegen Vermögenslosigkeit gelöscht.

Die Konkursquote wurde (bereits vor Erlassung des Haftungsbescheides) mit der aushaftenden Umsatzsteuer 5/2001 verrechnet. Die nunmehr aushaftende Umsatzsteuer 5/2001 sowie die Lohnsteuer 6/2001 sind daher bei der Primärschuldnerin uneinbringlich.

Weiters wendet der Bw. in seiner Berufung Festsetzungsverjährung ein.

Die erstmalige Geltendmachung eines Abgabenanspruches anlässlich der Erlassung eines Haftungsbescheides ist gemäß [§ 224 Abs. 3 BAO](#) nach Eintritt der Verjährung des Rechtes zur Festsetzung der Abgabe nicht zulässig.

Aus [§ 224 Abs. 3 BAO](#) kann nicht abgeleitet werden, dass die Bestimmungen der Festsetzungsverjährung in jedem Fall auf die Geltendmachung der Haftung anzuwenden wären, da dies nur auf den - hier nicht gegebenen - Fall zutrifft, dass eine bescheidmäßig

festzusetzende Abgabe noch nicht festgesetzt und daher erst mit dem Haftungsbescheid erstmals geltend gemacht wurde. Im gegenständlichen Fall handelt es sich aber bei den haftungsverfangenen Abgaben (Umsatz- und Lohnsteuer) um von der Gesellschaft gemeldete Selbstbemessungsabgaben. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wird jedoch durch die Selbstbemessung die Rechtswirkung der Abgabefestsetzung geschaffen (VwGH 26.4.2007, [2006/14/0039](#)), wodurch der Abgabensanspruch daher bereits vor der Haftungsinanspruchnahme geltend gemacht wurde und sohin nicht mehr der Festsetzungsverjährung unterliegt.

Dem Vorbringen des Bw. ist allerdings insoweit zuzustimmen, als die Erlassung eines Haftungsbescheides (auch nach [§ 95 Abs. 2 EStG 1988](#)) eine Einhebungsmaßnahme ist, die nur innerhalb der Einhebungsverjährungsfrist nach [§ 238 BAO](#) zulässig ist (VwGH 12.12.2007, [2006/15/0004](#)).

Gemäß [§ 238 Abs. 1 BAO](#) verjährt das Recht, eine allfällige Abgabe einzuheben und zwangsweise einzubringen binnen 5 Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in welchem die Abgaben fällig geworden sind. Durch jede zur Durchsetzung des Anspruches unternommene, nach außen erkennbare Amtshandlung wird die Verjährung unterbrochen (Abs. 2). Mit Ablauf des Jahres, in welchem die Unterbrechung eingetreten ist, beginnt die Verjährung neu zu laufen.

Die haftungsgegenständlichen Abgaben waren am 16. Juli 2001 fällig. Die Einhebungsverjährung beginnt mit Ablauf des 31. Dezember 2001 zu laufen und endet daher am 31. Dezember 2006.

Nach [§ 9 Abs. 1 Konkursordnung](#) bzw. [Insolvenzordnung](#) wird durch die Anmeldung im Konkurs die Verjährung der angemeldeten Forderung unterbrochen. Die Verjährung der Forderung gegen den Gemeinschuldner beginnt von neuem mit dem Ablauf des Tages, an dem der Beschluss über die Aufhebung des Konkurses rechtskräftig geworden ist.

Am 17. August 2001 wurden die haftungsgegenständlichen Forderungen im Konkursverfahren der Primärschuldnerin angemeldet. Die Einhebungsverjährung wurde dadurch unterbrochen und begann am 9. September 2005 (Aufhebung des Konkurses) neu zu laufen.

Entgegen der Ansicht des Bw. unterbrechen Bescheide auch dann die Einhebungsverjährung, wenn sie später aufgehoben werden (vgl. Ritz, BAO-Kommentar³, Tz 16 zu § 238). Der mittlerweile aufgehobene Haftungsbescheid vom 27. September 2005 war daher eine wirksame Unterbrechungshandlung.

Als weitere Unterbrechungshandlung wäre auch der Vorhalt des Finanzamtes vom 31. August 2009 anzuführen.

Unterbrechungshandlungen wirken anspruchsbezogen, unterbrechen also die Verjährung gegenüber jedem, der als Zahlungspflichtiger in Betracht kommt, ohne dass es rechtlich von

Bedeutung wäre, gegenüber wem sich solche Amtshandlungen richten (vgl. Ritz, BAO-Kommentar³, § 238 Tz 18).

Eine Einhebungsverjährung ist daher nicht eingetreten.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist es Sache des Geschäftsführers, die Gründe darzulegen, die ihn ohne sein Verschulden daran gehindert haben, die ihm obliegenden abgabenrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen (VwGH 18.10.1995, [91/13/0037](#), 0038). Er hat also darzutun, weshalb er nicht dafür Sorge tragen konnte, dass die Gesellschaft die anfallenden Abgaben rechtzeitig entrichtet hat. Im Falle des Vorliegens einer schuldhaften Pflichtverletzung spricht die Vermutung für die Verursachung der Uneinbringlichkeit der Abgaben durch die Pflichtverletzung und den Rechtswidrigkeitszusammenhang (VwGH 16.12.1991, 91/15/0114).

Die Pflicht des Vertreters, die vom Vertretenen geschuldeten Abgaben zu entrichten, besteht nur insoweit, als hierfür liquide Mittel vorhanden sind. Reichten die liquiden Mittel nicht zur Begleichung sämtlicher Schulden aus und haftet der Vertreter nur deswegen, weil er die Abgabensforderungen nicht wenigstens anteilig befriedigt und den Abgabengläubiger somit benachteiligt hat, dann erstreckt sich die Haftung des Vertreters auch nur auf den Betrag, um den der Abgabengläubiger bei gleichmäßiger Befriedigung aller Forderungen mehr erlangt hätte, als er infolge des pflichtwidrigen Verhaltens des Vertreters tatsächlich erhalten hat.

Hatte der Vertreter daher Gesellschaftsmittel zur Verfügung, die zur Befriedigung sämtlicher Schulden der Gesellschaft nicht ausreichten, liegt es an ihm, nachzuweisen, dass er die vorhandenen Mittel zur anteiligen Befriedigung aller Verbindlichkeiten verwendet und somit die Abgabenschulden nicht schlechter behandelt hat als andere Verbindlichkeiten (Gleichbehandlungsgrundsatz). Weist er nach, welcher Betrag bei anteilmäßiger Befriedigung der Forderungen an die Abgabenbehörde abzuführen gewesen wäre, dann haftet er nur für die Differenz zwischen diesem und dem tatsächlich bezahlten Betrag. Tritt der Vertreter diesen Nachweis nicht an, dann kann ihm die uneinbringliche Abgabe allerdings zur Gänze vorgeschrieben werden (siehe VwGH 24.9.2008, [2007/15/0282](#)).

Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz gelten für Abfuhrabgaben, insbesondere für Lohnsteuer. Nach [§ 78 Abs. 3 EStG 1988](#) habe der Arbeitgeber, wenn die zur Verfügung stehenden Mittel nicht zur Zahlung des vollen vereinbarten Arbeitslohnes ausreichen, die Lohnsteuer von dem tatsächlichen zur Auszahlung gelangenden niedrigeren Betrag zu berechnen, einzubehalten und abzuführen.

Bezüglich der Lohnabgaben für Juni 2001 hat die Bw. in der Vorhaltsbeantwortung vom 20. Oktober 2009 dargetan, dass für diesen Zeitraum keine Gehälter mehr ausbezahlt wurden.

Nachdem diesen Abgaben kein Bescheid zu Grunde liegt, ist diese Einwendung im Haftungsverfahren zu berücksichtigen.

Da diesem Vorbringen nicht entgegengetreten werden kann, wird der Berufung für diese Abgaben Folge geleistet.

Bezüglich der haftungsgegenständlichen Umsatzsteuer bringt der Bw. in seiner Berufung unter Hinweis auf die Vorhaltsbeantwortung vom 20. Oktober 2009, mit welcher gleichzeitig ein Liquiditätsstatus per 31. Juli 2007 vorgelegt wurde, vor, dass zum Zeitpunkt der Fälligkeit keine liquiden Mittel vorhanden gewesen seien. Weitere Unterlagen wären gemäß dem Schreiben vom 20. Oktober 2009 auf Grund der lange verstrichenen Zeit nicht mehr vorhanden, jedoch verwies der Bw. darauf, dass die Zahlungseingänge zu Gunsten der Bank zediert gewesen seien und nur noch Zahlungen, die zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig gewesen wären, getätigt worden seien.

Der Zessionsvertrag wurde im Jahr 1992 zwischen der Bank und der Einzelfirma XY abgeschlossen, die in die KG eingebracht wurde. Der Abschluss des Zessionsvertrages kann dem Bw. daher nicht zum Vorwurf gemacht werden.

Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat ein Geschäftsführer, der sich in der ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Pflichten durch die Gesellschafter oder durch dritte Personen (zB Hausbank) behindert sieht, entweder sofort im Rechtsweg die Möglichkeit der unbehinderten Ausübung seiner Funktion zu erzwingen oder seine Funktion niederzulegen und als Geschäftsführer auszuscheiden hat (VwGH 2.7.2002, [96/14/0076](#)). Ein Rücktritt als Geschäftsführer ist nicht erfolgt.

Weiters hat der Bw, zugestanden, dass er auf Grund der vollständigen Zahlung der Mieten und Telefonkosten der Gläubigergleichbehandlung nicht entsprochen hat.

Allerdings kommt dem Einwand des Bw., dass er in Beweisschwierigkeiten wäre und einen Liquiditätsstatus zum Fälligkeitstag nicht legen könne, bzw. nicht mehr sämtliche Unterlagen der Gesellschaft vorhanden wären, da auf Grund des Verstreichens der siebenjährigen Aufbewahrungspflicht nicht mehr vorhanden wären, Berechtigung zu.

Bücher und Aufzeichnungen sowie die zu den Büchern und Aufzeichnungen gehörenden Belege sind gemäß [§ 132 Abs. 1 BAO](#) sieben Jahre aufzubewahren; darüber hinaus sind sie noch so lange aufzubewahren, als sie für die Abgabenerhebung betreffende anhängige Verfahren von Bedeutung sind, in denen diejenigen Parteistellung haben, für die auf Grund von Abgabenvorschriften die Bücher und Aufzeichnungen zu führen waren oder für die ohne gesetzliche Verpflichtung Bücher geführt wurden. Soweit Geschäftspapiere und sonstige Unterlagen für die Abgabenerhebung von Bedeutung sind, sollen sie sieben Jahre aufbewahrt werden. Diese Fristen laufen für die Bücher und die Aufzeichnungen vom Schluss des Kalenderjahres, für das die Eintragungen in die

Bücher oder Aufzeichnungen vorgenommen worden sind, und für die Belege, Geschäftspapiere und sonstigen Unterlagen vom Schluss des Kalenderjahres, auf das sie sich beziehen; bei einem vom Kalenderjahr abweichenden Wirtschaftsjahr laufen die Fristen vom Schluss des Kalenderjahres, in dem das Wirtschaftsjahr endet.

Die Aufbewahrungsfrist der Unterlagen für die haftungsgegenständlichen Abgaben endete gemäß [§ 132 Abs. 1 BAO](#) am 31. Dezember 2008. Da nach dieser Bestimmung eine Verlängerung dieser Aufbewahrungsfrist nur im Falle eines anhängigen Verfahrens vorgesehen ist, war der Bw. nicht dazu verhalten, da der Haftungsbescheid gemäß [§ 12 BAO](#) am 29. Juni 2007 aufgehoben wurde und der Vorhalt betreffend Haftung gemäß [§ 9 BAO](#) erst am 31. August 2009 erging, der Bw. somit im Hinblick die lange verstrichene Zeit nicht mehr mit einer Haftungsinanspruchnahme rechnen musste.

Da der vorgelegte Liquiditätsstatus im zeitlichen Naheverhältnis zur Fälligkeit der Umsatzsteuer liegt, kann dieser im vorliegenden Fall berücksichtigt werden.

Gemäß den vorgelegten Unterlagen standen den liquiden Mitteln (Barmittel und Gutschriften bei der Hausbank im Zeitraum 15.-31. Juli 2001) in Höhe von ca € 241.000 Verbindlichkeiten in Höhe von mehr als € 8 Mio. gegenüber. Gemäß der Berechnung des Unabhängigen Finanzsenates wäre eine Quote in Höhe von 2,93%, auf die haftungsgegenständliche Umsatzsteuer daher € 330,92 zu entrichten gewesen.

Nach der Lehre und Rechtsprechung ist die Heranziehung zur Haftung in das Ermessen der Abgabenbehörde gestellt, wobei die Ermessensentscheidung im Sinne des [§ 20 BAO](#) innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit unter Berücksichtigung aller in Frage kommender Umstände zu treffen ist. Dem Gesetzesbegriff "Billigkeit" ist dabei die Bedeutung "berechtigter Interessen der Partei", dem Gesetzesbegriff "Zweckmäßigkeit" die Bedeutung "öffentliches Anliegen an der Einbringung der Abgaben" beizumessen (VwGH vom 23.1.1989, [87/15/0136](#)).

Der Schaden, der durch die schuldhafte Pflichtverletzung des Bw. dem Abgabengläubiger entstanden ist, muss als gering bezeichnet werden.

Es darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass der vorliegende Haftungsbescheid erst mehr als vier Jahre nach Konkursbeendigung, bzw. erst zweieinhalb Jahre nach Aufhebung des „ersten“ Haftungsbescheides erlassen wurde.

Im Rahmen des Ermessens wird daher der Berufung zur Gänze stattgegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben.

Zum Antrag des Bw. auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist zu bemerken, dass der Bw. durch das Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung nach der Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.11.2001, [97/13/0138](#)) zwar in seinem aus [§ 284 Abs. 1 BAO](#) erfließenden Verfahrensrecht verletzt wird. Auf Grund des zu beachtenden Gebotes der Verwaltungsökonomie (vgl. Ritz, ÖStZ 1996, 70) wurde jedoch in Hinblick darauf, dass nach den vorstehenden Ausführungen ausgeschlossen werden kann, dass der Unabhängige Finanzsenat bei Vermeidung dieses Mangels (Durchführung einer mündlichen Verhandlung) zu einem anderen Bescheid hätte gelangen können, von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen.

Wien, am 2. Februar 2011