



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung Bw., vom 27. Oktober 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart vom 25. September 2008 betreffend Haftung gemäß § 9 iVm § 80 BAO entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 25. September 2008 wurde der Berufungswerber (Bw.) als ehemaliger Geschäftsführer für Abgabenschuldigkeiten der P. Handels GmbH in Höhe von insgesamt € 135.443,04 zur Haftung herangezogen.

Diese setzen sich aus der Kapitalertragsteuer 1999 bis 2001 zusammen.

Zur Begründung wurde neben der Zitierung der §§ 9 und 80 BAO sowie der diesbezüglichen Rechtsprechung ausgeführt, dass der Bw. vom 23. Februar 1999 bis 31. Dezember 2001 im Firmenbuch eingetragener handelsrechtlicher Geschäftsführer der GmbH, und seit 1. Jänner 2002 Liquidator gewesen sei.

Schuldhafte Pflichtverletzungen abgabenrechtlicher Pflichten würden zur Haftungsinanspruchnahme berechtigen. Dieser setze eine Kausalität zwischen schuldhafter Pflichtverletzung und Abgabenausfall voraus. Zu den abgabenrechtlichen Pflichten gehöre die Abgabenentrichtung aus den Mitteln, die der Vertreter verwaltete, die Führung gesetzmäßiger

Aufzeichnungen, die zeitgerechte Einreichung von Abgabenerklärungen und die Offenlegungs- und Wahrheitspflicht. Nach ständiger Rechtsprechung habe der Vertreter darzutun, aus welchen Gründen ihm die Erfüllung abgabenrechtlicher Pflichten unmöglich gewesen sei, widrigenfalls angenommen werde, dass die Pflichtverletzung schulhaft gewesen sei.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz sei bei der Kapitalertragsteuer nicht anzuwenden.

In der Nichtbeachtung dieser Verpflichtung sei jedenfalls ein schulhaftes Verhalten zu erblicken.

Die Uneinbringlichkeit gründe sich darauf, dass die Gesellschaft im Firmenbuch seit 2. März 2007 aufgelöst und amtswegig gelöscht sei.

In der gegen diesen Bescheid form- und fristgerecht eingebrochenen Berufung führte der Bw. aus, dass im Haftungsbescheid nicht die Tatsache erwähnt werde, dass eine schulhafte Pflichtverletzung abgabenrechtlicher Pflichten nicht nur eine Haftungsinanspruchnahme zur Folge habe, sondern auch strafrechtliche Folgen nach dem Finanzstrafgesetz nach sich ziehe.

Ein ebensolches Strafverfahren nach dem FinStrG sei gegen den Bw. geführt worden. In diesem Verfahren sei ihm unter anderem zur Last gelegt worden, er hätte für die Jahre 1999, 2000 und 2001 eine Verkürzung an bescheidmäßig nicht festzusetzenden Abgaben, nämlich an KEST für 1999 in Höhe von € 8.755,55, für 2000 in Höhe von € 35.651,18 und 2001 in Höhe von € 91.036,31, somit von insgesamt € 135.443,04 bewirkt.

Es sei ihm unterstellt und zur Last gelegt worden, dass er sich mittels diverser Scheinfirmen mit Gefälligkeitsrechnungen verdeckte Gewinnausschüttungen und somit einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil verschafft habe.

Die Finanzstrafbehörde vermochte jedoch nicht ihre diesbezüglichen Anschuldigungen unter Beweis zu stellen und es sei dem Bw. gelungen, die Anklagepunkte zu erschüttern und zu entkräften, so dass das Strafverfahren mit einem Freispruch geendet habe.

Damit sei bewiesen, dass die im Haftungsbescheid ausgewiesene Forderung jeglicher Grundlage entbehre und der Bw. keinesfalls schulhaft abgabenrechtliche Pflichten verletzt habe, die eine Haftungsinanspruchnahme nach sich ziehen könnten. Zwar sei die Abgabenbehörde gemäß § 216 Abs. 2 BAO an ein freisprechendes Urteil auf Grund anders gearteter Beweisregeln nicht gebunden, jedoch erscheine es durch das Ergebnis im Strafverfahren als offensichtlich, dass die Abgabenbehörde bei Ermittlung der Abgabenschuld von falschen Prämissen ausgegangen sei.

Im Übrigen werde gegen die Berufungsentscheidungen des Unabhängigen Finanzsenates unter der GZ. RV/1749-W/04 und RV/1750-W/04 eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof erhoben. Diese Bescheide seien laut Auskunft das UFS bereits am 22. August 2007 bzw. am 27. September 2007 an die Adresse des Bw. übermittelt worden, jedoch hatte der Bw. aus ihm nicht erklärlichen Gründen keine Hinterlegungsanzeigen im Brieffach vorgefunden. Aus diesem Grund stelle der Bw. einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 26. Jänner 2009 wies das Finanzamt die Berufung als unbegründet ab und führte aus, dass die GmbH mit Gesellschaftsvertrag vom 9. Februar 1999 gegründet und im Firmenbuch eingetragen worden sei. Gegenstand des Unternehmens sei der Handel mit Computerbestandteilen gewesen.

Am 18. Dezember 2001 sei die Gesellschaft mit Beschluss der Generalversammlung aufgelöst und der damalige Geschäftsführer (der nunmehrige Bw.) als Liquidator bestellt worden. Diese Funktion sei vom 1. Jänner 2002 bis zur endgültigen Löschung der Firma am 2. März 2007 im Firmenbuch eingetragen gewesen.

Auf Grund einer Prüfung gemäß § 99 Abs. 2 FinStrG sei die Wiederaufnahme des Verfahrens erfolgt und Kapitalertragsteuer für die Jahre 1999 bis 2001 in Höhe von € 135.443,04 hinzugerechnet worden. Diese Beträge würden aus nicht anerkannten Aufwendungen im Zusammenhang mit Gefälligkeitsrechnungen für Marktstudien und Ausgaben für Web Server Design und Werbung resultieren und hätten auch im Rechtsmittelverfahren vor dem UFS nicht glaubhaft erläutert bzw. nachgewiesen werden können.

Zu diesen in Rechtskraft erwachsenen Beträgen sei der Bw. nach Durchführung eines Haftprüfungsverfahrens bescheidmäßig zur Haftung herangezogen worden.

Dieser Sachverhalt sei auf Grund der Aktenlage unter Berücksichtigung der Berufungseinwendungen folgend rechtlich zu würdigen:

Wie bereits im Haftungsbescheid dargelegt, haften gemäß § 9 Abs. 1 BAO die in den §§ 80 ff BAO 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 könnten. Gemäß § 80 Abs. 1 BAO hätten die zur Vertretung juristischer Personen berufenen Personen alle Pflichten zu erfüllen, die den von ihnen Vertretenen obliegen. Sie hätten insbesondere dafür zu sorgen, dass die Abgaben aus den Mitteln, die sie verwalten, entrichtet würden.

Die Haftung nach § 9 Abs. 1 BAO sei eine Ausfallhaftung. Voraussetzung sei die objektive Uneinbringlichkeit der betreffenden Abgaben im Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Haftenden. Im gegenständlichen Fall stehe die Uneinbringlichkeit fest, da die Gesellschaft endgültig nach Liquidation mit 2. März 2007 gelöscht worden sei.

Gegenständlich sei eingewendet worden, dass die Behörde die vom Gesetz geforderte Kausalität zwischen schuldhafte Pflichtverletzung und nachfolgender Uneinbringlichkeit bisher nicht nachgewiesen habe, die Abgabenbehörde im Abgabenverfahren von falschen Prämissen im Rahmen der Beweiswürdigung ausgegangen sei, da die Finanzstrafbehörde im anschließenden Finanzstrafverfahren ihre diesbezüglichen Schuldvorwürfe nicht unter Beweis zu stellen vermochte und das Finanzstrafverfahren mit einem Freispruch geendet habe.

Es liege nunmehr an der Behörde im Berufungsverfahren abzuklären, ob die bezeichnete Nachforderung an Kapitalertragsteuer aus strittiger Rechtsfrage resultiere, die nicht geeignet erscheine, dem Bw. eine schuldhafte Pflichtverletzung seiner ihm als Geschäftsführer obliegenden Sorgfaltspflichten vorzuwerfen.

Dem Geschäftsführer der GmbH sei die Erfüllung der abgabenrechtlichen Pflichten der Gesellschaft oblegen. Insbesondere hätte er im Rahmen dieser Verpflichtung für die rechtzeitige und vollständige Entrichtung der Abgabe Sorge zu tragen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei es Sache des Geschäftsführers, die Gründe darzulegen, die ihn ohne sein Verschulden daran gehindert hätten, die ihm obliegenden abgabenrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen, andernfalls von der Behörde eine schuldhafte Pflichtverletzung angenommen werden könne.

Das vorliegende Verschulden habe nicht – wie der Bw. vermeine – gleich einer Finanzstrafbehörde, die dem Beschuldigten das schuldhafte Verhalten nachzuweisen habe, die Abgabenbehörde zu beweisen, sondern es komme die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB zum Tragen. Das bedeute, dass der Geschäftsführer seine Schuldlosigkeit an der Nichtentrichtung haftungsgegenständlicher Abgaben nachzuweisen habe, weil er in der Regel auch nur jenen Einblick in die Gebarung der GmbH habe, der ihm entsprechende Behauptungen und Beweise ermögliche. Zum tatbestandsmäßigen Verschulden des § 9 BAO reiche somit, anders als im Finanzstrafverfahren wegen Hinterziehung, fahrlässiges Handeln oder Unterlassen bereits aus.

§ 119 BAO normiere die Pflicht der Abgabenbehörde ein richtiges, vollständiges und klares Bild von den für die Abgabenerhebung maßgeblichen Umständen zu verschaffen.

Dem Bw. als Geschäftsführer sei es aber im Berufungsverfahren vor dem UFS nicht gelungen, Umstände darzulegen, die die Kriterien der steuerlichen Anerkennung annähernd erfüllen

würden. Es wäre aber in der Sorgfaltspflicht des Bw. gelegen zur Aufklärung der unklaren Geschäftsgestaltungen beizutragen und für korrekte, vollständige offen gelegte Dokumentation der betrieblichen Leistungen und Aufwendungen, sowie deren Beweismittel vorzusorgen.

Auch im gegenständlichen Verfahren habe der Bw. keine Gründe dargelegt, wonach ihm die Erfüllung der abgabenrechtlichen Pflicht, entsprechende Beweisvorsorge für die geltend gemachten, allerdings nicht anerkannten Ausgaben unmöglich gewesen sei.

Die Abgabenbehörde habe daher nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes infolge der schuldhaften Pflichtverletzung der gesetzlichen Offenlegungs- und Wahrheitspflicht zu Recht davon ausgehen können, dass diese Pflichtverletzung Ursache für die Uneinbringlichkeit der haftungsgegenständlichen Abgaben gewesen sei.

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 eingebbracht werden können.

Die zur Vertretung juristischer Personen berufenen Personen haben nach § 80 BAO 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.

Unbestritten ist, dass der Bw. vom 23. Februar 1999 bis 31. Dezember 2001 handelsrechtlicher Geschäftsführer der GmbH und danach bis zur Löschung im Firmenbuch (2. März 2007) Liquidator der GmbH war. Der Bw. kann daher zur Haftung gemäß § 9 BAO herangezogen werden.

Weiters unbestritten ist die Uneinbringlichkeit der haftungsgegenständlichen Abgabenschuldigkeiten aufgrund der im Firmenbuch eingetragenen Löschung der Gesellschaft.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat der Vertreter darzutun, aus welchen Gründen ihm die Erfüllung abgabenrechtlicher Pflichten unmöglich gewesen sei, widrigenfalls die Abgabenbehörde eine schuldhafte Verletzung im Sinne des § 9 Abs. 1 BAO annehmen darf (vgl. etwa das Erkenntnis vom 13.9.2006, 2003/13/0131).

Die Frage, ob ein Abgabenanspruch gegeben ist, ist als Vorfrage im Haftungsverfahren nach § 9 BAO nur dann zu beantworten, wenn kein eine Bindungswirkung auslösender Abgabenbescheid oder Haftungsbescheid (nach § 82 EStG 1988 hinsichtlich der Lohnsteuer oder nach § 95 EStG 1988 hinsichtlich der Kapitalertragsteuer) vorangegangen ist (vgl. etwa das Erkenntnis vom 13.9.2006, 2003/13/0131).

Das Bestehen solcher vorangegangener Bescheide ist unstrittig.

Betreffend die haftungspflichtigen Kapitalertragsteuernachforderungen für die Jahre 1999 bis 2001 ist in der Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates vom 16. August 2004, GZ. RV/1750-W/04 ausgeführt:

„Für eine Marktforschungsstudie durch die in Hongkong lebende Mutter des Geschäftsführers der Bw. in China, Hongkong und Vietnam wurde von der Bw. ein Aufwand in Höhe von 411.955,86 S geltend gemacht. Einschlägige Kenntnisse hatte die Mutter nicht aufzuweisen.

Die gegenständliche Studie konnte allerdings von der Bw. iSd § 138 Abs. 1 BAO weder bewiesen noch glaubhaft gemacht werden: Außer der Honorarnote vom 28. Februar 2001 liegen der Abgabenbehörde keinerlei schriftliche Unterlagen hinsichtlich der Marktforschungsstudie vor; auch nicht die Studie selbst. Zum Inhalt der Studie wurde vom Geschäftsführer lediglich bekannt gegeben, dass es um die Zulieferung gegangen sei. Weiters sei die Studie "speziell für Österreich" gemacht worden. Darüber hinaus wurde die Leistung von der Bw. in keiner Weise spezifiziert. Das Vorbringen in der Berufung, die Studie sei für China erfolgt, trägt zu einer Erhellung des Sachverhaltes nicht bei. Welche Vereinbarung der Studie zu Grunde lag, war ebenfalls nicht feststellbar.

Der Bw. ist somit weder gelungen die Fremdüblichkeit bzw. die Angemessenheit des Entgeltes noch einen Zusammenhang mit dem Betrieb der Bw. nachzuweisen. In Würdigung der gegebenen Umstände ist vielmehr davon auszugehen, dass von der Mutter des Geschäftsführers eine Gefälligkeitsrechnung ausgestellt wurde, ohne irgendeine Leistung zu erbringen.

Die Kriterien für die steuerliche Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen sind nicht einmal annähernd erfüllt. Es wäre Sache der Bw. gewesen, zur Aufklärung der unklaren Gestaltung besonders beizutragen und für eine konkrete Dokumentation der Vereinbarung und der erbrachten Leistungen vorzusorgen sowie Beweismittel zu beschaffen.

Wegen des Fehlens einer betrieblichen Veranlassung für die Zahlung von 411.955,86 S ist von einer Vorteilszuwendung an eine nahestehende Person auszugehen, die dem Gesellschafter-Geschäftsführer als verdeckte Ausschüttung im Sinne obiger Ausführungen zuzurechnen ist.

Ausgaben für Web Server Design, Werbung

Von folgendem Sachverhalt ist auszugehen:

Von der Firma A. Enterprise Co mit Sitz in Hongkong wurden für November 1999, Dezember 1999 und Jänner 2000 Rechnungen über insgesamt 439.054,17 S für Werbeeinschaltungen in EDV-Zeitschriften in Osteuropa sowie anschließend für den Zeitraum Februar 2000 bis August 2001 monatliche Rechnungen in unterschiedlicher

Höhe über insgesamt 4.740.759,30 S für Internetdienstleistungen gelegt. Der Aufwand wurde von der Bw. unter "sonstiger Werbeaufwand" verbucht.

Laut S. F. war sein Vater, Ming F., Gesellschafter der Firma A. . Auch sein Bruder war für diese Firma tätig.

Zur Frage der Werbeeinschaltungen wurde in der Berufung erläutert, dass die Bw. für den Markt in Polen und Ungarn zuständig gewesen sei.

Laut den Rechnungen handelt es sich bei den Internetdienstleistungen um Web Server Design uä. für die Fa. P. in Taiwan und Ungarn. Die Finanzierung durch die Bw. wurde damit erklärt, dass auch die Bw. auf den Web-Sites beworben wurde.

An der angeblichen Geschäftsbeziehung der Bw. mit der Fa. A. sind folgende Umstände als auffällig und als im Geschäftsverkehr unüblich zu bezeichnen:

- Anlässlich der Befragung über die Webpage der Fa. P. in Ungarn äußerte Hr. F. Zweifel an deren Existenz.
- Hr. F. erhielt am 14. März 2000 eine Rechnung der Fa. A. mit der Aufforderung diese im Detail zu überprüfen und zu korrigieren. Die Erklärung, dass mit "Detail" lediglich der Firmenwortlaut gemeint war, ist unglaublich.
- Eine Erklärung für eine Blankorechnung der Fa. A. mit zwei Unterschriften blieb Hr. F. schuldig.
- Außer den Rechnungen existieren keine schriftlichen Unterlagen über die Geschäftsbeziehung mit der Fa. A.

Das Vorliegen von schriftlichen Aufzeichnungen ist zwar keine zwingende Voraussetzung für die Anerkennung von Aufwendungen. Das Fehlen von schriftlichen Vereinbarungen kann jedoch in Anbetracht der konkreten Umstände als ein Indiz gewertet werden, dass die Fa. A. tatsächlich keine Leistungen erbracht hat. Ist es doch im Geschäftsleben üblich, dass die Erbringung von Leistungen, die zu Zahlungen in beträchtlicher Höhe führen, auf schriftlich fixierten Bedingungen basiert.

Die angeblichen Leistungen der Fa. A. wurden in keiner Weise näher spezifiziert. Auch die Berufung beschränkt sich auf allgemein gehaltene Behauptungen, ohne einen konkreten Nachweis zu erbringen. Offen ist auch, auf Grund welcher Vereinbarung sich die Bw. zur Finanzierung der Webpage der Fa. P. Taiwan verpflichtet haben soll. Mangels Mitwirkung der Bw. im Rechtsmittelverfahren wurde auch gegenüber der Abgabenbehörde zweiter Instanz der Sachverhalt nicht weiter aufgeklärt.

Von der Bw. konnte weder die ungewöhnliche Geschäftsgebarung erklärt werden noch konnte insbesondere glaubwürdig gemacht werden, dass von der Fa. A. tatsächlich Leistungen an die Bw. erbracht wurden. Da nach Angabe des Geschäftsführers die Fa. A. seinem Vater gehörte, sind für die Rechtsbeziehungen zur Fa. A. die bereits erläuterten Grundsätze für Angehörigenverträge zu beachten. In Anbetracht der zum großen Teil im Dunklen gebliebenen näheren Umstände sind ebenso wie beim Berufungspunkt "Marktstudien" die Kriterien für Verträge mit nahen Angehörigen nicht erfüllt und wurde auch der erhöhten Mitwirkungspflicht bei Auslandssachverhalten durch die Bw. nicht Rechnung getragen.

In freier Beweiswürdigung ist die Abgabenbehörde zweiter Instanz zum Ergebnis gelangt, dass eine Geschäftsverbindung der Bw. mit der Fa. A. nicht als erwiesen angenommen werden kann und die von der Gesellschaft gewährten Vorteile an eine dem Gesellschafter nahe stehende Person geflossen sind.

Die Zurechnung einer verdeckten Ausschüttung an den Gesellschafter-Geschäftsführer erfolgte daher in diesem Berufungspunkt zu Recht.“

Der Bw. hat im Berufungsverfahren vorgebracht, es sei ihm im Finanzstrafverfahren gelungen, die Anschuldigungen betreffend Scheinfirmen und Gefälligkeitsrechnungen zu entkräften, weshalb das Verfahren mit einem Freispruch geendet habe. Daraus folge, dass die im Haftungsbescheid ausgewiesene Forderung jeglicher Grundlage entbehre.

Diese Einwendungen betreffen das Verschulden des Beschwerdeführers an der Uneinbringlichkeit, weil er im Zeitpunkt der Fälligkeit der Abgaben noch nicht gewusst hätte, dass die Behörde später zu einem anderen Ergebnis kommen werde.

Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist von der objektiven Richtigkeit dieser Abgabenfestsetzung auszugehen. Die Haftung nach § 9 BAO erfordert allerdings eine schuldhafte Verletzung der dem Vertreter auferlegten Pflichten. Deshalb ist eine Auseinandersetzung mit den Einwendungen des Bw., dass ihn kein Verschulden getroffen habe, erforderlich (vgl. VwGH 18.4.2007, 2004/13/0046 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Im angesprochenen Urteil des Landesgerichtes Korneuburg vom 9. Juli 2008, XYZ, mit dem der Bw. gemäß § 259 Z 3 StPO freigesprochen wurde, wird ausgeführt:

„Der Angeklagte machte als Geschäftsführer der P. HandelsgesmbH durch seine steuerliche Vertreterin Mag. M.S., Steuerberaterin, Betriebsausgaben für die Jahre 1999 bis 2001 geltend, welche die Kapitalertragsteuer minderten. Entgegen den Anzeige- und Anklagebehauptungen kann allerdings nicht festgestellt werden, dass ein Aufwand von ATS 411.955,86 für Marktstudien von K. in China, Honkong und Vietnam nicht aufgewendet worden wären. Tatsächlich handelt es zwar bei der Studienerstellerin K. um die Mutter des Angeklagten, welche jedoch über ausreichend geschäftliche Erfahrung in den genannten Ländern verfügt, um eine derartige Studie herzustellen. Auch dass der Preis für diese Studie überhöht gewesen wäre, kann mit der für das Strafverfahren erforderlichen Sicherheit nicht konstatiert werden. Der Angeklagte hat namens der P. HandelsgesmbH des weiteren Werbeaufwand getätigt, und zwar wendete er für Leistungen der A. Enterprise Co mit Sitz in Hongkong im Jahr 1999 ATS 361.473,84, im Jahr 2000 ATS 1.471.859,87 sowie endlich im Jahr 2001 ATS 3.346.479,76 auf. Auch dieser Werbeaufwand kann im Zweifel als tatsächlich erbracht angesehen werden; es kann jedenfalls nicht festgestellt werden, dass es sich dabei um Scheinrechnungen handelte.“

Dem Finanzamt ist zwar zuzugestehen, dass das Vorliegen eines strafrechtlich relevanten Verhaltens oder gar einer strafgerichtlichen Verurteilung nicht Voraussetzung der Haftungsinanspruchnahme bildet (vgl. etwa das Erkenntnis vom 6. Juli 2006, 2006/15/0030), jedoch ergibt sich aus der obigen Zitierung aus dem Gerichtsurteil, dass dem Bw. weder vorsätzliches noch fahrlässiges Handeln vorzuwerfen ist. Es war für ihn daher nicht vorhersehbar, dass die o.a. Betriebsausgaben durch die Betriebsprüfung nicht anerkannt wurden.

Daher ist nach Ansicht der Abgabenbehörde zweiter Instanz diesbezüglich keine Pflichtverletzung des Bw. gegeben.

Der Berufung war daher statzugeben und der angefochtene Bescheid aufzuheben.

Wien, am 2. Oktober 2009