



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Finanzstrafsenat Wien 3

GZ. FSRV/0023-W/09

Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat Wien 3 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Karl Kittinger, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrätin Dr. Michaela Schmutzer sowie die Laienbeisitzer Herbert Frantsits und Mag. Dr. Jörg Krainhöfner als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw., wegen des Finanzvergehens der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 1 des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 9. Februar 2009 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Finanzamt Wien 1/23 als Organ des Finanzamtes Hollabrunn Korneuburg Tulln vom 23. Dezember 2008, SpS, nach der am 13. Oktober 2009 in Anwesenheit des Beschuldigten, der Amtsbeauftragten AB sowie der Schriftführerin M. durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben und das angefochtene Erkenntnis im Strafausspruch abgeändert, welcher wie folgt zu lauten hat:

Gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG, unter Bedachtnahme auf § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG, wird über A.S. (Bw.) eine Geldstrafe in Höhe von € 11.600,00 und eine gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 29 Tagen verhängt.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 23. Dezember 2008, SpS, wurde der Bw. der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 1 FinStrG für schuldig erkannt, er habe im Bereich des Finanzamtes Hollabrunn Korneuburg Tulln vorsätzlich unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- und Wahrheitspflicht eine Verkürzung von Umsatzsteuer 2002 in Höhe von € 1.072,71, Umsatzsteuer 2003 in Höhe von € 2.886,21, Umsatzsteuer 2004 in Höhe von € 3.097,93, Umsatzsteuer 2005 in Höhe von € 2.770,10, Umsatzsteuer 2006 in Höhe von € 1.087,50, Einkommensteuer 2003 in Höhe von € 7.716,10, Einkommensteuer 2004 in Höhe von € 10.443,78, Einkommensteuer 2005 in Höhe von € 6.596,46 und Einkommensteuer 2006 in Höhe von € 3.787,13 (gesamt € 39.337,72) bewirkt.

Gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG wurde über den Bw. deswegen eine Geldstrafe in Höhe von € 15.200,00 und eine gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 38 Tagen verhängt.

Gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG wurden die vom Bw. zu ersetzenden Kosten des Finanzstrafverfahrens mit € 363,00 bestimmt.

Zur Begründung wurde dazu seitens des Spruchsenates ausgeführt, im Rahmen von Ermittlungen der Finanzverwaltung sei festgestellt worden, dass der Bw. bei der Fa. X. neben offiziellen Wareneinkäufen mittels Kundenkarte auch Einkäufe ohne Nennung seines Namens (sogenannte Bareinkäufe) getätigt habe. Im Zuge der diesem Strafverfahren zugrunde liegenden Außenprüfung seien diese nicht verbuchten Vorgänge im Wege einer Wareneinsatz/Umsatzzuschätzung (Berechnung mittels eines gewogenen durchschnittlichen Rohaufschlagskoeffizienten) umsatz- und ertragsteuerlich erfasst worden.

Daneben sei mittels eines inneren Betriebsvergleiches, dass der für das Jahr 2006 erklärte Rohaufschlag bei den 10%-igen Umsätzen erheblich von den Rohaufschlägen der Vorjahre abweiche, eine kalkulatorische Zurechnung in Höhe von € 14.500,00 erfolgt.

In seiner Einvernahme vom 9. September 2008 habe sich der Bw. grundsätzlich geständig gezeigt, habe jedoch die materielle Richtigkeit der Höhe der kalkulatorischen Zurechnungen durch die Betriebsprüfung bestritten. Nicht ausreichend seien Privatbedarf, Personalverbrauch sowie Gratisaktionen berücksichtigt worden, sodass zur Ermittlung des strafbestimmenden Wertbetrages die Zurechnungen der Betriebsprüfung um ein Viertel zu kürzen seien.

Der inkriminierte Tatbestand sei weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht in Abrede gestellt worden.

Schadensgutmachung sei nicht erfolgt.

Der Bw. weise eine Vorstrafe aus.

Nach Wiedergabe der maßgeblichen Gesetzesbestimmungen stellte der Spruchsenat fest, dass das Verhalten des Bw. das vom Gesetz vorgegebene Tatbild in objektiver und subjektiver Hinsicht erfülle, da davon auszugehen sei, dass dem Bw. als realitätsbezogenem im Wirtschaftsleben stehenden Geschäftsmann die ihn treffenden abgabenrechtlichen Verpflichtungen, ebenso wie die Konsequenz pflichtwidrigen Verhaltens, nämlich das Bewirken von Abgabenverkürzungen bekannt gewesen sei.

Bei der Strafbemessung sah der Spruchsenat als mildernd keinen Umstand, als erschwerend hingegen eine Vorstrafe an.

Gegen dieses Erkenntnis des Spruchsenates richtet sich die vorliegende frist- und formgerechte Berufung des Bw. vom 9. September 2009, mit welcher die Strafhöhe angefochten wird.

Der Bw. führt aus, mit großem Entsetzen das Erkenntnis des Spruchsenates vom 23. Dezember 2008 gelesen zu haben und es sei ihm auch bewusst, sich durch seine fahrlässige Handlungsweise schuldig gemacht zu haben. Womit er sich nicht abfinden könne, sei der Umstand, dass man ihm vorwerfe, vorsätzlich gehandelt zu haben.

Im angefochtenen Erkenntnis seien mildernde Umstände leider vollkommen außer Acht gelassen worden.

Der Bw. habe sich zu jedem Zeitpunkt während seiner Einvernahme kooperativ und geständig verhalten (Verweis auf die Niederschrift vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz), sein Wille zur Schadensgutmachung sei vorhanden (Konkursverfahren sei noch immer nicht abgeschlossen) und er habe im guten Glauben gehandelt und sei in Beweisnotstand.

Außerdem weise er darauf hin, dass dem Finanzamt seine Einkommens- und Vermögenssituation und daher auch der Umstand bekannt sei, dass eine Strafe in der Höhe für ihn unmöglich zu begleichen sei. Er könne seinen bei Gericht vorgelegten Zahlungsplan nicht einhalten und es würde dadurch der Privatkonkurs folgen.

Da es ihm trotz seines Alters gelungen sei, nach einem halben Jahr intensiver Arbeitssuche endlich wieder einen Arbeitsplatz zu bekommen, hätte auch die Ersatzfreiheitsstrafe wirklich

drastische Auswirkung auf seine künftige finanzielle Situation. Der Bw. würde seinen Arbeitsplatz verlieren. Man könne sich sicher vorstellen, dass man mit 44 Jahren mit bereits bestehendem Bandscheibenvorfall nicht so leicht wieder eine Anstellung bekomme.

Wie sicher bekannt sei, habe der Bw. für vier minderjährige Kinder Unterhaltszahlungen zu leisten.

Weiters bringt der Bw. vor, zutiefst zu bedauern, dass er sich einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht habe und er ersuche um die Möglichkeit, sein Leben wieder in den Griff zu bekommen, sodass er seinen Arbeitsplatz nicht verliere und es ihm auch möglich sei, seine Strafe und Schulden zu begleichen.

Aus diesen Gründen beantrage der Bw. ein milderes Urteil.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 33 Abs. 1 FinStrG macht sich einer Abgabenhinterziehung schuldig, wer vorsätzlich unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht eine Abgabenverkürzung bewirkt.

Gemäß § 8 Abs. 1 FinStrG handelt vorsätzlich, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, dass der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.

Gemäß § 23 Abs. 1 FinStrG ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe die Schuld des Täters.

Abs. 2: Bei der Bemessung der Strafe sind die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Im Übrigen gelten die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß.

Abs. 3: Bei der Bemessung der Geldstrafe sind auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen.

Abs. 4: Bei Finanzvergehen, deren Strafdrohung sich nach einem Wertbetrag richtet, ist die Bemessung der Geldstrafe mit einem ein Zehntel des Höchstausmaßes der angedrohten Geldstrafe unterschreitenden Betrag nur zulässig, wenn besondere Gründe vorliegen.

§ 186. (1) Bestrafungen durch Finanzstrafbehörden gelten mit Ablauf der im Abs. 3 genannten Fristen als getilgt. Mit der Tilgung erlöschen, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, die kraft Gesetzes mit der Bestrafung verbundenen Folgen.

(2) Getilgte Bestrafungen dürfen bei der Strafbemessung nicht berücksichtigt und in Auskünften an Gerichte oder andere Behörden nicht aufgenommen werden. Der Bestrafte ist nicht verpflichtet, getilgte Bestrafungen auf Befragen vor Gericht oder einer anderen Behörde anzugeben.

(3) Die Tilgungsfrist beginnt, sobald die Strafen vollzogen oder nachgesehen worden sind oder die Vollstreckbarkeit verjährt ist. Sie beträgt drei Jahre bei Bestrafungen wegen Finanzordnungswidrigkeiten und fünf Jahre bei Bestrafungen wegen aller übrigen Finanzvergehen.

(4) Wird jemand rechtskräftig wegen eines Finanzvergehens bestraft, bevor eine oder mehrere frühere Bestrafungen wegen Finanzvergehen getilgt sind, so tritt die

Tilgung aller Bestrafungen nur gemeinsam und zwar erst mit dem Ablauf der Tilgungsfrist ein, die am spätesten endet.

Mit der gegenständlichen Berufung bringt der Bw. keine Einwendungen gegen die Höhe der der erstinstanzlichen Bestrafung zugrunde gelegten Verkürzungsbeträge an Umsatzsteuer 2002 bis 2006 und Einkommensteuer 2003 bis 2006 vor und auch der Unabhängige Finanzsenat hegt keinerlei Bedenken in Bezug auf das Vorliegen der objektiven Tatseite, wurden doch die diesbezüglich vom Bw. im Rahmen der Beschuldigteneinvernahme vom 9. September 2008 vorgebrachten Einwendungen vollinhaltlich berücksichtigt, eine vom Mehrergebnis der Betriebsprüfung abweichende Berechnung der Verkürzungsbeträge vorgenommen und der erstinstanzlichen Bestrafung zugrunde gelegt.

Zur subjektiven Tatseite bringt der Bw. vor, sich nicht damit abfinden zu können, dass man ihm eine vorsätzliche Handlungsweise vorwerfe. Er sei sich jedoch bewusst, sich einer fahrlässigen Handlungsweise schuldig gemacht zu haben.

Diesem Berufungsvorbringen ist die geständige Rechtfertigung des Bw. im Rahmen seiner Einvernahme als Beschuldigter vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 9. September 2008 entgegen zu halten, im Rahmen der er einbekannte, Einkommensteuer und Umsatzsteuer in noch zu bestimmender Höhe hinterzogen zu haben, wobei er die Höhe der im Einleitungsbescheid vom 19. August 2008 angeschuldigten Verkürzungsbeträge mit dem Einwand, bei der kalkulatorischen Zurechnung durch die Betriebsprüfung seien der Privatbedarf, der Personalverbrauch sowie Gratisaktionen nicht ausreichend berücksichtigt worden, in Frage stellte. Wie bereits ausgeführt, wurde diesen Einwendungen des Bw. gefolgt und der der erstinstanzlichen Bestrafung zugrunde gelegte strafbestimmende Wertbetrag zu Gunsten des Bw. neu berechnet.

Der Bw. hat im Rahmen der Beschuldigteneinvernahme vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz freimütig, und in Anbetracht der Feststellungen der Betriebsprüfung für den Unabhängigen Finanzsenat völlig unbedenklich, das Vorliegen einer Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 1 FinStrG einbekannt und sein Fehlverhalten durch die grundsätzlich angespannte Situation in der Gastronomiebranche und mit Konkurrenzdruck begründet. Am Vorliegen einer vorsätzlichen Handlungsweise des Bw. dahingehend, durch Abgabe unrichtiger Umsatz- und Einkommensteuererklärungen für die verfahrensgegenständlichen Jahre eine zu geringe Abgabenfestsetzung dadurch herbeigeführt zu haben, indem er Wareneinkäufe und daraus resultierende Umsätze und Einkünfte nicht in den Steuererklärungen offen gelegt hat, bestehen keine wie immer geartete Zweifel.

Entsprechend der Bestimmung des § 23 FinStrG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Schuld des Täters, wobei Erschwerungs- und Milderungsgründe gegeneinander abzuwägen sind und bei der Bemessung der Geldstrafe auf die persönlichen Verhältnisse und auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Beschuldigten Rücksicht zu nehmen ist.

Ausgehend von einem Hinterziehungsvorsatz (Eventualvorsatz) des Bw. sah der Spruchsenat bei der Strafbemessung als mildernd keinen Umstand, als erschwerend hingegen eine Vorstrafe an. Dazu ist festzustellen, dass erstinstanzlich bei der Strafbemessung der Milderungsgrund der geständigen Rechtfertigung des Bw. (Beschuldigtenvernehmung vom 9. September 2008) zu Unrecht unberücksichtigt blieb.

Des Weiteren ist die vom Spruchsenat als erschwerend angesehene Vorstrafe mittlerweile als getilgt anzusehen. Über den Bw. wurde nämlich mit Strafverfügung der Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 18. August 2005 (rechtskräftig am 29. August 2005) wegen des Finanzvergehens der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG eine Geldstrafe von € 1.240,00 verhängt, welche am 10. Mai 2006 (= Beginn der Tilgungsfrist gemäß § 186 Abs. 3 FinStrG) bezahlt wurde und somit gemäß § 186 FinStrG mit 10. Mai 2009 als getilgt anzusehen ist.

Es ist daher bei der Strafneubemessung durch den Unabhängigen Finanzsenat der weitere Milderungsgrund der finanzstrafrechtlichen Unbescholtenheit des Bw. zu berücksichtigen.

Auch ist, entgegen den Feststellungen des Spruchsenates, vom Milderungsgrund der teilweisen (geringfügigen) Schadensgutmachung auszugehen. Von den verfahrensgegenständlichen Verkürzungsbeträgen haften die Umsatzsteuer 2002 und 2006 in Höhe von insgesamt € 2.160,21 nicht mehr am Abgabekonto des Bw. aus.

Dem gegenüber blieb nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates erstinstanzlich auch der Erschwerungsgrund der Fortsetzung des deliktischen Verhaltens des Bw. über einen Zeitraum von fünf Jahren zu Unrecht unberücksichtigt und ist im Rahmen der Strafneubemessung durch den Berufungssenat zu Ungunsten des Bw. ins Kalkül zu ziehen.

Zu Recht bringt der Bw. seine äußerst eingeschränkte wirtschaftliche Situation vor, wobei auszuführen ist, dass der Spruchsenat zu dem gemäß § 23 Abs. 3 FinStrG bei der Strafbemessung zu berücksichtigenden persönlichen Verhältnissen und zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit keinerlei Feststellungen getroffen hat.

Der Bw. befindet sich in Privatkonkurs und mit Beschluss des Landesgerichtes St. Pölten vom 5. August 2009 wurde gegen ihn das Abschöpfungsverfahren eingeleitet, sodass von einer

äußerst eingeschränkten wirtschaftlichen Situation des Bw. bei Sorgepflichten für vier Kinder bei der Strafneubemessung auszugehen ist. Die bei der Abgabenbehörde erster Instanz aushaftenden Abgabenschuldigkeiten (von der Einbringung ausgesetzt) betragen € 86.827,64. Die Gesamtschulden im Privatkonkurs belaufen sich auf mehr als € 300.000,00.

Wenn der Bw. in der gegenständlichen Berufung ausführt, dass es für ihn in Anbetracht seiner Einkommens- und Vermögenssituation unmöglich sei, die verhängte Geldstrafe zu begleichen, so ist ihm dazu entgegenzuhalten, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Verhängung einer Geldstrafe auch dann gerechtfertigt ist, wenn es die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschuldigten wahrscheinlich erscheinen lassen, dass er nicht in der Lage sein wird, diese zu bezahlen. Nur bei der Bemessung der Höhe sind neben den mildernden und erschwerenden Gründen auch die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse zu berücksichtigen (z.B. VwGH 5.9.1985, 85/16/0044).

Eine derartige Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse ist, wie oben ausgeführt, durch Neubemessung einer Geldstrafe im unteren Bereich des Strafrahmens jedenfalls erfolgt.

Bedenkt man, dass im gegenständlichen Fall die Höchststrafe € 78.895,00 beträgt, so wird deutlich, dass mit der nunmehr vom Unabhängigen Finanzsenat neu bemessenen Geldstrafe die äußerst eingeschränkte wirtschaftliche Situation des Bw. und seine Sorgepflichten für vier Kinder maßgeblich zu seinen Gunsten berücksichtigt wurden.

Auch die gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafe entspricht dem festgestellten Verschulden des Bw. unter Berücksichtigung der obgenannten Milderungs- und Erschwerungsgründe.

Einer weiteren Strafreduktion standen insbesondere generalpräventive Erwägungen entgegen, die es dem Unabhängigen Finanzsenat nicht ermöglichten, bei nur in einem sehr geringen Umfang erfolgter Schadensgutmachung mit einer weiteren Strafherabsetzung vorzugehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 13. Oktober 2009