



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Finanzstrafsenat Wien 2

GZ. FSRV/0087-W/09

## Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat Wien 2 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Karl Kittinger, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrat Mag. Gerhard Groschedl sowie die Laienbeisitzer Direktor Herbert Frantsits und Kommerzialrat Gottfried Hochhauser als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw., vertreten durch Dr. Wolfgang Schwarz, Rechtsanwalt, 1040 Wien, Mattellistraße 3, wegen der Finanzvergehen der Finanzordnungswidrigkeiten gemäß § 49 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 14. Februar 2007 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Finanzamt Wien 1/23 als Organ des Finanzamtes Wien 4/5/10, vom 20. November 2006, SpS, nach der am 9. Februar 2010 in Abwesenheit des Beschuldigten und in Anwesenheit seines Verteidigers, der Amtsbeauftragten AB sowie der Schriftführerin M. durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

I.) Der Berufung wird teilweise Folge gegeben und der Spruch des erstinstanzlichen Erkenntnisses wie folgt neu gefasst:

XY (Bw.) ist schuldig, er hat im Bereich des Finanzamtes Wien 4/5/10 vorsätzlich Abgaben, die selbst zu berechnen sind, nicht spätestens am 5. Tag nach jeweiliger Fälligkeit entrichtet oder abgeführt, ohne der zuständigen Abgabenbehörde bis zu diesem Zeitpunkt die Höhe des geschuldeten Betrages bekannt zu geben, und zwar

a) als für die Wahrnehmung der abgabenrechtlichen Belange der Fa. F-GmbH (nunmehr Fa S-GmbH i.L.) verantwortlicher Geschäftsführer Vorauszahlungen an Umsatzsteuer für die Monate 7/2005 in Höhe von € 1.607,77, 8/2005 in Höhe von € 1.290,23, 9/2005 in Höhe von € 1.912,49, 10/2005 in Höhe von € 2.442,07, 11/2005 in Höhe von € 2.176,69, Lohnsteuer 1-12/2005 in Höhe von € 1.119,76 und 1-2/2006 in Höhe von € 859,12, Dienstgeberbeiträge zum Ausgleichsfond für Familienbeihilfen samt Zuschläge 1-12/2005 in Höhe von € 1.273,93 und 1-2/2006 in Höhe von € 1.211,28; und weiters

b) als Machthaber und damit für die Wahrnehmung der steuerlichen Belange der Fa. N-GmbH Verantwortlicher

Vorauszahlungen an Umsatzsteuer 6-8/2004 in Höhe von € 31.993,66; und weiters

c) als für die Wahrnehmung der abgabenrechtlichen Belange der Fa. N-GmbH verantwortlicher Geschäftsführer

Vorauszahlungen an Umsatzsteuer 9 und 12/2004 in Höhe von € 134.331,70 sowie

d) als für die Wahrnehmung der abgabenrechtlichen Belange der Fa. K-GmbH verantwortlicher Geschäftsführer

Lohnsteuer 1-11/2005 in Höhe von € 10.482,56 sowie Dienstgeberbeiträge zum Ausgleichsfond für Familienbeihilfe samt Zuschlägen in Höhe von € 17.840,55

XY hat hiedurch die Finanzvergehen der Finanzordnungswidrigkeiten gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen.

Gemäß § 49 Abs. 2 FinStrG, unter Bedachtnahme auf § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG, wird über ihn deswegen eine Geldstrafe in Höhe von € 25.000,00 und eine gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit anderen Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 30 Tagen verhängt.

Gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG hat der Bw. die Kosten des Finanzstrafverfahrens in Höhe von € 363,00 zu ersetzen.

Hingegen wird das gegen den Bw. wegen des Verdachtes der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG geführte Finanzstrafverfahren, er habe als für die Wahrnehmung der abgabenrechtlichen Belange der Fa. F-GmbH verantwortlicher Geschäftsführer vorsätzlich Kapitalertragsteuer für verdeckte Gewinnausschüttungen für die Zeiträume 9-12/2004 in Höhe von € 1.400,00 und 1-2/2006 in Höhe von € 1.800,00 nicht spätestens am 5. Tag nach jeweiliger Fälligkeit entrichtet, gemäß §§ 136, 157 FinStrG eingestellt.

II.) Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

## Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 20. November 2006, SpS, wurde der Bw. der Finanzordnungswidrigkeiten gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG für schuldig erkannt, er habe im Bereich des Finanzamtes Wien 4/5/10 vorsätzlich Abgaben, die selbst zu berechnen sind, nicht spätestens am 5. Tag nach Fälligkeit entrichtet oder abgeführt, ohne der zuständigen Abgabenbehörde bis zu diesem Zeitpunkt die Höhe des geschuldeten Betrages bekannt zu geben, und zwar

a) als für die Wahrnehmung der abgabenrechtlichen Obliegenheiten der Fa. F-GmbH verantwortlicher Geschäftsführer

Umsatzsteuer für 7/2005 in Höhe von € 1.607,77, 8/2005 in Höhe von € 1.290,23, 9/2005 in Höhe von € 1.912,49, 10/2005 in Höhe von € 2.442,07, 11/2005 in Höhe von € 2.176,69 und Lohnsteuer 1-12/2005 in Höhe von € 1.119,76,

Dienstgeberbeiträge zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen samt Zuschlägen für 1-12/2005 in Höhe von € 1.273,93 und 1-2/2006 in Höhe von € 859,12 und

Dienstgeberbeiträge zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen samt Zuschlägen für 1-2/2006 in Höhe von € 1.211,28 und

Kapitalertragsteuer für verdeckte Gewinnausschüttungen für den Zeitraum 9-12/2005 in Höhe von € 1.400,00 und 1-2/2006 in Höhe von € 1.800,00; und weiters

b) als Machthaber und damit für die Wahrnehmung der abgabenrechtlichen Obliegenheiten der Fa. N-GmbH Verantwortlicher

Umsatzsteuer 6-8/2004 in Höhe von € 153.993,96; sowie weiters

c) als Geschäftsführer der Fa. N-GmbH und der Fa. K-GmbH Umsatzsteuer für 9 und 12/2004 in Höhe von € 22.031,70,

Lohnsteuer für 1-11/2005 in Höhe von € 10.482,56 und

Dienstgeberbeiträge zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen samt Zuschlägen für 1-11/2005 in Höhe von € 17.840,55.

Gemäß § 49 Abs. 2 FinStrG wurde über den Bw. deswegen eine Geldstrafe in Höhe von € 40.000,00 und eine gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 50 Tagen verhängt.

Gemäß § 28 Abs. 1 FinStrG wurde die Haftung der nebenbeteiligten Gesellschaften für die über den Bw. verhängte Geldstrafe ausgesprochen und zwar betreffend die Fa. F-GmbH in Höhe von € 5.000,00,

Fa. N-GmbH in Höhe von € 32.000,00 und die  
Fa. K-GmbH in Höhe von € 2.000,00.

Gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG habe der Bw. die Kosten des Finanzstrafverfahrens in Höhe von € 363,00 zu ersetzen.

Zur Begründung wurde seitens des Spruchsenates ausgeführt, der Bw. sei trotz ausgewiesener Ladung unentschuldig vor dem Spruchsenat nicht erschienen, weshalb in seiner Abwesenheit gemäß § 126 FinStrG zu entscheiden gewesen wäre.

Über die aktuellen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Bw. sei dem Spruchsenat mangels Verfahrensbeteiligung nichts bekannt.

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 26. September 2005GZ., sei über den Bw. wegen des Finanzvergehens der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG eine Geldstrafe in Höhe von € 6.000,00 und eine für den Fall der Uneinbringlichkeit zu bestimmende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 15 Tagen verhängt worden.

Die für den Bereich dieses Verfahrens maßgeblichen steuerlichen Bestimmungen seien dem Bw. nach seiner Verantwortung vom 19. September 2005 vor dem Finanzamt bekannt gewesen.

Der Bw. sei im Friseurgewerbe tätig. Er betreibe bzw. er habe betrieben

1) die Fa. N-GmbH, in welcher er seit 29. Oktober 2004 als Geschäftsführer fungiere. Die 100%-ige Gesellschafterin sei seine Gattin Z.U.. Die Gesellschaft sei seit dem 18. Oktober 2005 in Konkurs.

2) die Fa. K-GmbH, in der der Bw. seit 21. Oktober 2004 als Geschäftsführer fungiere. Die 100%-ige Gesellschafterin sei I.U.. Das Unternehmen befinde sich seit 22. Dezember 2005 in Konkurs.

3) die Fa. F-GmbH, in der der Bw. seit Gründung am 21. Dezember 2004 als Geschäftsführer fungiere. Die 100%-ige Gesellschafterin sei bis 3. Juli 2006 die Fa. K-GmbH gewesen und sei nunmehr I.U..

Im Zeitraum 7-11/2005 habe der Bw. als Geschäftsführer der Fa. F-GmbH vorsätzlich die monatliche Umsatzsteuer nicht gemeldet und nicht entrichtet, gleiches gelte für die lohnabhängigen Abgaben für 1-12/2005 sowie 1,2/2006. Schließlich habe er vorsätzlich zu Folge der Umsatzzurechnung für verdeckte Gewinnausschüttungen Kapitalertragsteuer für 9-12/2005 sowie 1/2006 nicht entrichtet, wobei für alle drei genannten Steuern bezüglich der

Höhe feststellend zur Vermeidung von Wiederholungen auf Punkt a) des Spruchsenatserkenntnisses verwiesen werde.

Einer anlässlich der Betriebsprüfung am 20. April 2006 erstatteten Selbstanzeige komme mangels Entrichtung der beantragten Zahlungserleichterung keine strafbefreiende Wirkung zu.

Im Zeitraum 6-8/2004 habe der Bw. als Machthaber und damit für die Wahrnehmung der abgabenrechtlichen Obliegenheiten der Fa. N-GmbH verantwortliche Person vorsätzlich Umsatzsteuer in Höhe von € 153.993,66 nicht termingerecht entrichtet, wobei dieser Betrag auch die Umsatzsteuer für den Verkauf von sieben Friseurbetrieben an die Fa. F-GmbH beinhaltet habe.

Schließlich habe der Bw. als Geschäftsführer der Fa. N-GmbH und der Fa. K-GmbH vorsätzlich Umsatzsteuer und lohnabhängige Abgaben nicht termingerecht entrichtet, wobei auf die Aufgliederung der Zeiträume und Beträge auf Punkt c) des Spruches des erstinstanzlichen Erkenntnisses verwiesen werde. Am 31. Juli 2004 habe die Fa. N-GmbH das operative Geschäft an die Fa. K-GmbH übergeben. Am 18. September 2004 habe der Bw. die Umsatzsteuervoranmeldungen für 9-12/2004 übermittelt. Für 10 und 11/2004 seien Null-Meldungen abgegeben worden, für 9/2004 habe sich eine Zahllast in Höhe von € 9.000,00 und für 12/2004 in Höhe von € 13.031,70 ergeben; diese beiden Beträge stellten auch die strafbestimmenden Wertbeträge dar.

Diese Feststellungen würden sich mangels Verfahrensbeteiligung des Bw. vor dem Spruchsenat auf die Aktenlage, insbesondere die Selbstanzeige und nicht zu bezweifelnde Erhebungen der Finanzbehörden gründen.

Die Annahme des vorsätzlichen Verhaltens des Bw. gründe sich auf seine zugegebene Kenntnis der hier maßgeblichen Bestimmungen und das wiederholte Fehlverhalten.

Rechtlich erfülle das Verhalten des Bw. das Tatbild des Finanzvergehens der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG.

Bei der Strafbemessung sah der Spruchsenat als mildernd eine geringfügige Schadensgutmachung an, als erschwerend hingegen die für einen Teil des deliktischen Verhaltens vorliegende einschlägige Vorstrafe vom 26. September 2005 sowie die länger dauernde Tatbegehung.

Bei diesen Strafzumessungsgründen und der Höhe des strafbestimmenden Wertbetrages von € 221.441,00 halte der Senat eine Geldstrafe in Höhe von € 40.000,00 bzw. eine 50-tägige Ersatzfreiheitsstrafe für angemessen.

Die Kostenentscheidung gründe sich auf die genannte Gesetzesstelle.

Gegen dieses Erkenntnis des Spruchsenates richtet sich die vorliegende frist- und formgerechte Berufung des Bw. vom 14. Februar 2007, mit welcher dieses zur Gänze angefochten wird.

Der Bw. mache geltend, zur mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat nicht gehörig geladen worden zu sein. Er habe die Ladung – mittelbar in Kopie – von dritter Seite erhalten. Dies sei sehr kurzfristig vor dem Verhandlungstermin gewesen, weshalb er mit Schreiben seines ausgewiesenen Anwaltes vom 17. November 2006 um Verlegung des Verhandlungstermins gebeten habe. Die Durchführung der Verhandlung ohne seine gehörige Ladung begründe einen erheblichen Verfahrensmangel, weil er de facto dadurch von einer ihn betreffenden Verwaltungsstrafsache ausgeschlossen worden sei. Dies führe auch zum Umstand, dass er seine Argumente nicht gehörig vortragen habe können und damit in seinen Verteidigerrechten erheblich verletzt worden sei. Auch das Übergehen eines begründeten Gesuches auf Verlegung des Verhandlungstermins stelle eine Verletzung von Verfahrensrechten und Verteidigerrechten dar. Diese Argumente gereichten für sich alleine bereits jetzt dazu, das angefochtene Erkenntnis ersatzlos zu beheben.

Hinsichtlich der zu Punkt a) des angefochtenen Erkenntnisses angelasteten Finanzvergehen (Steuerthematik Fa. F-GmbH) stimmten einerseits die im angefochtenen Erkenntnis (Seite 2) angeführten Beträge (und Widmungen) nicht, andererseits sei wegen verspäteter Zahlung/verspäteter Meldung von Umsatzsteuer, Lohnsteuer/Dienstgeberbeiträgen, Selbstanzeige erstattet und die tatsächlich geschuldeten Beträge auch bezahlt worden. Dies jedenfalls vor Einleitung des Finanzstrafverfahrens. Es werde in diesem Zusammenhang daher der Strafausschließungsgrund der Selbstanzeige (verbunden mit tatsächlicher Zahlung) geltend gemacht, wofür eine Verurteilung zu diesem Beanstandungspunkt nach § 49 FinStrG unzulässig sei.

Kapitalertragsteuern für verdeckte Gewinnausschüttungen seien deswegen nicht angefallen, weil es solche ausgeschütteten Gewinne nicht gegeben habe. Es sei auch nicht präzisiert worden, wem Gewinne zuzurechnen seien (wer die Gewinne tatsächlich gemacht habe) und wer dafür steuerpflichtig sei. Unter dem Punkt a) des Spruchsenatserkenntnisses werde hiefür als Steuerschuldner die Fa. F-GmbH geführt. Gewinne einer Kapitalgesellschaft seien mit der

Körperschaftsteuer zu versteuern, sodass begriffsmäßig eine Kapitalertragsteuer nicht denkbar sei. Kapitalertragsteuern für verdeckte Gewinnausschüttungen würden der Natur nach immer denjenigen betreffen, der den Vermögensvorteil (als steuerlichen Gewinn) tatsächlich erhalten habe. Meist sei dies der Gesellschafter. Hiefür würden jegliche Feststellungen fehlen, auch sei der Spruch in diesem Punkt viel zu ungenau, um dem Erfordernis einer genauen Sachverhaltsfeststellung und deren rechtlichen Wertung nachzukommen.

Betreffend Umsatzsteuer 6-8/2004 der Fa. N-GmbH werde dem Bw. unterstellt, er sei Machthaber/Verantwortlicher für diese Gesellschaft gewesen. Feststellungen dazu würden fehlen. Damit mangle es an der für die Verurteilung wesentlichen Grundlage, dem Bw. (obwohl er nicht handelsrechtlicher Geschäftsführer während dieses Abgabenzeitraumes gewesen sei) wegen Finanzvergehen zu verurteilen. Er rüge auch, dass die Beträge unrichtig seien, jedenfalls nicht dem Buchhaltungsstand der Gesellschaft entsprechen würden und auch nicht anerkannt worden seien. Bescheide dazu gebe es seines Wissens nicht, sodass dazu auch jegliche sonstige Grundlage fehle.

Auch die ihm als Geschäftsführer der Fa. F-GmbH sowie Fa. K-GmbH angelasteten Vergehen seien unrichtig und werden bestritten. Auch dazu wende der Bw. ein, dass diese Beträge falsch seien, jedenfalls nicht dem Buchhaltungsstand der Gesellschaften entsprechen würden und auch nicht anerkannt worden seien. Bescheide dazu gebe es seines Wissens nicht, sodass dazu auch jegliche Grundlage fehle. Der Bw. behalte sich vor, eine ergänzende meritorische Stellungnahme (mit weiteren Beweisanträgen) bis spätestens 31. März 2007 abzugeben.

Der Spruchsenat habe – amtswegig – alle be- und entlastenden Umstände zu berücksichtigen. Es gelte außerdem die Unschuldsvermutung und das Postulat, wonach im Zweifel ein Freispruch zu erfolgen habe. Diesen gesetzlichen Anforderungen widersprechend begründe der Spruchsenat aber den Schuldspruch damit, dass der Bw. der Verhandlung ferngeblieben sei (was aber nicht stimme) und auch mit nicht zu bezweifelnden Erhebungen der Finanzbehörden. Dies sei eine Scheinbegründung. Erhebungen der Finanzbehörden (diese wären konkret anzuführen, zu zitieren und entsprechend zu werten) habe es gar nicht gegeben. Es gebe keine Zeugeneinvernahme eines Referenten des Finanzamtes noch sei der Bw. mit diesen Ergebnissen konfrontiert worden. Er habe diese vielmehr bestritten. Auch darin liege ein geltend gemachter Mangel zur Sache vor.

Der Bw. habe Sorgepflichten für seine Gattin und für zwei minderjährige Kinder. Er verdiene monatlich ca. € 1.000,00. Aufgrund seiner Vermögenssituation sei die verhängte Geldstrafe

unangemessen hoch und bedürfe einer merklichen Herabsetzung (im Fall der Bestätigung der Schuldsprüche).

Es werde daher der Berufungsantrag auf Verfahrenseinstellung bzw. in eventu auf Aufhebung des Erkenntnisses und Durchführung ergänzender Sachverhaltsermittlungen bzw. in eventu auf erhebliche Herabsetzung der Geldstrafe gestellt.

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

*Gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich einer Finanzordnungswidrigkeit schuldig, wer vorsätzlich Abgaben, die selbst zu berechnen sind, Vorauszahlungen an Umsatzsteuer oder Vorauszahlungen an Abgabe von alkoholischen Getränken nicht spätestens am 5. Tag nach Fälligkeit entrichtet oder abführt, es sei denn, dass der zuständigen Abgabenbehörde bis zu diesem Zeitpunkt die Höhe des geschuldeten Betrages bekannt gegeben wird; im übrigen ist die Versäumung eines Zahlungstermines für sich allein nicht strafbar.*

Soweit der Bw. mit seiner Berufung eine Verletzung des Parteiengehörs und seiner Verteidigerrechte mit der Begründung geltend macht, er sei zur mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat nicht gehörig geladen worden bzw. sei einem begründeten Antrag auf Vertagung der Verhandlung nicht Folge geleistet worden, ist er darauf zu verweisen, dass er im Rahmen des gegenständlichen Berufungsverfahrens die Möglichkeit zur umfassenden Nutzung seiner diesbezüglichen Verfahrensrechte hatte und daher nunmehr insoweit nicht mehr beschwert sein kann.

Zur objektiven Tatseite ist zunächst festzustellen, dass dem erstinstanzlichen Erkenntnis unter Schuldspruch a) hinsichtlich der Umsatzsteuervorauszahlungen für die Zeiträume 7-11/2005 eine Selbstanzeige der Fa. F-GmbH vom 20. April 2006 zugrunde liegt, im Zuge derer durch den Bw. als Geschäftsführer dieser GmbH die Umsatzsteuervorauszahlungen dieser Monate in der aus dem Spruch des erstinstanzlichen Erkenntnisses ersichtlichen Höhe offen gelegt wurden, weswegen im Bezug auf die Höhe dieser Verkürzungsbeträge und deren zeitliche Zuordnung keine wie immer gearteten Bedenken bestehen.

Ebenso verhält es sich mit den unter Schuldspruch a) des Spruchsenatserkenntnisses angeführten Lohnabgaben für die Monate 1-12/2005 und 1-2/2006, welche vom Bw. als verantwortlichen Geschäftsführer der Fa. F-GmbH nicht spätestens bis zum 5. Tag nach Fälligkeit entrichtet wurden. Die aus dem erstinstanzlichen Erkenntnis ersichtlichen Beträge an Lohnabgaben beruhen auf den im Zuge einer Außenprüfung festgestellten Abfuhrdifferenzen, welche mit Bescheid vom 10. April 2006 festgesetzt wurden. Diese auf den Lohnkonten der



Fa. F-GmbH ausgewiesenen und vom Bw. nicht entrichteten Lohnabgaben stellen ohne jeden Zweifel die objektive Grundlage für einen Schuldspruch wegen § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG dar.

Das nicht näher ausgeführte Berufungsvorbringen des Bw. dahingehend, die zu Punkt a) angelasteten Finanzvergehen (Steuerthematik der Fa. F-GmbH) stimmten hinsichtlich der im Erkenntnis angeführten Beträge und Widmungen nicht, ist daher keineswegs nachvollziehbar, beruhen doch die der erstinstanzlichen Bestrafung unterzogenen Selbstbemessungsabgaben auf den vom Bw. selbst berechneten Beträgen.

Am 20. April 2006 erstattete der Bw. als Geschäftsführer der Fa. F-GmbH namens dieser GmbH eine Selbstanzeige, welche jedoch gemäß § 29 Abs. 5 FinStrG nur für die (juristische) Person, für die sie erstattet wurde, Wirkung entfalten konnte, sodass eine Selbstanzeige des Bw. nicht vorliegt. Darüber hinaus wurden die selbst angezeigten Beträge auch nicht den Abgabenvorschriften entsprechend im Sinne des § 29 Abs. 2 FinStrG entrichtet. Zwar wurde das mit der Selbstanzeige eingebrachte Ratenansuchen bewilligt und auch eine Rate in Höhe von € 3.500,00 am 24. Mai 2006 entrichtet, welche jedoch, entsprechend der Verrechnungsregel des § 214 Abs. 1 BAO, zur Abdeckung älterer Fälligkeiten diente und zu keiner den Abgabenvorschriften entsprechenden Entrichtung der selbst angezeigten Umsatzsteuervorauszahlungen führte.

Hingegen kann das Berufungsvorbringen des Bw. dahingehend, die der erstinstanzlichen Bestrafung unter Schuldspruch a) unterzogenen Kapitalertragsteuern für die verdeckte Gewinnausschüttungen betreffend die Monate 9-12/2005 in Höhe von € 1.400,00 und 1-2/2006 in Höhe von € 1.800,00 seien deswegen nicht angefallen, weil es auszuschüttende Gewinne gar nicht gegeben habe, nicht widerlegt werden. Die genannten Beträge an Kapitalertragsteuer beruhen auf einer mit Bericht vom 10. Mai 2006 abgeschlossenen Außenprüfung, im Zuge derer Zuschätzungen wegen mangelhafter Aufzeichnungen bzw. fehlender Grundaufzeichnungen als verdeckte Gewinnausschüttung an die Fa. K-GmbH (Alleingesellschafterin) angesehen wurden. Insoweit ist der Unabhängige Finanzsenat zum Ergebnis gelangt, dass das Vorliegen einer Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG aufgrund der Beweislastumkehr im Finanzstrafverfahren weder objektiv noch subjektiv nachweisbar ist. Es kann aufgrund der Verfahrensergebnisse weder erwiesen werden, dass die von der Betriebsprüfung zugeschätzten Beträge tatsächlich verdeckt ausgeschüttet wurden und somit der Gesellschafterin bzw. nahe stehenden Personen zum Vorteil gereicht haben, noch dass der Bw. zum Fälligkeitstag der gegenständlichen Kapitalertragsteuer die Verletzung einer diesbezüglichen Zahlungsverpflichtung billigend in

Kauf genommen hat. Es war daher insoweit mit Verfahrenseinstellung gemäß § 136, 157 FinStrG vorzugehen.

Unter Berufungspunkt 6.) macht der Bw. in der gegenständlichen Berufung geltend, es werde ihn betreffend Umsatzsteuer 6-8/2004 der Fa. N-GmbH unterstellt, er sei Machthaber/Verantwortlicher für diese Gesellschaft gewesen. Feststellungen dazu würden fehlen. Damit mangle es an der für die Verurteilung wesentlichen Grundlagen, ihn (obwohl er nicht handelsrechtlicher Geschäftsführer während dieses Abgabenzitraumes gewesen sei) wegen Finanzvergehen (Finanzordnungswidrigkeit) zu verurteilen.

Dazu ist auszuführen, dass ab der Gründung der Fa. N-GmbH im August 2003 bis 18. Oktober 2004 laut Firmenbuchabfrage E.K. handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser GmbH war. Ab 19. Oktober 2004 bis zur Konkurseröffnung der Fa. N-GmbH am 18. Oktober 2005 war der Bw. in der Folge deren handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit jedenfalls für die Abgabe der verfahrensgegenständlichen Umsatzsteuervoranmeldungen und Entrichtung der Umsatzsteuervorauszahlungen 8,9,12/2004 zuständig und verantwortlich. In einer schriftlichen Rechtfertigung gegenüber der Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 31. März 2006 gab E.K. bekannt, dass er in dem aus dem Firmenbuch ersichtlichen Zeitraum zwar handelsrechtlicher Geschäftsführer der Fa. N-GmbH gewesen sei, für die Buchhaltung und für die Entrichtung der Umsatzsteuervorauszahlungen jedoch der Bw. als Ehemann der Gesellschafterin und eigentlicher Eigentümer der GmbH zuständig gewesen wäre. Der Bw. habe die Finanzamtsüberweisungen persönlich vorgenommen. Als E.K. versucht habe, sich als Geschäftsführer genaueren Überblick über die Gesamtsituation der Fa. N-GmbH zu verschaffen, sei er von seiner Geschäftsführerfunktion am 4. Oktober 2004 abberufen worden und habe das Unternehmen verlassen müssen. Diese Rechtfertigung des E.K. geht auch konform mit der Rechtfertigung des Bw. im Zuge seiner Einvernahme bei der Bundespolizeidirektion Wien am 16. Mai 2006, in welcher er auf die Frage, ob E.K. die Gesellschaft von der Gründung bis zu seiner Ablöse als Geschäftsführer durch den Bw. tatsächlich geleitet habe oder der Bw. von Anfang der faktische Geschäftsführer gewesen sei geantwortet hat, dass er zum handelsrechtlichen Geschäftsführer bestellt worden sei, weil er auch gewerberechtlicher Geschäftsführer gewesen sei. E.K. habe alltägliche Entscheidungen selbst treffen dürfen; die unternehmenswesentlichen Entscheidungen habe jedoch von Anfang an der Bw. selbst getroffen.

Der Unabhängige Finanzsenat hat keinen wie immer gearteten Anlass, an der Richtigkeit der Aussage des E.K. zu zweifeln und geht davon aus, dass der Bw. als faktischer Machthaber und steuerlich Verantwortlicher der Fa. N-GmbH auch für die Entrichtung der

Umsatzsteuervorauszahlungen der Monate 6 und 7/2004 zuständig bzw. verantwortlich war. Der Bw. hat diese Verantwortlichkeit im Rahmen der gegenständlichen Berufung auch nicht dezitiert bestritten, sondern nur ausgeführt, dass Feststellungen dazu fehlen würden. Da es sich bei der Entrichtung der monatlichen Umsatzsteuervorauszahlungen um keine tägliche zu treffende Entscheidung, welche nach der Aussage des Bw. vor der Bundespolizeidirektion E.K. zu treffen befugt war, gehandelt hat, sondern in Anbetracht der schlechten wirtschaftlichen Situation der GmbH um eine monatlich zu treffende wesentliche Entscheidung, ergibt sich auch die Verantwortlichkeit des Bw. schon aufgrund seiner Aussage vor der Polizei. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Finanzsenat hat der Bw. durch seinen Verteidiger in Anbetracht der wiedergegebenen Aktenlage diese Verantwortlichkeit als Machthaber und Entscheidungsträger letztlich auch einbekannt.

Trotz seiner diesbezüglichen Verpflichtung hat der Bw. als faktischer Geschäftsführer und steuerlich Verantwortlicher die Umsatzsteuervorauszahlungen 6-8/2004 sowie als verantwortlicher Geschäftsführer der Fa. N-GmbH die Umsatzsteuervorauszahlungen 9 und 12/2004 nicht spätestens bis zum 5. Tag nach jeweiliger Fälligkeit entrichtet und auch keine zeitgerechten Umsatzsteuervoranmeldungen bei der Abgabenbehörde eingereicht. Am 14. Juli 2005 erfolgte deswegen eine schätzungsweise Festsetzung der Umsatzsteuervorauszahlungen 6-12/2004 in Höhe von € 123.000,00 durch die Abgabenbehörde erster Instanz, gegen welche Berufung erhoben wurde. Am 25. September 2005 wurden sodann seitens der Fa. N-GmbH die entsprechenden Umsatzsteuervoranmeldungen abgegeben, welche jedoch die Umsatzsteuer aus dem Verkauf von sieben Filialen im Dezember 2004 nicht enthielten. Die Höhe der vom Bw. selbst verspätet gemeldeten Umsatzsteuervorauszahlungen betrug für 6/2004 € 10.074,00, für 7/2004 € 13.592,92, für 8/2004 € 8.400,00, für 9/2004 € 9.000,00 und für 12/2004 € 13.031,70.

Unter Schuldspruch b) des erstinstanzlichen Erkenntnisses ist in den Umsatzsteuervorauszahlungen für die Monate 6-8/2004 in Höhe von € 153.993,96 auch die Umsatzsteuer aus dem Verkauf der Filialen an die Fa. F-GmbH, welche am 14. Dezember 2004 gegründet wurde und als Eigentümer-GmbH der Friseursalons dienen sollte, enthalten. Mit Vertrag vom 31. Dezember 2004 wurden seitens der Fa. N-GmbH sieben Filialen an die Fa. F-GmbH verkauft und dafür Umsatzsteuer laut Rechnung vom 31. Dezember 2004 in Höhe von € 112.300,00 in Rechnung gestellt. Die Umsatzsteuer aus dem Verkauf der sieben Filialen in richtiger Höhe von € 112.300,00 (statt im erstinstanzlichen Erkenntnis € 123.000,00) ist daher korrekterweise dem Monat 12/2004 zuzuordnen, für welchen die Umsatzsteuerschuld entstanden ist, die durch den Bw. als verantwortlichen Geschäftsführer am 15. Februar 2005

an die Abgabenbehörde abzuführen gewesen wäre. Der Spruch des erstinstanzlichen Erkenntnisses war daher insoweit zu berichtigen.

Einzige Tatbestandsvoraussetzung einer Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG in subjektiver Hinsicht ist die vorsätzliche Nichtentrichtung von Selbstbemessungsabgaben, im gegenständlichen Fall von Umsatzsteuervorauszahlungen und Lohnabgaben (L, DB, DZ), bis zum 5. Tag nach jeweiliger Fälligkeit. Ob dem Beschuldigten ein Verschulden an der nicht zeitgerechten Meldung dieser Abgaben trifft, ist nicht tatbestandsrelevant. Die zeitgerechte Offenlegung der verfahrensgegenständlichen Selbstbemessungsabgaben hätte lediglich einen objektiven Strafbefreiungsgrund dargestellt.

Unbestritten hatte der Bw. Kenntnis von den Fälligkeitstagen der verfahrensgegenständlichen Umsatzsteuervorauszahlungen und Lohnabgaben. Ganz offensichtlich waren die vom Bw. selbst ins Treffen geführte schwierige finanzielle Situation der im Spruch genannten Firmen und daraus resultierende Liquiditätsengpässe sowie seine Arbeitsüberlastung Ursache und Motiv für die Unterlassung der Zahlung der aus dem Spruch ersichtlichen selbst zu berechnenden Abgaben bis zum 5. Tag nach jeweiliger Fälligkeit. Schon allein aufgrund der Vielzahl der Zahlungspflichtverletzungen hegt der Unabhängige Finanzsenat keinerlei Bedenken hinsichtlich des Vorliegens von Eventualvorsatz im Sinne des § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG. Der Bw. hat im Rahmen der gegenständlichen Berufung die Verwirklichung der subjektiven Tatseite auch nicht dezitiert in Abrede gestellt. Seinem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungssenat, er habe keinesfalls Abgaben hinterziehen wollen und es könne ihm eine vorsätzliche Handlungsweise in diese Richtung nicht gelastet werden, zumal im gerichtlichen Verfahren seitens des Gutachters die Ordnungsgemäßheit der Buchhaltung bestätigt worden sei, ist zu entgegnen, dass ihm eine Abgabenhinterziehung in diesem Verfahren gar nicht angelastet wurde und eine solche daher auch nicht Gegenstand des Verfahrens ist.

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 auch auf die persönlichen Verhältnisse und auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Beschuldigten Rücksicht zu nehmen ist.

Zu Recht sah der Spruchsenat bei der Strafbemessung als mildernd eine geringfügige Schadensgutmachung an. Dazu ist ergänzend auszuführen, dass die im Schuldspruch a) der gegenständlichen Berufungsentscheidung genannten Umsatzsteuervorauszahlungen und Lohnabgaben in Höhe von insgesamt € 13.893,34 nicht mehr am Abgabenkonto der Fa. S-

GmbH i.L. aushaften und insoweit von einer Schadensgutmachung durch den Bw. auszugehen ist. Weiters erfolgte im Rahmen der Fa. K-GmbH eine geringfügige Schadensgutmachung an Lohnsteuer 1-11/2005 in Höhe von € 215,91, sodass der gutgemachte Schaden insgesamt € 14.109,25 beträgt. Es ist daher insgesamt von einer geringfügigen Schadensgutmachung im Ausmaß von unter 7% des Gesamtverkürzungsbetrages auszugehen.

Zudem hat der Unabhängige Finanzsenat als strafmildernd angesehen, dass der Bw. sowohl zur objektiven Tatseite, und zwar durch die (nicht strafbefreiende) Selbstanzeige sowie auch durch die eigenständige (verspätete) Meldung der verfahrensgegenständlichen Selbstbemessungsabgaben, als auch zur subjektiven Tatseite, durch seine einsichtige Verantwortung vor dem Unabhängigen Finanzsenat, eine geständige Verantwortung abgegeben hat.

Demgegenüber steht als erschwerend eine einschlägige Vorstrafe, wurde über den Bw. doch mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 26. September 2005 wegen des Finanzvergehens der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG an Umsatzsteuervorauszahlungen 8-12/2004 und 1-4/2005 in Höhe von insgesamt € 77.814,24 eine Geldstrafe in Höhe von € 6.000,00 (15-tägige Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt.

Hinzu kommen als weiterer Erschwerungsgrund die oftmaligen Tatentschlüsse des Bw. über einen Zeitraum von nahezu zwei Jahren.

Keine Feststellungen hat der Spruchsenat im Bezug auf die gemäß § 23 Abs. 3 FinStrG zu berücksichtigende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bw. und zu seinen persönlichen Verhältnissen getroffen. Festgehalten wird dazu seitens des Unabhängigen Finanzsenates, dass bei der Strafneubemessung von einer äußerst eingeschränkten wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bw. (monatliches Geschäftsführergehalt ca. € 750,00, Sachbezüge in Form der freien Benützung einer Wohnung und eines Firmenfahrzeuges, kein Vermögen, sowie persönliche Schulden und Haftungen im Ausmaß von mehr als € 200.000,00) sowie von Sorgepflichten für die Gattin und zwei minderjährige Kinder auszugehen war.

Unter Berücksichtigung dieser schlechten wirtschaftlichen Situation des Bw. und seiner Sorgepflichtigen und aufgrund der teilweisen Verfahrenseinstellung war mit einer Straferabsetzung auf das aus dem Spruch der gegenständlichen Entscheidung ersichtliche Ausmaß hervorzugehen.

Bedenkt man, dass im gegenständlichen Fall der Strafraumen € 104.270,00 (§ 49 Abs. 2 FinStrG) betragen hätte, so wird deutlich, dass die im unteren Bereich des Strafraumens

bemessene Geldstrafe der äußerst eingeschränkten wirtschaftliche Situation des Bw. und seinen Sorgepflichten gerecht wird.

Einer weitergehenden Strafherabsetzung standen sowohl spezial- als auch generalpräventive Erwägungen entgegen, die es dem Unabhängigen Finanzsenat nicht ermöglichten, bei einer nur in einem sehr geringfügigen Ausmaß erfolgter Schadensgutmachung mit einer weiteren Strafherabsetzung vorzugehen.

Auch die gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit neu bemessene Ersatzfreiheitsstrafe entspricht nach Dafürhalten des Unabhängigen Finanzsenates dem festgestellten Verschulden des Bw. unter Berücksichtigung der obgenannten Milderungs- und Erschwerungsgründe.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG.

Ein Haftungsausspruch gemäß § 28 Abs. 1 FinStrG hatte im gegenständlichen Fall hinsichtlich der nebenbeteiligten Fa. N-GmbH und Fa. K-GmbH deswegen zu unterbleiben, weil beide GmbH´s nach Beendigung vom Konkursverfahren im Firmenbuch gelöscht und daher nicht mehr existent sind.

Ebenso unterblieb ein Haftungsausspruch gegenüber der Fa. S-GmbH i.L. (vormals Fa. F-GmbH). Diese GmbH ist nach Konkursabweisung mangels Masse mit Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 1. Juli 2009, Zl., als vermögenslos anzusehen (Rückstand auf dem Abgabenkonto allein € 138.790,39), weshalb ein Haftungsausspruch gegenüber dieser GmbH undurchsetzbar ist und daher ebenfalls unterbleiben konnte.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 9. Februar 2010