



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Finanzstrafsenat Wien 3

GZ. FSRV/0054-W/10

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 Hofräatin Dr. Michaela Schmutzer sowie die Laienbeisitzer Mag. Dr. Jörg Krainhöfner und Dr. Wolfgang Seitz als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen G.B., Adresse1, vertreten durch Mag. Timo Gerersdorfer, Rechtsanwalt, 1100 Wien, Ettenreichgasse 9, wegen des Finanzvergehens der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 1 des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 18. Februar 2010 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Finanzamt Wien 1/23 als Organ des Finanzamtes Wien 8/16/17 vom 10. Oktober 2008, SpS, nach der am 15. März 2011 in Anwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers, des Amtsbeauftragten AB sowie der Schriftführerin E.M. durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

Der Berufung wird insoweit Folge geben, als das erstinstanzliche Erkenntnis des Spruchsenates gemäß § 161 Abs. 4 FinStrG aufgehoben und zur umfangreichen Ergänzung des Untersuchungsverfahrens an die Finanzstrafbehörde erster Instanz zurückverwiesen wird.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 10. Oktober 2008, SpS, dem Berufungswerber (Bw.) erstmals wirksam zugestellt am 18. Jänner 2010, wurde dieser der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 1 FinStrG für schuldig erkannt, er habe im Bereich des Finanzamtes Wien 8/16/17 als Abgabepflichtiger vorsätzlich durch die Unterlassung der steuerlichen Erfassung und in der Folge durch die Nichtabgabe von Abgabenerklärungen zur Umsatz- und Einkommensteuer für die Kalenderjahre 2004-2006, sohin unter Verletzung der abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- und Wahrheitspflicht eine Verkürzung von bescheidmäßig festzusetzenden Abgaben, und zwar von Umsatzsteuer 2004 in Höhe von € 7.000,00, Einkommensteuer 2004 in Höhe von € 7.297,00, Umsatzsteuer 2005 in Höhe von € 8.000,00, Einkommensteuer 2005 in Höhe von € 7.903,00, Umsatzsteuer 2006 in Höhe von € 3.000,00 und Einkommensteuer 2006 in Höhe von € 1.640,00 bewirkt.

Gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG wurde über den Bw. deswegen eine Geldstrafe in Höhe von € 14.000,00 und eine gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 35 Tagen verhängt.

Gemäß § 185 FinStrG habe der Bw. die Kosten des Strafverfahrens in Höhe von € 363,00 zu ersetzen.

Zur Begründung wird im Erkenntnis des Spruchsenates ausgeführt, über die gegenwärtigen Einkommensverhältnisse und allenfalls bestehende Sorgepflichten des finanzstrafrechtlich bisher nicht in Erscheinung getretenen Bw. seien dem Spruchsenat keine Informationen vorgelegen. Das Abgabekonto weise zum 10. Oktober 2008 einen in Vollstreckung befindlichen Rückstand in Höhe von € 38.622,27 aus.

Die Ladung zur mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat sei dem Bw., der keine Meldeanschrift gehabt habe, über die Anschrift seiner Arbeitsstelle durch Hinterlegung zugestellt worden, es habe daher gemäß § 126 FinStrG in seiner Abwesenheit verfahren werden können.

In den verfahrensgegenständlichen Jahren habe der Bw. ein Hausbetreuungsunternehmen (Facilitymanagement) betrieben. Er habe es jedoch unterlassen, diese Tätigkeit ordnungsgemäß der Abgabenbehörde anzugeben und sodann die daraus resultierenden Erlöse und Einnahmen in den Abgabenerklärungen offen zu legen.

Vielmehr sei der Bw. gegenüber seinen Auftraggebern, diversen Hausverwaltungen, nicht in seinem Namen, sondern unter der Bezeichnung Firma "H.N." bzw. "M.N." der M.S. ohne deren

Wissen aufgetreten, habe Geschäfte angebahnt und diese auch abgewickelt, darüber Rechnungen gelegt und schließlich auch die in Rechnung gestellten Beträge kassiert, ohne diese jedoch an M.S. weiterzuleiten.

Die der Behörde zur Verfügung stehenden Unterlagen (Rechnungen, Zahlungsquittungen, Beantwortungen gestellter Auskunftsersuchen) sollten im Zuge einer abgabenbehördlichen Prüfung zur Auswertung gelangen. Eine Mitwirkung des Bw. an dieser Prüfung sei nicht zu erlangen gewesen, sodass letztlich die Bemessungsgrundlagen der vorzuschreibenden Abgaben unter Heranziehung der zur Verfügung stehenden Unterlagen im Schätzungswege ermittelt hätten werden müssen. Die daraus resultierenden Abgabenbescheide seien in Rechtskraft erwachsen.

Im eingeleiteten Finanzstrafverfahren habe der Bw. von der ihm mehrfach gebotenen Möglichkeit zur Rechtfertigung keinen Gebrauch gemacht.

Nach Wiedergabe der bezughabenden Gesetzesbestimmungen des Finanzstrafgesetzes stellte der Spruchsenat fest, das Verhalten des Bw. erfülle das vom Gesetz vorgegebene Tatbild in objektiver und subjektiver Hinsicht und es sei daher mit einem Schulterspruch vorzugehen gewesen.

Bei der Strafbemessung sah der Spruchsenat als mildernd die bisherige Unbescholtenseit des Bw., als erschwerend hingegen die Fortsetzung des deliktischen Verhaltens über einen längeren Zeitraum an.

Bei Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und die Täterpersönlichkeit sei die ausgesprochene Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe schuld- und tatangemessen.

Gegen dieses Erkenntnis des Spruchsenates richtet sich die vorliegende frist- und formgerechte Berufung des Bw., mit welcher vorgebracht wird, das Erkenntnis gehe zu Unrecht von der Annahme aus, dass der Bw. selbständig tätig gewesen sei. Ein weiteres Vorbringen werde in der anzuberaumenden mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Finanzsenat erstattet werden.

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 § 33 Abs. 3 lit. a FinStrG ist eine Abgabenverkürzung nach Abs. 1 oder 2 bewirkt, wenn Abgaben, die bescheidmäßig festzusetzen sind, zu niedrig

festgesetzt werden oder infolge Unkenntnis der Abgabenbehörde von der Entstehung des Abgabenanspruches mit dem Ablauf der gesetzlichen Erklärungsfrist (Anmeldefrist, Anzeigefrist) nicht festgesetzt werden konnten.

Gemäß § 161 Abs. 4 FinStrG kann die Finanzstrafbehörde zweiter Instanz auch die Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses (Bescheides) unter Zurückweisung der Sache an die Finanzstrafbehörde erster Instanz verfügen, wenn sie umfangreiche Ergänzungen des Untersuchungsverfahrens für erforderlich hält; die Finanzstrafbehörde erster Instanz ist im weiteren Verfahren an die im Aufhebungsbescheid niedergelegte Rechtsanschauung gebunden.

Objektive Grundlage des über den Bw. gefällten Schuldspruches wegen Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 1 FinStrG betreffend Einkommen- und Umsatzsteuer 2004-2006 sind die Feststellungen einer mit Bericht vom 4. Dezember 2007 abgeschlossenen Außenprüfung im Zuge derer, nach umfangreichen Erhebungen bei den Auftraggebern und nach Einvernahme seiner damaligen Dienstgeberin M.S., der Prüfer zur Feststellung gelangt ist, der Bw. habe als Angestellter des Reinigungsunternehmens der M.S. eine eigenständige gewerbliche Tätigkeit entfaltet und sei unter den Firmenbezeichnungen "J.G.", "M.S.", "H.N.", "M.N." und "G." aufgetreten. Seitens der Auftraggeber sei der Bw. nach den Erhebungsergebnissen sowohl als Anbieter der Leistungen, als auch als Ansprechperson für die laufende Abwicklung der Aufträge und letztendlich auch als Empfänger der Barzahlungen angegeben worden.

Da eine Mitwirkung des Bw. im Abgabenverfahren nicht zu erzielen gewesen sei, wären die Besteuerungsgrundlagen im Schätzungswege aufgrund der vorliegenden Kontoauszügen zu ermitteln gewesen (siehe Textziffer 3 des Berichtes über die zugrunde liegende Außenprüfung). Die dem Bw. zugerechneten Erlöse aus Gebäudereinigungen würden danach für 2004 € 35.000,00, für 2005 € 40.000,00 und für 2006 € 15.000,00 sowie die daraus resultierenden Gewinne aus Gewerbebetrieb für 2004 € 25.000,00, für 2005 € 30.000,00 und für das Jahr 2006 € 10.000,00 betragen.

Aus der Beantwortung (vom 22.6.2006) eines schriftlichen Auskunftsersuchens durch den Hauptauftraggeber Hausverwaltung O.V. geht hervor, dass im Zeitraum 1. Mai 2004 bis 31. Dezember 2005 Barzahlungen (Barschecks bzw. Kassaauszahlungen) in Höhe von insgesamt € 53.022,38 erfolgten. Darüber wurden Überweisungen per Telebanking in Höhe von € 8.648,18 auf das Konto der M.S. bei der Raiffeisenbank durchgeführt.

Aus dem Arbeitsbogen der Außenprüfung ist eine mit 25. Mai 2004 datierte Bevollmächtigung des Bw. zur Empfangnahme von Geldbeträgen und zum eigenständigen Abschluss von Leistungsverträgen der Vollmachtgeberin M.S. ersichtlich, welche nach deren Aussage von ihr nie ausgestellt und unterschrieben worden sei und auf welcher auch nicht ihr eigener

offizieller Firmenstempel und ihre Telefonnummer aufscheine, sondern jene des Bw. bzw. seiner damaligen Lebensgefährtin B.K..

Unstrittig und vom Bw. eingestanden ist der zugrunde liegende Sachverhalt dahingehend, dass der Bw. in den tatgegenständlichen Zeiträumen als Angestellter der Firma M.S. eigenständig Aufträge verhandelt und abgeschlossen sowie auch Barzahlungen der Auftraggeber in Empfang genommen hat.

Nicht mit der für ein Finanzstrafverfahren erforderlichen Sicherheit als erwiesen angenommen werden kann aufgrund der bisher (wegen mangelnder Mitwirkung des Bw.) unvollständig gebliebenen Beweisergebnisse die dem erstinstanzlichen Erkenntnis zugrunde gelegte Feststellung der Außenprüfung, der Bw. habe als Angestellter des Unternehmens seiner ehemaligen Arbeitskollegin M.S. ohne deren Wissen und Einverständnis eine eigenständige selbständige Tätigkeit unter verschiedenen Firmennamen, jeweils ausgestattet mit einer gefälschten Vollmacht der Gewerbeinhaberin M.S., entfaltet und daraus von ihm nicht offen gelegte Umsätze und Gewinne erzielt.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Finazsenat bestritt der Bw. entschieden, in den tatgegenständlichen Jahren eine selbständige Tätigkeit ausgeübt zu haben. Er habe zwar unter der Bezeichnung "Hallo Nachbar" mit Vollmacht der Frau M.S. Gelder vereinnahmt, diese aber an die Firmeninhaberin weitergegeben. Seine ehemalige Chefin versuche die Schuld deswegen auf ihn abzuwälzen, weil gegen sie ebenfalls ein Finanzstrafverfahren anhängig sei.

Der ihm vorgehaltenen Aussage der M.S. vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz, er hätte mit einer gefälschten Vollmacht (gefälschter Stempel, gefälschte Unterschrift, Telefonnummer des Bw.) Aufträge von der Fa. O.V. eigenständig angenommen, abgewickelt und auch die Gelder für sich, ohne ihr Wissen, vereinnahmt, begegnete der Bw. dahingehend, dass die Hausverwaltung O.V. Frau M.S. persönlich zu sich gebeten habe, um die Aufträge zu besprechen. Er räume aber auch ein, Aufträge eigenständig in Empfang genommen, abgewickelt und auch die Gelder kassiert zu haben.

Konfrontiert mit der Vollmacht vom 25. Mai 2004 führte der Bw. vor dem Berufungssenat aus, er kenne diese gar nicht. Diese Vollmacht sei von M.S. direkt der Hausverwaltung O.V. übergeben worden. Die Unterschrift auf dieser Vollmacht könne gar nicht vom ihm stammen, da er nur in Blockbuchstaben schreiben könne und seine Schulausbildung mit der 2. Klasse Hauptschule beendet habe. Ob die Unterschrift eventuell von B.K. stamme, könne er nicht sagen. Der Verteidiger beantragte daraufhin die Erstellung eines graphologischen Gutachtens

zum Beweis dafür, dass die auf der (möglicherweise gefälschten) Vollmacht befindliche Unterschrift nicht vom Bw. stamme.

Zu der auf der Vollmacht angeführten Telefonnummer räumte der Bw. ein, es habe sich dabei um die Nummer seines von M.S. zur Verfügung gestellten Diensthandys gehandelt. Es könne sein, dass seine Chefin deswegen die Nummer auf diese Vollmacht gesetzt habe, weil sie davon ausgegangen sei, dass er in Zeiten seines gesundheitlichen Wohlbefindens Aufträge für die Firma beischaften könne. Der Bw. gehe davon aus, dass M.S. diese Vollmacht der Hausverwaltung O.V. übergeben habe. Dazu könnten O.V. bzw. die für die Auftragsvergabe zuständigen Herrn namens J. und B. Auskunft geben.

Ergänzend zu seinem bisherigen Berufungsvorbringen führte der Bw. vor dem Berufungssenat auf Befragung weiter aus, dass die an die Hausverwaltung O.V. gelegten Rechnungen nicht von ihm, sondern von M.S. persönlich am Computer erstellt worden seien. Er habe die Rechnungen teilweise an die Hausverwaltung übergeben, teilweise seien sie per Post übersendet worden.

Auf Vorhalt der Aussage der M.S. gegenüber der Finanzstrafbehörde erster Instanz dahingehend, der Bw. habe Gelder aus eigenständig mit der Fa. O.V. abgeschlossenen Aufträgen nicht an sie weiter gegeben, dies trotz ihrer Aufforderung, brachte der Bw. vor, dass ihm insoweit ja eine Unterschlagung vorgeworfen werde und er nicht verstehen könne, warum er diesbezüglich nie angezeigt bzw. ihm das auch noch nie vorgeworfen worden sei. Daraufhin beantragte der Verteidiger die neuerliche Einvernahme der M.S. als Zeugin im Rahmen einer Gegenüberstellung zum Beweis dafür, dass deren vor der Behörde ersten Instanz erstattetes den Bw. belastende Vorbringen unrichtig sei.

Konfrontiert mit dem wesentlichen Inhalt eines im Arbeitsbogen der Außenprüfung befindlichen Gnadenansuchen der ehemaligen Dienstgeberin des Bw., J.G., vom 5. April 2007 dahingehend, dass der Bw. nach seinem Konkurs im Jahr 1996 als branchenerfahrener Angestellter ihre Firma dazu benutzt habe, wieder Geschäfte zu machen und ihr systematisch die Firmenleitung und die dazugehörigen Entscheidungen entzogen habe, wendete der Bw. eine Nahebeziehung seiner beiden aufeinanderfolgenden Dienstgeberinnen dergestalt ein, dass das zweite Kind von J.G. vom Bruder der M.S. stamme. Daraufhin beantragte der Amtsbeauftragte die Einvernahme beider genannten Damen zum Beweis dafür, dass der Beschuldigte tatsächlich eine eigenständige unternehmerische Tätigkeit in beiden Firmen ausgeübt habe.

Zu Recht brachte der Amtsbeauftragte in der mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Finanzsenat vor, es wäre zu überlegen, auch den Betriebsprüfer G.H. zur Frage als Zeugen einzuvernehmen, ob er alle von der Hausverwaltung O.V. übermittelten Rechnungen einsehen habe können und ob der Bw. selbst Rechnungen erstellt und diese M.S. nicht zur Kenntnis gebracht hat. Dies insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass nach Auskunft dieser Hausverwaltung auch Überweisungen auf das Bankkonto der M.S. erfolgten.

Da, wie dargestellt, trotz umfangreicher und zielorientierter Ermittlungstätigkeit der Finanzstrafbehörde erster Instanz, insbesondere wegen der bisher mangelnden Mitwirkung des Bw., noch eine umfangreiche Ergänzung des Untersuchungsverfahrens durch Einvernahme und Gegenüberstellung mehrerer Zeugen zur Klärung der Frage, ob der Bw. als Angestellter der Firma M.S., ohne deren Wissen und Einverständnis, eine eigenständige unternehmerische Tätigkeit entfaltet und die daraus resultierende Umsätze und Einkünfte vorsätzlich nicht im Rahmen der Umsatz- und Einkommensteuererklärungen 2004-2006 offen gelegt hat, erforderlich ist, verfügt der Unabhängige Finanzsenat gemäß § 161 Abs. 4 FinStrG die Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz.

Im Rahmen der dabei zu treffenden Ermessensentscheidung waren Zweckmäßigkeitserwägungen dahingehend, dass der Umfang der durchzuführenden Erhebungen den verfahrensökonomischen Rahmen der Aufgaben der Finanzstrafbehörde zweiter Instanz sprengen würde, maßgeblich.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 15. März 2011