



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAAT

Außenstelle Wien  
Finanzstrafsenat 1

GZ. FSRV/0088-W/08

## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch das Mitglied des Finanzstrafsenates 1, JG, in der Finanzstrafsache gegen Herrn JS, vertreten durch WZ, wegen des Finanzvergehens der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 23. Mai 2008 gegen das Erkenntnis des Finanzamtes Wien 1/23 als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 24. April 2008, StrNr. 2007/1234,

zu Recht erkannt:

I. Der Berufung wird teilweise Folge, das angefochtene Erkenntnis der Finanzstrafbehörde erster Instanz im Strafausspruch sowie im Kostenausspruch aufgehoben und insoweit in der Sache selbst erkannt:

Gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG wird über den Berufungswerber (Bw) eine Geldstrafe in Höhe von € 2.400,00 und eine gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 6 Tagen verhängt.

Gemäß § 185 Abs. 1 FinstrG werden die vom Bw zu ersetzenen Kosten des Finanzstrafverfahrens mit € 240,00 bestimmt.

II. Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

## **Entscheidungsgründe**

Mit Erkenntnis vom 24. April 2008, StrNr. 2007/1234, hat das Finanzamt Wien 1/23 als Finanzstrafbehörde erster Instanz den Bw nach § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG für schuldig erkannt, weil er als für die abgabenrechtlichen Belange Verantwortlicher der Fa. S-KEG (seit 1. 1. 2007 KG) vorsätzlich unter Verletzung der Verpflichtung zur Abgabe von dem § 21 des UStG entsprechenden Voranmeldungen eine Verkürzung von Umsatzsteuer (Vorauszahlungen oder Gutschriften) bewirkt und dies nicht nur für möglich, sondern für gewiss gehalten hat und zwar: Umsatzsteuer 12/06 bis 8/07 in Höhe von € 6.700,00. Er habe dadurch das Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG begangen.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von € 2.800,00 verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen ausgesprochen.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG pauschal mit € 280,00 bestimmt.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Bw vom 23. Mai 2008, wobei im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

Der Bw habe zu seiner Rechtfertigung vorgebracht, dass er in der fraglichen Zeit aufgrund starker Depressionen, die durch drückende Existenzsorgen ausgelöst worden seien, unfähig gewesen wäre, seinen Pflichten als geschäftsführender Gesellschafter des von der S-KEG in der Betriebsform einer Pizzeria geführten Unternehmens nachzukommen.

Im Einzelnen sei der S-KEG durch Malversationen der damaligen Verpächterin des Gastbetriebes, Frau HL, schwerer Vermögensschaden zugefügt worden, als deren Folge ein gegen das Unternehmen gestellter Konkursantrag mit Beschluss des HG Wien vom 20. Juni 2006, x, mangels Kostendeckung nicht eröffnet worden sei.

HL habe zu y des BG Liesing eine Klage auf Räumung des der beklagten S-GmbH verpachteten Pizzeria-Betriebes wegen Vertragsauflösung infolge nicht zeitgerechtem Erlag der Kaution bis 31. März 2006 von € 9.000,00 eingebbracht, obwohl die S-KEG dem Vorpächter dies zur Gänze abgelöst und dessen Pachtvertrag mit allen Rechten und Pflichten übernommen gehabt habe.

Aus prozessökonomischen Gründen sei in jenem Verfahren am 1. Juni 2006 ein unbedingter Vergleich geschlossen worden, demzufolge die Klägerin HL auf ihr Räumungsbegehrnis bis

zum Ende des bis 31. Jänner 2007 befristeten Pachtvertrages verzichtet habe und die Beklagte S-KEG sich ungeachtet der in Händen der Klägerin befindlichen Kaution des Vorpächters zur Bezahlung eines 14-tägigen Pachtschillings- und Betriebskostenakontos von € 2.140,00 verpflichtet habe.

Um diesen Vergleich zu erzwingen, habe HL laufend die Wasser- und Stromversorgung des Gastbetriebes unterbrochen, sodass dieser keine Geschäftstätigkeit ausüben habe können und überdies durch Ausfall der Kühl- und Gefriergeräte die eingelagerten Lebensmittel verdorben seien; dies obwohl dem BG Liesing z aufgrund einer Besitzstörungsklage der S-KEG gegen HL als Verpächterin des Gastbetriebes und die T-GmbH als Gebäudeeigentümerin die einstweilige Vorkehrung erlassen worden wäre, die Absperrung der Strom- und Gaszuleitungen zu beseitigen und sich weiterer Störungen zu enthalten.

Die ständigen Auseinandersetzungen mit der Verpächterin hätten zu einer völligen geistigen Zerrüttung des Bw geführt, der weder zur ordnungsgemäßen Buchführung, noch zur Abgabe der Umsatzsteuervoranmeldungen in der Lage gewesen sei, was inzwischen vom gefertigten Anwalt mit Schriftsatz vom 30. Jänner 2008 nachgeholt worden sei.

Hiefür seien die Akten des BG Liesing z und y sowie des HG Wien x und die Vernehmung des für das gesamte obige Vorbringen namhaft gemachten Zeugen BS angeboten worden, lediglich auf die Vernehmung des Bw sei in der Verhandlung am 24. April 2008 verzichtet worden.

Die Finanzstrafbehörde I. Instanz habe dieses Vorbringen übergangen und die Beweisanträge nicht erledigt, sondern allein aufgrund des Tatsachengeständnisses des Bw entschieden, obwohl er nach seinem Vorbringen im Tatzeitraum offensichtlich unzurechnungsfähig gewesen sei, möglicherweise aufgrund eines „Burn-Out-Syndroms“, was aufgrund der Verpflichtung zur amtswegigen Wahrheitsfindung durch Einholung eines Sachverständigungsgutachtens hätte geklärt werden müssen.

Es werde daher beantragt, das zur Gänze bekämpfte Erkenntnis aufzuheben und das Finanzstrafverfahren einzustellen.

**Zur Entscheidung wurde erwogen:**

*Gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG macht sich einer Abgabenhinterziehung schuldig, wer vorsätzlich unter Verletzung der Verpflichtung zur Abgabe von dem § 21 des Umsatzsteuergesetzes entsprechenden Voranmeldungen eine Verkürzung von Umsatzsteuer (Vorauszahlungen oder Gutschriften) bewirkt und dies nicht nur möglich, sondern für gewiss hält.*

Gemäß § 33 Abs. 3 FinStrG ist eine Abgabenverkürzung nach Abs. 1 oder 2 bewirkt, a) wenn Abgaben, die bescheidmäig 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.

b) wenn Abgaben, die selbst zu berechnen sind, ganz oder teilweise nicht entrichtet (abgeführt) wurden.

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.

Laut Aktenlage wurde der Bw anlässlich einer Kontrolle des Magistrats der Stadt Wien am 15. November 2006 an der Adresse Adresse1 angetroffen und hat die Behörde festgestellt, dass die Fa. S-KEG das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Pizzeria ausübt, ohne hierfür eine entsprechende Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Anlässlich einer am 28. Jänner 2007 erfolgten Erhebung des Finanzamts für den 1. und 23. Bezirk, Team KIAB, im Lokal P, in Adresse1 wurde der Bw bei der Zubereitung einer Pizza angetroffen und stand Herr B hinter der Bar/Theke und war dem Bw bei der Zubereitung behilflich.

Der Bw gab an, seit 2005 als Chef des Lokals tätig zu sein, während Herr B angab, seit 28. Jänner 2007 (Tag der Kontrolle) als Aushilfe tätig zu sein. Eine arbeitsmarktbehördliche Genehmigung sowie eine Anmeldung zur Sozialversicherung für Herrn B lagen nicht vor.

In der Folge wurde der Bw mit Strafverfügung vom 16. März 2007 u. a. wegen Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG infolge Nichtabgabe von Umsatzsteuervoranmeldungen und Nichtentrichtung von Umsatzsteuervorauszahlungen für den Zeitraum 1-11/2006 rechtskräftig verurteilt.

Eine weitere Kontrolle des Magistrats der Stadt Wien am 7. März 2007 ergab, dass der Bw an der Adresse Adresse1 nach wie vor das Gastgewerbe in der Betriebsart einer Pizzeria ohne entsprechende Gewerbeberechtigung ausübte.

Fest steht daher, dass trotz nachhaltiger Tätigkeit weiterhin weder Umsatzsteuervoranmeldungen abgegeben noch Umsatzsteuervorauszahlungen geleistet wurden, sodass mit Bescheid vom 8. Oktober 2007 ein Finanzstrafverfahren für den Zeitraum 12/06 - 08/07 gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG eingeleitet wurde. Bei der mündlichen Verhandlung vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz verzichtete der Verteidiger auf die

Einvernahme des nicht erschienenen Bw und verwies nach Erörterung der Sach- und Rechtlage auf sein schriftliches Vorbringen. In der Niederschrift über die mündliche Verhandlung wurde die geständige Verantwortung hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Fakten, Zeiträume und Beträge festgehalten und seitens des Verteidigers um Verhängung einer möglichst niedrigen Geldstrafe ersucht.

Der Bw bringt im Wesentlichen vor, er sei durch seine starken Depressionen, die durch drückende Existenzsorgen ausgelöst worden seien, unfähig gewesen, seinen Pflichten als geschäftsführender Gesellschafter des von der S-KEG in der Betriebsform einer Pizzeria geführten Unternehmens nachzukommen. Ständige Auseinandersetzungen mit der Verpächterin hätten zu einer geistigen Zerrüttung des Bw geführt, der weder zur ordnungsgemäßen Buchführung noch zur Abgabe der Umsatzsteuervoranmeldungen in der Lage gewesen sei. Die Finanzstrafbehörde erster Instanz hätte die angebotenen Beweise in Form der Gerichtsakten sowie die Vernehmung des namhaft gemachten Zeugen BS übergangen und die offensichtliche Unzurechnungsfähigkeit im Tatzeitraum durch Einholung eines Sachverständigungsgutachtens klären müssen.

Aus der Aktenlage ist ersichtlich, dass der Bw trotz ordnungsgemäßer Ladung zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen ist, obwohl der Verteidiger dessen Einvernahme und sogar die Beiziehung eines Dolmetschers im Einspruch beantragt hatte. Im Zuge der mündlichen Verhandlung verantwortete sich der Verteidiger im Namen seines Mandanten geständig und einsichtig.

Wenn der Bw seine möglicherweise auf ein „Burn-Out-Syndrom“ zurückzuführende Unzurechnungsfähigkeit ins Treffen bringt, wird bemerkt, dass eine Zurechnungsunfähigkeit nicht schon gegeben ist, wenn zB im Zeitpunkt der Tat eine tief greifende Bewusstseinstörung vorgelegen ist, sondern nur dann, wenn diese auch der Grund für die Unfähigkeit ist, das Unrecht der konkreten Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

Soweit das Beschwerdevorbringen dahingehend zu verstehen ist, dass dem Bw im Hinblick auf seinen Gesundheitszustand die Zurechnungsfähigkeit gemangelt habe, so ist darauf zu verweisen, dass Zurechnungsunfähigkeit im Sinne des § 7 Abs. 1 FinStrG überhaupt nur dann angenommen werden kann, wenn die Diskretions- oder Dispositionsfähigkeit der betreffenden Person ausgeschlossen gewesen wäre. Der Ausnahmezustand muss, um Unzurechnungsfähigkeit zu begründen, so intensiv und ausgeprägt sein, dass das Persönlichkeitsbild des Betroffenen zerstört ist (VwGH 2.7.2002, 2002/14/0052). Hinweise auf

eine derartige Zerstörung des Persönlichkeitsbildes sind laut Aktenlage im gegenständlichen Fall nicht ersichtlich, zumal der Bw im Tatzeitraum sowohl bei einer Kontrolle des Magistrats der Stadt Wien als auch des Finanzamtes seinen Betrieb eigenhändig geführt hat.

Dass sich der Bw zu den in der Zeitspanne vom Dezember 2006 bis zum August 2007 jeweiligen Tatzeitpunkten, wie nunmehr in der Berufung vorgebracht, als Folge seines ebendort dargestellten Krankheitsbildes (bereits) in einem die Schuldhaftigkeit ausschließenden Zustand der Unfähigkeit, das Unrecht der Tat(en) einzusehen (Diskretionsunfähigkeit) bzw. gemäß dieser Einsicht zu handeln (Dispositionsunfähigkeit; vgl. dazu § 7 FinStrG), befunden hat und somit das angefochtene Erkenntnis rechtswidrig wäre, erweist der vorliegende Ermittlungsstand nicht. Hat doch der Bw durch seinen Verteidiger am 30. Jänner 2008 tägliche Umsatzaufzeichnungen von Dezember 2006 bis Dezember 2007 vorgelegt, woraus hervorgeht, dass der Bw seinen unternehmerischen Geschäften ohne wesentliche Einschränkungen nachzugehen und seine steuerlichen Angelegenheiten auch entsprechend zu verfolgen imstande war.

Falls der Bw tatsächlich die Kontrolle über sein Unternehmen verloren hat, so ist festzustellen, dass er über einen Zeitraum von mehr als einem Jahr hinweg nichts getan hat, um diesen Umstand abzustellen. Es ist daher davon auszugehen, dass sich der Bw mit einer ernstlich für möglich gehaltenen Abgabenverkürzung abgefunden und damit ein vorsätzliches Verhalten im Sinne des § 8 Abs. 1 FinStrG gesetzt hat.

Insoweit die nicht erfolgte Herbeischaffung der Gerichtsakten sowie die nicht durchgeführte Vernehmung des Bruders des Bw bemängelt wird, ist auszuführen, dass einerseits der Rechtsstreit des Bw mit der damaligen Verpächterin keineswegs in Frage gestellt wird, zum Anderen der Bruder keine Aussage über eine allfällige Zurechnungsfähigkeit des Bw machen kann.

Wesentliche Tatbestandsmerkmale einer Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG sind in subjektiver Hinsicht das Vorliegen von zumindest Eventualvorsatz hinsichtlich der Unterlassung der Abgabe von dem § 21 des Umsatzsteuergesetzes entsprechenden (rechtzeitigen, richtigen, vollständigen) Voranmeldungen und von Wissentlichkeit im Bezug auf die nicht zeitgerechte Entrichtung der Umsatzsteuervorauszahlungen.

Gemäß § 33 Abs. 3 lit. b FinStrG ist eine Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG bereits dann bewirkt, wenn Umsatzsteuervorauszahlungen ganz oder teilweise bis zum Fälligkeitstag nicht entrichtet wurden.

Für die Verwirklichung einer Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 2 lit. FinStrG ist es daher tatbestandsmäßig nicht erforderlich, dass der Vorsatz der Bw darauf ausgerichtet war, Selbstbemessungsabgaben endgültig vor der Abgabenbehörde zu verheimlichen und somit einer Versteuerung zu entziehen. Gerade beim Tatbestand nach § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG stellt die bloß vorübergehende Erlangung eines Steuervorteils den Regelfall dar (VwGH vom 3.5.2000, 98/13/0242).

Für die Verwirklichung einer derartigen Abgabenhinterziehung ist es in subjektiver Hinsicht erforderlich, dass es der Bw ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden hat, dass er seine Verpflichtung zur Abgabe von Umsatzsteuervoranmeldungen bis zu den Fälligkeitstagen der einzelnen Umsatzsteuervorauszahlungen des Tatzeitraumes verletzt und er auch wissentlich eine zeitgerechte Entrichtung der monatlichen Zahlungen unterlassen hat. An diesen subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen kann nach Meinung des Unabhängigen Finanzsenates deswegen kein Zweifel sein, da dem Bw aus dem Wissen des vorangegangenen Finanzstrafverfahrens die bereits dargestellten Pflichtverletzungen zweifelsfrei klar waren und er somit bereits einmal mit Strafverfügung der Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 16. März 2007, welches am 23. April 2007 in Rechtskraft erwachsen ist, wegen der Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a FinStrG rechtskräftig zu einer Geldstrafe verurteilt wurde.

Es kann daher seitens der Rechtsmittelbehörde die erstinstanzliche Feststellung des Vorliegens einer Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG in subjektiver Hinsicht nur bestätigt werden.

Gemäß der Bestimmung des § 23 Abs. 1 FinStrG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Schuld des Täters, wobei dabei die Erschwerungs- und Milderungsgründe gegeneinander abzuwägen sind und dabei auch auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters Rücksicht zu nehmen ist.

Die Finanzstrafbehörde erster Instanz wertete bei der Strafbemessung zutreffend die offene Verantwortung als mildernd sowie die finanzstrafbehördliche Vormerkung als erschwerend und hat auf die persönlichen Verhältnisse und auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bw Bedacht genommen.

Da die im gegenständlichen Verfahren aufgetretene überlange Verfahrensdauer als weiterer Milderungsgrund zu berücksichtigen ist, erscheint eine Geldstrafe nach § 33 Abs. 5 FinStrG in der Höhe von € 2.400,00 als schuldangemessen. Für den Nichteinbringungsfall wird eine

Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Tagen verhängt und werden die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens nach § 185 FinStrG mit € 240,00 bestimmt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 27. Juni 2011