



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Karl Kittinger, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrat Dr. Josef Graf sowie die Laienbeisitzer Dr. Jörg Krainhöfner und KomzLR Andreas Kolar als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen den Bw., vertreten durch "H&L" Barghouthy Steuerberatungsgesellschaft KEG, wegen des Finanzvergehens der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 1 des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 27. Juni 2003 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Finanzamt für den 1. Bezirk Wien als Organ des Finanzamtes für den 4., 5. und 10. Bezirk Wien vom 19. März 2003, SpS 114/00-III, nach der am 1. April 2004 in Anwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers Farid Barghouthy, der Amtsbeauftragten Mag. Sonja Ungerböck sowie der Schriftführerin Edith Madlberger durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

I.) Der Berufung wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Erkenntnis des Spruchsenates im Ausspruch über die Strafe aufgehoben und im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst erkannt:

Gemäß § 33 Abs.5 FinStrG unter Bedachtnahme auf § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG wird die Geldstrafe mit €8.000,00 und die an deren Stelle für den Fall der Uneinbringlichkeit gemäß § 20 FinStrG an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe mit 20 Tagen neu bemessen.

II.) Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 19. März 2003, SpS 114/00-III, wurde der Bw. der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 1 FinStrG für schuldig erkannt, weil er als für die abgabenrechtlichen Belange verantwortliche Geschäftsführer der Fa.M. vorsätzlich

1) unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- und Wahrheitspflicht, nämlich durch Abgabe unrichtiger Abgabenerklärungen bewirkt habe, dass Abgaben, die bescheidmäßig festzusetzen sind, nicht oder zu niedrig festgesetzt wurden, nämlich Umsatzsteuer 1993 in Höhe von S 13.024,00, 1994 in Höhe von S 60.409,00, 1995 in Höhe von S 40.319,00, 1996 in Höhe von S 30.057,00, 1997 in Höhe von S 48.318,00 und 1998 in Höhe von S 32.263,00, Körperschaftsteuer 1996 in Höhe von S 10.040,00, 1997 in Höhe von S 19.730,00; und weiters

2) unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- und Wahrheitspflicht, nämlich durch Abgabe unrichtiger Abgabenerklärungen bewirkt habe, dass Abgaben, die selbst zu berechnen sind, nicht oder zu niedrig festgesetzt wurden, nämlich Kapitalertragsteuer 1993 in Höhe von S 18.155,00, 1994 in Höhe von S 67.629,00, 1995 in Höhe von S 49.201,00, 1996 in Höhe von S 41.422,00, 1997 in Höhe von S 61.097,00 und 1998 in Höhe von S 40.411,00.

Gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG unter Bedachtnahme auf § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG wurde über den Bw. eine Geldstrafe in Höhe von €10.000,00 und eine an deren Stelle für den Fall der Uneinbringlichkeit tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 25 Tagen verhängt.

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

Begründend wurde dazu seitens des Spruchsenates ausgeführt, dass der Bw. seit der Gründung der Fa.M. im Jahre 1991 als deren Geschäftsführer fungiert habe und als solcher für die abgabenrechtlichen Belange des Unternehmens verantwortlich gewesen sei.

Im Zusammenhang mit den abgabenrechtlichen Prüfungen bei österreichischen Brauunternehmen sei auch bekannt geworden, dass an die Fa.M. Schwarzlieferungen an Getränken

erfolgt seien. Die in der Folge durchgeführte Betriebsprüfung habe zur Neufestsetzung von Umsatz-, Körperschaft- und Kapitalertragsteuer geführt, welche nach Abzug der Sicherheitszuschläge, die im Spruch angeführten strafbestimmenden Wertbeträge darstellen würden.

Die Schwarzumsätze abzüglich des dafür aufgewendeten Wareneinsatzes würden verdeckte Gewinnausschüttungen darstellen und seien der Kapitalertragsteuer zu unterziehen gewesen.

Obwohl der Bw. seine Verpflichtungen zur ordnungsgemäßen Erfassung sämtlicher Erlöse und Umsätze gekannt habe, habe er es vorsätzlich unterlassen, diese ins Rechenwerk aufzunehmen und habe damit in Kauf genommen, dass es zu den festgestellten Abgabenkürzungen gekommen sei. Mit dem eingetretenen Erfolg habe er sich abgefunden.

Der festgestellte Sachverhalt gründe sich auf das grundsätzlich umfassende Geständnis des Bw. im Zusammenhalt mit dem Akteninhalt und den Ergebnissen der Betriebsprüfung, an deren Richtigkeit keine Bedenken bestünden. Die Einwendungen des Bw., wonach der Eigenverbrauch höher als festgestellt gewesen sei, hätten keine Berücksichtigung finden können, da einerseits dieses Begehren durch die Entscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz abgewiesen worden sei, andererseits sich dieser behauptete Eigenverbrauch auch nicht im Rechenwerk finde.

Bei der Strafbemessung wertete der Spruchsenat als mildernd das Geständnis, den ordentlichen Lebenswandel und die teilweise Schadensgutmachung, dem gegenüber wurde als erschwerend der lange Deliktszeitraum angesehen.

Gegen dieses Erkenntnis des Spruchsenates richtet sich die vorliegende frist- und formgerechte Berufung vom 27. Juni 2003, mit welcher der Bw. um Herabsetzung der Geldstrafe auf € 3.500,00 ersucht.

Begründend wird seitens des Bw. dazu ausgeführt, dass seinen Ausführungen, dass rund 50 % des Schwarzeinkaufes Eigenverbrauch darstellen würden, kein Glauben geschenkt worden wäre. Diesbezüglich hätte jedoch die Behörde ihre eigenen Ermittlungen anstellen müssen und nicht einfach das Ergebnis des Berufungsverfahrens als Entscheidungsgrundlage heranziehen dürfen.

Tatsache sei, dass der Bw. und seine Frau seit Jahren gemeinsam im Lokal arbeiten würden, wobei nur fallweise Personal beschäftigt worden wäre. Er sei fast 20 Stunden täglich ohne Ruhetag im Lokal, seine Gattin fast 10 Stunden. Die zwei Kinder würden täglich nach der Schule in das Lokal kommen, dort ihre Hausaufgaben machen und bis zum Abend bleiben.

Aufgrund der unzähligen Stunden, welche die Familie im Lokal verbracht habe, sei auch eine Vielzahl von Getränken konsumiert worden. Der Bw. habe diese Privatkonsumation seinerzeit mit ca. S 200,00 täglich bewertet. Dies sei eine grobe Schätzung gewesen, da er keine Aufzeichnungen darüber geführt habe.

Heute sei er der Meinung, dass zumindest S 100,00 Getränkeeinkauf pro Tag für Privatkonsumation aufgewendet worden sei, ebensoviel für Einladungen von Stammgästen und für private Feierlichkeiten.

Es sei daher nicht gerechtfertigt den gesamten Schwarzeinkauf bei der Brauerei für die Umsatzhinzuschätzung heranzuziehen. Zumindest 50 % hätten als Eigenverbrauch anerkannt werden sollen.

Schlimm genug, dass im Berufungsverfahren darauf keine Rücksicht genommen worden sei (eine Beschwerde beim VwGH habe er sich finanziell nicht mehr leisten können), ihm aber auch noch eine Geldstrafe für Umsätze aufzuerlegen, die die Gesellschaft niemals erzielt habe, sei ungerechtfertigt.

Er sei schon durch die Festsetzung der Umsatz- und Kapitalertragsteuer finanziell schwer belastet und habe Steuern entrichten müssen, die er niemals erwirtschaftet habe.

Die Berufung richte sich im Wesentlichen gegen die völlige Außerachtlassung der privat konsumierten Getränke und der sonstigen Anlässe, die zur unentgeltlichen Abgaben von Getränken geführt hätten. Das bloße Abstellen auf das Ergebnis des Berufungsverfahrens gegen die Umsatz- und Körperschaftsteuer der Jahre 1993 bis 1998 sei ungerechtfertigt. Die Behörde habe sich in keiner Weise mit seinen Ausführungen auseinandergesetzt, obwohl die Privatkonsumation von vier Personen in angegebener Höhe durchaus der Erfahrung des täglichen Lebens entspräche.

Er ersuche daher die Geldstrafe mit maximal € 3.500,00 festzusetzen. Dies deshalb, weil zumindest 65 % des Schwarzeinkaufes für Privatkonsumation und unentgeltliche Abgabe an Stammgäste berücksichtigt werden sollten.

Zum schriftlichen Berufungsvorbringen wurde im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungssenat ergänzend ausgeführt, dass die wirtschaftliche Situation des Bw. vom Spruchsenat nicht ausreichend berücksichtigt worden sei. Der Bw. erziele derzeit ein monatliches Nettoeinkommen von € 1.000,00, seine Gattin als Hausbesorgerin € 300,00. Im Haushalt würde auch noch seine Tochter leben, welche als Studentin Studienbeihilfe beziehe und

so ihr Studium teilweise finanziere. Auch der bereits im Berufsleben stehende Sohn wohne noch in der 45 Quadratmeter großen Wohnung.

Auch sei eine Gewichtung der Milderungsgründe durch den Spruchsenat aus dem erstinstanzlichen Erkenntnis nicht ersichtlich.

Anlass für die Schwarzeinkäufe sei gewesen, dass der Vertreter der Brauerei an den Bw. herangetreten sei und ihm mitgeteilt habe, dass alles was er selbst konsumiere bzw. was er an seine Stammgäste im Rahmen von Freirunden ausgabe, er ohne Rechnung beziehen könne.

Der Bw. selbst habe sich im Tatzeitraum ca. 16 Stunden im Lokal befunden, seine Gattin ca. 10 Stunden und auch noch nach der Schule seine damals minderjährigen Kinder. Der Bw. habe durchschnittlich 10 Getränke pro Tag konsumiert, was einem Getränkeinsatz von S 4,00 pro Stunde für ihn und seine Familie entspräche. Bei insgesamt 36 Anwesenheitsstunden der Familie habe daher der Eigenverbrauch ca. S 155,00 betragen, daher seien die in der Berufung begehrten 50% Eigenverbrauch der Schwarzeinkäufe mit Sicherheit nicht zu hoch gegriffen.

Auch bestehe keine Bindungswirkung im Finanzstrafverfahren an das Berufungsverfahren im Abgabenverfahren, welche ja vom Spruchsenat de facto in seinem Erkenntnis zu Grunde gelegt worden sei.

Bei den Milderungsgründen sei nicht berücksichtigt, dass der Bw. von der Brauerei dazu "verlockt" worden sei, Schwarzeinkäufe zu tätigen und daher kein Handeln aus eigener Initiative vorliege. Dazu komme noch, dass der Bw. wegen der erdrückenden Steuerlast (insbes. Getränkesteuer und Mindestkörperschaftsteuer) faktisch gezwungen gewesen sei, Schwarzumsätze im einbekannten Ausmaß zu tätigen.

### ***Zur Entscheidung 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 § 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.*

In der gegenständlichen Berufung wird vom Berufungswerber ins Treffen geführt, dass zumindest 65 % der von der Betriebsprüfung festgestellten Schwarzeinkäufe für den Privatkonsum seiner Familie und für die unentgeltliche Abgabe an Stammgäste Verwendung gefunden hätten und daher aus diesen Schwarzeinkäufen Umsätze abgeleitet werden würden, die die Gesellschaft niemals erzielt habe. Diesen Ausführungen kann seitens des Berufungssenates aus folgenden Gründen kein Glauben geschenkt werden:

Wie aus der Berufungsentscheidung der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland, GZ RV/424-06/07/01 vom 8. Juli 2002 hervorgeht, war die Berufung gegen die Abgabenbescheide aufgrund der Betriebsprüfung auf die Anerkennung der Vorsteuern aus den nachgewiesenen Schwarzeinkäufen, die Aufhebung der Sicherheitszuschläge laut Textziffer 18 des Betriebsprüfungsberichtes und eine sich dadurch ergebende Herabsetzung der Kapitalertragsteuer gerichtet. Dieses Berufungsbegehren hinsichtlich der Anerkennung der Vorsteuern aus den Schwarzeinkäufen der Jahre 1993 bis 1998 gibt nach Senatsmeinung eindeutig zu erkennen, dass die Schwarzeinkäufe für das Unternehmen und nicht für den Privatverbrauch des Bw. bestimmt waren, zumal aus dem Berufungsbegehren im Abgabenverfahren keine gleichzeitige Erhöhung des Eigenverbrauches hervorgeht. Die Rechtfertigung im gegenständlichen Finanzstrafverfahren dahingehend, dass der Großteil der Schwarzeinkäufe für den privaten Konsum der vierköpfigen Familie bestimmt gewesen sei, widerspricht daher inhaltlich den Berufungsausführungen gegen die Umsatzsteuerbescheide aufgrund der Betriebsprüfung, da ein Vorsteuerabzug gemäß der Bestimmung des § 12 UStG nur für Lieferungen geltend gemacht werden kann, welche für Zwecke des Unternehmens (und nicht für private Zwecke) bestimmt sind.

Aus den vom Bw. abgegebenen Steuererklärungen und Bilanzen der Jahre 1993 bis 1998 ist ein jährlich erklärter Eigenverbrauch 20 % ersichtlich, welcher offensichtlich aus privaten Getränkeentnahmen resultiert. Nach Senatsmeinung ist es völlig ungewöhnlich und würde der Erfahrung des täglichen Lebens widersprechen, dass der Privatkonsum der Familie teilweise aus offiziellen Einkäufen und teilweise aus Schwarzeinkäufen abgedeckt wird. Schwarzein-

käufe dienen nach der Erfahrung des täglichen Lebens vielmehr dazu, in der Folge Schwarzumsätze zu erzielen, welche vom Berufungswerber auch dem Grunde nach auch eingestanden wurden. Es hätte für den Bw. nach Auffassung des Berufungssenates keinen logisch erklärbaren Grund gegeben Getränkeeinkäufe, welche für den Privatkonsum der Familie bestimmt waren bzw. verwendet wurden nicht offiziell mit Rechnung auf den Namen seiner Firma oder eventuell auch auf eigenen Namen einzukaufen. Einziger logisch nachvollziehbarer Zweck der dem Grunde nach unbestrittenen Schwarzeinkäufe konnte daher nur die Erzielung von Schwarzumsätzen sein. In freier Beweiswürdigung konnte daher dem diesbezüglichen Vorbringen des Bw. kein Glauben geschenkt werden.

Der Berufunseinwand, dass zumindest 50 % des Schwarzeinkaufes an Getränken dem Eigenverbrauch des Berufungswerbers, seiner Gattin und seiner zwei Kinder zugeführt worden sei, erscheint zusätzlich zu den obigen Ausführungen auch noch aus folgenden Gründen unglaubwürdig. Unter Textziffer 17 des gegenständlichen Betriebsprüfungsberichtes wurde festgestellt, dass der vom Berufungswerber nicht erklärte Gesamteinkauf an Getränken der Jahre 1993 bis 1998 insgesamt S 374.735,23 beträgt, wovon ein Anteil von S 218.979,00 auf den Schwarzeinkauf von Bier entfällt. Dies ergibt einen Bieranteil von ca. zwei Drittel des Schwarzeinkaufes von Getränken. Wenn nun der Berufungswerber in der gegenständlichen Berufung ausführt, dass er der Meinung sei, dass zumindest ein Getränkeeinkauf in Höhe von S 100,00 pro Tag für den Privatkonsum erfolgt wäre, so würde dies bedeuten, dass davon durchschnittlich S 67,00 pro Tag für den Einkauf von Bier für den Privatkonsum aufgewendet worden wären, was auf einen durchschnittlichen Familienbierverbrauch von ca. fünf Liter pro Tag über einen Zeitraum von sechs Jahren schließen ließe. Berücksichtigt man weiter, dass ein Bierkonsum üblicherweise nur von erwachsenen Personen erfolgt, so würde dies bedeuten, dass sowohl der Berufungswerber als auch seine Gattin während des gesamten Tatzeitraumes täglich zwei bis drei Liter Bier, dies 365 Tage im Jahr konsumieren hätten müssen, und dies zusätzlich zu den bereits erklärten Eigenverbrauch an Getränken was der Erfahrung des täglichen Lebens widerspricht und unglaubwürdig ist. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungssenat wurde der durchschnittliche Eigenkonsum an Bier im Tatzeitraum vom Bw. selbst mit ca. 2 Liter für sich und seine Gattin beziffert, wobei diese Ungereimtheit seines Berufungsvorbringens auf Vorhalt nicht aufgeklärt werden konnte.

Auch widerspricht es vollkommen der Lebenserfahrung, dass Getränkeeinkäufe für die Einladung von Stammgästen aus Schwarzeinkäufen getätigt werden. Derartige Freirunden für Stammgäste stellen betrieblich veranlasste Aufwendungen dar, welche zum Vorsteuer- und Betriebsausgabenabzug berechtigen. Es hätte daher keine wie immer geartete Motivation des

Berufungswerbers bestanden, derartige Einkäufe nicht offen zu legen und auf die steuerliche Geltendmachung zum eigenen Vorteil zu verzichten.

Es besteht daher unter Würdigung des Berufungsvorbringens seitens des Berufungssenates keinerlei Veranlassung an der Richtigkeit der steuerlichen Feststellungen des Betriebsprüfungsberichtes, welche im Rahmen eines umfangreichen Berufungsverfahrens in abgabenrechtlicher Hinsicht überprüft und bestätigt wurde, zu zweifeln und davon abzuweichen.

Ergänzend ist dazu noch auszuführen, dass die Finanzstrafbehörde erster Instanz diesen Einwendungen des Bw. abweichend von den (unbedenklichen) Feststellungen der Betriebsprüfung insoweit entgegengekommen ist, als anlässlich der Vorlage an den Spruchsenat 3% der in Rede stehenden Schwarzeinkäufe für Gratiskonsumationen der Gäste und für Schwund bei der Berechnung der Verkürzungsbeträge zum Vorteil des Bw. berücksichtigt wurden und insoweit eine Einschränkung der erhobenen Anschuldigung erfolgte.

Den ergänzenden Ausführungen des Bw. im Rahmen der mündlichen Berufungsverhandlung zu seiner eingeschränkten wirtschaftlichen Situation und zu seinen persönlichen Verhältnissen war jedoch nach Ansicht des Berufungssenates bei der Strafbemessung verstärkt Rechnung zu tragen. Auch war aufgrund der glaubhaften Ausführungen des Bw. der Umstand, dass er von Seiten eines Vertreters der Brauerei zu den Schwarzeinkäufen verlockt wurde und diese nicht aus eigener Initiative erfolgten, als weiterer Milderungsgrund zu den bisher bereits vom Spruchsenat richtig festgestellten Milderungsgründen zu berücksichtigen.

Zudem wurde auch die Tatsache, dass im gegenständlichen Fall die betriebliche Tätigkeit bereits eingestellt wurde und daher der spezialpräventive Strafzweck wegfällt in die Strafzumessungserwägungen miteinbezogen.

Die aus dem Spruch der gegenständlichen Berufungsentscheidung ersichtliche reduzierte Geldstrafe und die erfolgte Anpassung der entsprechenden Ersatzfreiheitsstrafe entspricht nach Senatsmeinung dem Unrechtsgehalt der Tat und berücksichtigt auch die persönliche und wirtschaftliche Situation des Bw. in einem ausreichenden Ausmaß.

Für eine weitergehende Strafreduktion der nunmehr in einem Ausmaß von etwas mehr als 10 Prozent des gesetzlichen Strafrahmens bemessenen Geldstrafe blieb aus generalpräventiven Gründen und vor allem auch auf Grund des Umstandes, dass vom Gesamtverkürzungsbetrag derzeit noch mehr als €28.000,00 aushaften und daher eine Schadensgutmachung nur zu einem geringen Teil erfolgt ist, kein Raum.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 164 FinStrG ein weiteres ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen aber das Recht zu, gegen diesen Bescheid binnen sechs Wochen nach dessen Zustellung Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof und/oder beim Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 169 FinStrG wird zugleich dem Amtsbeauftragten das Recht der Erhebung einer Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof eingeräumt.

### **Zahlungsaufforderung**

Die Geldstrafe, die Wertersatzstrafe und die Kosten des Finanzstrafverfahrens sind gemäß § 171 Abs. 1 und § 185 Abs. 4 FinStrG binnen eines Monats nach Rechtskraft dieser Entscheidung fällig und mittels eines gesondert zugehenden Erlagscheines auf das Postsparkassenkonto 5.504.044 des Finanzamtes Wien 4/5/10 zu entrichten, widrigenfalls Zwangsvollstreckung durchgeführt und bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe bzw. der Wertersatzstrafe die Ersatzfreiheitsstrafe/n vollzogen werden müssten.

Wien, 1. April 2004

Der Vorsitzende:

Hofrat Dr. Karl Kittinger