



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Finanzstrafsenat 2

GZ. FSRV/0111-W/05

## **Berufungsentscheidung**

Der Finanzstrafsenat 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 Mag. Dr. Jörg Krainhöfner und Herbert Frantsits als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw., wegen des Finanzvergehens der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 7. September 2005 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Finanzamt Wien 1/23 als Organ des Finanzamtes Wien 6/7/15 vom 13. Juli 2005, SpS, nach der am 21. März 2006 in Anwesenheit des Beschuldigten, des Amtsbeauftragten AB sowie der Schriftführerin M. durchgeführten Verhandlung

zu Recht erkannt:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Erkenntnis in seinem Strafausspruch aufgehoben und im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst erkannt:

Gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG wird über den Berufungswerber (Bw.) eine Geldstrafe in der Höhe von € 4.800,00 und gemäß § 20 FinStrG eine für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 12 Tagen verhängt.

Der Schuldspruch und der Kostenausspruch des erstinstanzlichen Erkenntnisses bleiben unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 13. Juli 2005, SpS, wurde der Bw. der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG für schuldig erkannt, weil er als für die

Wahrnehmung der abgabenrechtlichen Obliegenheiten der Fa. W.GmbH verantwortlicher Geschäftsführer (GF) vorsätzlich, unter Verletzung der Verpflichtung zur Abgabe von dem § 21 des UStG entsprechenden Voranmeldungen eine Verkürzung von Vorauszahlungen an Umsatzsteuer für Jänner bis April 2002 in Höhe von € 19.187,00 durch Nichtentrichtung bewirkt habe, wobei er den Eintritt der Verkürzungen nicht nur für möglich, sondern für gewiss gehalten habe.

Gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG unter Bedachtnahme auf die Bestimmung des § 23 Abs. 3 FinStrG wurde über den Bw. deswegen eine Geldstrafe in Höhe von € 8.000,00 und gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG eine für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 20 Tagen verhängt.

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

Begründend wurde dazu seitens des Spruchsenates ausgeführt, dass der bislang noch nicht in finanzstrafrechtlicher Hinsicht in Erscheinung getretene Bw. im Tatzeitraum für die Wahrnehmung der abgabenrechtlichen Obliegenheiten der Fa. W.GmbH verantwortlicher GF gewesen sei.

Von der Gesellschaft seien mehrere gastronomische Betriebe geführt worden. Mit Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 24. Juni 2002 sei über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden.

Im Zuge einer Umsatzsteuersonderprüfung sei im September 2002 festgestellt worden, dass für den Zeitraum Jänner bis Juni 2002 weder Umsatzsteuervorauszahlungen entrichtet noch Umsatzsteuervoranmeldungen eingebracht worden seien.

Losungsaufzeichnungen für sämtliche Betriebe hätten nur für Jänner 2002 vorgelegt werden können, wobei auch hier nur die Gesamttageslosungen pro Lokal sowie eine Aufgliederung der Monatssummen in Erlöse Küche, Zigaretten und Personalverpflegung ersichtlich sei. Grundaufzeichnungen zur konkreten Tageslosungsermittlung hätten nicht vorgelegt werden können.

Die Abgabenbehörde habe daher auf die Erlöse des Monats Jänner 2002 einen pauschalen Sicherheitszuschlag von 25% aufgeschlagen und den so ermittelten Umsatz auf die übrigen Monate des Prüfungszeitraumes umgelegt.

Die für Jänner 2002 festgestellte Vorsteuer sei auf die Monate bis April 2002 umgelegt worden. Die Sicherheitszuschläge und die darauf entfallende Umsatzsteuer seien als verdeckte Gewinnausschüttungen behandelt und der Kapitalertragsteuer unterworfen worden. Im

eingeleiteten Finanzstrafverfahren habe der Bw. vorgebracht, dass die Gesellschaft im Verlaufe ihrer Tätigkeiten mehrere Steuerberater beschäftigt habe, deren Aufgabe es gewesen sei, die Abgabenangelegenheiten ordentlich abzuwickeln. Die Unterlagen wären zeitgerecht hierfür zur Verfügung gestellt worden. Zahlungsschwierigkeiten hätten letztendlich zum Konkurs geführt.

In der Verhandlung vom 1. Juni 2004 habe sich der Bw. nicht schuldig bekannt und vorgebracht, dass nach seinem Wissen der Steuerberater speziell im inkriminierten Zeitraum Umsatzsteuervoranmeldungen dem Finanzamt übermittelt habe. Zahlungen habe er in diesem Zeitraum nicht geleistet, da er große Verluste gehabt habe. Er glaube aber nicht, dass er eine Zahllast auf dem Abgabenkonto gehabt habe.

Dem Beschuldigten sei in der Folge durch den Spruchsenat eine Frist gesetzt worden, hinsichtlich des Zeitraumes Jänner bis April 2002 eine Aufstellung der Umsätze und der abzugsfähigen Vorsteuern (unter Anschluss der entsprechenden Belege) vorzulegen und zu diesem Zwecke sei die mündliche Verhandlung vertagt worden.

Diesem Auftrag sei der Bw. nicht nachgekommen.

Zur mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat sei er ohne hinreichende Entschuldigung nicht erschienen, weshalb in seiner Abwesenheit verhandelt und entschieden worden sei.

Das Verhalten des Bw. erfülle das vom Gesetz vorgegebene Tatbild in objektiver und subjektiver Hinsicht, 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. Es sei daher mit einem Schuldspruch vorzugehen gewesen.

Im Finanzstrafverfahren sei jedoch der strafbestimmende Wertbetrag unter Ausscheidung der von der Finanzstrafbehörde zum Ansatz gelangten Sicherheitszuschläge zu ermitteln gewesen, wobei die Umsätze und Vorsteuern des Monats Jänner 2002 umgelegt und hochgerechnet auf die Monate Jänner bis April 2002 der Ermittlung des strafbestimmenden Wertbetrages durch den Spruchsenat zugrunde gelegt und so ein Verkürzungsbetrag von € 19.187,00 ermittelt worden sei.

Bei der Strafbemessung sah der Spruchsenat als mildernd die bisherige Unbescholtenheit, als erschwerend hingegen keinen Umstand an.

Gegen dieses Erkenntnis des Spruchsenates richtet sich die vorliegende frist- und formgerechte Berufung des Bw. vom 7. September 2005, welche sich gegen die Höhe des vom Spruchsenat der Bestrafung zugrunde gelegten Verkürzungsbetrages richtet.

Entgegen der seinerzeitigen Berufungen durch Frau Dr. P. hätten die entsprechenden Ausführungen im Erkenntnis des Spruchsenates keine Berücksichtigung gefunden und es werde nochmals um Überprüfung ersucht.

Gemäß der Berufung vom 5. Mai 2003 weise der Bw. darauf hin, dass in der Berechnung für die angeführten Monate eine Schätzung auf Grund der Ergebnisse eines Monats (Jänner 2002) durchgeführt und darauf unter Festsetzung eines 25%igen Sicherheitszuschlages die Bemessungsgrundlage für die angeführten Zeiträume errechnet worden sei.

Dagegen sei in den Monaten Mai und Juni 2002 kein Vorsteuerabzug gewährt worden, da keine ordnungsgemäßen Rechnungen vorgelegen seien.

Zu dieser Vorgangsweise sei festzustellen, dass eine lineare Hochrechnung des Ergebnisses Jänner 2002 auf die folgenden Monate bis Juni 2002 völlig unrealistisch sei, da überhaupt nicht berücksichtigt worden wäre, dass durch nahende Insolvenz der Geschäftsgang schon infolge des schwierigen Wareneinkaufes stark nachgelassen habe, was sich auch im vorliegenden Fall durch das Fehlen von Rechnungen in den Monaten Mai und Juni 2002 manifestiere. Eine Hochrechnung sei daher nur für die Monate bis inklusive April 2002 gerechtfertigt und auch hier mit einem entsprechenden Abschlag des Umsatzes.

Weiters sei der Sicherheitszuschlag von 25% zu hoch gegriffen, ein Satz von 15% wäre wegen der angeführten Situation angemessen.

Es werde daher beantragt, Umsätze nur bis inklusive April 2002 anzunehmen. Die ergebe eine Verminderung der Umsätze um € 48.705,33. Auch werde um Herabsetzung der Umsätze in den Monaten Dezember 2001 bis einschließlich April 2002 um 20% ersucht, da durch die nahende Insolvenz kein voller Geschäftsbetrieb mehr gegeben gewesen sei. Weiters werde die Herabsetzung des Sicherheitszuschlages auf 15% beantragt, da eine stark abnehmende Tendenz der Umsätze zu berücksichtigen sei. Dementsprechend seien auch die Kapitalertragsteuerabfuhrdifferenzen zu reduzieren.

Auf Grund dieser Darstellung sei die angenommene Zahllast von € 19.187,00 unrichtig und es erscheine auch die bemessene Strafe in Höhe von € 8.000,00 überhöht.

#### ***Über die Berufung 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 § 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.*

Die vorliegende Berufung richtet sich gegen die Höhe des vom Spruchsenat ermittelten Verkürzungsbetrages an Umsatzsteuervorauszahlungen der Monate Jänner bis April 2002 in Höhe von € 19.187,00 sowie auch gegen die Höhe der vom Spruchsenat bemessenen Strafe.

Dazu wendet der Bw. ein, dass eine Hochrechnung des Ergebnisses Jänner 2002 auf die Folgemonate bis Juni 2002 völlig unrealistisch sei, da unberücksichtigt bleibe, dass durch die nahende Insolvenz der Geschäftsgang schon wegen des schwierigen Wareneinkaufes stark vernachlässigt worden sei, was sich auch im vorliegenden Fall durch das Fehlen von Rechnungen für die Monate Mai und Juni 2002 manifestiere. Eine Hochrechnung sei daher nur für die Monate bis April 2002 gerechtfertigt, jedoch auch hier nur mit einem entsprechenden Abschlag vom Umsatz. Der Bw. beantragt daher in der gegenständlichen Berufung Umsätze nur bis April 2002 anzunehmen sowie eine Herabsetzung der Umsätze in den Monaten Oktober 2001 bis April 2002 um 20% vorzunehmen, da durch die nahende Insolvenz kein voller Geschäftsgang mehr gegeben gewesen sei. Auch werde beantragt, die Sicherheitszuschläge auf 15% (bisher 25%) herabzusetzen, da eine stark abnehmende Tendenz der Umsätze zu berücksichtigen sei.

Mit diesen Einwendungen ist der Bw. nach Ansicht des Berufungssenates aus folgenden Gründen nicht im Recht:

Wie im angefochtenen Erkenntnis des Spruchsenates angeführt und auch ausführlich dargestellt, erfolgte für die Tatzeiträume Jänner bis April 2002 eine Schätzung der Umsätze im Wege des inneren Betriebsvergleiches basierend auf den der Betriebsprüfung vorgelegten Losungslisten des Monats Jänner 2002. Entsprechend dem Monat Jänner wurde auch für die Monate Februar bis April 2002 jeweils eine gleich hohe Vorsteuer - wie für den Monat Jänner vom Bw. selbst aufgezeichnet - bei der Berechnung des Verkürzungsbetrages berücksichtigt.

Eine Zuschätzung in Form eines Sicherheitszuschlages unterblieb für Zwecke des Finanzstrafverfahrens dabei zur Gänze.

Wenn der Bw. in der gegenständlichen Berufung beantragt, die Umsätze für die Monate Oktober bis April 2002 um jeweils 20% zu senken, da durch die nahende Insolvenz kein voller Geschäftsbetrieb mehr gegeben gewesen sei, so ist dem zu entgegnen, dass durch den Spruchsenat ohnehin die Verhältnisse des Monats Jänner 2002 auf Grund der vom Bw. vorgelegten Losungslisten auf die Monate Februar bis April 2002 im Wege eines inneren Betriebsvergleiches umgelegt wurden. Der Monat Jänner war laut Berufungsvorbringen bereits ein Monat, in welchem durch die nahende Insolvenz kein voller Geschäftsbetrieb mehr gegeben gewesen war. Der Bw. stellt in der gegenständlichen Berufung nicht dar und es ist auch für den Berufungssenat nicht einsichtig, weswegen in den Monaten Februar bis April 2002 vom Monat Jänner 2002 gravierend abweichende Umsätze erzielt worden seien. Es wäre am Bw. selbst gelegen, anhand von konkreten Behauptungen und einer vom Spruchsenat im erstinstanzlichen Finanzstrafverfahren bereits angeforderten Aufstellung der Umsätze und abzugsfähigen Vorsteuern, welche auch im Berufungsverfahren nicht vorgelegt wurde, seine Berufungsbehauptungen zu untermauern. Darüber hinaus ist auszuführen, dass der Bw. selbst in der gegenständlichen Berufung beantragt, die monatlichen Sicherheitszuschläge bei der Berechnung des Verkürzungsbetrages auf 15% herabzusetzen. Demgegenüber wurde seitens des Spruchsenates bei der Berechnung des strafbestimmenden Wertbetrages der Sicherheitszuschlag zur Gänze ausgeschieden, sodass der durch den Spruchsenat berechnete Umsatzsteuerbetrag dem Berufungsantrag (Herabsetzung der Umsätze um 20% bei Berücksichtigung eines Sicherheitszuschlages von 15%) des Bw. ohnehin sehr nahe kommt.

Soweit sich die Einwendungen zum strafbestimmenden Wertbetrag auf die Kapitalertragsteuer und auf Umsatzsteuervorauszahlungszeiträume außerhalb der erstinstanzlich der Bestrafung zugrunde gelegten Tatzeiträume Jänner bis April 2002 beziehen, gehen diese ins Leere, da sie nicht Gegenstand der erstinstanzlichen Bestrafung waren und somit auch nicht Sache des Berufungsverfahrens sind.

Die gegenständliche Berufung enthält keinerlei Einwendungen gegen das Vorliegen der subjektiven Tatseite einer Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG und auch nicht gegen die Höhe der vom Spruchsenat festgesetzten Geldstrafe.

Hinsichtlich des Vorliegens der subjektiven Tatseite hegt der Berufungssenat auf Grund der durch die Betriebsprüfung festgestellten nahezu vollständigen Vernachlässigung sämtlicher steuerlicher Verpflichtungen zur Führung der dem Gesetz entsprechenden Aufzeichnungen

und zur Offenlegung und Entrichtung der Umsatzsteuervorauszahlungen keine wie immer gearteten Bedenken.

Auf Grund der Eröffnung des Konkursverfahrens mit Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 24. Juni 2002 war der Bw. in der Folge nicht mehr für die Abgabe der Umsatzsteuerjahreserklärung 2002 verantwortlich, sodass das Delikt einer (versuchten) Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 1 FinStrG im gegenständlichen Fall nicht verwirklicht sein kann.

Hingegen war der Strafberufung des Bw. Folge zu geben. Dabei waren insbesondere die in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungssenat vom Bw. erstmals ausführlich dargestellten persönlichen Verhältnisse und seine sehr eingeschränkte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen, welche vom Spruchsenat mangels genauer Kenntnis (Entscheidung in Abwesenheit des Bw.) nicht ins Kalkül gezogen werden konnten. So bezieht der Bw. derzeit eine Notstandshilfe von € 23,00 täglich. Seine Schulden aus persönlichen Haftungen im Rahmen des Geschäftsbetriebes der GmbH belaufen sich auf ca. € 1 Million, wobei er zusätzlich im Rahmen der gastronomischen Tätigkeit sämtliche Ersparnisse verloren hat und zudem auch noch wegen der betrieblichen Probleme seine erste Ehe in Brüche ging. Die Stellung eines Antrages auf Privatkonkurs ist nach seinen Angaben derzeit aussichtslos weil die Bank einem Zahlungsplan nicht zustimmen würde, sodass eine Bereinigung seiner wirtschaftlichen Situation auch in absehbarer Zukunft kaum möglich sein wird. Derzeit absolviert der Bw. eine Ausbildung zum Heilmasseur. Da die Wiederaufnahme einer selbstständigen Tätigkeit nicht zu erwarten ist, spricht im gegenständlichen Fall auch der spezialpräventive Strafzweck nicht gegen eine Minderung der Geldstrafe und der entsprechenden Ersatzfreiheitsstrafe.

Bei der Strafbemessung ging der Berufungssenat wie auch der Spruchsenat vom Milderungsgrund der finanzstrafbehördlichen Unbescholtenheit des Bw. aus. Zusätzlich waren auch noch die inhaltlich geständige Rechtfertigung des Bw. zur subjektiven Tatseite und sein Handeln aus einer wirtschaftlichen Notlage heraus als mildernd, als erschwerend hingegen kein Umstand zu berücksichtigen.

Unter Berücksichtigung dieser Strafzumessungserwägungen erscheint die aus dem Spruch der gegenständlichen Entscheidung ersichtliche Geldstrafe und die entsprechende Ersatzfreiheitsstrafe tat- und schuldangemessen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 21. März 2006