



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Finanzstrafsenat 2

GZ. FSRV/0047-W/04

## 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 Oberrat Mag. Gerhard Groschedl sowie die Laienbeisitzer Dr. Wolfgang Seitz und Mag. Dr. Jörg Krainhöfner als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw., vertreten durch Rechtsanwalt, wegen der Finanzvergehen der fahrlässigen Abgabenverkürzung und Finanzordnungswidrigkeit gemäß §§ 34 Abs. 1 und 49 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 8. April 2004 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 3. Dezember 2003, SpS, nach der am 5. Oktober 2004 in Anwesenheit des Beschuldigten, seines Verteidigers, der Amtsbeauftragten AB sowie der Schriftführerin M. durchgeführten Verhandlung

zu Recht erkannt:

Der Berufung wird stattgegeben, das angefochtene Erkenntnis in seinem Ausspruch über die Strafe, über die Haftung gemäß § 28 Abs. 1 FinStrG der nebenbeteiligten Fa.B. sowie im Ausspruch über die Bestimmung der Verfahrenskosten aufgehoben und im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst erkannt:

Gemäß § 34 Abs. 4 FinStrG und § 49 Abs. 2 FinStrG, unter Bedachtnahme auf § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG, wird die Geldstrafe mit €3.200,00 und die für den Fall der Uheinbringlichkeit gemäß § 20 FinStrG an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe mit 8 Tagen neu bemessen.

Gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG werden die Kosten des Finanzstrafverfahrens mit €320,00 neu bestimmt.

Gemäß § 28 Abs. 1 FinStrG haftet die Fa.B. für einen Betrag von €2.900,00 der über den Bw. verhängten Geldstrafe.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 3. Dezember 2003, SpS 415/03-III, wurde der Berufungswerber (Bw.) der fahrlässigen Abgabenverkürzung gemäß § 34 Abs. 1 FinStrG und der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 49 Abs. 1 lit. FinStrG für schuldig erkannt, weil er als für die abgabenrechtlichen Belange verantwortlicher Geschäftsführer der Fa.M.D.GmbH (nunmehr Fa.B.)

- 1) fahrlässig und der Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- und Wahrheitspflicht bewirkt habe, dass Abgaben, die bescheidmäßig festzusetzen sind, nicht oder zu niedrig festgesetzt wurden, und dass Abgaben, die selbst zu berechnen sind, ganz oder teilweise nicht entrichtet wurden, nämlich Umsatzsteuer 1998 in Höhe von S 40.000,00, 1999 in Höhe von S 40.000,00 und 2000 in Höhe von S 40.000,00 sowie Kapitalertragsteuer 1998 in Höhe von S 60.000,00, 1999 in Höhe von S 60.000,00 und 2000 in Höhe von S 60.000,00; und weiters
- 2) vorsätzlich Abgaben, die selbst zu berechnen sind, und zwar Vorauszahlungen an Umsatzsteuer für die Monate 1-11/2002 in Höhe von €3.177,00 nicht spätestens am 5 Tag nach Fälligkeit entrichtet bzw. die geschuldeten Beträge bekannt gegeben habe.

Gemäß § 34 Abs. 4 FinStrG unter Anwendung des § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG wurde über den Bw. deswegen eine Geldstrafe in Höhe von €4.000,00 und eine für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 10 Tagen verhängt.

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

Gemäß § 28 Abs. 1 FinStrG wurde die Haftung der Fa.M.D.GmbH (nunmehr Fa.B.) für die über den Bw. verhängte Geldstrafe ausgesprochen.

Begründend wurde dazu seitens des Spruchsenates ausgeführt, dass der finanzstrafbehördlich vorbestrafte Bw. monatlich €700,00 verdiene und sorgepflichtig für 2 Kinder sei.

Der Bw. fungiere seit der Gründung der Fa.M.D.GmbH (10. Mai 1993), deren Geschäftsgegenstand der Geflügelhandel und der Betrieb eines Cafes sei, als deren Geschäftsführer und Gesellschafter. Er sei auch für die abgabenrechtlichen Belange des

Unternehmens verantwortlich gewesen, insbesondere sei seine Aufgabe gewesen, für die korrekte und vollständige Erfassung sämtlicher Umsätze und Erlöse und für die Abfuhr der monatlichen Abgaben an das Finanzamt Sorge zu tragen. Der Bw. sei auch wirtschaftlicher Eigentümer des Unternehmens gewesen.

Im Zuge einer abgabenbehördlichen Prüfung seien zahlreiche Buchführungsmängel festgestellt worden. So seien beispielsweise die Tageslosungen nur gerundet aufgezeichnet worden, beim Rohaufschlag sei es zu erheblichen Differenzen gekommen und seien auch Kalkulationsdifferenzen vorgelegen. Da eine vollständige Erfassung der erzielten Umsätze und Erlöse nicht gegeben gewesen sei, sei es zu Zuschätzungen gekommen. Aus diesen Prüfungsfeststellungen würden die zu Punkt 1) des Spruches angeführten Mehrsteuern resultieren.

Obwohl der Bw. als langjähriger Geschäftsführer über seine abgabenrechtliche Verpflichtungen Kenntnis gehabt habe, habe er es fahrlässig unterlassen, die tatsächlichen Umsätze und Erlöse aufzuzeichnen, wodurch es zu den festgestellten Abgabenverkürzungen gekommen sei.

Weiters habe eine Umsatzsteuernachschau stattgefunden, wobei die Voranmeldungen für Jänner bis November 2002 zu Prüfungsbeginn vorgelegt worden seien, woraus wiederum die zu Punkt 2) des Spruches angeführten strafbestimmenden Wertbeträge resultieren würden.

Obwohl der Bw. die gesetzlichen Termine gekannt habe, habe er es vorsätzlich unterlassen, die im Spruch genannten Voranmeldungen rechtzeitig abzugeben und habe damit in Kauf genommen, dass es zumindest zu erheblichen Verspätungen bei der Entrichtung gekommen sei.

Der festgestellte Sachverhalt gründe sich auf den Akteninhalt und die Ergebnisse der abgabenbehördlichen Prüfungen, welche unbedenklich und insbesondere die herangezogenen Kalkulationen und Rohaufschläge lebensnah und ortsüblich seien.

Bei der Strafbemessung wertete der Spruchsenat als mildernd keinen Umstand, als erschwerend hingegen wurde das Zusammentreffen zweier Finanzvergehen, der lange Deliktszeitraum und die finanzstrafrechtliche Vorstrafe angesehen.

Gegen dieses Erkenntnis des Spruchsenates richtet sich die vorliegende frist- und formgerechte Berufung des Bw. vom 8. April 2004, welche sich gegen die Höhe der vom Spruchsenat festgesetzten Geldstrafe richtet.

Begründend wird ausgeführt, dass dem Bw., wie die Behörde festgestellt habe, monatlich lediglich ein Betrag von € 700,00 zur Verfügung stehe und er weiters für die Sorgepflichten zweier Kinder aufkommen müsse. Ausgehend vom erstinstanzlichen Bescheid erweise sich die über den Bw. verhängte Geldstrafe in der Höhe von € 4.000,00 als überhöht. Die

Vollstreckung der angefochtenen Strafe würde dem Bw. einen unverhältnismäßigen und auch einen nicht wieder gut zu machenden Nachteil bereiten. Er müsste einen Kredit aufnehmen, obwohl ihm dies auf Grund der fehlenden Besicherung nicht möglich sei.

§ 23 Abs. 3 FinStrG stelle bei der Bemessung der Geldstrafe auf die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters ab. Da dem Bw. monatlich nur € 700,00 zur Verfügung stünden und zusätzlich noch Sorgepflichten für 2 Kinder bestünden, sei die festgesetzte Geldstrafe in Höhe von € 4.000,00 mit § 23 Abs. 3 FinStrG nicht in Einklang zu bringen und im Verhältnis zu der genannten gesetzlichen Bestimmung zu hoch bemessen.

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH seien bei der Bemessung der Geldstrafe nach § 23 Abs. 3 FinStrG die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen.

Im bekämpften Bescheid werde auf die persönlichen Verhältnisse und auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bw. keine Rücksicht genommen und diese in weiterer Folge dem Bescheid auch nicht zugrunde gelegt, obwohl dem Finanzamt bekannt gewesen sei, dass der Bw. nur ein monatliches Einkommen von € 700,00 zur Verfügung habe und zusätzlich zwei Sorgepflichten nachkommen müsse.

Weiters seien gemäß § 23 Abs. 2 FinStrG bei der Bemessung der Strafe Erschwerungs- und Milderungsgründe mit einzubeziehen. Die Erschwerungs- und Milderungsgründe seien in den §§ 32 bis 35 StGB geregelt und nach § 23 Abs. 2 FinStrG sinngemäß anzuwenden. Dies ergebe sich ebenfalls aus der ständigen Spruchpraxis des VwGH, wonach bei der Begründung der Entscheidung über das Strafausmaß gemäß § 23 Abs. 2 und 3 FinStrG auch die Abwägung der Erschwerungs- und Milderungsgründe sowie die Feststellungen über die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters in die Entscheidung miteinbezogen werden müssten. Dies sei im Bescheid der Behörde verabsäumt worden.

Im gegenständlichen Fall komme § 34 Abs. 1 Zi. 15 und 17 StGB zur Anwendung, da sich der Bw. bei der Vernehmung am 28. Jänner 2003 vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz geständig verantwortet habe und auch bereit sei, den Schaden nach seinen Möglichkeiten gut zu machen und einen Teilbetrag bereits geleistet habe. Dies lasse sich daraus erkennen, dass bereits Zahlungen betreffend der Umsatzsteuervoranmeldungen für den Zeitraum Jänner bis Oktober 2002 vom Bw. bezahlt worden seien und er für den ausständigen Restbetrag einen Antrag auf Stundung und Ratenvereinbarung an das zuständige Finanzamt gerichtet habe und weiters eine Selbstanzeige des steuerlichen Vertreters im Namen der Fa.M.D.GmbH an die belangte Behörde gerichtet worden sei. Der Bw. habe bei seiner

Vernehmung am 28. Jänner 2003 vor der bescheiderlassenden Behörde mitgeteilt, dass die Umsatzsteuern für den Zeitraum Jänner bis September 2003 auf Grund finanzieller Engpässe nur zum Teil entrichtet und gemeldet worden seien. Dem Bw. sei dieser Umstand bewusst und aus diesem Grund habe er auch durch den Steuerberater in seinem Namen eine Selbstanzeige an die Behörde gerichtet, um darzulegen, dass es auf Grund der schlechten finanziellen Lage nicht möglich gewesen sei, alle Abgaben an das Finanzamt zu leisten.

Die Selbstanzeige, die geständige Verantwortung und die teilweise bereits erfolgten Abgabenleistungen seien eindeutig als Milderungsgrund zu werten und müssten bei der Bemessung der Geldstrafe miteinbezogen werden. Da es dem Bw. nicht möglich sei, bei einem monatlich zur Verfügung stehenden Betrag von €700,00 die festgesetzte Geldstrafe in Höhe von €4.000,00 zu bezahlen, ersuche dieser um Herabsetzung des Betrages, welcher nach § 23 Abs. 3 FinStrG den Verhältnissen des Bw. anzupassen sei, um seiner Verpflichtung zur Zahlung der Geldstrafe nachkommen zu können.

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

*§ 34 Abs. 1 FinStrG macht sich einer fahrlässigen Abgabenverkürzung schuldig, wer fahrlässig unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht eine Abgabenverkürzung bewirkt.*

*Gemäß § 34 Abs. 4 FinStrG wird die fahrlässige Abgabenverkürzung mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen des Verkürzungsbetrages (der ungerechtfertigten Abgabengutschrift) geahndet.*

*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.*

*Gemäß § 49 Abs. 2 FinStrG wird die Finanzordnungswidrigkeit mit einer Geldstrafe geahndet, deren Höchstmaß die Hälfte des nicht oder verspätet entrichteten oder abgeführten Abgabenbetrages oder der geltend gemachten Abgabengutschrift beträgt.*

*Gemäß § 21 Abs. 1 FinStrG ist auf eine einzige Geldstrafe zu erkennen, wenn jemand durch eine Tat oder durch mehrere selbständige Taten mehrere Finanzvergehen der selben oder verschiedener Art begangen hat und über diese Finanzvergehen gleichzeitig erkannt wird.*

*Gemäß § 21 Abs. 2 FinStrG ist die einheitliche Geldstrafe jeweils nach der Strafdrohung zu bestimmen, welche die höchste Strafe androht. Hängen die zusammenhängenden Strafdrohungen von Wertbeträgen ab, so ist für die einheitliche Geldstrafe die Summe dieser Strafdrohungen maßgebend.*

*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.*

*Gemäß § 30 Abs. 2 FinStrG tritt eine Haftung dann nicht ein, wenn die Straftat spätestens zu dem Zeitpunkt, bis zu dem eine Selbstanzeige mit strafbefreiender Wirkung möglich wäre (§ 29), vom Vertretenen oder Dienstgeber bei der zuständigen Behörde (§ 29 Abs. 1) angezeigt wird. Bei Personenvereinigungen genügt es, wenn diese Anzeige von einem Mitglied der Personenvereinigung erstattet wird.*

Im Rahmen der gegenständlichen Berufung, welche sich gegen die Höhe der vom Spruchsenat festgesetzten Geldstrafe richtet, wendet der Bw. im Tenor ein, dass seitens des Spruchsenates seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Strafbemessung keine Berücksichtigung gefunden hätten und die Milderungsgründe der geständigen Rechtfertigung, des Bemühens um Schadensgutmachung bei bereits erfolgter Schadensgutmachung sowie der Offenlegung durch Selbstanzeige nicht berücksichtigt worden seien.

Soweit sich das Berufungsvorbringen des Bw. auf die Nichtberücksichtigung seiner persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Strafbemessung richtet, kann ihm insoweit nicht beigespflichtet werden. Aus der Begründung des erstinstanzlichen Erkenntnisses des Spruchsenates geht zweifelsfrei hervor, dass der Spruchsenat von einem monatlichen Verdienst von € 700,00 und Sorgepflichten für zwei Kinder ausgegangen ist und auch bei der Strafbemessung auf die Täterpersönlichkeit Bezug genommen wurde.

Wenn der Bw. ins Treffen führt, dass die Vollstreckung der angefochtenen Strafe für ihn einen unverhältnismäßigen und nicht wieder gutzumachenden Nachteil bereiten würde, er einen Kredit aufnehmen müsste, obwohl ihm dies bei fehlender Besicherung nicht möglich sei, so ist dazu auszuführen, dass die Verhängung einer Geldstrafe nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes auch dann gerechtfertigt ist, wenn es die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Bw. wahrscheinlich erscheinen lassen, dass er nicht in der Lage sein wird, diese zu bezahlen (vgl. VwGH vom 5.9.1985, Zl. 85/16/0044).

Auch kann der vom Bw. in der gegenständlichen Berufung eingewendete Milderungsgrund der teilweisen Schadensgutmachung bzw. des Bemühens um Schadensgutmachung anhand der Aktenlage nicht nachvollzogen werden, haften doch die verfahrensgegenständlichen Verkürzungsbeträge nach wie vor in voller Höhe vollstreckbar am Abgabenkonto des Bw. aus, wobei auch eine Stundung bzw. Ratenvereinbarung laut Abgabenkonto nicht aufrecht ist.

Der Bw. ist jedoch mit seinem Berufungseinwand dahingehend, dass vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz am 28. Jänner 2003 eine geständige Rechtfertigung

abgegeben wurde, grundsätzlich im Recht. Diese bezog sich jedoch ausschließlich auf die angeschuldigte Finanzordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG [Punkt 2) des angefochtenen Erkenntnisses]. Zur fahrlässigen Abgabenverkürzung [Punkt 1) des angefochtenen Erkenntnisses] erfolgte im Rahmen des erstinstanzlichen Finanzstrafverfahrens keine Stellungnahme des Bw.. Da jedoch das Vorliegen einer fahrlässigen Abgabenverkürzung im Sinne des § 34 Abs. 1 FinStrG im Rahmen der gegenständlichen Berufung nicht in Abrede gestellt wird und sich die gegenständliche Berufung ausschließlich gegen die Strafhöhe richtet, kann auch hinsichtlich dieses Deliktes zumindest nunmehr schlüssig von einer geständigen Rechtfertigung ausgegangen werden.

Weiters ist auszuführen, dass erstinstanzlich vom Spruchsenat zu Unrecht der Erschwerungsgrund des Zusammentreffens zweier Finanzvergehen der Bestrafung zugrunde gelegt wurde, weil dieser Umstand bereits durch die Summierung der einzelnen strafbestimmenden Wertbeträge entsprechend der Bestimmung des § 21 Abs. 2 FinStrG die Höhe der einheitlichen Strafdrohung bestimmt hat und daher eine Doppelverwertung strafverschärfender Umstände nicht zulässig war.

Aufgrund des erstinstanzlich nicht berücksichtigten Milderungsgrundes der (teil-)geständigen Rechtfertigung des Bw. und des Wegfalls des Erschwerungsgrundes des Zusammentreffens zweier Finanzvergehen war seitens des Berufungssenates mit einer Strafneubemessung vorzugehen, im Zuge derer auch die in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungssenat konkretisiert vorgebrachten eingeschränkten wirtschaftlichen Verhältnisse des Bw. (derzeit kein Arbeitslosengeld, kein Vermögen, Schulden in Höhe von insgesamt ca. €44.000,00) und das Vorliegen der Sorgepflichten für drei Kinder eine verstärkte Berücksichtigung gefunden haben. Auf Basis dieser Strafzumessungserwägungen erscheint die aus dem Spruch ersichtliche Geldstrafe und die entsprechende Ersatzfreiheitsstrafe tätergerecht und schuldangemessen. Einer darüber hinaus gehenden Strafreduktion konnte seitens des erkennenden Senates bei nicht erfolgter Schadensgutmachung auch aus generalpräventiven Erwägungen nicht näher getreten werden.

Die am 8. Jänner 2003 durch den steuerlichen Vertreter im Namen der Fa.M.D.GmbH abgegebene Selbstanzeige durch Einreichung der Umsatzsteuervoranmeldungen für Jänner bis Oktober 2002 stellt für den Bw. keinen gesonderten Milderungsgrund dar, zumal diese einerseits ausdrücklich im Namen der juristischen Person (GmbH) abgegeben wurde und andererseits ohnehin von der nunmehr mildernd der Bestrafung zugrunde gelegten geständigen Rechtfertigung umfasst ist.

Diese rechtzeitig vor Beginn der Betriebsprüfung erfolgte Anzeige der Straftat durch die Fa.M.D.GmbH (nunmehr Fa.B.) wirkt jedoch für diese gemäß § 30 Abs. 2 FinStrG in Bezug auf Punkt 2) des angefochtenen Erkenntnisses des Spruchsenates haftungsbefreiend, sodass

in dem aus dem Spruch der gegenständlichen Berufungsentscheidung ersichtlichen Ausmaß die Haftung der nebenbeteiligten GmbH zu reduzieren war.

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 der 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 die Ersatzfreiheitsstrafe vollzogen werden müssten.

Wien, am 5. Oktober 2004