



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Finanzstrafsenat Wien 1

GZ. FSRV/0095-W/10

## Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat Wien 1 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Karl Kittinger, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrat Dr. Josef Graf sowie die Laienbeisitzer Mag. Dr. Jörg Krainhöfner und Mag. Josef Fasching als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen F.B., Adresse1, wegen der Finanzvergehen der Abgabenhinterziehungen gemäß § 33 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 7. Juni 2010 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Finanzamt Wien 1/23 als Organ des Finanzamtes Wien 1/23 vom 25. März 2010, SpS, nach der am 11. Jänner 2011 in Anwesenheit des Beschuldigten, des Amtsbeauftragten AB sowie der Schriftührerin E.M. durchgeföhrten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

Der Berufung des Herrn F.B. (Bw.) wird teilweise Folge gegeben und das angefochtene Erkenntnis im Strafausspruch zu Punkt I.) dahingehend abgeändert, dass die über den Bw. gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG, unter Bedachtnahme auf § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG, zu verhängende Geldstrafe auf € 22.000,00 und die gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe auf 55 Tage herabgesetzt wird.

Aus Anlass der Berufung wird der Kostenausspruch des erstinstanzlichen Erkenntnisses gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG in der Fassung der Finanzstrafgesetz-Novelle 2010, BGBl I 104/2010, auf € 500,00 (statt bisher € 363,00) abgeändert.

## **Entscheidungsgründe**

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 25. März 2010, SpS, wurde der Bw. der Abgabenhinterziehungen gemäß § 33 Abs. 1, Abs. 3 lit. b FinStrG sowie gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG für schuldig erkannt, er habe im Bereich des Finanzamtes Wien 1/23 als Geschäftsführer der Fa. E.H. Ltd.

1.) 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, und zwar an Umsatzsteuer 1-12/2007 in Höhe von € 10.000,00, Umsatzsteuer 1-12/2008 in Höhe von € 26.833,00 und Umsatzsteuer 1-6/2009 in Höhe von € 4.500,00; und weiters

2.) vorsätzlich unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- und Wahrheitspflicht und zwar dadurch, dass Abgaben, die selbst zu berechnen sind, ganz oder teilweise nicht entrichtet und dadurch Kapitalertragsteuer 1-12/2007 in Höhe von € 3.125,00, Kapitalertragsteuer 1-12/2008 in Höhe von € 8.333,33 und Kapitalertragsteuer 1-6/2009 in Höhe von € 1.375,00 verkürzt.

Gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG wurde über den Bw. deswegen eine Geldstrafe in Höhe von € 28.000,00 und eine gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 70 Tagen verhängt.

Gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG habe der Bw. die Kosten des Finanzstrafverfahrens in Höhe von € 363,00 zu ersetzen.

Zur Begründung wurde dazu im Erkenntnis des Spruchsenates ausgeführt, der Bw. sei seit Gründung (1. März 2006) der Fa. E.H. Ltd., die mit ihrer inländischen Zweigniederlassung im Firmenbuch eingetragen sei, als deren handelsrechtlicher Geschäftsführer tätig.

Für die Zeiträume 2007-7/2009 sei eine Außenprüfung bei der Fa. E.H. Ltd. durchgeführt und mit Bericht vom 23. November 2009 abgeschlossen worden. Dabei sei festgestellt worden, dass von der Gesellschaft weder Umsatzsteuervoranmeldungen abgegeben noch Zahlungen geleistet worden seien. Bei Vorliegen von sichergestellten Geschäftspapieren, den geöffneten

Kontoverbindungen und anhand der Buchungsaufstellung der kontoführenden Institute habe die Finanz festgestellt, dass von der geprüften Gesellschaft keine Buchhaltung und sonstige Aufzeichnungen geführt worden wären, die eine Feststellung des tatsächlichen Gewinnes bzw. der Umsätze ermöglicht hätten. Es sei daher gemäß § 184 BAO zu einer Globalschätzung gekommen, bei welcher als Anhaltspunkt die Zahlungseingänge auf dem Bankkonto der Gesellschafter herangezogen worden seien.

Das geschätzte Betriebsergebnis sei mangels Buchhaltung gleichzeitig als verdeckte Gewinnausschüttung an den geschäftsführenden Gesellschafter F.B. festgestellt und der Kapitalertragsteuer unterworfen worden.

Als im Firmenbuch eingetragenen Geschäftsführer wäre es Aufgabe des Bw. gewesen, für ein korrektes Rechenwerk sowie für die fristgerechte und vollständige Meldung und Abfuhr der selbst zu berechnenden Abgaben und Vorauszahlungen an Umsatzsteuer Sorge zu tragen.

Der Bw. habe es vorsätzlich unterlassen, den § 21 des UStG entsprechende Voranmeldungen abzugeben und er habe dadurch eine Verkürzung von Vorauszahlungen an Umsatzsteuer für die Zeiträume 1-12/2007, 1-12/2008 und 1-6/2009 in der Gesamthöhe von € 41.333,00 bewirkt, wobei er den Eintritt der Verkürzung nicht nur für möglich, sondern für gewiss gehalten habe.

Weiters habe der Bw. vorsätzlich unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- und Wahrheitspflicht und zwar dadurch, dass Abgaben, die selbst zu berechnen sind, ganz oder teilweise nicht entrichtet worden seien, Kapitalertragsteuer 1-12/2007, 1-12/2008 und 1-6/2009 in einer Gesamthöhe von € 12.833,33 verkürzt, wobei er dies ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden habe.

Diese Feststellungen würden auf der geständigen Verantwortung des Bw. in seiner Einvernahme vom 27. April 2009 und 3. Februar 2010 beruhen, wo er sich sowohl hinsichtlich seiner Person, als auch als Vertreter des belangten Verbandes schuldeinsichtig und geständig gezeigt habe. Zu der mündlichen Verhandlung vom 25. März 2010 sei der Bw. unentschuldigt nicht erschienen. Sein Geständnis sowie die Erhebungen des Finanzamtes Wien 1/23 seien daher dem Verfahren zugrunde zu legen.

Die Höhe des strafbestimmenden Wertbetrages ergebe sich aus den nachvollziehbaren Ermittlungen des Finanzamtes Wien 1/23, der durchgeführten Hausdurchsuchung, sowie deren Ergebnisse und seien als qualifizierte Vorbringen diesem Verfahren zugrunde zu legen gewesen.

Grund für die vorliegenden Verfehlungen sei der Umstand gewesen, dass der Bw. kein Geld für die Steuern gehabt hätte, insbesondere für die Umsatzsteuer, die von ihm in Rechnung gestellt worden sei. Er habe die Bereitschaft gezeigt, den aufgelaufenen Abgabengrundstand in Raten abzutragen. Der Umgang mit steuerlichen Angelegenheiten sei jedoch auffällig ignorant gewesen, insbesondere der Umstand, dass keinerlei Buchhaltung geführt worden sei.

Der Bw. habe die angeführten Finanzvergehen in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt.

Bei der Strafbemessung sah der Spruchsenat als mildernd das Geständnis, als erschwerend hingegen die finanzbehördlichen Vorstrafen an.

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

Gegen dieses Erkenntnis des Spruchsenates richtet sich die vorliegende frist- und formgerechte Berufung des Bw. vom 7. Juni 2010, welche sich ausschließlich gegen die Höhe der vom Spruchsenat verhängten Geldstrafe richtet.

Die verhängte Strafe sei weder schuld- noch tatangemessen. Die belangte Behörde habe bei der Strafbemessung lediglich das Geständnis des Bw. als mildernd erachtet. Als erschwerend hingegen die finanzstrafrechtlichen Vorstrafen.

Auch hätte die eingeschränkte persönliche und wirtschaftliche Situation des Bw. in die Strafbemessung Eingang finden müssen. Der Bw. befindet sich knapp vor seinem pensionsfähigen Alter. Hinzu komme, dass er aufgrund der von einem Gläubiger beantragten Insolvenz der Fa. E.H. Ltd. – die Eröffnung des Konkursverfahrens sei mangels kostendeckenden Vermögen abgewiesen worden - über kein Einkommen verfüge.

In diesem Zusammenhang wäre weiters als mildernd zu berücksichtigen gewesen, dass sich der Bw. in Folge seiner Geständigkeit und Reue ernstlich bemüht habe, den Schaden wieder gut zu machen und den Rückstand zu begleichen, was jedoch angesichts des wirtschaftlichen Niedergangs der Fa. E.H. Ltd. als Einkunftsquelle letztendlich nicht erzielbar gewesen sei.

Obgleich der Bw. Kenntnis von seiner Verpflichtung gegenüber den Finanzbehörden gehabt habe, sei es ihm aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft, die auch Auswirkungen auf seine private Vermögenslage nach sich gezogen habe, nicht möglich gewesen, das entsprechende Kapital zur Erstellung einer Bilanz bzw. Durchführung seiner privaten Veranlagung durch den Steuerberater zu veranlassen.

Selbst die belangte Behörde führe im angefochtenen Erkenntnis aus, dass der Umstand, dass der Bw. kein Geld gehabt habe, Grund für die Verfehlungen gewesen sei. Darüber hinaus bestätige sie die Bereitschaft des Bw., den aufgelaufenen Abgabenrückstand in Raten abzutragen. Dass die Rückzahlung letztendlich nicht erfolgt sei, sei nicht als Ignoranz des Bw. gegenüber der Behörde anzusehen, sondern als unvermeidbare Konsequenz der wirtschaftlichen Probleme.

Diese wirtschaftliche Überforderung habe letztendlich auch zu gesundheitlichen Problemen des Bw. geführt und er habe es aus Panik verabsäumt, den Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat wahrzunehmen bzw. sein Fernbleiben zu entschuldigen.

Als erschwerend seien von der belangten Behörde die finanzbehördlichen Vorstrafen angesehen worden. Hierbei wäre jedoch darauf Bedacht zu nehmen gewesen, dass die letzte Vorstrafe vor ca. 20 Jahren ergangen sei und daher zwischenzeitlich getilgt sein sollte. Der Bw. habe sich seit der genannten Bestrafung grundsätzlich wohl verhalten und er sei aufgrund von unüberwindbaren wirtschaftlichen Schwierigkeiten unfreiwillig rückfällig geworden. Diese Umstände würden im gegenständlichen Fall rechtfertigen, den generalpräventiven Strafzweck hintan zu halten und mit einer Strafmilderung vorzugehen.

Auch wenn die Verhängung einer Geldstrafe nach der Judikatur selbst dann gerechtfertigt sei, wenn es die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Bestrafen wahrscheinlich erscheinen lassen, dass er nicht in der Lage sein werde, sie zu bezahlen, so bedürfe es dennoch aufgrund des geringen Unrechtsgehaltes einer angemessenen Rücksichtnahme auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bw.

Zweifelsfrei habe der Bw. in den Tatzeiträumen aus einer wirtschaftlichen Notsituation heraus gehandelt und sei seine Handlungsweise jedenfalls nicht auf eine endgültige Steuervermeidung gerichtet gewesen. Es sei daher kein hoher Verschuldensgrad bei der Strafbemessung zugrunde zu legen.

Es werde daher der Antrag gestellt, der Berufung Folge zu geben und die verhängte Strafe im Sinne der Berufung schuldangemessen herabzusetzen.

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

*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 gegenständliche Berufung richtet sich ausschließlich gegen die Höhe der über den Bw. verhängten Geldstrafe.

Entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 8.2.2007, 2006/15/0293) ist daher von einer Teilrechtskraft des Schuldspruches auszugehen.

Zu dem gemäß § 23 Abs. 1 als Grundlage für die Bemessung der Strafe heranzuziehenden Verschulden bringt der Bw. durch seine Verteidigerin vor, er habe aus einer wirtschaftlichen Notsituation heraus gehandelt habe und seine Handlungsweise sei nicht auf endgültige Steuervermeidung gerichtet gewesen. Diesem Vorbringen widersprechen ganz eindeutig die Feststellungen der mit Bericht vom 23. November 2009 abgeschlossenen Außenprüfung der Fa. E.H. Ltd. betreffend die tatgegenständlichen Zeiträume.

Unter Textziffer 1 des Prüfungsberichtes wird festgehalten, der Bw. habe als verantwortlicher Geschäftsführer der Fa. E.H. Ltd. keinerlei Grundaufzeichnungen geführt, nicht für die Erstellung einer Buchhaltung gesorgt und er in der Folge auch weder Umsatzsteuervoranmeldungen abgegeben noch die entsprechenden Vorauszahlungen an Umsatzsteuer entrichtet und es wäre eine Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen nur anhand der im Rahmen einer Hausdurchsuchung beschlagnahmten Unterlagen bzw. aufgrund der ermittelten Eingänge auf dem Bankkonto möglich gewesen. Eine derartige vollständige Vernachlässigung sämtlicher gesetzlicher Aufzeichnungs-, Offenlegungs- und Entrichtungspflichten im Bezug auf die dem Bw. als Geschäftsführer obliegende Verpflichtung zur Entrichtung der Abgaben der GmbH lässt ganz eindeutig auf einen hohen Grad des Verschuldens und auf einen auf endgültige Abgabenvermeidung gerichteten Vorsatz schließen, hat doch der Bw. von ihm vereinnahmte Umsatzsteuerbeträge in Kenntnis der diesbezüglichen Verpflichtung nicht an die Abgabenbehörde abgeführt und durch Nichtführung von Aufzeichnungen abgabenrechtliche Verpflichtungen zu verschleiern versucht.

Zu Recht hat der Spruchsenat bei der erstinstanzlichen Strafbemessung als mildernd das vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz abgelegte Geständnis des Bw. angesehen. Darüber

hinaus wurden im Rahmen der erstinstanzlichen Strafbemessung keine weiteren Milderungsgründe festgestellt.

Als erschwerend hat der Spruchsenat die finanzstrafbehördlichen Vorstrafen des Bw. angeführt. Dazu wird in der gegenständlichen Berufung zutreffend vorgebracht, dass diese schon viele Jahre zurück liegen und als getilgt anzusehen sind. Dieser Erschwerungsgrund liegt daher nicht vor, vielmehr ist bei der Strafneubemessung durch den Unabhängigen Finanzsenat von der finanzstrafbehördlichen Unbescholtenseitheit des Bw. auszugehen.

Zutreffend wird in der gegenständlichen Berufung ausgeführt, dass Ursache und Motiv für die steuerlichen Verfehlungen des Bw. die schlechte wirtschaftliche Situation sowohl der Fa. E.H. Ltd. als auch des Bw. selbst waren und er daher aus einer wirtschaftlichen Notsituation heraus gehandelt hat, ein Umstand, der ebenfalls als Milderungsgrund zu berücksichtigen ist.

Weiters als mildernd, wenngleich in der Gewichtung untergeordnet, ist eine geringfügige Schadensgutmachung durch den Bw. anzusehen. Die Umsatzsteuer 2007 wurde im Ausmaß von € 766,46 bezahlt. Alle übrigen dem gegenständlichen Finanzstrafverfahren zugrunde liegenden Abgabenschuldigkeiten haften nach wie vor unberichtigt aus.

Diesen Milderungsgründen steht der erstinstanzlich unberücksichtigt gebliebene Erschwerungsgrund des oftmaligen Tatentschlusses über einen Zeitraum von 2,5 Jahren gegenüber.

Berechtigt wird in der gegenständlichen Berufung auch ausgeführt, dass im angefochtenen Erkenntnis des Spruchsenates keine Feststellungen hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bw. getroffen wurden. Dazu brachte der Bw. in der mündlichen Berufungsverhandlung vor, er versuche ich mit einer neuen Firma wieder beruflich Fuß zu fassen, da er am Arbeitsmarkt wegen seines Alters nur schwer vermittelbar sei. Sein monatliches Einkommen betrage ca. € 500,00 bis € 1.000,00. Er habe weder persönliche Schulden noch ein Vermögen und auch keine Sorgepflichten. Es war daher bei der Neubemessung der Geldstrafe von einer eingeschränkten wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bw. auszugehen.

Auf Basis dieser Strafzumessungsgründe und unter Berücksichtigung der im Berufungsverfahren erstmals festgestellten obgenannten Milderungsgründe und der eingeschränkten wirtschaftlichen Situation des Bw. konnte nach Dafürhalten des erkennenden Berufungssenates mit einer Straferabsetzung auf das aus dem Spruch der gegenständlichen Entscheidung ersichtliche Ausmaß vorgegangen werden.

Auf die gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit zu bemessende Ersatzfreiheitsstrafe entspricht nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates dem oben festgestellten Verschulden des Bw. unter Berücksichtigung der genannten Milderungsgründe und des Erschwerungsgrundes.

Einer weiteren Strafherabsetzung standen insbesondere generalpräventive Erwägungen entgegen, die es dem Unabhängigen Finanzsenat nicht ermöglichten, bei festgestelltem hohen Grad des Verschuldens und bei nur in einem sehr geringfügigen Ausmaß erfolgter Schadensgutmachung mit einer weiteren Strafherabsetzung vorzugehen.

Gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG in Verbindung mit § 265 Abs. 1p FinStrG in der Fassung der Finanzstrafgesetz-Novelle 2010, BGBl I 104/2010, war aus Anlass der Berufung der Kostenausspruch des erstinstanzlichen Erkenntnisses auf € 500,00 (statt bisher € 363,00) zu erhöhen. Die Bemessung der Kosten des Strafverfahrens ist vom Verböserungsverbot des § 161 Abs. 3 FinStrG nicht erfasst (vgl. VwGH 24.1.1956, Slg 1736/54 und Kommentar Fellner, Rz. 12 zu § 161 FinStrG, sowie Reger/Hacker/Kneidinger „Das Finanzstrafgesetz mit Kommentar und Rechtsprechung“, Rz. 23 zu § 161 FinStrG).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 11. Jänner 2011