



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Finanzstrafsenat Wien 1

GZ. FSRV/0070-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 Dr. Wolfgang Seitz als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen M.B., Adresse1, wegen des Finanzvergehens der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 3. Mai 2010 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Finanzamt Wien 1/23 als Organ des Finanzamtes Wien 8/16/17 vom 26. Februar 2010, SpS, nach der am 15. März 2011 in Anwesenheit des Beschuldigten, des Amtsbeauftragten AB sowie der Schriftführerin E.M. durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Aus Anlass der Berufung wird der Kostenausspruch des angefochtenen Erkenntnisses des Spruchsenates dahingehend abgeändert, dass die gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG (in der Fassung der Finanzstrafgesetz-Novelle 2010, BGBl I 104/2010) zu ersetzenden Kosten des Finanzstrafverfahrens mit € 500,00 (statt bisher € 363,00) bestimmt werden.

## Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 26. Februar 2010, SpS, wurde der Berufungswerber (Bw.) der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG für schuldig erkannt, er habe im Bereich des Finanzamtes Wien 8/16/17 vorsätzlich unter Verletzung der Verpflichtung zur Abgabe einer dem § 21 UStG entsprechenden Voranmeldung für eine Verkürzung der Vorauszahlung an Umsatzsteuer für den Monat 4/2005 in Höhe von € 43.006,00 bewirkt, wobei er den Eintritt der Verkürzung nicht nur für möglich, sondern für gewiss gehalten habe.

Gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG und § 21 Abs. 1 bis 3 FinStrG, unter Bedachtnahme auf die am 27. Jänner 2009 erfolgte Bestrafung zu Strafnummer XY des Finanzamtes Lilienfeld St. Pölten wurde über den Bw. eine Zusatzgeldstrafe in Höhe von € 16.000,00 und eine gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 40 Tagen verhängt.

Gemäß § 185 FinStrG habe der Bw. die Kosten des Strafverfahrens in Höhe von € 363,00 und die eines allfälligen Vollzuges zu ersetzen.

Zur Begründung wurde dazu seitens des Spruchsenates ausgeführt, der finanzstrafbehördlich unbescholtene Bw. verfüge nach seinen eigenen Angaben über kein Einkommen und sei sorgepflichtig für zwei Kinder. Über die gegenwärtigen Einkommensverhältnisse und allenfalls weiter bestehende Sorgepflichten würden dem Spruchsenat keine Erkenntnisse vorliegen.

Die Ladung zur mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat sei dem Bw. an seiner Meldeanschrift durch Hinterlegung am 5. Februar 2010 zugestellt. Nach dem Inhalt einer Eingabe an den Spruchsenat vom 15. Februar 2010 sei die Kenntnis vom Verhandlungstermin evident. Es habe daher gemäß § 126 FinStrG in Abwesenheit des Bw. entschieden werden können.

Der Verteidiger des Bw. sei trotz ausgewiesener Ladung zum Verhandlungstermin ohne Angaben von Gründen nicht erschienen.

Der Beschuldigte betreibe zumindest ab April 2005 im Bereich des Finanzamtes Wien 8/16/17 unter der Bezeichnung XX ein chemisches Labor.

Mit sechs Rechnungen vom 21. April 2005 habe der Bw. diverse Laborgeräte um insgesamt € 215.030,00 netto an die Fa. YY KEG verkauft, ohne jedoch in weiterer Folge die darauf entfallende und in den Rechnungen gesondert ausgewiesene Umsatzsteuer in Höhe von

€ 43.006,00 als Umsatzsteuervorauszahlung zu entrichten oder zumindest mit einer Umsatzsteuervoranmeldung offen zu legen.

Im eingeleiteten Finanzstrafverfahren liege eine geständige Rechtfertigung vor, die Beträge seien zur Abdeckung privater Verbindlichkeiten verwendet worden.

Die Umsatzsteuervorauszahlung 4/2005 hafte noch immer in Höhe von € 42.812,93 aus, der Abfall erkläre sich aus der Veranlagung 2005.

Nach Wiedergabe der hier maßgeblichen Gesetzesbestimmungen des Finanzstrafgesetzes stellte der Spruchsenat fest, 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 Abgabenverkürzung bekannt gewesen seien. Es sei daher mit einem Schuldspruch vorzugehen gewesen.

Bei der Strafbemessung sah der Spruchsenat als mildernd die Unbescholtenheit des Bw. und das Geständnis, als erschwerend hingegen keinen Umstand an.

Bei Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und die Täterpersönlichkeit 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 3. Mai 2005, mit welcher der Bw. die Anpassung des Strafausmaßes an den tatsächlich nunmehr mit Null rechtskräftig festgestellten Schaden beantragt.

In seiner Berufung führt der Bw. zunächst aus, die mündliche Verhandlung vor dem Spruchsenat sei leider, trotz Ersuchen um Vertagung und Bekanntgabe der Abwesenheit, durchgeführt worden.

Das angefochtene Erkenntnis gehe von einer Verkürzung der Umsatzsteuer aus. Der Bw. habe die verspätete Abgabe niemals bestritten, jedoch die Höhe. Tatsächlich habe das Finanzamt Wien 8/16/17 in einer Neubewertung der gegenständlichen Umsatzsteuer aus 2003 antragsgemäß entschieden und die Schadenshöhe sei nunmehr rechtskräftig auf Null reduziert.

Das Ganze sei zeitlich so unglücklich verlaufen, dass der Bw. innerhalb von zwei Monaten zuerst für eine Abgabenschuld eine Zusatzstrafe bekommen habe, wobei sich dann die Abgabenschuld aber als nicht existent erwiesen habe.

Um Anpassung des Strafmaßes auf den tatsächlich nunmehr mit Null rechtskräftig festgestellten Schaden werde ersucht.

### ***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 1994 entsprechenden Voranmeldungen eine Verkürzung von Umsatzsteuer (Vorauszahlungen oder Gutschriften) bewirkt und dies nicht nur möglich, sondern für gewiss hält.*

*Gemäß § 33 Abs. 3 lit. b FinStrG ist eine Abgabenverkürzung nach Absatz 1 oder 2 bewirkt, wenn Abgaben, die selbst zu berechnen sind, ganz oder teilweise nicht entrichtet (abgeführt) wurden.*

Zunächst ist zum Berufungseinwand dahingehend, die mündliche Verhandlung vor dem Spruchsenat sei bedauerlicherweise trotz Ersuchens des Bw. und Bekanntgabe der Abwesenheit durchgeführt worden, auszuführen, dass der Bw. in seinem Recht auf Parteiengehör schon deswegen nicht verletzt sein kann, weil er dieses im gegenständlichen Berufungsverfahren wahrnehmen konnte und ausreichend Gelegenheit hatte, seine rechtlichen Interessen zu vertreten und sein Vorbringen zu erstatten.

Dem angefochtenen Erkenntnis des Spruchsenates liegen in objektiver Hinsicht die Feststellungen einer Außenprüfung (Bericht vom 10. Juli 2006) betreffend Umsatzsteuer für den Zeitraum 2-12/2005 zugrunde.

Vom Betriebsprüfer wurde festgestellt, dass der Bw. mit Rechnungsdatum 21. April 2005 unter der Firmenbezeichnung XX (ansässig an seiner Wohnadresse) sechs Ausgangsrechnungen (Nr. 21041-21046/05) über den Verkauf diverser in den Rechnungen angeführter Laborgeräte (z.B. Desinfektionsmaschine, Tablettenpresse, HPLC-System, Gaschromatograph, Ionenchromatographiesystem etc.) mit einem Nettorechnungsbetrag von € 215.030,00 und einem Umsatzsteuerausweis in Höhe von insgesamt € 43.006,00 an eine Fa. YY KEG ausgestellt hat.

Festgestellt wurde in der Folge von der Betriebsprüfung, dass unter dieser Fa. XX der Bw. fungierte, welcher für den tatgegenständlichen Zeitraum keine Umsatzsteuervoranmeldung abgegeben und auch keine Umsatzsteuervorauszahlung geleistet hat.

Festgestellt wurde ferner, dass der Bw. das Gewerbe (chemische Laboratorien) mit 19. Februar 2004 ruhend gemeldet hat und dieses mit 13. Juni 2005 gelöscht wurde.

Von der Fa. YY B.M. KEG, im Rahmen derer der Bw. neben seiner Schwiegermutter als Kommanditist fungierte und deren persönlich haftende Gesellschafterin seine Gattin war, wurde die in den gegenständlichen Scheinrechnungen ausgewiesene Umsatzsteuer als Vorsteuer geltend gemacht. Nach den Feststellungen der Betriebsprüfung waren die in den Rechnungen bezeichneten Laborgeräte gar nicht vorhanden und auch aus dem Anlageverzeichnis nicht ersichtlich und dienten ganz offensichtlich zur Realisierung eines Vorsteuerbetruges dergestalt, dass der Bw. als wahrer Machthaber der Fa. YY KEG im Rahmen der Mitunternehmerschaft den Vorsteuerabzug beanspruchte, ohne die Umsatzsteuer aus den im Rahmen seines Einzelunternehmens ausgestellten Scheinrechnungen der Abgabenbehörde im Rahmen einer Umsatzsteuervoranmeldung offen zu legen und die entsprechende Umsatzsteuervorauszahlung bis zum Fälligkeitstag 15. Juni 2005 zu entrichten.

Festgestellt wird im bezeichneten Bericht über die Außenprüfung, dass die Umsatzsteuer vom Bw. kraft Rechnungslegung gemäß § 11 Abs. 14 UStG geschuldet wird.

Im Rahmen der mündlichen Berufungsverhandlung brachte der Bw. vor, die Laborgeräte von seinem Vater gekauft und an die KEG seiner Gattin weiterverkauft zu haben, wobei ihm das Geld inklusive der 20%igen Umsatzsteuer von der KEG überwiesen worden sei. Folgt man dieser Verfahrenseinlassung des Bw. wäre die gegenständliche Umsatzsteuerschuld für den Monat 4/2005 aufgrund der erfolgten Lieferung und nicht, wie von der Betriebsprüfung angenommen, kraft Rechnungslegung gemäß § 11 Abs. 14 UStG entstanden. Unstrittig ist jedoch jedenfalls, dass der Bw. die von ihm in Rechnung gestellte Umsatzsteuer 4/2005 in Höhe von € 43.006,00 geschuldet und zum Fälligkeitstag (15. Juni 2005) weder entrichtet, noch im Rahmen einer Umsatzsteuervoranmeldung offen gelegt hat.

Die objektive Tatseite der zugrunde liegenden Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG ist somit zweifelsfrei erwiesen.

Vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz gab der Bw. im Zuge einer Vernehmung als Verdächtiger am 16. Juni 2009 zu Protokoll, es sei richtig, dass er die in den Rechnungen ausgewiesene Umsatzsteuer weder zeitgerecht entrichtet, noch mittels Umsatzsteuervoranmeldung beim Finanzamt offen gelegt habe. Die ihn diesbezüglich treffende Verpflichtung sei ihm jedenfalls bekannt gewesen. Das Geld für die von der Fa. YY KEG bar an ihn bezahlten Beträge habe er für die Rückzahlung eines Darlehens an eine Privatperson verwendet.

In der mündlichen Berufungsverhandlung brachte der Bw. schließlich vor, natürlich auf Grund der gelegten Rechnung gewusst zu haben, die Umsatzsteuer entrichten zu müssen. Auch gestand er ein, Kenntnis von der Verpflichtung zur Abgabe einer Umsatzsteuervoranmeldungen gehabt zu haben.

Subjektive Tatbestandsvoraussetzungen einer Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG sind einerseits die vorsätzliche Unterlassung der Abgabe von den § 21 des Umsatzsteuergesetzes 1994 entsprechenden Voranmeldungen und andererseits die wissentliche Verkürzung der entsprechenden Umsatzsteuervorauszahlung.

Gemäß § 33 Abs. 3 lit. b FinStrG ist die Verkürzung einer Umsatzsteuervorauszahlung bereits dann bewirkt, wenn diese ganz oder teilweise zum jeweiligen Fälligkeitstag nicht entrichtet wurde.

Aufgrund der geständigen Rechtfertigung des Bw. besteht kein wie immer gearteter Zweifel daran, dass der Bw. in Kenntnis seiner Verpflichtung zur Abgabe der hier in Rede stehenden Umsatzsteuervoranmeldung April 2005 die Offenlegung der von ihm geschuldeten Umsatzsteuer unterlassen sowie durch Nichtentrichtung der Umsatzsteuervorauszahlung zum Fälligkeitstag (15. Juni 2005) eine wissentliche Verkürzung der Umsatzsteuervorauszahlung April 2005 bewirkt hat, sodass auch am Vorliegen der subjektiven Tatseite keinerlei Zweifel bestehen.

Wenn der Bw. mit der gegenständlichen Berufung die Höhe des erstinstanzlich der Bestrafung zugrunde gelegten Verkürzungsbetrages an Umsatzsteuervorauszahlung 4/2005 mit dem Vorbringen bekämpft, die Abgabenbehörde erster Instanz habe in einer Neubewertung der Umsatzsteuer 2003 antragsgemäß entschieden und die Schadenshöhe habe sich daher nunmehr auf Null reduziert, so kann dieses Vorbringen der Berufung nicht zum Erfolg verhelfen. Zwar trifft es zu, dass am 17. März 2010 durch eine Gutschrift aus der Umsatzsteuerfestsetzung für das Jahr 2003 in Höhe von € 45.370,95 die bis dahin offene verfahrensgegenständliche Umsatzsteuervorauszahlung abgedeckt und damit eine im Rahmen der Strafbemessung zu berücksichtigende Schadensgutmachung erfolgt ist, jedoch ändert dieser Umstand nichts an der Höhe der wissentlich nicht zum Fälligkeitstag entrichteten Umsatzsteuervorauszahlung April 2005, welche in Höhe von € 43.006,00 zu Recht der Bestrafung zugrunde gelegt wurde.

Entsprechend der Bestimmung des § 23 FinStrG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Schuld des Täters, wobei Erschwerungs- und Milderungsgründe gegeneinander

abzuwägen sind und bei der Bemessung der Geldstrafe auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Beschuldigten zu berücksichtigen sind.

Zum Verschulden des Bw. ist im gegenständlichen Fall ergänzend zum erstinstanzlichen Erkenntnis festzustellen, dass aus seiner Vorgangsweise, als Einzelunternehmer die in Rechnung gestellte und nach seinen eigenen Angaben auch vereinnahmte Umsatzsteuer nicht abzuführen und andererseits als Machthaber der KEG sich persönliche Vorteile durch den Vorsteuerabzug zu verschaffen, sein Vorsatz ganz offensichtlich nicht nur auf die vorübergehende Erlangung eines Steuervorteils, sondern auf endgültige Abgabenvermeidung gerichtet war. Es ist daher von einem hohen Grad des Verschuldens auszugehen.

Zusätzlich zu den erstinstanzlich bereits festgestellten Milderungsgründen der finanzstrafbehördlichen Unbescholtenheit des Bw. und seiner geständigen Rechtfertigung ist im gegenständlichen Fall der weitere Milderungsgrund der mittlerweile erfolgten vollständigen Schadensgutmachung (durch Guthaben aus Umsatzsteuerbescheid 2003 vom 17. März 2010 nach Wiederaufnahme des Verfahrens) zu berücksichtigen. Diesem Milderungsgrund kommt deswegen nur eine geringe Gewichtung zu, weil die Schadensgutmachung erst nach einem Zeitraum von ca. vier Jahren und neun Monaten erfolgt ist.

Dem gegenüber besteht kein Erschwerungsgrund.

Ausgehend von einer äußerst eingeschränkten wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bw. (er bezieht laut eigenen Angaben derzeit kein Einkommen, der Rückstand am Abgabenkonto beträgt mehr als € 6.600,00) und von Sorgepflichten für zwei Kinder erweist sich nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates in Anbetracht und unter verstärkter Gewichtung der malversiven Vorgangsweise des Bw., trotz Hinzukommens des Milderungsgrundes der Schadensgutmachung und unter Einbeziehung seiner äußerst eingeschränkten wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der Sorgepflichten, die verhängte Geldstrafe als tat- und schuldangemessen.

Bedenkt man, dass im gegenständlichen Fall der Strafraumen für die Bemessung der Geldstrafe € 86.012,00 beträgt (§ 33 Abs. 5 FinStrG), so wird deutlich, dass den genannten Milderungsgründen, der äußerst eingeschränkten wirtschaftlichen Situation des Bw. und seinen Sorgepflichten vom Spruchsenat durch Verhängung einer im unteren Bereich des Strafraumens ausgemessenen Geldstrafe ausreichend Rechnung getragen wurde.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Verhängung einer Geldstrafe auch dann gerechtfertigt, wenn es die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschuldigten wahrscheinlich erscheinen lassen, dass er nicht in der Lage sein wird, diese

zu bezahlen. Nur bei der Bemessung der Höhe sind neben den mildernden und erschwerenden Gründen auch die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse zu berücksichtigen (z.B. VwGH 5.9.1985, 85/16/0044).

Auch die gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit vom Spruchsenat bemessene Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 40 Tagen entspricht nach Dafürhalten des erkennenden Berufungssenates dem festgestellten Verschulden unter Berücksichtigung der obgenannten Milderungsgründe. Insoweit liegen auch keine Einwendungen des Bw. vor.

Nach der Aktenlage wurde über den Bw. mit Erkenntnis des Spruchsenates beim Finanzamt Wien 1/23 als Organ des Finanzamtes Lilienfeld St. Pölten vom 27. Jänner 2009 (rechtskräftig am 22. Mai 2009) unter der Strafnummer XY wegen des Finanzvergehens der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 51 Abs. 1 lit. a FinStrG eine Geldstrafe in Höhe von € 1.400,00 (dreitägige Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt. Da die gegenständliche Tat nach dem Zeitpunkt ihrer Begehung schon in diesem früheren Verfahren hätte bestraft werden können, hat der Spruchsenat die nunmehr bestätigte Strafe gemäß § 21 Abs. 3 FinStrG zu Recht als Zusatzstrafe verhängt.

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 15. März 2011