



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Linz  
Finanzstrafsenat Linz 4

GZ. FSRV/0017-L/11

## Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat Linz 4 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Richard Tannert, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrat Dr. Peter Binder, sowie die Laienbeisitzer Direktor Mag. Helmut Schabetsberger und Kommerzialrat Ing. Günther Pitsch als weitere Mitglieder des Senates, in der Finanzstrafsache gegen HS, Frisör, geb. am 19XX, whft. in A, vertreten durch Martin Friedl, Wirtschaftstreuhänder, in 4650 Lambach, Marktplatz 2, wegen der Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a iVm § 38 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) und der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG, über die Berufung des Beschuldigten vom 24. Februar 2011 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates I beim Finanzamt Linz als Organ des Finanzamtes Grieskirchen Wels, vertreten durch Amtsrätin Brigitte Burgstaller, als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 16. September 2010, StrNr. 054/2008/00173-001, nach der am 13. August 2013 in Anwesenheit der Schriftführerin Marija Schistek durchgeführten nichtöffentlichen Sitzung

zu Recht erkannt:

**I.** Der Berufung des Beschuldigten wird insoweit Folge gegeben,

als die bekämpfte Entscheidung des Spruchsenates wegen dessen nicht gehöriger Zusammensetzung im Sinne des § 66 Abs. 2 FinStrG **aufgehoben** und die Sache an die Finanzstrafbehörde erster Instanz zurückgestellt wird.

**II.** Hinsichtlich seines Mehrbegehrens wird der Beschuldigte auf das vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz gemäß § 124 FinStrG gegebenenfalls fortzusetzende Verfahren verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Erkenntnis des genannten Spruchsenates vom 16. September 2010 (Richter GH als Vorsitzender, sowie MS und FP als weitere Senatsmitglieder), StrNr. 054/2008/00173-001, wurde der Berufungswerber (Bw.) für schuldig erkannt,

als Abgabepflichtiger im Amtsbereich des genannten Finanzamtes vorsätzlich unter Verletzung der Verpflichtung zur Abgabe von dem § 21 Umsatzsteuergesetz (UStG) 1994 entsprechenden Voranmeldungen eine Verkürzung an

a) Vorauszahlungen an Umsatzsteuer für die Monate 10/2007 bis 04/2008 iHv. insgesamt 21.101,73 € dadurch bewirkt zu haben, dass er überhöhte Vorsteuerbeträge geltend gemacht und dies nicht nur für möglich, sondern für gewiss gehalten habe, wobei es ihm darauf angekommen sei, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (gewerbsmäßige Begehung), sowie

b) Vorauszahlungen an Umsatzsteuer für das Monat 02/2009 iHv. 1.539,20 € durch verspätete Abgabe der Umsatzsteuervoranmeldung bewirkt und dies nicht nur für möglich, sondern für gewiss gehalten

und dadurch die Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung nach [§ 33 Abs. 2 lit. a FinStrG](#), hinsichtlich a) bei gewerbsmäßiger Begehung gemäß [§ 38 Abs. 1 lit. a FinStrG](#), begangen zu haben.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß §§ 33 Abs. 5, 38 Abs. 1 iVm § 21 (Abs. 1 und 2) FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von 13.000,00 € verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von zweiundvierzig Tagen ausgesprochen.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG pauschal mit 363,00 € bestimmt.

Begründend verwies der erkennende, mit Vorlage der Akten unter Abgabe einer Stellungnahme der (im mit Bescheid vom 10. August 2009 gemäß § 83 Abs. 2 FinStrG eingeleiteten Finanzstrafverfahren gegen den Beschuldigten bestellten) Amtsbeauftragten gemäß § 124 Abs. 2 FinStrG vom 9. Februar 2010 befasste, Senat im Wesentlichen darauf,

dass der Bw., über dessen Vermögen mit Beschluss des Landesgerichtes Wels vom 10. September 2009, Az. 12, das (zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht abgeschlossene) Konkursverfahren eröffnet worden war, entsprechend einer von ihm noch vor dem Beginn einer (abgabenrechtlichen) Umsatzsteuersonderprüfung zur da. StNr. 34, ABNr. 56, am 2. Juli 2008 form- und fristgerecht eingebrachten Selbstanzeige für die Monate August 2007 bis März 2008 jeweils, in weiterer Folge am zugehörigen Abgabenkonto verbuchte, Voranmeldungen beim Finanzamt eingereicht habe, in denen aus nicht zutreffenden, weil überhöhten Vorsteuern resultierende Vorauszahlungen oder Gutschriften (im Einzelnen: 08/2007: Gutschrift 715,84 €; 09/2008: Gutschrift 2.528,23 €; 10/2008: Gutschrift 2.789,68 €; 11/2008: Vorauszahlung 10,54 €; 12/2008: Gutschrift 4.375,08 €; 01/2008: Gutschrift 3.738,53 €; 02/2008: Vorauszahlung 119,46 €; 03/2008: Gutschrift 4.539,80 €) geltend gemacht und dadurch Verkürzungen an Umsatzsteuervorauszahlungen iHv. insgesamt 29.610,00 € (im Einzelnen: 08/2007: 1.500,00 €; 09/2007: 3.900,00 €; 10/2007: 4.500,00 €; 11/2007: 1.410,00 €; 12/2007: 6.000,00 €; 01/2008: 5.000,00 €; 02/2008: 1.300,00 €; 03/2008: 6.000,00 €) bewirkt habe.

Ebenso sei, nach der Darstellung in der vom Beschuldigten erstatteten Selbstanzeige und dem sonstigen Akteninhalt, davon auszugehen gewesen, dass für den Voranmeldungszeitraum April 2008, für den am 10. Juni 2008 (Gutschrift: 9.627,79 €) bzw. am 17. Juni 2008 (berichtigte Voranmeldung; Vorauszahlung: 371,21 €) ebenfalls eine aus nicht zutreffenden, weil überhöhten Vorsteuern resultierende Vorauszahlung geltend gemacht worden war, eine Verkürzung an Umsatzsteuervorauszahlungen im Ausmaß von 1.372,21 € bewirkt worden.

Darüber hinaus sei – nach den Ergebnissen des Untersuchungsverfahrens – die Umsatzsteuervorauszahlung für 02/2009 (Zahllast bzw. Vorauszahlung: 1.539,20 €) erst am 25. Mai 2009 und somit verspätet beim Finanzamt (mittels Voranmeldung) angemeldet worden.

Der Bw. – so der Spruchsenat – habe bewusst und gewollt unrichtige Umsatzsteuervoranmeldungen für die in der Selbstanzeige genannten Zeiträume erstattet bzw. bewusst und gewollt Vorsteuerbeträge fingiert und dadurch nicht nur vorsätzlich iSd. § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG, sondern auch mit der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, gehandelt.

In Bezug auf das Teilfaktum Umsatzsteuerverkürzung Februar 2009 sei dem Beschuldigten hingegen lediglich eine wissentliche, nicht aber eine gewerbsmäßige Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG anzulasten.

Mit der genannten Selbstanzeige habe der Bw. hinsichtlich der sich daraus ergebenden Verkürzungsbeträge ein Zahlungserleichterungsansuchen (auf monatliche Ratenzahlung) gestellt, das – schließlich – mit Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates vom 25. Mai 2009, GZ. RV/1185-11/08, als unbegründet abgewiesen worden sei, wobei dem Bw. eine Nachfrist zur Entrichtung des betreffenden Rückstandes bis zum 16. Juli 2009 gewährt worden sei. Indem die – im Rückstandausweis vom 20. Juli 2009 (Bl. 104 des Strafaktes StrNr. 054/2008/00173-001) enthaltenen – Zahllasten für die Monate 10/2007 bis 04/2008 (im Ausmaß von insgesamt 21.101,73 €) bisher jedoch noch nicht entrichtet worden seien, liege, mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 29 Abs. 2 FinStrG aF (idF vor dem BGBl I 2010/104; vgl. dazu § 4 Abs. 2 FinStrG) insofern eine strafbefreiende Wirkung der erstatteten Selbstanzeige nicht vor.

Die Frage, ob bzw. inwieweit allenfalls im Rahmen des noch offenen Konkursverfahrens des Beschuldigten eine (gänzliche) Schadensgutmachung bzw. eine rechtzeitige Entrichtung im Sinne der Abgabenvorschriften erfolgen werde, stelle sich nicht bzw. sei für das gegenständliche Verfahren nicht von rechtlicher Relevanz, sodass ein weiteres Zuwarten darauf, ob das laufende Insolvenzverfahren u. U. mit einem, in der Folge auch erfüllten Zwangsausgleich ende, nicht notwendig erscheine.

Ausgehend von einem, sich aus den §§ 33 Abs. 5, 21 Abs. 1 und 2 iVm 38 Abs. 1 lit. a FinStrG aF ergebenden, bis zu 66.384,00 € reichenden Strafraumen, einem durch die betrügerische Vorgangsweise des Bw. (Geltendmachung von überhöhten Vorsteuerbeträgen) hervorgekommenen erheblichen Unrechtsgehalt der angelasteten Taten, dem Erschwerungsgrund der wiederholten Tatbegehung über einen längeren Zeitraum, sowie den Milderungsgründen der Unbescholtenheit, des abgelegten Geständnisses, der teilweise vorliegenden, jedoch nicht (zur Gänze) strafbefreienden Selbstanzeige und der schwierigen finanziellen und wirtschaftlichen Situation, sowohl zur Zeit der Tat, als auch zum Entscheidungszeitpunkt, seien die genannten Strafen auszusprechen gewesen.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 24. Februar 2011, wobei im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

Der Vorsitzende des erkennenden Spruchsenates sei vom Verteidiger im Zuge des Verfahrens mehrmals darauf hingewiesen worden, dass die verfahrensgegenständliche Strafsache insofern noch nicht spruchreif sei, als noch nicht feststehe, ob bzw. inwieweit das noch nicht abgeschlossene Konkursverfahren gegen den Bw. nicht doch noch zu einem Zwangsausgleich und die Erfüllung der entsprechenden Quote zu einer gänzlichen rechtzeitigen

Abgabenerichtung iSd. [§ 29 Abs. 2 FinStrG](#) im Hinblick auf die Verkürzungen für 08/2007 bis 04/2008 führen und somit der erstatteten Selbstanzeige (zur Gänze) strafbefreiende Wirkung zuzuerkennen sein werde.

Abgesehen davon erweise sich das angefochtene Erkenntnis auch insofern als rechtswidrig, als über den Beschuldigten ohne jeden Schuldnachweis eine Strafe verhängt worden sei, indem insbesondere darin keine Feststellungen dazu getroffen worden seien, ob sich angelastete(n) Tat(en) nicht (auch) auf die Jahresumsatzsteuer bezogen hätten und somit ein allfälliger Vorwurf gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG konsumiert wäre.

Selbst wenn man aber von einem entsprechenden Schuldnachweis ausgehe, sei(en) die vom Spruchsenat verhängte(n) Strafe(n) nicht schuldangemessen und berücksichtigte(n) weder die persönlichen, noch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten im ausreichenden Ausmaß. Zu letzterem habe der erkennende Senat nämlich überhaupt keine Feststellungen getroffen und sei daher allein aus diesem Grund das genannte Erkenntnis rechtswidrig.

Da aber die (angefochtene) Entscheidung ohnehin mit einem im Rechtsmittelverfahren nicht sanierbaren Fehler behaftet sei, der eine absolute Nichtigkeit nach sich ziehe, werde das Erkenntnis im Berufungsweg aufzuheben sein.

Der Bw. beantragte daher, das angefochtene Erkenntnis wegen Unzuständigkeit der Erstinstanz aufzuheben; in eventu die Sache an die Finanzstrafbehörde erster Instanz zurückzuverweisen; in eventu die Einstellung des Verfahrens mangels Schuldbeweis oder wegen des Strafaufhebungsgrundes der Selbstanzeige zu verfügen, oder, in eventu, eine nachvollziehbare, jedenfalls geringere Strafe gegen den Bw. zu verhängen.

### ***Zur Entscheidung wurde erwogen:***

Nach [§ 161 Abs. 1 FinStrG](#) hat die Finanzstrafbehörde zweiter Instanz, sofern das Rechtsmittel nicht gemäß § 156 leg. cit. zurückzuweisen ist, in der Sache selbst zu entscheiden. Sie ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung der Rechtsmittelentscheidung ihre Anschauung an die Stelle jener der Finanzstrafbehörde erster Instanz zu setzen und das angefochtene Erkenntnis (den Bescheid) abzuändern oder aufzuheben, den angefochtenen Verwaltungsakt für rechtswidrig zu erklären oder das Rechtsmittel als unbegründet abzuweisen.

Nach [§ 58 Abs. 2 FinStrG](#) aF (vgl. § 265 Abs. 1p FinStrG) obliegt unter den in den lit. a und b näher bezeichneten Voraussetzungen die Durchführung der mündlichen Verhandlung und die

Fällung des Erkenntnisses, soweit nicht gerichtliche Zuständigkeit gegeben ist, einem Spruchsenat als Organ der (zuständigen) Finanzstrafbehörde erster Instanz.

[§ 65 Abs. 1 FinStrG](#) ordnet dazu an, wo jeweils Spruchsenate einzurichten sind (vgl. lit. a leg. cit.).

Nach [§ 66 Abs. 2 FinStrG](#) bestehen die (so einzurichtenden) Spruchsenate (vgl. dazu auch §§ 67 bis 69 FinStrG) aus drei Mitgliedern, wobei den Vorsitz ein Richter des **Dienststandes** führt und die weiteren Mitglieder ein Beamter des Höheren Finanzdienstes und ein Laienbeisitzer sind.

Die konkrete Zuständigkeit der einzelnen Spruchsenate ergibt sich aus der jeweils geltenden Geschäftsverteilung iSd. § 68 FinStrG.

§ 64 Abs. 1 leg. cit. zufolge haben die Finanzstrafbehörden ihre Zuständigkeit von Amts wegen, d. h. also nicht nur über (entsprechende) Einwendungen (des Beschuldigten), wahrzunehmen (vgl. z. B. VwGH vom 16. September 1982, [81/15/0035](#)).

War der das angefochtene Erkenntnisse (den Bescheid) erlassende (an sich zuständige) Spruchsenat nicht gehörig zusammengesetzt, so ist, wie im Falle einer (sonstigen) Unzuständigkeit der Finanzstrafbehörde erster Instanz, das den Beschuldigten in seinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art 83 Abs. 2 B-VG) verletzende Erkenntnis bzw. der Bescheid (vgl. VfGH vom 9. Oktober 1958, B 59/58) im Rechtsmittelverfahren aufzuheben, auch wenn dieser Umstand im Rechtsmittel selbst nicht geltend gemacht worden ist (vgl. VwGH vom 27. Juni 1994, [93/16/0060](#), ÖStZB 1994, 767; VfGH vom 24. Februar 1997, [B 2874/96](#)).

Dieser somit gegebenenfalls von Amts wegen festzustellende Mangel wird nämlich auch nicht dadurch saniert, dass über den Straffall in der Folge ein ordnungsgemäß zusammengesetzter Berufungssenat entscheidet (vgl. z. B. VwGH vom 17. Februar 2000, [99/16/0137](#)).

Greift der Berufungssenat die Unzuständigkeit der Behörde erster Instanz nicht auf und unterlässt er die Behebung des erstinstanzlichen Bescheides, belastet er seinen Bescheid mit einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes (vgl. VwGH vom 29. Juli 2004, [2003/16/0139](#)).

Für die Zuständigkeit ist jener Zeitpunkt maßgebend, in dem der Bescheid der Finanzstrafbehörde erster Instanz erlassen wird (vgl. VwGH vom 16. November 1993, [90/07/0036](#)).

Unter Anwendung der dargestellten Rechtslage auf den Anlassfall ergibt sich Folgendes:

Dem erkennenden Berufungssenat wurde bekannt, dass der in erster Instanz im Spruchsenat den Vorsitz führende Richter nach dem zum Entscheidungszeitpunkt in Geltung stehenden Geschäftsverteilungsplan für die beim Finanzamt Linz als Organ sämtlicher Finanzämter des Landes Oberösterreich eingerichteten Spruchsenate bis zum Ablauf des Jahres 2011 zwar (noch) als Vorsitzender des Senates I bestellt war, sich aber bereits seit 1. Jänner 2009 im Ruhestand befunden hat und somit zum Zeitpunkt des Ergehens des angefochtenen Erkenntnisses nicht mehr ein Richter des Dienststandes iSd. [§ 66 Abs. 2 FinStrG](#) war.

Damit liegt aber hinsichtlich der angefochtenen Entscheidung der wesentliche, in jeder Lage des Verfahrens wahrzunehmende, auch nicht anders als durch eine Aufhebung behebbare Mangel einer Verletzung des Rechtes des Bw. auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter vor.

Es war daher die (angefochtene) Entscheidung des unzuständigen bzw. nicht gehörig zusammengesetzten Organes der Finanzstrafbehörde erster Instanz aufzuheben und die Finanzstrafsache zur (neuerlichen) Entscheidungsfindung iSd. § 124 FinStrG an die Finanzstrafbehörde erster Rechtsstufe zurückzustellen (vgl. dazu auch UFS vom 6. November 2012, FSRV/0040-L/11, bzw. vom 12. November 2012, FSRV/0041-L/11).

Linz, am 29. August 2013