

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Finanzstrafsenat Wien 3 des Bundesfinanzgerichtes hat in der Finanzstrafsache gegen G.B., (Bf.) vertreten durch die PKF Österreicher- Staribacher Wirtschaftsprüfungs GmbH & Co KG; Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungskanzlei, 1010 Wien, Hegelgasse 8 wegen der Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung gemäß §§ 33 Abs. 2 lit. a und 33 Abs. 1 des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 31.01.2013 gegen das Erkenntnis des Einzelbeamten des Finanzamtes Baden Mödling als Finanzstrafbehörde vom 24. Jänner 2013, Strafnummer 2010/00281-001, in der nichtöffentlichen Sitzung vom 11. Februar 2014 folgendes Erkenntnis gefällt:

Aus Anlass der Berufung wird das Erkenntnis aufgehoben.

Eine Revision beim Verwaltungsgerichtshof ist unzulässig.

### Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis des Finanzamtes Baden Mödling vom 24. Jänner 2013 wurde der Bf. der Abgabenhinterziehung nach §§ 33 Abs. 1 und 33 Abs. 2 lit. a FinStrG schuldig erkannt, weil er

vorsätzlich im Bereich des Finanzamtes Baden Mödling

1) infolge Abgabe unrichtiger Abgabenerklärungen zur Umsatzsteuer und Einkommensteuer für die Jahre 2004 bis 2007, sohin unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- und Wahrheitspflicht eine Verkürzung von Umsatzsteuer 2004 in der Höhe von € 245,97, Umsatzsteuer 2005 € 59,06, Umsatzsteuer 2006 € 119,98, Umsatzsteuer 2007 € 1.013,17 und Einkommensteuer für 2004 € 403,38, Einkommensteuer 2005 € 116.92, Einkommensteuer 2006 € 247.68, Einkommensteuer 2007 € 3.142,18 bewirkt und

2) unter Verletzung der Verpflichtung zur Abgabe von dem § 21 des Umsatzsteuergesetzes entsprechenden Voranmeldungen eine Verkürzung von Vorauszahlungen an Umsatzsteuer für die Monate 1-12/2009 in der Höhe von € 12.676,06 bewirkt und dies nicht nur für möglich, sondern für gewiss gehalten habe.

Gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG wurde eine Geldstrafe von € 5.800,00 festgesetzt und für den Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von 29 Tagen bestimmt.

Gemäß § 185 FinStrG wurden die Kosten der Strafverfahrens mit € 500,00 festgesetzt.

Zur Begründung wird ausgeführt, dass im Jahr 2010 eine abgabenbehördliche Prüfung stattgefunden habe. Es seien Aufwendungen, welche der privaten Sphäre zuzurechnen seien, wie Reisekosten nach Moskau und Werbegeschenke, welche eindeutig Repräsentationsaufwendungen darstellten, von der Abzugsfähigkeit ausgeschlossen worden. Weiters seien Rechnungen, die nicht auf den Namen des Abgabepflichtigten ausgestellt worden seien, ausgeschieden worden.

Dem Strafverfahren seien ursprünglich die TZ 4, 5, 8, 9, 10, 11, 12, 16 und 17 des Prüfungsberichtes zu Grunde gelegt worden. Mit Strafverfügung vom 29. November 2012 sei der Beschuldigte zu einer Geldstrafe von € 6.000,00 verurteilt worden. Nach fristgerechtem Einspruch sei das ordentliche Verfahren fortzusetzen gewesen.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung sei vom steuerlichen Vertreter zu Punkt b) der Einleitung auf die USt- Richtlinie hingewiesen worden, wonach bei ausschließlich Vermietung und Verpachtung die Umsatzsteuer jährlich gemeldet und bezahlt werden könne. Diesem Vorbringen könne nicht gefolgt werden. Der Hinweis auf die Umsatzsteuer Richtlinie 2751 gehe ins Leere, da auch schon 2008 der Umsatz höher aus € 100.000,00 gewesen sei und damit sehr wohl Umsatzsteuervoranmeldungen einzureichen gewesen seien. Weiters gelte die Richtlinie 2751 bei unecht befreiter Vermietung und Verpachtung (Vermietung eines Geschäftslokales ohne Option).

Zu Punkt a) sei vorgebracht worden, dass die Reise nach Moskau dazu gedient habe, einen Interessenten für den Kauf der Liegenschaft H zu finden. Es seien jedoch keinerlei weitere Unterlagen wie Besprechungsnotizen u. ä. auch nicht der Name des Interessenten bekannt gegeben worden.

Hinsichtlich der Werbegeschenke seien Rechnungen von Swarovski Store, Wein & Co sowie G GmbH vorgelegt worden. Dazu werde auf § 20 Abs. 1 Z 2 verwiesen, wonach diese Werbegeschenke eindeutig dem privaten Charakter zuzuordnen seien. Hinsichtlich der Feststellungen Büromaterial, Fachliteratur und Reparatur PC sei ausgeführt worden, dass die steuerliche Abzugsfähigkeit nach § 21 BAO zu beurteilen sei und daher diese Aufwendungen abzugsfähig wären.

Dieser Aussage könne in keiner Weise gefolgt werden, ansonsten könnte jeder Steuerpflichtige jede Rechnung als Ausgabe zum Abzug bringen.

Einem langjährigen Geschäftsmann sei es durchaus zuzutrauen private von betrieblichen Ausgaben zu unterscheiden.

In Anbetracht der im Zuge der Prüfung festgestellten Mängel und der sich daraus ergebenden beträchtlichen Erfolgsänderung wäre es lebensfremd anzunehmen, bloße Irrtümer hätten zu den Fehlern geführt. Vielmehr müsse davon ausgegangen werden, dass ein Unternehmer über ein Abzugsverbot von Privataufwendungen Bescheid wisse. Somit liege zumindest bedingter Vorsatz vor.

Hinsichtlich Punkt b der Einleitung sei auszuführen, dass der Beschuldigte die ihm – als einem sich am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr beteiligenden Unternehmer – obliegenden abgabenrechtlichen Verpflichtungen, insbesondere jene zur rechtzeitigen Einreichung von Umsatzsteuervoranmeldungen bzw. zur Entrichtung von Umsatzsteuervorauszahlungen missachtet und verletzt habe.

Es komme nicht darauf an, dass der Beschuldigte die Umsatzsteuer überhaupt nicht oder nicht zur Gänze entrichten wolle, sondern es genüge, dass er vorsätzlich seine Verpflichtung zur Abgabe von Voranmeldungen verletze und wisse, dass infolgedessen eine fristgerechte Leistung der Umsatzsteuervorauszahlung unterbleibe, er sohin eine Verkürzung der Steuer für gewiss halte.

Durch die Nichtentrichtung der Abgaben habe er das tatbildmäßige Unrecht wissentlich verwirklicht. Der Beweggrund für dieses Verhalten sei für die Feststellung des Vorsatzes nicht maßgeblich. Die Schuldform der Wissentlichkeit sei bei der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG lediglich für den Verkürzungserfolg notwendig; für die Pflichtverletzung genüge Vorsatz iSd § 8 Abs. 1 FinStrG, also bloß bedingter Vorsatz.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung habe den Ausführungen zu Tz 9 und 12 des Prüfungsberichtes gefolgt werden können, sodass diese aus der Berechnung herausgenommen würden.

Auf Grund der Änderung des strafbestimmenden Wertbetrages und der teilweisen Schadensgutmachung sei die Strafe auf € 5.800,00 reduziert worden.

Bei der Strafbemessung sei als mildernd der Beitrag zur Wahrheitsfindung und die teilweise Schadensgutmachung, als erschwerend eine gerichtliche Vorstrafe und der lange Tatzeitraum gewertet worden.

Außerdem sei auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Bf. Bedacht genommen worden.

Dagegen richtet sich die frist- und formgerechte Berufung vom 31. Jänner 2013, mit der die gänzliche Aufhebung des Erkenntnisses beantragt wird.

Es sei unmöglich, aus den Entscheidungsgründen zu entnehmen, welche Ziffern des Betriebsprüfungsberichtes nunmehr Grundlage der Strafe seien. Tz 9 und Tz 12 des Prüfungsberichtes seien demnach nicht mehr relevant, aber Werbegeschenke und Büromaterial laut Tz 5 und 10 des Berichtes.

Diese Büromaterialien seien von M.M. bestellt und die Rechnungen auf seinen Namen ausgestellt worden. Die Büromaterialien hätten für die Geschäftstätigkeiten

des Bf. Verwendung gefunden. Das Ausscheiden der Rechnungen wegen falscher Rechnungsbezeichnung sei unrichtig, ein strafbares Verhalten könne nicht erblickt werden.

Den Werbeaufwand betreffend werde auf die Eingabe vom 22.1.2013 verwiesen, wo dargelegt werde, dass einerseits anstelle von Honorarvergütungen an Konsulenten Einladungen erfolgt seien, andererseits Werbegeschenke für russische Mandanten angefallen seien, welche das Projekt 1 1 abschließen wollten. Da Werbeaufwand in Österreich aber weiterhin abzugsfähig sei, sei auch in diesem Fall kein Grund für eine Strafbarkeit erkennbar.

Zu Ziffer 2 des Spruches dürfe ausgeführt werden, dass der Bf. nicht davon habe ausgehen können, dass für die Finanzverwaltung die ausschließlich für die Vermietung anfallenden Vorsteuern wie Steuerberatungskosten und Energiebezüge nicht mehr abzugsfähig sein sollten.

Der nachfolgende, unverständliche/unvollständige Satz wird wörtlich zitiert:

„Inwieweit die in der Begründung vorgetragene Rechtsansicht, es würde sich um unecht befreite Umsätze aus Vermietung und Verpachtung handeln (obgleich auf Grund der Option immer mehrwertsteuerpflichtig abgerechnet worden ist), können wir nicht nachvollziehen und können daher auch zu diesem Vorwurf nicht Stellung nehmen.

Dies deshalb da dieser Vorwurf eben zur Gänze sachverhaltswidrig ist.“

Abschließend werde darauf hingewiesen, dass die Abgabenbehörde selbst der ihr obliegenden Verpflichtung nach § 311 BAO nicht entsprochen habe.

Wie aus dem beiliegenden Schreiben ersichtlich sei, habe der Vertreter namens des Bf. einen Antrag gemäß § 240 BAO auf Rückzahlung der zu viel einbezahlten Lohnabgaben gestellt. Dies deshalb, da nach Meinung der Betriebsprüfung, die ausschließlich für die Hausverwaltung eingesetzte Mitarbeiterin, Frau A.M., nicht bzw. nicht in der abgerechneten Höhe, als Dienstnehmer anzusehen sei.

Daher seien die Lohn- und Dienstgeberbeiträge zu Unrecht einbezahlt worden.

Wenn daher konsequenterweise der Lohnaufwand nicht abzugsfähig sei und die korrespondierenden Lohnnebenkosten rückzuzahlen seien, so sei ein Betrag von € 7.108,89 dem Bf. gutzuschreiben.

Werde dieser Betrag in Abzug gebracht, so liege kein strafwürdiges Verhalten mehr vor, da der Bf. mehr einbezahlt habe, als die nunmehr strafrelevanten Nachzahlungen ausmachten.

Es werde die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung vor dem Berufungssenat beantragt und ersucht bis dahin detailliertest jene Punkte bekannt zu geben, welche der Strafbegründung zugrunde lägen. Dies umso mehr, da die Ladung des Bf. zur mündlichen Verhandlung nicht rechtswirksam zugestellt worden sei, nach der Verhandlung nur kurz telefonisch bekannt gegeben worden sei, dass ein Straferkenntnis folgen werde

und seitens der Finanzstrafbehörde erster Instanz die detaillierte Besprechung der strafrechtlich relevanten Umstände aus Zeitmangel abgelehnt worden sei.

### **Über die Entscheidung wurde erwogen:**

#### **Rechtslage**

*Gemäß § 265 Abs. 1 lit. a FinStrG sind die zum 31. Dezember 2013 beim unabhängigen Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz anhängigen Rechtsmittel vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinne des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen und wirken bereits gestellte Anträge auch gegenüber dem Bundesfinanzgericht.*

*Gemäß § 127 Abs. 1 FinStrG wird die mündliche Verhandlung vom Vorsitzenden des Spruchsenates, in den Fällen des § 125 Abs. 2 von einem Einzelbeamten der Finanzstrafbehörde geleitet (Verhandlungsleiter). Der mündlichen Verhandlung ist ein Schriftführer und wenn der Beschuldigte oder ein Nebenbeteiligter der Verhandlungssprache nicht hinreichend kundig, gehörlos, hochgradig hörbehindert oder stumm ist, ein Dolmetscher gemäß § 57 Abs. 4 beizuziehen.*

*Gemäß § 129 FinStrG haben der mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat alle Mitglieder des Senates und der Amtsbeauftragte (§ 124 Abs. 2) beizuwohnen. Der Amtsbeauftragte nimmt an den Beratungen des Senates nicht teil.*

*Gemäß § 135 Abs. 1 FinStrG ist der Ablauf der mündlichen Verhandlung durch den Schriftführer, erforderlichenfalls nach den Angaben des Verhandlungsleiters, festzuhalten.*

*Gemäß § 137 lit. a FinStrG hat die Ausfertigung des Erkenntnisses die Bezeichnung der Finanzstrafbehörde, wenn eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, die Namen des Verhandlungsleiters und des Schriftführers zu enthalten.*

#### **Erwägungen zur Beschwerde**

Die zitierten Bestimmungen des Finanzstrafgesetzes zeigen die Verpflichtung einen Schriftführer zu einer mündlichen Verhandlung beizuziehen auf.

Nach der Niederschrift vom 8. Jänner 2013 hat im Verfahren vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz die Verhandlungsleiterin auch selbst die Schriftführung übernommen, womit sich der Beschuldigte und sein Verteidiger einverstanden erklärt haben.

Über diese gesetzliche Verpflichtung kann jedoch nicht frei disponiert werden, dem Verzicht auf Beiziehung eines Schriftführers kommt keine rechtswirksame Bedeutung zu.

Siehe dazu auch Reger/Hacker/Kneidinger, Das Finanzstrafgesetz mit Kommentar und Rechtsprechung, 3. neu bearbeitete Auflage, Band 2, Seite 741 Z1 zu § 129:

Auch der Schriftführer muss während der ganzen Dauer der mündlichen Verhandlung anwesend sein. Ist eine der im § 129 FinStrG genannten Personen auch nur vorübergehend abwesend, stellt dies einen Verfahrensmangel dar, der zur Aufhebung der Entscheidung führen muss.

Das Erkenntnis war daher wegen eines Verfahrensmangels ohne Eingehen auf das Berufungsvorbringen aufzuheben.

### **Zur Zulässigkeit der Revision**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig, da das Erkenntnis nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

### **Rechtsmittelbelehrung und Hinweise**

Dem Beschwerdeführer steht das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnisses eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abgefasst und eingebracht werden.

Dem Beschwerdeführer und der Finanzstrafbehörde, vertreten durch die Amtsbeauftragten steht das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnisses eine ordentliche (§ 28 Abs. 1 VwGG) oder außerordentliche (§ 28 Abs. 3 VwGG) Revision an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben. Die Revision muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer abgefasst und gemäß § 24 Abs. 1 VwGG beim Bundesfinanzgericht eingebracht werden.

Die für eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof bzw. Revision an den Verwaltungsgerichtshof zu entrichtenden Eingabengebühren betragen gemäß § 17a Z. 1 VfGG bzw. § 24a Z. 1 VwGG je 240,00 Euro.