



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Finanzstrafsenat Wien 2

GZ. FSRV/0116-W/08

## Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat Wien 2 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Karl Kittinger, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrat Mag. Gerhard Groschedl sowie die Laienbeisitzer Herbert Frantsits und Dr. Jörg Krainhöfner als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw. wegen des Finanzvergehens der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 49 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 22. Oktober 2007 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Finanzamt Wien 1/23 als Organ des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf vom 4. Juli 2007, SpS, nach der am 21. April 2009 in Anwesenheit des Beschuldigten, des Amtsbeauftragten AB sowie der Schriftführerin D.E. durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

Der Berufung wird Folge gegeben, das angefochtene Erkenntnis des Spruchsenates aufgehoben und das Finanzstrafverfahren gemäß §§ 136, 157 FinStrG eingestellt.

### Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 4. Juli 2007, SpS, wurde der Berufungswerber (Bw.) der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG für schuldig erkannt, er habe als Geschäftsführer der Fa. S-GmbH Lohnsteuer für 2003 in Höhe von € 4.978,53, 2004 in Höhe von € 5.366,88, 2005 in Höhe von € 5.890,68 und 1-5/2006 in Höhe von € 2.630,10

sowie weiters Dienstgeberbeiträge zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen samt Zuschlägen zu den Dienstgeberbeiträgen für 2003 in Höhe von € 1.353,65, 2004 in Höhe von € 1.449,22, 2005 in Höhe von € 1.566,62 und 1-5/2006 in Höhe von € 667,00 nicht spätestens am 5. Tag nach jeweiliger Fälligkeit entrichtet.

Gemäß § 49 Abs. 2 FinStrG, unter Bedachtnahme auf § 23 Abs. 3 FinStrG, wurde über den Bw. deswegen eine Geldstrafe in Höhe von € 2.400,00 und eine gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 6 Tagen verhängt.

Gemäß § 185 FinStrG habe der Bw. die Kosten des Strafverfahrens in Höhe von € 240,00 und diejenigen eines allfälligen Vollzuges zu ersetzen.

Zur Begründung wurde dazu seitens des Spruchsenates ausgeführt, dass der Bw. vom Zeitpunkt der Gründung der Fa. S-GmbH am 3. April 2003 an deren allein vertretungsbefugter Geschäftsführer und als solcher für die steuerlichen Belange verantwortlich gewesen sei.

Anlässlich der Konkurseröffnung am 5. Juli 2006 sei eine Lohnsteuerprüfung für den Zeitraum 2003 bis 2006 durchgeführt worden. Dabei seien anhand der Lohnkonten die im Spruch angeführten Abfuhrdifferenzen festgestellt worden. Der Bw. habe demnach die im Spruch genannten lohnabhängigen Abgaben vorsätzlich nicht spätestens am 5. Tag nach jeweils eingetretener Fälligkeit entrichtet.

In der mündlichen Verhandlung habe sich der Bw. nicht schuldig bekannt und ausgeführt, es habe in der GmbH gar keine Angestellten gegeben.

Aus der von der Betriebsprüferin E. im Zuge ihrer zeugenschaftlichen Vernehmung vorgelegten Beilage zur Körperschaftsteuererklärung 2004 habe aber zweifelsfrei verifiziert werden können, dass sich für dieses Jahr ein Personalaufwand von € 23.116,00 ergeben habe, aus dem dann die Lohnzahlungen für die inkriminierten Zeiträume richtigerweise hochgerechnet worden seien.

Nach Zitieren der maßgeblichen Gesetzesbestimmungen stellte der Spruchsenat fest, dass das Verhalten des Bw. das vom Gesetz vorgegebene Tatbild in objektiver und subjektiver Hinsicht erfülle und deswegen mit einem Schuldspruch vorzugehen gewesen sei.

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

Gegen dieses Erkenntnis des Spruchsenates richtet sich die vorliegende frist- und formgerechte Berufung des Bw. vom 22. Oktober 2007, mit welcher er einwendet, dass für die Jahre 2003 bis 2006 tatsächlich keine Lohnabgaben im Rahmen der Fa. S-GmbH angefallen wären und somit das Finanzvergehen der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG weder objektiv noch subjektiv verwirklicht worden sei.

Zur Begründung wird ausgeführt, dass in der Zeit vom 17. Oktober bis 10. November 2006 bei der Fa. S-GmbH, deren Geschäftsführer der Bw. sei, eine Prüfung der lohnabhängigen Abgaben stattgefunden habe, welche ohne Hinzuziehung des Bw. von der Masseverwalterin abgeführt worden wäre.

Auf Grund der Unkenntnis der Masseverwalterin vom tatsächlichen Sachverhalt habe sich insgesamt eine Nachforderung an lohnabhängigen Abgaben in Höhe von € 27.022,94 ergeben.

Da nur der Bw. zweckdienliche Auskünfte über diese Zeit geben könne, wäre seine Befragung und Äußerung zweckdienlich und durch einfache Ladung auch möglich gewesen. Eine Beweisaufnahme durch die Abgabenbehörde im Sinne der §§ 166 bis 168 und 183 BAO sei in keiner Weise erfolgt.

Der Bw. habe erst am 8. Jänner 2007 Kenntnis des Sachverhaltes erlangt und am gleichen Tag eine Stellungnahme an die Abgabenbehörde erster Instanz übermittelt. Eine Antwort sei nicht erfolgt.

Am 26. Februar 2007 habe er eine Wiederaufnahme des Verfahrens hinsichtlich der lohnabhängigen Abgaben 2003 bis 2006 beantragt, auch insoweit habe er keine Antwort erhalten.

Am 14. März 2007 habe er eine Zurückweisung der Anzeige des Finanzamtes durch den Spruchsenat erlangt und eine neuerliche Stellungnahme abgegeben sowie Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt, da sämtliche Vorwürfe der Finanzstrafbehörde erster Instanz unrichtig und falsch seien.

Es wäre ein leichtes Unterfangen für die Behörde gewesen, richtige und vollständige Sachverhalte zu ermitteln, was ja, entsprechend den §§ 166 bis 168 BAO, ihre Aufgabe gewesen wäre.

So sei es trotz der Bemühungen des Bw. zu einem Finanzstrafverfahren gekommen.

In der Verhandlung am 23. Mai 2007 habe kein Mitglied des Spruchsenates über dieses Strafverfahren Bescheid gewusst, zumal davon ausgegangen worden sei, dass Grundlage für die Lohnsteuernachforderungen die Geschäftsführerbezüge des Bw. gewesen wären. Dies habe jedoch vom Bw. sofort aufgeklärt werden können, dass seine Geschäftsführerbezüge Einkünfte aus selbstständiger Arbeit seien.

Weiters sei in der Niederschrift vermerkt worden, dass die Lohnaufwendungen nur die Tochter des Bw. betreffen könnten, die im Unternehmen als Hilfskraft tätig gewesen sei. Deren Bezüge seien jedoch in jedem Jahr unter den monatlichen Freibeträgen gelegen.

Die mündliche Verhandlung vor dem Spruchsenat am 23. Mai 2007 habe mit dem Beschluss zur Ladung der Lohnsteuerprüferin E. und der Masseverwalterin geendet.

Beide hätten in der Folge ausgesagt, dass sie nur Fragmente der Buchhaltung von Mag. Dr. K. (Gutachter der Justiz im Strafverfahren X. u.a.), welcher auch sämtliche am 6. Oktober 2005 beschlagnahmten Unterlagen verwahrt habe, erhalten hätten. Aus Unkenntnis des Ablagesystems habe der Gutachter Dr. K. die maßgeblichen Ordner nicht herausgeben können, sodass nur Fragmente aufzufinden gewesen wären. Woran dies gelegen sei, entziehe sich der Kenntnis des Bw.

Obwohl der Buchhaltungsserver ebenfalls verfügbar gewesen wäre, sei dieser nicht herangezogen worden. Es seien zwar alle Daten im Zuge eines Downloads verfügbar gewesen, der Gutachter habe jedoch die bezughabenden Programme auf seinem Rechner nicht installiert, sodass diese Daten auch nicht durch einfaches Kopieren zur Verfügung gestanden seien (Versäumnis der Behörde).

Dass die Masseverwalterin nicht auf einer korrekten Ermittlung der lohnabhängigen Abgaben bestanden habe, könne nur als schuldhaftes Verhalten bewertet werden.

Gleichzeitig sei jedoch auch der Lohnsteuerprüferin eine Pflichtverletzung vorzuwerfen, da sie die tatsächlichen Verhältnisse, die leicht zu ermitteln gewesen wären, nicht ermittelt habe. Da der Bw. zu diesem Zeitpunkt in Haft gewesen sei, wäre durch einfaches Fragen der Sachverhalt leicht aufzuklären gewesen.

Der Bw. habe von diesen Vorgängen erst bei der Verhandlung am 4. Juli 2007 Kenntnis erlangt und habe bis 8. Jänner 2007 überhaupt keine Ahnung davon gehabt.

Es sei hier aus einer Summe von Pflichtverletzungen, Versäumnissen, Nachlässigkeiten überhaupt erst zu einer Eröffnung eines Finanzstrafverfahrens gemäß § 49 Abs. 1 FinStrG gekommen.

In der Spruchsenatsverhandlung seien die Beweisanträge des Bw. gesetzwidrig abgewiesen worden.

Besonders im Finanzstrafverfahren sei der Wahrheitsfindung besonderes Gewicht zuzuweisen.

Zu seiner Rechtfertigung führe der Bw. nunmehr die tatsächlichen Verhältnisse in der gegenständlichen Berufung an.

Der tatsächliche Lohnaufwand 2003 habe € 10.000,00 betragen und betreffe eine Überweisung an den Bw. als Geschäftsführer der GmbH, die nicht lohnsteuerpflichtig sei.

Der Lohnaufwand laut Bilanz 2004 habe € 23.116,58 betragen und gliedere sich in das Geschäftsführerhonorar des Bw. in Höhe von € 7.500,00, ein Honorar an das Atelier O. in Höhe von € 1.428,00, in Ausbildungs- und Fortbildungsaufwand B.S. in Höhe von € 6.184,00 und ausbezahlte Beträge an B.S. (alles unter dem monatlichen Freibetrag gemäß § 42 Abs. 4 FLAG) in Höhe von € 8.004,58. Die entsprechenden Belege für die genannten Beträge wurden der Berufung beigelegt.

Die Prüferin habe ohne Rücksprache pflichtwidrig (§ 183 Abs. 1 BAO) diese Beweise nicht gewürdigt, was durch einfache Einschau in die Bücher möglich gewesen wäre.

Der Lohnaufwand 2005 habe laut Bilanz € 5.972,37 betragen und setze sich aus einem Geschäftsführerhonorar des Bw. in Höhe von € 1.300,00, aus Fortbildungsaufwand B.S. in Höhe von € 840,00 und an diese ausbezahlte Löhne in Höhe von € 3.832,37 zusammen. Dies wäre ebenfalls wie für 2004 durch einfache Nachschau oder Befragung aufzuklären gewesen.

Für das Jahr 2006 sei kein Lohnaufwand angefallen, lediglich Einnahmen aus Provisionen.

Die Prüferin habe aus fragmentarischen Unterlagen betreffend lediglich das Jahr 2004 einen Lohnaufwand hochgerechnet, obwohl sie verpflichtet gewesen wäre, die tatsächlichen Verhältnisse zu ermitteln.

In der Spruchsenatsverhandlung vom 4. Juli 2007 sei dem Bw. ebenfalls keine Gelegenheit geboten worden, alles aufzuklären. Er habe dies jedenfalls nicht verweigert.

Die Finanzstrafbehörde habe jedenfalls die tatsächlichen Verhältnisse zu erforschen und einer Beweiswürdigung zu unterziehen. Die Finanzstrafbehörde erster Instanz habe zweifellos das Gesetz verletzt, da sie die Wahrheitsfindung und Erforschung der tatsächlichen Verhältnisse nicht durchgeführt habe, obwohl ausdrücklich im Gesetz vorgesehen.

Die damalige Gattin des Bw. habe keine Lohnbezüge erhalten, wie dies in der Niederschrift als nicht nachvollziehbar vermerkt werde.

Der Bw. beantrage daher, das Erkenntnis des Spruchsenates vom 4. Juli 2007, SpS, wegen Rechtswidrigkeit aufzuheben und entsprechend den vom Bw. vorgelegten Unterlagen zu entscheiden und das erstinstanzlich Erkenntnis aufzuheben.

Auch werde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

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

*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 § 98 Abs. 3 FinStrG hat die Finanzstrafbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Verfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache erwiesen ist oder nicht; „bleiben Zweifel bestehen, so darf die Tatsache nicht zum Nachteil des Beschuldigten oder der Nebenbeteiligten als erwiesen angenommen werden.“*

Dem erstinstanzlichen Erkenntnis des Spruchsenates liegen in objektiver Hinsicht die Feststellungen einer Lohnsteuerprüfung über den Zeitraum 2003 bis 2006 zugrunde, wobei seitens der Betriebsprüferin anhand des Personalaufwandes, welcher auf einer Beilage der Körperschaftsteuererklärung 2004 in Höhe von € 23.116,00 ersichtlich war, die Lohnzahlungen für die übrigen Zeiträume im Schätzungswege hochgerechnet und daraus die der erstinstanzlichen Bestrafung zugrunde gelegten Lohnabgaben ermittelt wurden.

Zu Recht wendet der Bw. in der gegenständlichen Berufung ein, dass den bereits im Abgabenverfahren vorgetragenen Einwendungen gegen die Richtigkeit der von der Lohnsteuerprüfung geschätzten Lohnzahlungen der Fa. S-GmbH und somit gegen die Richtigkeit der der Bestrafung zugrunde gelegten Lohnabgaben im erstinstanzlichen Verfahren weder durch die Aufnahme beantragter Beweise (Sichtung der Buchhaltungsunterlagen, Ladung der Zeugin B.S.) noch durch eine konkrete Auseinandersetzung mit den Berufungsvorbringen des Bw. im zugrunde liegenden Erkenntnis in Form einer Begründung begegnet wurde.

Trägt der Beschuldigte nahe liegende Argumente gegen die Richtigkeit der Schätzungen im Abgabenfestsetzungsverfahren vor, muss dies die Finanzstrafbehörde veranlassen, sich mit

der Richtigkeit der im Abgabungsverfahren vorgenommenen Schätzung im Lichte des Gebotes des § 98 Abs. 3 FinStrG eingehend auseinanderzusetzen. Trägt der Beschuldigte Umstände vor, denen zu Folge nicht mehr ausgeschlossen werden kann, dass die von ihm geführten Aufzeichnungen ungeachtet des Mangels fehlender Grundaufzeichnungen doch richtig und vollständig gewesen sein können, dann bedürfen solche Umstände erst der sachbezogenen gewissenhaften Widerlegung, bevor die Finanzstrafbehörde dazu berechtigt ist, dem Beschuldigten gegenüber den in ihrem Bescheid gemachten Schuldvorwurf zu erheben (VwGH 28.5.1997, 94/13/0257).

Ein schuldig sprechender Bescheid (im gegenständlichen Fall das Erkenntnis des Spruchsenates) muss erkennen lassen, auf Grund welcher tatsächlichen Umstände und rechtlichen Überlegungen die Abgabenschuld, deren Verkürzung dem Beschuldigten vorgeworfen wird, entstanden ist. Ein solcher Bescheid bedarf der Feststellung, welche finanzstrafrechtlich zu verantworteten Vorgänge zu den festgestellten Abgabenverkürzungen geführt haben; die Finanzstrafbehörde trifft die Beweislast für die Richtigkeit einer im vorangegangenen Abgabungsverfahren vorgenommenen Schätzung, ohne dass Mängel der Aufzeichnungen (im gegenständlichen Fall nicht vorgelegte Unterlagen) für sich allein schon dazu ausreichen, den objektiven und erst recht den subjektiven Tatbestand als verwirklicht annehmen zu dürfen (vgl. sinngemäß VwGH 28.5.1997, 94/13/0257).

Im gegenständlichen Fall hat der Bw. eingewendet, dass er selbst zu 100 % an der Fa. S-GmbH über die Fa. C.F. beteiligt gewesen sei und seine Geschäftsführerbezüge daher nicht dem Lohnsteuerabzug unterlegen wären (Aussage vor dem Spruchsenat am 23. Mai 2007) und die an seine im Rahmen der GmbH angestellte Tochter ausbezahlten Bezüge unter der Besteuerungsgrenze gelegen seien. Dieses Vorbringen wurde vom Bw. im Rahmen der gegenständlichen Berufung anhand von konkreten Zahlen und durch Vorlage entsprechender Belege aus der Buchhaltung der Fa. S-GmbH auch glaubhaft gemacht.

Aus den seitens der Finanzstrafbehörde erster Instanz vorgelegten Verwaltungsakten und auch aus dem Vorbringen der Finanzstrafbehörde erster Instanz gegenüber dem Unabhängigen Finanzsenat bieten sich keinerlei Anhaltspunkte für einen Nachweis der objektiven Höhe der erstinstanzlich der Bestrafung zugrunde gelegten Lohnabgaben, sodass auf Grund der Beweislastumkehr im Finanzstrafverfahren und unter Beachtung der Bestimmung des § 98 Abs. 3 FinStrG schon allein das Vorliegen der objektiven Tatseite nicht als erwiesen angesehen werden kann.

Der Amtsbeauftragte hielt den Antrag auf Bestrafung vor dem Unabhängigen Finanzsenat nicht aufrecht, weil auch aus seiner Sicht dem gegenständlichen Finanzstrafverfahren eine finanzstrafrechtlich nicht haltbare Schätzung zu Grunde liegt.

Da daher die zur Last gelegte Tat nicht erweisbar ist, war mit Verfahrenseinstellung gemäß §§ 136, 157 Finanzstrafgesetz vorzugehen.

Wien, am 21. April 2009