



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Finanzstrafsenat 3

GZ. FSRV/0099-W/04

## Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat 3 als Organ des unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Karl Kittinger, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrätin Dr. Michaela Schmutzer sowie die Laienbeisitzer Dr. Wolfgang Seitz und Mag. Dr. Jörg Krainhöfner als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw., wegen der Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 20. Juli 2004 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Finanzamt Wien 1 als Organ des Finanzamtes Wien 6/7/15 vom 1. Juni 2004, SpS, nach der am 7. Dezember 2004 in Abwesenheit des Beschuldigten und in Anwesenheit des Amtsbeauftragten AB sowie der Schriftführerin M. durchgeführten Verhandlung

zu Recht erkannt:

Der Berufung wird stattgegeben, das angefochtene Erkenntnis aufgehoben und das Finanzstrafverfahren gemäß §§ 136, 157 FinStrG eingestellt.

### Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 1. Juni 2004, SpS, wurde der Bw. der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a FinStrG für schuldig erkannt, weil er als für die Wahrnehmung der abgabenrechtlichen Obliegenheiten der Fa.H. verantwortlicher Geschäftsführer vorsätzlich,

a) unter Verletzung der Verpflichtung zur Abgabe von dem § 21 des Umsatzsteuergesetzes entsprechenden Voranmeldungen eine Verkürzung von Vorauszahlungen an Umsatzsteuer

für die Monate Mai bis Dezember 2002 in Höhe von € 12.661,00 und für Jänner bis September 2003 in Höhe von € 16.024,00 bewirkt und dies nicht nur für möglich, sondern für gewiss gehalten habe; und weiters

b) eine in unterbliebener Entrichtung der selbst zu berechnenden Kapitalertragsteuer für verdeckte Gewinnausschüttungen gelegene Verkürzung bewirkt habe, indem er ihre Einbehaltung, Anmeldung und Abfuhr unterlassen habe und zwar für Mai bis Dezember 2002 in Höhe von € 5.984,00 und für Jänner bis September 2003 in Höhe von € 7.573,00.

Gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG, unter Anwendung des § 21 Abs. 1 bis 3 FinStrG und unter Bedachtnahme auf die zu Strafnummer X. des Finanzamtes Wien 8/16/17 erfolgte Bestrafung vom 10. Dezember 2003 und unter weiterer Bedachtnahme auf die Bestimmung des § 23 Abs. 3 FinStrG, wurde über den Bw. deswegen eine Zusatzgeldstrafe in Höhe von € 18.000,00 und gemäß § 20 FinStrG eine für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 45 Tagen verhängt.

Gemäß § 185 FinStrG wurden die Kosten des Finanzstrafverfahrens mit € 363,00 bestimmt.

Begründend wurde dazu seitens des Spruchsenates ausgeführt, dass der Bw. seit Gesellschaftsgründung am 4. Oktober 2000 als Geschäftsführer der im Firmenbuch eingetragenen Fa.H. aufscheine und er als Einzelunternehmer weitere gastgewerbliche Betriebe unterhalte.

Wie aus dem Steuerakt zu entnehmen sei, sei die steuerliche Erfassung erst über Intervention des abgabenrechtlichen Erhebungsdienstes im Mai 2001 erfolgt.

Bei der Amtshandlung sei festgehalten worden, dass am Betriebsort der Gesellschaft ein gastgewerblicher Betrieb in Form eines Espressos seit November 2000 betrieben werde. Es würden jedoch nur Getränke ausgeschenkt. Die Buchhaltung werde von Mag.K. in W. besorgt und es würden zwei Arbeitnehmer beschäftigt.

Am 25. September 2001 seien vom Bw. unterfertigte Abgabenerklärungen für die Umsatz- und Körperschaftsteuer 2000 eingereicht worden.

In der Gewinn- und Verlustrechnung würden sowohl Küchen-, Getränke- und Zigarettenerlöse in Höhe von S 197.843,00 (für den Zeitraum von zwei Monaten) ausgewiesen.

Am 10. Oktober 2001 seien für die Zeiträume Jänner bis Mai 2001

Umsatzsteuervoranmeldungen eingebracht worden. Ab diesem Zeitpunkt sei eine Erfüllung der abgabenrechtlichen Verpflichtungen nicht mehr feststellbar.

In der Folge sei im November 2003 die Durchführung einer abgabenbehördlichen Prüfung angeordnet worden, bei der jedoch eine Mitwirkung der Organe der Gesellschaft nicht zu

erreichen gewesen sei, sodass letztendlich die Abgabenbemessungsgrundlagen im Schätzungswege ermittelt hätten werden müssen.

Die Schätzungen für den inkriminierten Zeitraum würden sich an den vorhandenen Ziffern aus den Vorperioden orientieren und den logischen Denkgesetzen nicht zuwiderlaufen.

Auch im eingeleiteten Finanzstrafverfahren liege eine Stellungnahme des Bw. nicht vor und er sei auch zur heutigen mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat nicht erschienen.

Bei der Strafbemessung wertete der Spruchsenat als mildernd keinen Umstand, als erschwerend hingegen das Vorliegen mehrerer Finanzvergehen.

Gegen dieses Erkenntnis des Spruchsenates richtet sich die vorliegende frist- und formgerechte Berufung vom 20. Juli 2004, mit welcher die Aufhebung wegen sachlicher, fachlicher, rechtlicher und tatsächlicher Unrichtigkeit begehrt wird.

Begründend wurde dazu seitens des Bw. ausgeführt, dass mit erstaunlicher Fachkenntnis eine Maschinerie bewegt werde, die ihresgleichen suche um Bagatellen zu richten. Es sei richtig, dass die Fa.H. gemeinsam mit einer anderen namentlich genannten Person im Jahr 2000 gegründet worden sei. Den Betrieb habe der Bw. selbst nur wenige Monate geführt. Das Espresso habe eine Betriebsfläche von ca. 25 m<sup>2</sup> in denkbar schlechter Lage in der X-Straße gehabt. Der Betrieb habe über keine Küche und ca. 15 Verabreichungsplätze verfügt. Die Ausstattung habe schlechte Qualität gehabt. Der Standort sei für den Bw. nur solange interessant gewesen, als er mit einer großen Spielautomatenkette über eine gemeinsame Führung verhandelt habe, weil aus der Lage ein bestimmter Automatenenertrag zu erwarten gewesen wäre. In der Betriebszeit des Bw. habe die Gesellschaft keine Steuerschulden gehabt.

Nach dem Scheitern der Verhandlungen habe sich der alte Betreiber des Betriebes in G., H., bei ihm gemeldet und dieser wollte den Betrieb der Fa.H. weiterführen. Er selbst habe absolut kein Interesse an einem Geschäft mit Tageslosungen unter S 1.000,00 gehabt und dieses daher im Juni 2001 gesperrt. Er habe H. den Schlüssel übergeben, um eine Neuübernahme vorzubereiten. Danach sei jedoch H. plötzlich schwer erkrankt und für Monate nicht einsatzfähig gewesen, sodass weder ein Geschäftsführerwechsel, noch eine Abtretung der Gesellschaftsanteile möglich gewesen sei. Wie die Recherchen des Bw. zwischenzeitig ergeben hätten, sei dieser Umstand im Finanzamt Wien sogar dem Strafreferat amtsbekannt gewesen. H. habe über die Jahre 2001 und 2002 Herzinfarkte, Thrombosen und Kuraufenthalte usw. gehabt. Der Bw. selbst habe den Betrieb seit Juli 2001 nicht wieder betreten bzw. hätte er auch keine Möglichkeit dazu gehabt, weil er keinen Schlüssel mehr gehabt habe.

Nach mehreren erfolglosen Versuchen im Jahr 2003 sei endlich ein Geschäftsführerwechsel mit Wirkung vom 1. Oktober 2003, welcher auch am 3. Dezember 2003 im Firmenbuch protokolliert worden sei, gelungen, sodass nunmehr seit 3. Dezember 2003 H. auch eingetragener Geschäftsführer der Gesellschaft sei. Zustellungen an die Person des Bw. als Geschäftsführer der Fa.H. seien somit amtlich falsch. Er habe im November 2003 auch dem Prüfer telefonisch erklärt, dass seine Zuständigkeit nicht gegeben sei, sich alle allfällige Unterlagen bei H. befänden und er entsprechend einen Aufschub bis zur weiteren Klärung einräumen solle. Dies habe jedoch der Prüfer brüsk abgelehnt.

Die Berufung des Bw. gegen die Einleitung des Finanzstrafverfahrens sei nicht einmal ignoriert worden. Angesichts eines solchen Hochmutes erübrige sich jede weitere Diskussion.

Im Zuge des Geschäftsführerwechsels habe H. auch eingeräumt, für alle fehlenden Jahresabschlüsse ab 2001 zu sorgen, denn schließlich habe er dazu die nötigen Unterlagen. Die Gesellschaft sei übrigens im März 2004 delogiert und das Geschäft für jede Nutzung geschlossen worden.

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

*Gemäß § 33 Abs. 1 FinStrG macht sich einer Abgabenhinterziehung schuldig, wer vorsätzlich unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht eine Abgabenverkürzung bewirkt.*

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

Im Rahmen der in Abwesenheit des Bw. durchgeführten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungssenat wurde H. als Zeuge einvernommen, welcher zu Protokoll gab, dass die Ausführungen des Bw. insoweit richtig seien, dass er (H.) ab 2002 für die Belange der Fa.H. faktisch verantwortlich gewesen sei. Es sei beabsichtigt gewesen, dass er das Lokal übernehme und auch weiter betreiben werde. H. sei auch interessiert gewesen, als Geschäftsführer im Firmenbuch eingetragen zu werden, ein Gehalt zu erhalten und bei der Sozialversicherung angemeldet zu werden, um zusätzliche Versicherungszeiten zu erwerben. Er sei im Laufe des Jahres 2002 und auch im Jahr 2003 laufend krank und in Spitalsbehandlung gewesen. Das Lokal sei von einer Kellnerin, namens S., geführt worden. Diese habe sich mit seinem Einverständnis den Lohn aus den Tageslosungen genommen. Wenn zu wenig Geld vorhanden gewesen sei, habe er noch welches dazugelegt. Sämtliche Geschäftsfälle seien bar abgewickelt worden. Ein Firmenkonto habe es nicht gegeben, da er von der Bank abgewiesen worden sei. Die Losungen seien laufend sehr gering gewesen, was auch damit zu tun gehabt habe, dass der Geschäftsleiter der nahe gelegenen Fa.D. seine

Bediensteten bei Aufenthalten im Lokal laufend beanstandet habe. Die Unterlagen seien dem Buchhalter Mag.K. zur Aufarbeitung laufend übergeben worden.

Umsatzsteuervorauszahlungen seien von ihm nicht geleistet worden, jedoch wären laufend saldowirksame Zahlungen erfolgt. Von einer Betriebsprüfung habe er keine Kenntnis. Er wolle den Bw. keineswegs belasten, zumal er froh gewesen sei, dass jemand eine Gewerbeberechtigung für den Betrieb des Lokales zur Verfügung gestellt habe.

Mit dieser im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungssenat abgegebenen Zeugenaussage bestätigt H. inhaltlich die Berufungsausführungen des Bw., in den der erstinstanzlichen Bestrafung zugrunde liegenden Tatzeiträumen nicht mehr für die abgabenrechtlichen Belange der Fa.H. verantwortlich gewesen zu sein, vollinhaltlich.

Tatsächlicher Machthaber und verantwortlich für die abgabenrechtlichen Belange der GmbH war während des gesamten Tatzeitraumes zweifelsfrei H., welcher das ihm vom Bw. übergebene Lokal ab Mitte des Jahres 2002 auf eigene Rechnung und Gefahr betrieben hat. Die erstinstanzlich der Bestrafung zugrunde gelegten Tathandlungen können dem Bw. daher nach Ansicht des Berufungssenates weder objektiv, noch subjektiv zugerechnet werden.

Zum weiteren Berufungsvorbringen des Bw. dahingehend, dass seine Berufung (gemeint wohl Beschwerde) gegen den Bescheid über die Einleitung des Finanzstrafverfahrens bis dato nicht behandelt worden sei, ist auszuführen, dass er durch deren Nichterledigung nicht mehr beschwert ist, zumal aufgrund der sachverhaltsmäßigen Erweiterung der Entscheidungsgrundlagen ohnehin mit Verfahrenseinstellung durch den Berufungssenat vorzugehen war.

Auch ist der Bw. aus diesem Grund in seinem Recht auf Parteiengehör wegen krankheitsbedingter Nichtteilnahme an der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungssenat nicht verletzt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 7. Dezember 2004