



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Finanzstrafsenat Wien 1

GZ. FSRV/0082-W/12

Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat Wien 1 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstraßbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Karl Kittinger, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrat Dr. Josef Graf sowie die Laienbeisitzer Dr. Jörg Krainhöfner und Direktor Herbert Frantsits als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen N.N., Adresse wegen des Finanzvergehens der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 29. Oktober 2012 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Finanzamt Wien 1/23 als Organ des Finanzamtes Baden Mödling als Finanzstraßbehörde erster Instanz vom 3. Oktober 2012, SpS XY, SN YX, nach der am 7. Mai 2013 in Abwesenheit des Beschuldigten und in Anwesenheit der Amtsbeauftragten AB sowie der Schriftführerin M.E. durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

I.) Der Berufung des Beschuldigten N.N.. (im Folgenden Bw. genannt) wird teilweise Folge gegeben und der Spruch des angefochtenen Erkenntnis wie folgt abgeändert:

Der Bw. ist schuldig, er hat im Bereich des Finanzamtes Baden Mödling vorsätzlich, unter Verletzung der Verpflichtung zur Abgabe von dem § 21 UStG 1994 entsprechenden Voranmeldungen eine Verkürzung von Vorauszahlungen am Umsatzsteuer für die Monate 1-11/2008 in Höhe von € 30.250,00 und 1-7/2009 in Höhe von € 8.458,33 bewirkt, wobei er den Eintritt der Verkürzungen nicht nur für möglich, sondern für gewiss gehalten hat.

Er hat hierdurch das Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG begangen.

Gemäß §§ 33 Abs. 5 FinStrG iVm § 21 Abs. 1-3 FinStrG wird über den Bw. eine Geldstrafe in Höhe von € 21.000,00 und eine gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 30 Tagen, und zwar als Zusatzstrafe zum Erkenntnis des Spruchsenates beim Finanzamt Wien 1/23 als Organ des Finanzamtes Baden Mödling vom 20. Oktober 2009, SpS XYX, Strafnummer (SN) YYX, verhängt.

Gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG hat der Bw. die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Finanzstrafverfahrens in Höhe von € 500,00 zu ersetzen.

II.) Hingegen wird das gegen den Bw. wegen des Verdachtes der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG anhängige Finanzstrafverfahren hinsichtlich eines Differenzbetrages an Umsatzsteuervorauszahlungen 1-11/2008 in Höhe von € 2.750,00 sowie an Umsatzsteuervorauszahlungen 1-7/2009 in Höhe von € 13.259,62 gemäß §§ 136, 157 FinStrG eingestellt.

III.) Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 3. Oktober 2012, SpS XY, wurde der Bw. der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG für schuldig erkannt, er habe im Bereich des Finanzamtes Baden Mödling vorsätzlich, unter Verletzung der Verpflichtung zur Abgabe von dem § 21 UStG entsprechenden Voranmeldungen Verkürzungen von Umsatzsteuervorauszahlungen für 1-11/2008 in Höhe von € 33.000,00 und für 1-7/2009 in Höhe von € 21.717,95 bewirkt, wobei er den Eintritt der Verkürzungen nicht nur für möglich, sondern für gewiss gehalten habe.

Gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG in Verbindung mit § 21 Abs. 1-3 FinStrG unter Bedachtnahme auf das zu SpS XYX ergangene Erkenntnis vom 20. Oktober 2009 und weitere Bedachtnahme auf die Bestimmungen des § 23 Abs. 3 FinStrG wurde über den Bw. eine Zusatzgeldstrafe in Höhe von € 31.200,00 und eine gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 78 Tagen verhängt.

Gemäß § 185 FinStrG habe der Bw. die Kosten des Strafverfahrens in Höhe von € 500,00 und die eines allfälligen Vollzuges zu ersetzen.

Zur Begründung wurde dazu seitens des Spruchsenates ausgeführt, der Bw. sei zur mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat unentschuldigt nicht pünktlich erschienen, sodass in seiner Abwesenheit verhandelt und entschieden worden sei.

Der Bw. habe sich in den inkriminierten Zeiträumen mit der Durchführung von Bauarbeiten betätigt.

Umsatzsteuervorauszahlungen seien nicht entrichtet, Umsatzsteuervoranmeldungen nicht eingebracht worden.

Für die Zeiträume 1-12/2008 sei eine Schätzung der Besteuerungsgrundlagen durch die Abgabenbehörde erfolgt.

Für 1-7/2009 sei eine abgabenbehördliche Prüfung durchgeführt worden, welche am 18. August 2009 abgeschlossen worden sei.

Auch zu dieser Prüfung sei eine Buchhaltung nicht vorgelegt worden. Es habe jedoch auf Rechnungen des Bw. an einen Auftraggeber zurückgegriffen werden können. Diese Unterlagen seien in die notwendige Schätzung der Besteuerungsgrundlagen eingeflossen. Die entsprechenden Festsetzungsbescheide seien in Rechtskraft erwachsen.

Im eingeleiteten Finanzstrafverfahren habe der Bw. von der ihn im Zuge des Untersuchungsverfahrens gebotenen Möglichkeit zur Rechtfertigung keinen Gebrauch gemacht.

Nach Zitieren der maßgeblichen Gesetzesbestimmungen 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 realitätsbezogenen im Wirtschaftsleben stehenden Geschäftsmann die ihn treffenden abgabenrechtlichen Verpflichtungen, ebenso wie die Konsequenz pflichtwidrigen Verhaltens, nämlich das Bewirken von Abgabenverkürzungen, bekannt gewesen sei.

Unter Bezugnahme auf die Bestimmung des § 21 Abs. 3 FinStrG sei die Verhängung einer Zusatzstrafe erfolgt.

Bei der Strafbemessung sah der Spruchsenat als mildernd keinen Umstand, als erschwerend hingegen die Vorstrafen und die Fortsetzung des deliktischen Verhaltens über einen längeren Zeitraum an.

Bei Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und die Täterpersönlichkeit sei die ausgesprochene Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe schuld- und tatangemessen.

Die Kostenentscheidung beruhe auf der angezogenen Gesetzesstelle.

Gegen dieses Erkenntnis des Spruchsenates richtet sich die frist- und formgerechte Berufung des Bw. vom 29. Oktober 2012, mit welcher das gegenständliche Erkenntnis des Spruchsenates in seinem gesamten Umfang angefochten wird.

Zur Begründung führt der Bw. aus, er sei im Zeitraum 2008/2009 arbeitslos gemeldet gewesen. In dem Anhang lege er eine Kopie des Versicherungsdatenauszuges über diesen Zeitraum bei. Weiters wolle er darauf aufmerksam machen, dass er sich für das Verfahren (gemeint wohl die mündliche Verhandlung vor dem Spruchsenat) entschuldigt habe.

Aus dem Schreiben (gemeint wohl Erkenntnis des Spruchsenates) lese er heraus, dass auf Rechnungen seinerseits an Auftraggeber zurückgegriffen worden sei (AB Zl.). Leider entziehe es sich seines Wissens, in diesem Zeitraum Rechnungen ausgestellt zu haben.

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

Gemäß § 23 Abs. 1 FinStrG ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe die Schuld des Täters.

(2) Bei Bemessung der Strafe sind die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist darauf Bedacht zu nehmen, ob die Verkürzung oder der Abgabenausfall endgültig oder nur vorübergehend hätte eintreten sollen. Im Übrigen gelten die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß.

(3) Bei Bemessung der Geldstrafe sind auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen.

(4) Bei Finanzvergehen, deren Strafdrohung sich nach einem Wertbetrag richtet, hat die Bemessung der Geldstrafe mit mindestens einem Zehntel des Höchstmaßes der angedrohten Geldstrafe zu erfolgen. Die Bemessung einer diesen Betrag unterschreitenden Geldstrafe aus besonderen Gründen ist zulässig, wenn die Ahndung der Finanzvergehen nicht dem Gericht obliegt.

§ 21 Abs. 3 FinStrG: Wird jemand, der bereits wegen eines Finanzvergehens bestraft ist, wegen eines anderen Finanzvergehens bestraft, für das er nach der Zeit der Begehung schon in einem früheren Verfahren hätte bestraft werden können, so ist eine Zusatzstrafe zu verhängen. Diese darf das Höchstausmaß der Strafe nicht übersteigen, die für die nun zu bestrafende Tat angedroht ist. Die

Summe der Strafen darf jeweils die Strafen nicht übersteigen, die nach den Abs. 1 und 2 zulässig und bei gemeinsamer Bestrafung zu verhängen wären.

Der Beschuldigte ist zur mündlichen Berufungsverhandlung vor dem Unabhängigen Finanzsenat unentschuldigt nicht erschienen, weswegen gemäß § 126FinStrG in seiner Abwesenheit verhandelt und über die Berufung entscheiden werden konnte.

Nach der Aktenlage des Steueraktes ist der Bw. seit dem Jahre 2006 als Einzelunternehmer im Baugewerbe (Projekt- und Baumanagement) tätig. Bereits ab Beginn seiner gewerblichen Tätigkeit hat der Bw. es unterlassen, Umsatzsteuervoranmeldungen abzugeben und die entsprechenden Umsatzsteuervorauszahlungen zu entrichten.

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 7. Jänner 2009 beim Finanzamt Wien 1/23 als Organ des Finanzamtes Baden Mödling, SN XXY, wurde er deswegen in seiner Abwesenheit des Finanzvergehens der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG an Umsatzsteuervorauszahlungen für die Monate 6/2006-3/2007 für schuldig erkannt und über ihn eine Geldstrafe in Höhe von € 8.000,00 (im Nichteinbringungsfalle 20-tägige Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt. Diese Strafe stellte eine Zusatzstrafe zu einer Strafverfügung des Finanzamtes Wien 4/5/10, SN YXY, vom 26. Februar 2008 dar, mit welcher der Bw. der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG für schuldig erkannt wurde, weil er vorsätzlich Lohnabgaben für die Monate 1-10/2007 nicht entrichtet hatte (Geldstrafe € 1.300,00, 6-tägige Ersatzfreiheitsstrafe).

Mit weiterem Erkenntnis des Spruchsenates vom 20. Oktober 2009, SpS XYX, wurde der Bw. zur SN YYX des Finanzamt Baden Mödling neuerlich der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG wegen vorsätzlicher Nichtabgabe der Umsatzsteuervoranmeldungen für die Monate 1-5/2006 und 7-12/2007 und wissentlicher Verkürzung der entsprechenden Umsatzsteuervorauszahlungen der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG für schuldig erkannt und über ihn eine Geldstrafe in Höhe von € 20.000,00 (50-tägige Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt.

Auch für die verfahrensgegenständlichen Monate 1-11/2008 und 1-7/2009 hat der Bw., wie auch schon für die Vorzeiträume, weder Umsatzsteuervoranmeldungen abgegeben noch Umsatzsteuervorauszahlungen entrichtet, weswegen schätzungsweise Festsetzungen gemäß § 184 BAO zu erfolgen hatten. Die Schätzung der verfahrensgegenständlichen Umsatzsteuervorauszahlungen für die Monate 1-11/2008 in Höhe von € 33.000,00 beruhen auf einer mit Bericht vom 16. März 2009 abgeschlossenen Außenprüfung, im Rahmen derer unter Tz 2 festgestellt wurde, dass für den Zeitraum 1-11/2008 weder Buchhaltungsunterlagen vorgelegt, noch Umsatzsteuervoranmeldungen abgegeben und

Umsatzsteuervorauszahlungen entrichtet wurden. In Anlehnung an die Vorjahre 2006 und 2007, für die der Bw. trotz zuvor durchgeführter Umsatzsteuersonderprüfungen für die Monate 6-12/2006 und 1-3/2007 seine diesbezüglichen steuerlichen Verpflichtungen zur Abgabe von Umsatzsteuervoranmeldungen und Jahressteuererklärungen sowie zur Entrichtung der Umsatzsteuervorauszahlungen und zur Vorlage der Unterlagen ebenfalls völlig vernachlässigt hat, erfolgte daher eine Schätzung im Wege des inneren Betriebsvergleiches. Die Umsätze 20% wurden dabei für den Zeitraum 1-11/2008 in Höhe von € 231.000,00 (€ 21.000,00 pro Monat) sowie die abzugsfähigen Vorsteuern in Höhe von € 13.200,00 angesetzt.

Im Rahmen einer Umsatzsteuersonderprüfung für die Monate 1-7/2009 erfolgte mit Bescheid der Abgabenbehörde erster Instanz vom 24. August 2009 eine schätzungsweise Festsetzung dieser Umsatzsteuervorauszahlungen in Höhe von € 21.717,95, nachdem der Bw. auch für diese Zeiträume seinen steuerlichen Verpflichtungen zur Abgabe von monatlichen Umsatzsteuervoranmeldungen und zur Entrichtung der entsprechenden Umsatzsteuervorauszahlungen nicht nachgekommen ist. In einem „Aktenvermerk über die UVA-Prüfung für 1-7/2009“ vom 21. August 2009 hält der Prüfer fest, der Bw. habe am 29. Juli 2009 im Finanzamt vorgesprochen und mündlich eine Wiederaufnahme der Jahre 2006 und 2007 begehrt. Dabei habe er vorgebracht, dass er in Wiener Neustadt niemals eine Firma K. besessen und auch keine Gewerbeberechtigung gehabt habe. Weiters habe er ausgesagt, niemals einen Steuerberater beauftragt zu haben. Bei der Überprüfung seiner Angaben habe sich herausgestellt, dass die Steuerberatungskanzlei F. sehr wohl vom Bw. beauftragt worden sei und dass er persönlich eine Gewerbebeanmeldung im Magistrat Wiener Neustadt unterschrieben habe und dort auch persönlich erschienen sei. Weiters habe der Prüfer von einer namentlich genannten ehemaligen Geschäftspartnerin des Bw. erfahren, dass dieser gerade auf einer Baustelle an der Adresse der Fa. B- GmbH arbeite.

Eine Erhebung bei der Fa. B- GmbH habe ergeben, dass der Bw. mit drei bis fünf

Arbeitnehmern diverse Bauarbeiten für diese ausgeführt habe. Dafür seien bisher € 35.325,80 von Herrn B. an den Bw. bezahlt worden. Herr B. habe vom Bw. über die Arbeiten Rechnungen von der Fa. L. erhalten. Der für die Rechnungen verwendete Stempel habe auf L- GmbH gelautet. Diese GmbH sei weder im Firmenbuch existent, noch gebe es einen Antrag auf Neugründung.

Aufgrund dieser Erhebungsergebnisse sei beim Bw. eine Umsatzsteuersonderprüfung durchgeführt worden. Zwei telefonisch vereinbarte Termine zum Prüfungsbeginn seien nicht eingehalten worden. Der Bw. habe in der Folge an der Adresse seiner Eltern ausfindig gemacht werden können und sei am 18. August 2009 dort angetroffen worden. Dabei habe der Bw. die Aussage des Herrn B. bestätigt, auch hinsichtlich des Erhalts der Gelder. Weiters habe er vorgebracht, dass er die Übernahme der Gelder im Auftrag der Fa. L. durchgeführt hätte. Dass es keine GmbH mit diesem Namen gebe, habe er gewusst, es sei zwar eine Gründung geplant gewesen, aber nicht durchgeführt worden. Weiters wurde vom Prüfer ermittelt, dass die Gattin des Bw. mit ihren drei Kindern im Frauenhaus in C. untergebracht sei, sie lebe in Scheidung mit dem Bw. und befinde sich in Privatkonkurs.

Unter Berücksichtigung aller Umstände erschien es dem Prüfer unglaublich, dass der Bw. im Auftrag der Firma seiner Frau Aufträge und Gelder übernommen habe. Mangels Vorliegen einer Buchhaltung und anderer Aufzeichnungen seien die Umsätze für den Zeitraum 1-7/2009 gemäß § 184 BAO im Schätzungswege ermittelt worden. Basis für die Schätzung seien die Belege (Rechnungen, Zahlungsbestätigungen) an die Fa. B- GmbH gewesen, bei diesen

Belegen sei die höchste Rechnungsnummer 17 gewesen. Im Zuge der Schätzung seien daher die Umsätze der vorhandenen fünf Belege auf insgesamt 17 Belege hochgerechnet worden. Dabei habe sich ein Nettoumsatz für die Monate 1-7/2009 in Höhe von € 108.589,77 ergeben. Die daraus resultierende Umsatzsteuer in Höhe von € 21.717,95 wurde laut angefochtenem Erkenntnis des Spruchsenates der erstinstanzlichen Bestrafung zugrunde gelegt.

Nach Nichtabgabe der Umsatzsteuererklärung für das Jahr 2009 wurde die Jahresumsatzsteuer 2009 mit Bescheid vom 12. Jänner 2011 in Höhe von € 14.500,00 festgesetzt, wobei im Rahmen dieser Schätzung ein Jahresumsatz von € 100.000,00 mit dem Normalsteuersatz versteuert und davon geschätzte Vorsteuern in Höhe von € 5.500,00 abgezogen wurden.

Mit der gegenständlichen Berufung stellt der Bw. die Ausübung einer unternehmerischen Tätigkeit in den tatgegenständlichen Zeiträumen pauschal in Abrede und verweist darauf, im Zeitraum 2008/2009 arbeitslos gewesen zu sein. Es entziehe sich auch seines Wissens, in diesen Zeiträumen Rechnungen an Auftraggeber ausgestellt zu haben, wie dies im angefochtenen Erkenntnis behauptet werde.

Diesem Berufungsvorbringen widersprechen ganz eindeutig die im Aktenvermerk vom 21. August 2009 wiedergegebenen Wahrnehmungen des Betriebsprüfers im Zuge der

Durchführung der Umsatzsteuersonderprüfung und dessen Erhebungen bei der Fa. B- GmbH.

Es besteht für den Unabhängigen Finanzsenat kein Zweifel daran, dass der Bw. auf eigene Rechnung und Gefahr eine unternehmerische Tätigkeit im Bereich des Baugewerbes unter Beschäftigung nicht angemeldeter ausländischer Arbeitskräfte entfaltet und er auch einen entsprechenden wirtschaftlichen Nutzen daraus gezogen hat. Die zugrundeliegenden Umsätze sind daher zweifelslos dem Bw. zuzurechnen und nicht dem Einzelunternehmen seiner Gattin, in deren Namen und auf deren Rechnungspapier er Rechnungen ausgestellt und mit einem gefälschten Stempel einer nicht existenten GmbH versehen hat. Diese Vorgangsweise des Bw. fügt sich nahtlos an sein auch in Vorzeiträumen zu Tage gelegtes Verhalten an, welches darauf ausgerichtet war, seine steuerlichen Verpflichtungen zur Offenlegung der Besteuerungsgrundlagen und zur Entrichtung der Selbstbemessungsabgaben völlig zu vernachlässigen und zu negieren, um so einer Besteuerung zu entgehen.

In dieses Bild fügt sich auch eine im Steuerakt befindliche Sachverhaltsfeststellung des Finanzamtes Gänserndorf Mistelbach, aus welcher hervorgeht, dass am 9. Juli 2009 auf einer Baustelle in Adresse2 bei einer Kontrolle zwei illegal beschäftigte ausländische Arbeitnehmer angetroffen wurden. Die auf dieser Baustelle beschäftigte Subfirma war die Fa. L- GmbH, welche, wie von der Betriebsprüfung festgestellt, nie existent war und unter deren Namen der Bw. unter gefälschten Firmenpapier und Stempel auftrat. Im Rahmen der Erhebungen des Finanzamtes gab der Masseverwalter im Insolvenzverfahren seiner Gattin, welches am 7. Juli 2009 eröffnet wurde, an, dass ihm bekannt sei, dass der Ehegatte der Gemeinschuldnerin (der Bw.) mit dem Firmenwortlaut des gemeinschuldnerischen Unternehmens operiert habe und er gegen ihn eine Sachverhaltsmitteilung an die Staatsanwaltschaft gerichtet habe. Die Gattin des Bw. führte aus, dass der Bw. faktisch die Geschäftsleitung im Unternehmen gehabt habe, er habe ihr immer wieder die entsprechenden Dokumente vorgelegt und sie habe sie im guten Glauben unterschrieben. Diese, wie sich nachträglich herausgestellt habe, ein schwerer Fehler gewesen. Ihr Gatte führe ihrer Ansicht nach auch nach der Konkurseröffnung über ihr Einzelunternehmen diese Baugeschäfte weiter.

Keine Einwendungen hat der Bw. hinsichtlich der Höhe der erstinstanzlich der Bestrafung zugrunde gelegten Verkürzungsbeträge vorgebracht, sondern, wie bereits ausgeführt, pauschal dem Grunde nach eine unternehmerische Tätigkeit bestritten.

Zur objektiven Tatseite ist im gegenständlichen Fall ergänzend zum erstinstanzlichen Erkenntnis festzustellen, dass seitens der Abgabenbehörde erster Instanz die Umsatzsteuer 2008 mit Bescheid vom 14. Dezember 2009 insgesamt in Höhe von € 33.000,00

festgesetzt wurde, also in Höhe der geschätzten Umsatzsteuervorauszahlungen 1-11/2008. An dieser, unter Anwendung der Schätzungsmethode des inneren Betriebsvergleiches durchgeführten Schätzung besteht aus Sicht des Unabhängigen Finanzsenates dem Grunde nach kein Zweifel, der Höhe nach wird jedoch zu Gunsten des Bw. ein daraus resultierender aliquoter Verkürzungsbetrag von Umsatzsteuervorauszahlungen 1-11/2008 in Höhe von € 30.250,00 dem insoweit in zweiter Instanz abgeänderten Schuldspruch der Neubemessung der Geldstrafe zugrunde gelegt.

Ähnlich verhält es sich mit der Beurteilung der objektiven Tatseite in Bezug auf die Höhe des Verkürzungsbetrages an Umsatzsteuervorauszahlung für die Monate 1-7/2009, welche zunächst mit Bescheid vom 24. August 2009, ohne Berücksichtigung eines Vorsteuerabzuges bei aufrechter Tätigkeit eines Bauunternehmens, in Höhe von € 21.717,95 festgesetzt und der erstinstanzlichen Bestrafung zugrunde gelegt wurde. In der Folge hat jedoch die Abgabenbehörde erster Instanz die vom Bw. geschuldete Jahresumsatzsteuer 2009 in Höhe von insgesamt € 14.500,00, unter Zugrundelegung eines Umsatzes von € 100.000,00 und Vorsteuern in Höhe von € 5.500,00, im Schätzungswege festgesetzt. Auch insoweit wird mangels anderer Anhaltspunkte im Zweifel zu Gunsten des Bw. für die Monate 1-7/2009 von einem aliquoten Verkürzungsbetrag von € 8.458,33 ausgegangen und insoweit der Schuldspruch des erstinstanzlichen Erkenntnisses abgeändert.

In Höhe eines Differenzbetrages an Umsatzsteuervorauszahlungen 1-11/2008 von € 2.750,00 sowie an Umsatzsteuervorauszahlungen 1-7/2009 in Höhe von € 13.259,62 war daher aus den genannten Gründen mit Verfahrenseinstellung gemäß §§ 136, 157 FinStrG vorzugehen.

In Anbetracht des bisherigen steuerlichen Verhalten des Bw. und der erdrückenden Beweis- und Indizienlage ist der Unabhängige Finanzsenat in freier Beweiswürdigung aus der dargestellten Gründen zum Ergebnis gelangt, dass der Bw. eine unternehmerische Tätigkeit in den verfahrensgegenständlichen Zeiträumen ausgeübt hat und sein Vorsatz insgesamt darauf gerichtet war, durch völliges Negieren seiner steuerlichen Verpflichtungen hinsichtlich Offenlegung der Besteuerungsgrundlagen und Entrichtung der Umsatzsteuervorauszahlungen einer Besteuerung dauerhaft zu entgehen. Sein Vorsatz war daher zweifelsfrei auf endgültige Abgabenvermeidung gerichtet.

Wie bereits festgestellt, hat der Bw. in der Folge auch die Umsatzsteuererklärungen trotz Erinnerungen und Zwangsstrafenfestsetzung nicht abgegeben und dadurch auch vorsätzlich eine abgabenrechtliche Offenlegungs- und Wahrheitspflicht im Sinne des § 33 Abs. 1 FinStrG,

welche von der Abgabenbehörde erster Instanz bislang nicht angeschuldigt wurde und welche auch nicht Gegenstand dieses Berufungsverfahrens ist, verletzt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Strafbarkeit einer Abgabenhinterziehung im Sinne des § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG dann ausgeschlossen, wenn der Strafbarkeit in Folge der nachfolgenden Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 1 FinStrG wegen des gleichen Umsatzsteuerbetrages für denselben Zeitraum kein Hindernis entgegensteht, weil in einem solchen Fall die Tathandlung im Sinne des § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG als eine – durch die Ahndung nach § 33 Abs. 1 FinStrG – nachbestrafte Vortat betrachten ist, was auch für solche Fälle gilt, in denen sowohl die Abgabenverkürzung nach § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG als auch die nach § 33 Abs. 1 FinStrG durch Unterlassung der Einbringung der Umsatzsteuervoranmeldungen und der Umsatzsteuerjahreserklärungen bewirkt oder zu bewirken versucht wird (vgl. z.B. VwGH 29. 9.2004, 2001/14/0082, VwGH 3.9.2008, 2008/13/0076).

Voraussetzung für das Vorliegen einer versuchten Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 1 FinStrG iVm § 13 FinStrG durch Nichtabgabe der Umsatzsteuerjahreserklärungen ist jedoch, dass es der Beschuldigte zumindest ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden hat, dass die Nichtabgabe der Umsatzsteuerjahreserklärungen, somit die Verletzung der abgabenrechtlichen Offenlegungs- und Wahrheitspflicht, eine zu geringe Abgabenfestsetzung (im Schätzungswege) zur Folge haben würde. Wenn jedoch der Bw., wie im gegenständlichen Fall aus den Erfahrungen der vorangegangenen Jahre wusste, dass die Nichtabgabe der Steuererklärungen eine Schätzung der Besteuerungsgrundlagen durch die Abgabenbehörde zumindest im Ausmaß der von ihm rechtmäßig geschuldeten Beträge nach sich ziehen werde, kann ihm ein Verkürzungsvorsatz hinsichtlich der Jahresumsatzsteuer des Tatzeitraumes nicht angelastet bzw. nachgewiesen werden. Diesfalls steht bei zumindest bedingt vorsätzlicher Nichtabgabe der Umsatzsteuervoranmeldungen und wissentlicher Nichtentrichtung der Umsatzsteuervorauszahlungen zu den jeweiligen Fälligkeitszeitpunkten hinsichtlich der gegenständlichen Tatzeiträume einer Bestrafung wegen Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG kein rechtliches Hindernis entgegen (vgl. FSRV vom 7.12.2004)

Für den Unabhängigen Finanzsenat besteht im gegenständlichen Fall kein wie immer gearteter Zweifel daran, dass der Bw. Kenntnis von seiner Verpflichtung zur Abgabe von monatlichen Umsatzsteuervoranmeldungen und zur pünktlichen Entrichtung der Umsatzsteuervorauszahlungen zu den gesetzlichen Fälligkeitstagen hatte, wurde ihm doch diese Verpflichtung im Rahmen vorangegangener Finanzstrafverfahren und von durchgeführten Prüfungen durch die Abgabenbehörde für Vorzeiträume eingehend vor Augen

geführt. Das Vorliegen der subjektiven Tatseite der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG besteht daher für den erkennenden Berufungssenat außer Zweifel.

Auf Grund der teilweisen Verfahrenseinstellung war mit einer Strafneubemessung vorzugehen.

Entsprechend der Bestimmung des § 23 FinStrG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Schuld des Täters, wobei Erschwerungs- und Milderungsgründe gegeneinander abzuwägen und bei der Bemessung der Geldstrafe auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Beschuldigten zu berücksichtigen sind.

Zur Schuld des Bw. ist ergänzend zu den Ausführungen des Spruchsenates festzustellen, dass der Bw. seine steuerlichen Verpflichtungen zur Führung, Aufbewahrung und Vorlage von Büchern und Aufzeichnungen sowie zur Abgabe von Umsatzsteuervoranmeldungen und zur Entrichtung der entsprechenden Umsatzsteuervorauszahlungen für die tatgegenständlichen Zeiträume völlig negiert und vernachlässigt hat und sein Vorsatz zweifelsohne auf endgültige Abgabenvermeidung und nicht nur auf die vorübergehende Erlangung eines Steuervorteils gerichtet war. Es ist daher von einem hohen Verschuldensgrad bei der Neubemessung der Geldstrafe auszugehen.

Wie bereits im erstinstanzlichen Erkenntnis zutreffend ausgeführt, liegen im gegenständlichen Fall keine zu Gunsten des Bw. bei der Strafbemessung zu berücksichtigenden mildernden Umstände vor.

Entgegen den Ausführungen im erstinstanzlichen Erkenntnis liegt nur eine Vorstrafe und nicht, wie im erstinstanzlichen Erkenntnis erschwerend zugrunde gelegt (erschwerend: die Vorstrafen), mehrere Vorstrafen vor. Zu Recht wurde bei der erstinstanzlichen Strafbemessung auch der Erschwerungsgrund der Fortsetzung des deliktischen Verhaltens über einen längeren Zeitraum und somit auch die mehrmals aufeinanderfolgenden Tatentschlüsse angesehen.

Keine Feststellungen wurden seitens des Spruchsenates zu der gemäß § 23 Abs. 3 FinStrG bei der Bemessung der Geldstrafe zu berücksichtigenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bw. getroffen. Dazu wird seitens des erkennenden Berufungssenates festgestellt, dass mit Beschluss des Landesgerichtes D. vom 6. September 2012, GZ., das über den Bw. eröffnete Konkursverfahren mangels Kostendeckung aufgehoben wurde. Der Abgabenrückstand des Bw. bei der Abgabenbehörde erster Instanz beträgt derzeit insgesamt € 191.435,01, wobei ein Betrag von € 140.928,67 wegen derzeitiger Uneinbringlichkeit von der Einbringung ausgesetzt wurde.

Unter Zugrundelegung dieser Feststellungen ist daher von einer aktuell sehr eingeschränkten wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bw. und von Sorgepflichten für drei Kinder auszugehen.

Unter Berücksichtigung der vom Unabhängigen Finanzsenat nunmehr festgestellten verminderten Verkürzungsbeträge an Umsatzsteuervorauszahlungen laut abgeänderten Spruch des erstinstanzlichen Erkenntnisses, des Umstandes, dass nur eine Vorstrafe als erschwerend anzusehen ist und der erstinstanzlich nicht festgestellten äußerst eingeschränkten wirtschaftlichen Situation des Bw. war, unter Einbeziehung der festgestellten gravierenden Schuld des Bw., mit einer Herabsetzung der Geldstrafe auf das aus dem Spruch der gegenständlichen Entscheidung ersichtliche Ausmaß vorzugehen.

Auch die gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit zu bestimmende Ersatzfreiheitsstrafe war an die verminderten Verkürzungsbeträge, unter Einbeziehung der Feststellungen zur Schuld des Bw. und zu den Erschwerungsgründen entsprechend neu festzusetzen.

Die gegenständliche Strafe stellt, wie im Erkenntnis des Spruchsenates zu Recht ausgesprochen, eine Zusatzstrafe gemäß § 21 Abs. 3 FinStrG zum Erkenntnis des Spruchsenates vom 20. Oktober 2009, SpS XYX, SN YYX, dar, da die nunmehr der Bestrafung unterzogenen Tatzeiträume nach dem Zeitpunkt ihrer Begehung bereits in diesem früheren Verfahren mit abgeurteilt hätten werden können.

Einer weiteren Strafherabsetzung standen sowohl spezial- als auch generalpräventive Erwägungen entgegen, die es dem Unabhängigen Finanzsenat nicht ermöglichten, bei festgestelltem hohen Verschuldensgrad, uneinsichtiger Verfahreseinlassung des Bw. und nicht erfolgter Schadensgutmachung mit einer weiteren Strafherabsetzung vorzugehen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 7. Mai 2013