



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Finanzstrafsenat 2

GZ. FSRV/0025-W/06

## **Berufungsentscheidung**

Der Finanzstrafsenat 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 Dr. Wolfgang Seitz und Herbert Frantsits als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw., vertreten durch Rechtsanwalt, wegen des Finanzvergehens der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 49 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 16. Februar 2006 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Finanzamt Wien 1/23 als Organ des Finanzamtes Amstetten Melk Scheibbs vom 12. Dezember 2005, SpS, nach der am 27. Juni 2006 in Anwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers, der Amtsbeauftragten AB sowie der Schriftführerin M. sowie in Abwesenheit des Vertreters der Nebenbeteiligten durchgeführten Verhandlung

zu Recht erkannt:

Der Berufung wird stattgegeben und der angefochtenen Bescheid in seinem Ausspruch über die Strafe sowie im Haftungsausspruch aufgehoben und insoweit in der Sache selbst erkannt:

Gemäß § 49 Abs. 2 FinStrG unter Bedachtnahme auf § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG wird über den Berufungswerber (Bw.) eine Geldstrafe in Höhe von € 10.000,00 und eine für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 25 Tagen verhängt.

Gemäß § 28 Abs. 1 FinStrG haftet die nebenbeteiligte Fa. D-GmbH für die über den Bw. verhängte Geldstrafe im Umfang der Neufestsetzung.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 12. Dezember 2005, SpS, wurde der Bw. der Finanzordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG für schuldig erkannt, weil er als Geschäftsführer der Fa. D-GmbH vorsätzlich Abgaben, die selbst zu berechnen sind, nicht spätestens am fünften Tag nach Fälligkeit entrichtet oder abgeführt habe, ohne der zuständigen Abgabenbehörde bis zu diesem Zeitpunkt die Höhe des geschuldeten Betrages bekannt zu geben, und zwar für die Monate Juli 2002 und Jänner bis November 2003 Lohnsteuer in Höhe von € 21.222,80 sowie Dienstgeberbeiträge zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen samt Zuschlägen in Höhe von € 22.966,04.

Gemäß § 49 Abs. 2 FinStrG wurde über den Bw. deswegen eine Geldstrafe in Höhe von € 16.000,00 und eine für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 40 Tagen verhängt.

Gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG wurden die vom Bw. zu ersetzenden Kosten des Finanzstrafverfahrens mit € 363,00 bestimmt.

Gemäß § 28 Abs. 1 FinStrG wurde die Haftung der nebenbeteiligten Fa. D-GmbH für die über den Bw. verhängte Geldstrafe ausgesprochen.

Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Bw. verheiratet und sorgepflichtig für zwei Kinder sei, als Kellner verdiene er derzeit € 1.400,00 netto monatlich und befinde sich in Privatkonkurs. Der Bw. weise vier im erstinstanzlichen Erkenntnis näher bezeichnete Vorstrafen wegen versuchten Schmuggels und Abgabenhinterziehungen gemäß § 33 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a FinStrG sowie wegen Finanzordnungswidrigkeiten gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG auf.

Der Bw. sei Geschäftsführer der Fa. D-GmbH seit 24. Juni 1998 gewesen, welche Gesellschaft im Raum A. 6 bis 7 Lokale betrieben habe. Am 23. Dezember 2003 sei über das Vermögen der Gesellschaft das Konkursverfahren eröffnet worden, welches noch nicht abgeschlossen sei.

Dem Bw. seien die für den Bereich dieses Verfahrens maßgeblichen steuerlichen Bestimmungen bekannt gewesen (Geständnis, Vorstrafen).

Die Berechnung der lohnabhängigen Abgaben bei der GmbH sei durch eine Sekretärin erfolgt, diese habe dem Bw. den ausgefüllten Zahlschein vorgelegt, der je nach Mangel an entsprechenden Geldmittel vorsätzlich die Meldungen und Zahlungen in jenen Monaten und in

jener Höhe unterlassen habe, wie dies im Einzelnen im Spruch des Erkenntnisses angeführt sei.

Die Feststellungen des Spruchsenates würden sich auf das Geständnis des Bw. in der Verhandlung vor dem Spruchsenat sowie auf das unbedenkliche Ergebnis einer Lohnsteuerprüfung gründen.

Rechtlich erfülle das Verhalten des Bw. nach den Feststellungen zur subjektiven und objektiven Tatseite das Finanzvergehen der Finanzordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG.

Bei der Strafbemessung sah der Spruchsenat als mildernd das Geständnis, als erschwerend hingegen das Vorliegen von drei einschlägigen Vorstrafen, den langen Zeitraum der Tatbegehung (praktisch das gesamte Jahr 2003) und den äußerst raschen Rückfall (letztes Erkenntnis des Spruchsenates vom Juli 2002, sofortige erneute Deliktsbegehung) an.

Gegen dieses Erkenntnis des Spruchsenates richtet sich die vorliegende frist- und formgerechte Berufung des Bw. vom 16. Februar 2006, welche sich ausschließlich gegen die Höhe der vom Spruchsenat verhängten Geldstrafe richtet.

Zur Begründung wird ausgeführt, dass die Strafbemessung insoweit nicht als korrekt anzusehen sei, als sie sich zunächst insbesondere an der Einkommens- und Vermögenssituation des Bw. zu orientieren habe. Es werde in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass sowohl über das Vermögen der Fa. D-GmbH, deren Geschäftsführer und Gesellschafter der Bw. gewesen sei, als auch über das eigene Vermögen des Bw. das Konkursverfahren eröffnet worden sei. Beide Konkursverfahren seien beim Landesgericht s. anhängig. Es werde dem Bw. in den Konkursverfahren nicht möglich sein, einen Zwangsausgleich zu finanzieren, weshalb er auch nach Abschluss des Konkursverfahrens beträchtliche Schulden haben werde, deren Abdeckung in Frage stehe. Zu berücksichtigen sei in diesem Zusammenhang, dass das derzeitige Einkommen des Bw. als unselbständig Erwerbstätiger gerade ausreiche, um den Lebensunterhalt seiner Familie (Ehegattin und zwei minderjährige Kinder) abzudecken. Eine Schuldenrückzahlung werde ihm nicht möglich sein. Schon angesichts seiner Einkommens- und Vermögensverhältnisse erweise sich die verhängte Strafe als überhöht.

Auch bei korrekter Strafzumessung hätte eine derart hohe Strafe nicht verhängt werden dürfen. Seitens der Erstbehörde sei insbesondere das umfassende Geständnis des Bw. nicht ausreichend gewichtet worden. Er habe durch seine Angaben das Verfahren erheblich abgekürzt. Sein Geständnis sei auch durchaus als reumütig zu bezeichnen. Dass

entsprechende Abgabenerklärungen nicht vorgelegt worden seien, um so Straffreiheit zu erreichen, sei darauf zurückzuführen, dass die Sekretärin der Fa. D-GmbH trotz gegenteiliger Anweisung diese Maßnahme nicht vorgenommen habe. Dieser Umstand hätte als mildernd berücksichtigt werden müssen.

Schließlich könne aus Sicht des Bw. von einem raschen Rückfall nicht die Rede sein. Das letzte Erkenntnis des Spruchsenates stamme vom Juli 2002.

Der letztendlich entscheidende Tatzeitraum falle aber in das Kalenderjahr 2003 und stehe offenkundig auch im Zusammenhang mit dem bevorstehenden wirtschaftlichen Zusammenbruch der Fa. D-GmbH.

Schließlich sei zu berücksichtigen, dass der Bw. durch die Konkursverfahren gezeichnet und vor diesem Hintergrund angesichts des Verlustes seiner wirtschaftlichen Existenz schon entsprechend gestraft sei. Es bedürfe daher keinesfalls einer derart hohen Strafe, um allfälligen Strafzwecken zu entsprechen. Dies auch deshalb, da er nicht mehr selbständig erwerbstätig sei und es daher schon aus diesem Grunde nicht mehr vorkommen werde, dass er einschlägig straffällig werde.

Vor dem Hintergrund all dieser Gesichtspunkte werde beantragt, die über den Bw. verhängte Geldstrafe angemessen herabzusetzen.

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

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

*Abs. 2: Bei der Bemessung der Strafe sind die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Im Übrigen gelten die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß.*

*Abs. 3: Bei der Bemessung der Geldstrafe sind auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen.*

*Abs. 4: Bei Finanzvergehen, deren Strafdrohung sich nach einem Wertbetrag richtet, ist die Bemessung der Geldstrafe mit einem ein Zehntel des Höchstausmaßes der angedrohten Geldstrafe unterschreitenden Betrag nur zulässig, wenn besondere Gründe vorliegen.*

Die vorliegende Berufung richtet sich ausschließlich gegen die Höhe der vom Spruchsenat verhängten Strafe.

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

Aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Situation der Fa. D-GmbH, welche letztendlich zur Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft führte, hat sich der Bw., laut seiner Aussage in der mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat, bewusst dafür entschieden, die von seiner Sekretärin berechneten Lohnabgaben nicht bis zum fünften Tag nach Fälligkeit zu entrichten. Führt man sich vor Augen, dass drei Vorstrafen wegen Abgabenhinterziehungen gemäß § 33 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a FinStrG sowie wegen einer Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG den Bw. nicht dazu bewegen konnten, sein steuerliches Verhalten zu verbessern, obwohl ihm seine steuerlichen Verpflichtungen in den vorangegangenen Finanzstrafverfahren eingehend vor Augen geführt wurden, so ist im gegenständlichen Fall zweifelsfrei von einem hohen Verschuldensgrad auszugehen.

Den Berufungsausführungen ist jedoch insoweit beizupflichten, dass aufgrund seiner derzeit äußerst eingeschränkten Einkommens- und Vermögenssituation bedingt durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Fa. D-GmbH und den daraus resultierenden persönlichen Haftungen und auch aufgrund seines persönlichen Konkurses eine Besserung seiner wirtschaftlichen Situation nicht zu erwarten ist.

In Anbetracht der offenen geständigen Rechtfertigung des Bw. und der beschriebenen äußerst eingeschränkten wirtschaftlichen Situation sowie seiner Sorgepflichten für die Ehegattin und zwei minderjährige Kinder ist der Berufungssenat zum Ergebnis gelangt, dass die erstinstanzlich verhängte Geldstrafe als überhöht anzusehen ist. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass neben dem erstinstanzlichen Milderungsgrund der geständigen Rechtfertigung auch der weitere mildernde Umstand, dass der Bw. aus einer wirtschaftlichen Notlage heraus gehandelt hat, zu seinen Gunsten mildernd ins Kalkül zu ziehen ist.

Nicht beigespflichtet werden kann den Berufungsausführungen insoweit, als die durch die Sekretärin trotz gegenteiliger Anweisung unterbliebene rechtzeitige Meldung ebenfalls mildernd bei der Strafbemessung zu berücksichtigen gewesen wären. Ausschließliches Tatbestandsmerkmal einer Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG und somit von der Bestrafung umfasst, ist die vorsätzliche Nichtentrichtung von Selbstbemessungsabgaben bis zum fünften Tag nach Fälligkeit. Die rechtzeitige Meldung durch die Sekretärin hätte lediglich einen objektiven Strafbefreiungsgrund dargestellt. Aus welchen Gründen es zu dieser Nichtentrichtung gekommen ist, ist für die Bemessung der gegenständlichen Geldstrafe nicht tatbestandsrelevant und daher ohne Belang.

Nach Ansicht des Berufungssenates ist der Spruchsenat zu Recht vom Erschwerungsgrund des raschen Rückfalles ausgegangen, wurde doch der Bw. zuletzt mit Erkenntnis des

Spruchsenates vom 24. Juli 2002 wegen Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG zu einer Geldstrafe von € 9.200,00 verurteilt, welche nichts daran ändern konnte, dass der Bw. in der Folge sofort die vom gegenständlichen Finanzstrafverfahren umfassten Lohnabgaben für Juli 2002, fällig am 15. August 2002, nicht bis zum fünften Tag nach Fälligkeit entrichtet hat. Auch schlägt sich der oftmalige Tatentschluss über einen längeren Tatzeitraum (insgesamt sind Lohnabgaben von 12 Monaten vom gegenständlichen Finanzstrafverfahren umfasst) zu Lasten des Bw. bei der Strafbemessung zu Buche.

Aufgrund der zugunsten des Bw. im Berufungsverfahren erfolgten stärkeren Gewichtung seiner äußerst eingeschränkten wirtschaftlichen Situation und seiner persönlichen Verhältnisse sowie seiner offenen geständigen Rechtfertigung konnte in stattgebender Erledigung der Berufung mit einer tat- und schuldangemessenen Herabsetzung der Geldstrafe in der aus dem Spruch ersichtlichen Ausmaß vorgegangen werden. Für eine derartige Strafmilderung sprach auch der Umstand, dass der Bw. nunmehr als Angestellter nicht selbständig tätig ist und daher spezialpräventive Gründe gegen eine höhere Geldstrafe sprechen.

Aufgrund der besonderen Gewichtigkeit der drei einschlägigen Vorstrafen, welche den Bw. nicht davon abgehalten haben, neuerlich ein deliktisches Verhalten zu setzen und unter Berücksichtigung auch des generalpräventiven Strafzweckes konnte bei nicht erfolgter Schadensgutmachung einer darüber hinausgehenden Strafmilderung nicht näher getreten werden.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 27. Juni 2006