



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Finanzstrafsenat Wien 2

GZ. FSRV/0080-W/12

Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat Wien 2 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden HR Dr. Karl Kittinger, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrat Mag. Gerhard Groschedl sowie die Laienbeisitzer Direktor Herbert Frantsits und Ing. Wolfgang Pröglhöf als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Herrn D.M., Adresse-1, vertreten durch Mag. Christian Hirsch, Rechtsanwalt, 2700 Wiener Neustadt, Hauptplatz 28, wegen des Finanzvergehens der Finanzordnungswidrigkeit gemäß [§ 49 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes](#) (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 5. Oktober 2012 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Finanzamt Wien 1/23 als Organ des Finanzamtes Waldviertel als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 4. Juli 2012, SpS II, Strafnummer 001, in nicht öffentlicher Sitzung vom 19. Februar 2013 in Anwesenheit der Schriftführerin

zu Recht erkannt:

I. Der Berufung wird teilweise Folge gegeben und die im Übrigen unverändert bleibende Entscheidung des Spruchsenates in seinem Ausspruch über die Strafe und Kosten dahingehend abgeändert, dass die gemäß [§ 49 Abs. 2 FinStrG](#) iVm [§ 21 Abs. 1 und 2 FinStrG](#) über Herrn D.M. zu verhängende Geldstrafe auf € 2.800,00 (in Worten: zweitausendachthundert Euro) und die gemäß [§ 20 FinStrG](#) für den Fall der Uneinbringlichkeit dieser Geldstrafe zu verhängende Ersatzfreiheitsstrafe auf sieben Tage reduziert werden.

II. Die Kosten des Finanzstrafverfahrens werden gemäß [§ 185 Abs. 1 FinStrG](#) in Höhe mit € 280,00 festgesetzt. Herr D.M. hat auch die Kosten des allfälligen Vollzuges zu ersetzen, die mit gesondertem Bescheid festgesetzt werden.

III. Darüber hinaus wird die Berufung von Herrn D.M. als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis des Spruchsenates beim Finanzamt Wien 1/23 als Organ des Finanzamtes Waldviertel als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 4. Juli 2012, SpS II, wurde D.M. (in weiterer Folge: Beschuldigter) für schuldig erkannt, im Bereich des Finanzamtes Waldviertel als Geschäftsführer der für die Wahrnehmung der abgabenrechtlichen Obliegenheiten der V-KG verantwortlichen V-GmbH vorsätzlich Vorauszahlungen an Umsatzsteuer für den Zeitraum 10-12/2008 und 1/2009 von € 16.000,00, Lohnsteuer für 12/2007, 04/2008, 07/2008, 09-10/2008 in Höhe von € 22.783,00, Dienstgeberbeiträge zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen samt Zuschlägen zu den Dienstgeberbeiträgen für 12/2007, 04/2008, 07/2008, 09-10/2008 in Höhe von € 6.398,00 nicht spätestens am 5. Tage nach jeweils eingetretener Fälligkeit entrichtet zu haben.

Der Beschuldigte habe hiedurch das Finanzvergehen der Finanzordnungswidrigkeit nach [§ 49 Abs. 1 lit. a FinStrG](#) begangen und wurde hiefür nach [§ 49 Abs. 2 FinStrG](#) unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen des [§ 23 Abs. 3 FinStrG](#) mit einer Geldstrafe in der Höhe von € 4.400,00 bestraft.

Gemäß [§ 20 Abs. 1 FinStrG](#) wurde für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 11 Tagen festgesetzt.

Gemäß [§ 185 FinStrG](#) hat der Beschuldigte die Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von € 440,00 und des allfälligen Vollzuges zu ersetzen.

Als Begründung wurde ausgeführt, dass der finanzstrafrechtlich bisher nicht in Erscheinung getretene Beschuldigte sein dzt. mtl. Einkommen als Angestellter in der BRD mit € 1.000,00 angegeben habe. Es treffen ihn keine Sorgepflichten.

Auf Grund des durchgeföhrten Beweisverfahrens, insbesondere Einsichtnahme in die Veranlagungsakten und Verlesung des Strafaktes stehe im Zusammenhalt mit der Verantwortung des Beschuldigten nachstehender Sachverhalt fest:

Der Beschuldigte sei als Geschäftsführer der als unbeschränkt haftender Gesellschafter der im Firmenbuch erfassten V-KG aufscheinenden V-GmbH für die ordnungsgemäße Wahrnehmung der abgabenrechtlichen Obliegenheiten der KG verantwortlich gewesen.

Mit Beschluss des Landesgerichtes vom 27. März 2009, GZ. 09, sei über das Vermögen der KG das Konkursverfahren eröffnet und der Konkurs mit Beschluss vom 28. März 2011 nach Verteilung an die Massegläubiger aufgehoben worden.

Die V-GmbH befindet sich seit 3. November 2010 in Liquidation.

Im Zuge der Überprüfung der Gebarungsdaten aus Anlass der Konkurseröffnung habe festgestellt werden müssen, dass die selbst zu berechnenden Abgaben für die nunmehr inkriminierten Zeiträume nicht zu den gesetzlichen Fälligkeitstagen entrichtet worden und zu Folge Nichtabgabe der Umsatzsteuervoranmeldungen und verspäteter Meldung der lohnabhängigen Abgaben auch die Voraussetzungen für eine Straffreiheit nach [§ 49 Abs. 1 lit. a FinStrG](#) nicht vorgelegen seien.

Im Zuge des eingeleiteten Finanzstrafverfahrens sei vorgebracht worden, dass zufolge finanzieller Schwierigkeiten des Unternehmens die Abgaben nicht zeitgerecht entrichtet werden können.

Dazu habe der Spruchsenat erwogen:

Nach [§ 49 Abs. 1 lit. a FinStrG](#) mache sich einer Finanzordnungswidrigkeit schuldig, wer vorsätzlich, u.a. Vorauszahlungen an Umsatzsteuer und andere selbst zu berechnende Abgaben nicht spätestens am 5. Tage nach jeweils eingetretener Fälligkeit entrichte, wobei jedoch Straffreiheit eintrete, wenn der zuständigen Abgabenbehörde bis zu diesem Termin die Höhe der geschuldeten Beträge bekanntgegeben werde.

Nach [§ 8 Abs. 1 FinStrG](#) handle vorsätzlich, wer einen Sachverhalt verwirklichen wolle, der einem gesetzlichen Tatbild entspreche; dazu genüge es, dass der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich halte und sich mit ihr abfinde.

Das Verhalten des Beschuldigten erfülle das vom Gesetz vorgegebene Tatbild in objektiver und subjektiver Hinsicht. Den Ausführungen der Verteidigung zufolge der finanziellen Probleme des Unternehmens sei ein schuldhaftes Verhalten des Beschuldigten nicht gegeben, habe nicht gefolgt werden können.

Es sei daher mit einem Schulterspruch vorzugehen gewesen.

Nach der Bestimmung des [§ 49 Abs. 2 FinStrG](#) werde das Finanzvergehen der Finanzordnungswidrigkeit nach [§ 49 Abs. 1 lit. a FinStrG](#) mit einer Geldstrafe geahndet, deren Höchstmaß die Hälfte des nicht oder verspätet entrichteten oder abgeführtten Abgabenbetrages betrage.

Nach [§ 23 FinStrG](#) bemesse sich die Strafe nach der Schuld des Täters und seien die Erschwerungs- und Milderungsgründe sowie die persönlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen.

Bei der Strafbemessung sei mildernd: die bisherige Unbescholteneit, eine geringfügige Schadensgutmachung, erschwerend: kein Umstand.

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

Die Entscheidung über die Kosten beruhe zwingend auf der angezogenen Gesetzesstelle.

In der fristgerechten Berufung vom 5. Oktober 2012 wird das Erkenntnis lediglich hinsichtlich der Höhe des zum Ausspruch gelangten Strafbetrages angefochten.

Die Feststellungen werden dem Grunde nach nicht bekämpft. Zur Bekämpfung gelange die Höhe der ausgesprochenen Geldstrafe, da unter Berücksichtigung des Einkommens des Beschuldigten in der Höhe von monatlich € 1.000,00 der oben zutreffend angeführten Strafbemessungsgründe das Strafausmaß geringer auszufallen gehabt hätte. In Anbetracht der gegebenen Umstände und der Strafbemessungsgründe wäre sogar ein Unterschreiten des Mindeststrafbetrages gerechtfertigt gewesen.

Als zusätzlicher Milderungsgrund wäre die lange Verfahrensdauer und das zwischenzeitige Wohlverhalten über einen Zeitraum von mehr als vier Jahren heranzuziehen gewesen, sodass auch unter diesem Aspekt mit einem mildereren Strafausspruch das Auslangen zu finden gewesen wäre.

Im Sinne der vorstehenden Ausführungen ergehe sohin der Antrag, das Erkenntnis des Spruchsenat vom 4 Juli 2012, SpS II, aufzuheben bzw. dahingehend abzuändern, dass der Ausspruch über die Geldstrafe und für den Fall der Uneinbringlichkeit der gesetzten Freiheitsstrafe deutlich reduziert werde.

Anlässlich der Vorlage der Berufung teilte die Finanzstrafbehörde erster Instanz mit, dass ihrer Ansicht nach die vom Spruchsenat verhängte Geldstrafe zu gering sei. Dies deswegen, da die diesem Finanzstrafverfahren zugrundliegenden strafbestimmenden Wertbeträge – angesichts der Vermögenslosigkeit des Primärschuldners – uneinbringlich seien und die Abgabenbehörde aufgrund des finanzstrafrechtlichen Verhaltens des Beschuldigten keinerlei Möglichkeit gehabt habe, auf zum Zeitpunkt der jeweiligen Fälligkeit der inkriminierten Abgaben noch vorhandene Vermögenswerte des Primärschuldners zu greifen, um die aushaftenden Abgaben entsprechend zu besichern bzw. Exekution zu führen.

Der strafbestimmende Wertbetrag betrage € 45.180,00. Trotz dieses doch sehr hohen strafbestimmenden Wertbetrages habe der Spruchsenat mit der Verhängung einer Geldstrafe in Höhe von € 4.000,00 (gemeint wohl: € 4.400,00) das Auslangen gefunden. Es werde beantragt, eine angemessene höhere Geldstrafe zu verhängen bzw. die vom Spruchsenat festgesetzte Finanzstrafe zu bestätigen.

Dazu ist anzumerken, dass zwar vom Amtsbeauftragten im Vorlagebericht eine höhere Geldstrafe beantragt wird, eine diesbezügliche Berufung seinerseits ist jedoch nicht aktenkundig.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Gegenstand des Berufungsverfahrens ist allein die Frage der Strafbemessung, da der Beschuldigte explizit nur den Ausspruch über die Strafe bekämpft, indem er ein niedrigeres Strafausmaß unter Berücksichtigung weiterer Milderungsgründe beantragt. Hinsichtlich der Frage der Strafbarkeit ist somit Teilrechtskraft eingetreten (vgl. beispielsweise VwGH 8.2.2007, [2006/15/0293](#)). Erwächst nämlich der Schulterspruch der Finanzstrafbehörde erster Instanz mangels Bekämpfung in (Teil-) Rechtskraft, so ist er nicht mehr Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens; die Rechtsmittelbehörde ist vielmehr an diesen Schulterspruch gebunden (VwGH 29.7.1999, [98/14/0177](#)).

Festzuhalten ist, dass der Beschuldigte selbst zwar in seinem Schreiben an den Verteidiger um Vertagung der mündlichen Verhandlung ersucht hat. Der (internen) Vertagungsbitte des Beschuldigten an seinen Verteidiger ist ein ärztlicher Befund samt Termin für eine stationäre Aufnahme ins Krankenhaus ab 28. Februar 2013 zu entnehmen. Ein Grund, weshalb der Beschuldigte am 19. Februar 2013 nicht zur mündlichen Verhandlung erscheinen könnte, wurde darin nicht genannt. Der Verteidiger hat mit Eingabe vom 19. Februar 2013 auf die Durchführung der mündlichen Verhandlung verzichtet.

Gemäß [§ 23 Abs. 1 FinStrG](#) ist Grundlage für die Strafbemessung die Schuld des Täters.

[§ 23 Abs. 2 FinStrG](#): 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.

[§ 23 Abs. 3 FinStrG](#): Bei der Bemessung der Geldstrafe sind auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen.

[§ 23 Abs. 4 FinStrG](#): 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.

Gemäß [§ 49 Abs. 2 FinStrG](#) wird die Finanzordnungswidrigkeit mit einer Geldstrafe geahndet, deren Höchstmaß die Hälfte des nicht oder verspätet entrichteten oder abgeführt Abgabenbetrages oder der geltend gemachten Abgabengutschrift beträgt.

Hat der Täter wie im gegenständlichen Fall durch mehrere selbständige Taten mehrere Finanzvergehen derselben und auch verschiedener Art begangen, ist gemäß [§ 21 Abs. 1 und Abs. 2 FinStrG](#) dabei auf eine einzige Geldstrafe zu erkennen, wobei die Summe der sich aus den strafbestimmenden Wertbeträgen ergebenden Strafdrohungen maßgeblich ist.

Vom Spruchsenat wurden schon in der angefochtenen Entscheidung die eingeschränkten wirtschaftlichen Verhältnisse von einem monatlichen Einkommen als Angestellter in Deutschland in Höhe von € 1.000,00 ohne Sorgepflichten bei der Strafbemessung berücksichtigt.

Zur persönlichen Lage des Beschuldigten übermittelte der Verteidiger am 18. Februar 2013 nach vorheriger telefonischer Ankündigung einen ärztlichen Befund über eine Krebserkrankung mit Termin für eine bevorstehende stationäre Aufnahme und Operation im Krankenhaus ab dem 28. Februar 2013.

An den wirtschaftlichen Verhältnissen des Beschuldigten ist zwischen der Entscheidung vor dem Spruchsenat und dem Berufungsgericht insofern eine Änderung eingetreten, als aufgrund der ärztlichen Diagnose mit erhöhten Ausgaben für Medikamente bzw. Krankheitskosten zu rechnen sein wird.

Entsprechend der Bestimmung des [§ 23 Abs. 3 FinStrG](#) waren diese veränderten persönlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse bei der Neubemessung der Geldstrafe ins Kalkül zu ziehen, wobei die Krebserkrankung bisher nicht Akteninhalt gewesen ist.

Bei der Strafbemessung wertete schon der Spruchsenat als mildernd die bisherige Unbescholteneit und eine geringfügige Schadensgutmachung, als erschwerend hingegen keinen Umstand.

Zur Frage der Schadensgutmachung ist festzuhalten, dass über das Vermögen der GmbH & Co KG mit Beschluss vom 27. März 2009 das Konkursverfahren eröffnet und der Konkurs mit Beschluss vom 28. März 2011 nach Verteilung an die Massegläubiger aufgehoben wurde. Entrichtungen auf das Abgabenkonto nach diesem Zeitpunkt sind nicht aktenkundig, sodass eine weitere Schadensgutmachung seit der Entscheidung in erster Instanz nicht zugunsten des Beschuldigten gewertet werden kann. Lediglich die Abgaben für den Zeitraum Dezember 2007 im Ausmaß von € 7.664,56 (ca. 17 % der strafbestimmenden Wertbeträge) sind am Abgabenkonto nicht mehr von der Aussetzung der Einbringung (die für einen Gesamtbetrag von € 103.074,59 vom Finanzamt bewilligt wurde) umfasst, sodass sämtliche darüber hinaus aufgelisteten Abgaben noch offen am Abgabenkonto aushaften.

Soweit das Vorliegen des zusätzlichen Milderungsgrunds der langen Verfahrensdauer vorgebracht wird ist festzuhalten, dass das gegenständliche Finanzstrafverfahren mit Verfügung vom 19. Juli 2011 eingeleitet wurde, die Rechtfertigung des Beschuldigten am 13. September 2011 erfolgte, der Akt dem Spruchsenat am 3. April 2012 zur Entscheidung vorgelegt wurde. Die mündliche Verhandlung vor dem Spruchsenat hat am 4. Juli 2012 stattgefunden. Entgegen der Ansicht des Beschuldigten kann darin keine lange oder überlange Verfahrensdauer erblickt werden, die als zusätzlicher Milderungsgrund zu werten wäre.

Das zwischenzeitige Wohlverhalten über einen Zeitraum von mehr als vier Jahren als weiterer Milderungsgrund kann angesichts der Tatsache, dass der Beschuldigte persönlich in Österreich derzeit steuerlich nicht erfasst ist, nur für ein Verhalten in Österreich abschließend beurteilt werden. In dubio ist davon auszugehen, dass sich der Beschuldigte (zumindest in Österreich) zwischenzeitig wohlverhalten hat, sodass hier ein weiterer Milderungsgrund zu berücksichtigen ist.

Nach Ansicht des Berufungssenates ist jedoch der erstinstanzlich unberücksichtigt gebliebene Erschwerungsgrund der mehrmaligen Tatentschlüsse über einen längeren Zeitraum ebenfalls bei der Strafbemessung zu berücksichtigen, sodass der oben erwähnte weitere Milderungsgrund damit kompensiert ist.

Da lediglich hinsichtlich der Strafhöhe Berufung eingebracht wurde, ist zudem von einem faktischen Geständnis als weiterem Milderungsgrund auszugehen.

Ausgehend von einem Strafrahmen von € 22.560,50 (€ 16.000,00 + € 22.723,00 + € 5.854,00 + € 544,00 = € 45.121,00 / 2) erweist sich die Strafbemessung durch den Spruchsenat zwar im Lichte der damals dargestellten Einkommens-, Vermögens- und Aktenlage des Beschuldigten als im Rahmen des Ermessens tat- und schuldangemessen.

Grundsätzlich ist der durch die Tat lukrierte Zinsgewinn als äußerste Untergrenze der Geldstrafe anzusehen, bei deren Unterschreitung eine Geldstrafe ihren Zweck verfehlt würde (vgl. VwGH 8.7.2009, [2008/15/0284](#), VwGH 25.2.2004, [99/13/0149](#)). Da die eingeschränkte Liquidität der GmbH & Co KG Ursache für die Nichtentrichtung der Selbstbemessungsabgaben war und nicht davon ausgegangen werden konnte, dass der Beschuldigte als Geschäftsführer die Gelder bis zu deren Bezahlung verzinslich anlegen wollte, bestand der Zinsgewinn in der Ersparnis von Fremdfinanzierungskosten (vgl. UFS 11.10.2011, FSRV/0015-W/11).

Zusammengefasst erscheint bei den nunmehr festgestellten Erschwerungs- und Milderungsgründen unter Berücksichtigung der nunmehr bekannt gegebenen Krebserkrankung mit anstehendem Operationstermin am 1. März 2013 bei minimal veränderter Einkommens- und Vermögenslage des Beschuldigten eine Reduzierung der bisher festgesetzten Geldstrafe (in Höhe von ca. 19,5 % des Strafrahmens) um mehr als ein Viertel auf das im Spruch ersichtliche Ausmaß (ca. 12,41 % des Strafrahmens) gerechtfertigt. Einer weiteren Reduzierung der Geldstrafe standen nicht zuletzt generalpräventive Erwägungen entgegen.

Nur der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass Gründe, die ein darüber hinaus gehendes Unterschreiten der Mindestgeldstrafe rechtfertigten würde, weder aus dem Berufungsvorbringen noch aus dem Akt abgeleitet werden können.

Die obigen Ausführungen zu den Erschwerungs- und Milderungsgründen gelten auch für die Ausmessung bzw. Reduzierung der Ersatzfreiheitsstrafe, wobei anzumerken ist, dass dabei das Argument der schlechten Finanzlage des Beschuldigten ohne Relevanz verbleibt, da der Gesetzgeber selbst für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe normiert hat, dass eine Ersatzfreiheitsstrafe vorzuschreiben ist. Die bei der Festsetzung der Geldstrafe berücksichtigte geringe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist bei der Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe nicht von Bedeutung (VwGH 29.6.1999, [98/14/0177](#)).

Die Verfahrenskosten gründen sich auf [§ 185 Abs. 1 lit. a FinStrG](#), wonach pauschal ein Kostenersatz im Ausmaß von 10 % der verhängten Geldstrafe festzusetzen ist, woraus sich im vorliegenden Fall ein Betrag von € 280,00 ergibt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 20. Februar 2013