



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle K.
Finanzstrafsenat (K.)1

GZ. FSRV/0017-K/07

Beschwerdeentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch das Mitglied des Finanzstrafsenates 1, Mag. P.W., in der Finanzstrafsache gegen N.N., über die Beschwerde des Beschwerdeführers vom 16. Juli 2007 gegen den Bescheid des Spruchsenates I beim Finanzamt K. als Finanzstrafbehörde I. Instanz vom 12. April 2007, Str.Nr. 2006/000000, betreffend Abweisung eines Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 167 FinStrG zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Der Spruchsenat I beim Finanzamt K. als Finanzstrafbehörde erster Instanz hat den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf.) mit Erkenntnis vom 6. Juli 2006, nach in dessen Abwesenheit durchgeföhrter mündlicher Verhandlung, wegen der Finanzvergehen der Abgabenhinterziehungen gemäß § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG mit einer Geldstrafe in Höhe von € 9.000,00, im Falle deren Uneinbringlichkeit mit einer an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe von 40 Tagen, bestraft.

Mit Schreiben vom 22. September 2006, beim Finanzamt eingelangt am 25. September 2006, beantragte der Bf. durch seinen damaligen Vertreter (Rechtsanwalt) die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und führte darin schriftlich aus:

1. Zu den Voraussetzungen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand:

A. Zum Sachverhalt:

1. Der Beschuldigte war aufgrund einer chronischen **Herzmuskelentzündung** von September 2004 bis November 2005 nahezu durchgehend in stationärer Behandlung. Sein Gesundheitszustand war im Juli 2006 (und ist es nach wie vor) derart labil, dass er sich einmal pro Woche einer zwingend erforderlichen ambulanten Behandlung unterziehen muss, die aus medizinisch indizierten Gründen stets zum gleichen Zeitpunkt, nämlich an jedem **Mittwoch**, durchgeführt werden muss. Darüber hinaus wurde beim Beschuldigten am 5.7.2006 eine **schwere Infektion mit rheumatischem Fieber** festgestellt, die - nach erster Auskunft des behandelnden Arztes - durch eine etwa 2 Wochen zurück liegende Lebensmittelvergiftung verursacht wurde.

Zumal die Nichtwahrnehmung des Behandlungstermins am 6.7.2006, bei dem der Beschuldigte zahlreiche Infusionen bekommen sollte, nach Auskunft des behandelnden Arztes eine schwerwiegende, gesundheitliche Gefahr, allenfalls eine Lebensgefahr für den **kranken** Beschuldigten bedeutet hätte und dieser mit der anberaumten Verhandlung bei der belangten Behörde kollidiert wäre, wollte bzw. musste sich der Beschuldigte für die von der belangten Behörde anberaumte Verhandlung am 6.7.2006 entschuldigen und um Anberaumung eines neuen Termins ersuchen.

Der Beschuldigte hat daher am 5.7.2006 zunächst mit dem Finanzamt K. telefoniert, sein gesundheitliches Problem und die damit verbundene Terminkollision dargestellt und gefragt, an wen ein Entschuldigungsschreiben zu richten ist. Ihm wurde hierbei die Auskunft erteilt, dass das Entschuldigungsschreiben an den Vorsitzenden des erkennenden Senates der belangten Behörde, Dr. N.N1., der auch Richter des LG K. ist, zu richten ist und er im Hinblick darauf, dass die Verhandlung bereits am nächsten Tag statt findet, ein Fax an diesen schicken und dessen Faxnummer beim LG K. erfragen soll. Die Verhandlung würde dann verlegt werden, so die Auskunft des Finanzamtes K.. Der Beschuldigte vertraute auf die Auskunft des Finanzamtes. Dem Beschuldigten wurde beim LG K. telefonisch die Faxnummer von Dr. N.N1. (Tel.Nr.) bekannt gegeben.

Der Beschuldigte hat daraufhin dem Vorsitzenden des erkennenden Spruchsenates 1, Dr. N.N1., am 05.07.2006, sohin einen Tag vor der anberaumten mündlichen Verhandlung, mittels Telefax bekannt gegeben, dass er aus gesundheitlichen Gründen an der Verhandlung am 06.07.2006 nicht teilnehmen kann.

Dieses Telefax, adressiert an den Vorsitzenden, hat der Beschuldigte am 05.07.2006 um 23:33 Uhr an die ihm bekannt gegebene Faxnummer des Vorsitzenden beim LG K. übersandt. Die diesbezügliche Faxzugangsbestätigung liegt diesem Antrag bei. Im Betreff des Telefax wurde das gegenständliche Finanzstrafverfahren angeführt.

*In diesem Telefax hat der Beschuldigte obigen Sachverhalt dargestellt und den Vorsitzenden des Spruchsenates darum ersucht, sein Ausbleiben zu entschuldigen und einen **neuen Verhandlungstermin**, jedoch im Hinblick auf die erforderlichen Behandlungen nicht mittwochs, anzuberaumen.*

2. Der Beschuldigte vertraute aufgrund der Auskunft des Finanzamtes K. darauf, dass die Verhandlung am 6.7.2006 im Hinblick auf seine schwerwiegende Krankheit vertagt werden würde, wenn er an den Vorsitzenden der Spruchkommission ein Telefax an das LG K., wo der Vorsitzende Richter als Richter tätig ist, an die angegebene Faxnummer schickt. Zumal laut Telefaxbestätigung das Entschuldigungsschreiben noch am 5.7.2006 erfolgreich an die angegebene Faxnummer zugestellt wurde, ging er davon aus, dass eine neue Verhandlung anberaumt werden würde; dies insbesondere auch, da auf dem Schreiben die Handy- und Festnetznummer sowie die E-Mailadresse des Beschuldigten angegeben war, sodass bei etwaigen Problemen ein kurzer Rückruf seitens der Behörde erfolgen hätte können.

Zur Überraschung und zum Entsetzen des Beschuldigten wurde ihm am 25.08.2006 an Stelle der erwarteten Ladung zur neuen Verhandlung das Straferkenntnis zugestellt. In diesem Straferkenntnis führt die Behörde hinsichtlich der mündlichen Verhandlung am 6.7.2006 aus, dass der Beschuldigte ohne Angabe von Gründen zur Verhandlung nicht erschienen sei und keine Hinweise dafür vorliegen würden, dass der Beschuldigte durch Krankheit oder ein anderes Gebrechen abgehalten gewesen wäre, an der Verhandlung teilzunehmen. Aus diesem Grunde sei das verurteilende Straferkenntnis gemäß § 126 FinStrG gefällt worden.

***Zumal sich** jedoch das Entschuldigungsschreiben des Beschuldigten vom 5.7.2006 **im verfahrensgegenständlichen Finanzstrafakt befindet**, ist davon auszugehen, dass das nachweislich an den Vorsitzenden übersendete, fristgerechte Entschuldigungsschreiben aus nicht **in der Sphäre des Beschuldigten** liegenden Gründen der belangten Behörde erst nach der mündlichen Verhandlung am 6.7.2006 zugegangen ist und daher im Straferkenntnis unrichtig vom Fehlen eines derartigen Schreibens ausgegangen worden ist.*

*Die dem Beschuldigten nicht bekannten, jedoch **nicht in der Sphäre des Beschuldigten** liegenden Gründen für das verspätete Zukommen des Entschuldigungsschreiben waren die Ursache, dass der Beschuldigte die Verhandlung am 6.7.2006 versäumte.*

B. Zur rechtlichem Würdigung des Sachverhaltes:

.....

1. Gem. § 167 Abs. 1 FinStrG ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer mündlichen Verhandlung auf Antrag des Beschuldigten zu bewilligen, wenn

er durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet und **glaublich** macht, dass er durch ein **unvorhergesehenes** oder **unabwendbares Ereignis** verhindert war, zur Verhandlung zu erscheinen. Ein **minderer Grad des Versehens** hindert die Bewilligung nicht.

Ein „Ereignis“ iSd § 167 FinStrG ist ein sich in der Außenwelt abspielender Vorgang, ein Geschehen ohne jede Beschränkung. Darunter ist z.B. auch vergessen, sich irren uä zu subsumieren (Dorazil/Harbich, Finanzstrafgesetz (2006) Anm 14. a) zu § 167).

Ein Ereignis ist „unvorhergesehen“, wenn eine Person es tatsächlich nicht miteinberechnet hat und dessen Eintritt auch unter Bedachtnahme auf die zumutbare Aufmerksamkeit und Vorsicht nicht erwarten konnte (VwGH 27.1.1999, 98/16/0209; Dorazil/Harbich, aaO Anm 16.a) zu § 167 mwN).

Ein Ereignis ist „unabwendbar“, wenn es von einem Durchschnittsmenschen objektiv nicht verhindert werden konnte, dh dass es bei der Anwendung normal erreichbarer Mittel nicht abgewendet werden konnte (VwGH 31.10.1991, 90/16/0148: 17.2.1994, 93/16/0020; Dorazil/Harbich, aaO Anm 16.c) zu § 167 mwN).

Das verspätete Zugehen eines rechtzeitig übermittelten Entschuldigungsschreibens für eine mündliche Verhandlung in einem Finanzstrafverfahren, das - wie im gegenständlichen Fall - zur Versäumung der Verhandlung und Erlassung eines Straferkenntnisses in Abwesenheit führt, ist einem Wiedereinsetzungsantrag jedenfalls zugänglich (VwGH 26.02.2004, 2002/16/0054).

Sämtliche Voraussetzungen des § 167 FinstrG liegen im gegenständlichen Fall vor:

2. § 126 FinStrG bestimmt, dass ein Beschuldigter **in Abwesenheit nur** dann verurteilt werden darf, wenn er einer Vorladung zu einer anberaumten, mündlichen Verhandlung nicht nachkommt, **ohne durch Krankheit, Behinderung oder ein sonstiges begründetes Hindernis davon abgehalten worden zu sein.**

§ 126 FinStrG gewährleistet, dass eine mündliche Verhandlung und damit eine abschließende Entscheidung dann **nicht** erfolgen darf, wenn der Beschuldigte aus triftigem Grund an der Verhandlung nicht teilnehmen kann (Dorazil/Harbich, Finanzstrafgesetz (2006) Anm 3 zu § 121).

Zumal der Beschuldigte durch eine medizinisch-indizierte, zwingend erforderliche ärztliche Behandlung am 6.7.2006 infolge seiner Krankheit(en), deren Unterlassung für ihn lebensbedrohlich gewesen wäre, sohin durch ein „sonstiges begründetes Hindernis“ iSd § 126 iVm § 117 Abs. 2 FinStrG, an der Teilnahme der Verhandlung am 06.07.2006 verhindert war, hätte die Verhandlung aufgrund des fristgerechten Entschuldigungsschreibens vom 5.7.2006 nicht durchgeführt werden dürfen, sondern hätte vertagt werden müssen. Nur mangels eines

derartigen Entschuldigungsschreibens hätte die belangte Behörde auch in Abwesenheit des Beschuldigten eine Entscheidung fällen dürfen.

Zumal jedoch das Entschuldigungsschreiben trotz der dargestellten, vertrauenswürdigen Auskunft des Finanzamtes K. und LG K. sowie der Faxbestätigung vom 5.7.2006 anscheinend erst nach der mündlichen Verhandlung am 6.7.2006, sohin zu spät, bei der belangten Behörde eintraf, ist mit Sicherheit davon auszugehen, dass die Ursache für diese Verspätung nicht in der Sphäre des Beschuldigten lag (sei es, dass der Vorsitzende das Fax erst nach der Verhandlung im Faxgerät erblickt hat, sei es dass das Fax erst zu spät an den Vorsitzenden übergeben wurde, die dem Beschuldigten bekannt gegeben Faxnummer unrichtig war, oder sonstige Säumnisse seitens der Behörde vorlagen).

Die verspätete Übermittlung war jedenfalls für den Beschuldigten unabwendbar und nicht vorhersehbar, da er die für einen Durchschnittsmenschen erforderliche Sorgfalt jedenfalls eingehalten hat und an den Gründen für die Verspätung nichts ändern konnte. Selbst wenn den Beschuldigten ein nicht erkennbares Verschulden treffen sollte, war dieses aufgrund obiger Ausführungen nur gering iSd § 167 FinStrG.

Aus der Versäumung der mündlichen Verhandlung ist dem Beschuldigten ein Rechtsnachteil entstanden, zumal die belangte Behörde bei Durchführung derselben, wie unter Pkt. C. noch ausgeführt wird, das Finanzstrafverfahren mangels Strafbarkeit des Beschuldigten einstellen hätte müssen.

Der Beschuldigte legt zur Glaubhaftmachung obigen Vorbringens die Faxbestätigung vom 5.7.2006, das Entschuldigungsschreiben vom 5.7.2006, die Behandlungsbescheinigung vom 6.7.2006, das Schreiben der Naturheilpraxis I. vom 24.07.2006 und das Schreiben vom 14.07.2006 vor und beantragt seine Einvernahme.

3. Zur Rechtszeitigkeit des Wiedereinsetzungsantrages:

Gern. § 167 Abs. 2 FinStrG ist der Wiedereinsetzungsantrag binnen 1 Monat nach Aufhören des Hindernisses einzubringen.

Der Beschuldigte hat erst mit der Zustellung des Straferkenntnisses am 25.8.2006 von dem verspäteten Zukommen des Entschuldigungsbriefes vom 5.7.2006, das die Ursache der Säumnis war, erfahren, sodass zu diesem Zeitpunkt die Wiedereinsetzungsfrist zu laufen begonnen hat.

Der gegenständliche Antrag ist daher rechtzeitig.

.....

C. Zum Vorbringen, dass der Beschuldigte erstattet hätte:

1. Hätte der Beschuldigte die Verhandlung nicht versäumt, hätte die belangte Behörde aufgrund des Vorbringens und der Beweisanträge des Beschuldigten feststellen müssen, dass Frau N.N2., wohnhaft in L. 35 vom **01.08.2001 bis 30.04.2004** bei der „S.N. Warenhandels GmbH“ als Dienstnehmerin beschäftigt war.

Hauptaufgabe dieser Dienstnehmerin war unter anderem die **Erstellung und Übersendung der Umsatzsteuervoranmeldungen** sowie die **Berechnung und Veranlassung der Abfuhr** der selbst zu berechnenden Abgaben, insbesondere der **Lohnsteuer**, der Dienstgeberbeiträge und der **Dienstgeberzuschläge**.

N.N2. wurden diese steuerrechtlichen Aufgaben deswegen übertragen, zumal diese über ein buchhalterisches Wissen verfügt und in steuerrechtlichen Belangen versiert ist. Dies war auch einer der Hauptgründe für die Anstellung von N.N2..

Die Richtigkeit und Vollständigkeit der an N.N2. übertragenen Aufgaben wurde in den Jahren 2001 und 2002 gemeinsam von Mag. J.N. und dem Beschuldigten regelmäßig kontrolliert. Mag. J.N. wurden diese Kontrollaufgabe übertragen, zumal er Unternehmensberater sowie Gesellschafter der „Warenhandels GmbH“ war und daher über ein steuerrechtlich fundiertes Wissen verfügt.

N.N2. hat die ihr übertragenen Aufgaben in den Jahren 2001 und 2002 stets **zuverlässig, vollständig und richtig** erfüllt und fiel insbesondere stets durch ihre **Genauigkeit, Zuverlässigkeit, Gewissenhaftigkeit** und ihr **hohes Wissen** im Hinblick auf die ihr übertragenen Aufgaben auf.

Im **1. Quartal 2003** verschlechterte sich plötzlich der Gesundheitszustand des Beschuldigten derart drastisch, dass er seit dem 1. Quartal 2003 aus ihm zum damaligen Zeitpunkt nicht erklärbaren Gründen regelmäßig Schwächeanfälle und Zusammenbrüche erlitt und lange Zeit perioden nicht (voll)arbeitsfähig war.

Aufgrund dieses sich ständig verschlechternden Gesundheitszustandes und der bekannten Verlässlichkeit und Genauigkeit von N.N2. übertrug der Beschuldigte die Kontrolle für die an die Dienstnehmerin übertragenen, steuerlichen Agenden Mag. J.N..

Der Beschuldigte führte in den folgenden Monaten Stichproben bezüglich der übertragenen Aufgaben durch, die stets den ihm vorgelegten Unterlagen und ihm erteilten Informationen entsprachen. Zudem wurden ihm seitens Mag. J.N. und N.N2. regelmäßig versichert und mitgeteilt, dass die steuerrechtlichen Agenden wie vereinbart ordnungsgemäß durchgeführt und kontrolliert worden sind.

*Nachdem sich der Gesundheitszustand des Beschuldigten im 1. Quartal 2004 weiter massiv verschlechterte, wurde beim Beschuldigten im Rahmen einer umfassenden ärztlichen Kontrolle eine **schwere Herzmuskelentzündung**, die offenbar seit geraumer Zeit übergegangen wurde, diagnostiziert. Diese Untersuchung rettete dem Beschuldigten das Leben.*

....."

Der Beschuldigte weist in seiner Beschuldigtenrechtfertigung auf die ausschließliche Verantwortung der Mitarbeiterin in der Buchhaltung und des weiteren Gesellschafters hin, welcher als Unternehmensberater über buchhalterische Kenntnisse verfügt.

Gegen den Bescheid über die Abweisung dieses Wiederaufnahmeantrages vom 12. April 2006 richtet sich die fristgerechte Beschwerde des Beschuldigten vom 16. Juli 2008, in welcher im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

*"Die belangte Behörde geht offenkundig (unrichtig) davon aus, dass der Beschwerdeführer seine Erkrankung als Wiedereinsetzungsgrund geltend gemacht hätte und darin das „unvorhersehbare oder unabwendbare“ Ereignis iSd § 167 FinStrG erblickt. Nicht anders ist es zu erklären, dass die belangte Behörde ihre Abweisung dahingehend „begründet“, dass eine Dispositionsunfähigkeit nicht vorlag, da der Beschwerdeführer einen **Vertagungsantrag** an den Vorsitzenden des Spruchsenates gerichtet habe, aus welchem unzweifelhaft abzuleiten sei, dass er um das Verfahren und den exakten Termin der Verhandlung Kenntnis gehabt habe (Seite 3 des angefochtenen Bescheides).*

*Hätte sich die belangte Behörde mit dem Wiedereinsetzungsantrag näher befasst, hätte sie feststellen müssen, dass der Beschwerdeführer seinen schlechten Gesundheitszustand und die erst einen Tag (!) vor dem Verhandlungstermin, sohin am 05.07.2006, festgestellt, **schwere Infektion mit rheumatischen Fieber**, die eine Behandlung zum Zeitpunkt der Verhandlung am **06.07.2006** erforderlich machte, nicht als Wiedereinsetzungsgrund und damit als „unabwendbares oder unvorhersehbares Ereignis“ geltend gemacht hat.*

*Die von der belangten Behörde angesprochene, nur einem Tag vor dem Verhandlungstermin überraschend diagnostizierte schwere Infektion mit rheumatischen Fieber war vielmehr der Anlass, den **Vertagungsantrag**, dessen Stellung auch die belangte Behörde nicht bestreitet, noch am selben Tag zu stellen. Dass die **schwere Infektion mit rheumatischem Fieber** bzw. unter Berücksichtigung des bereits bis dahin bestehenden, schlechten Gesundheitszustandes ein ausreichender Vertagungsgrund und eine Dispositionsunfähigkeit keine zwingende Voraussetzung für eine Vertagung ist, geht aus dem klaren Wortlaut des § 126 FinStrG hervor, wonach eine „Krankheit oder ein sonstiges begrün-*

dendes Hindernis" ein ausreichender **Vertagungsgrund** ist und in diesem Fall eine **Entscheidung in Abwesenheit des Beschuldigten** nicht ergehen darf. Dass die schwere Infektion zumindest ein „begründetes Hindernis“ darstellt, ist evident.

Hätte sich die belangte Behörde mit dem Wiedereinsetzungsantrag ausreichend auseinandergesetzt, hätte die belangte Behörde festgestellt, dass der Wiedereinsetzungswerber als „unvorhersehbares oder unabwendbares Ereignis“ iSd § 167 FinStrG, das zur Versäumung bzw. zum Nichtbesuch der Verhandlung geführt hat, die unrichtige Rechtsauskunft des Finanzamtes, dass der Beschwerdeführer ein Entschuldigungsschreiben bzw. einen Vertagungsantrag direkt an den Vorsitzenden des erkennenden Senates beim LG K. per Telefax zu richten hätte und die Verhandlung bei Übersendung eines derartigen Antrages verlegt werden würde, geltend gemacht hat.

Zumal - wie die belangte Behörde richtig angemerkt hat - das Vorliegen der Wiedereinsetzungsgründe **nur** in jenem Rahmen zu untersuchen ist, der durch die Behauptung des Wiedereinsetzungswerbers im Wiedereinsetzungsantrag gedeckt wird (VwGH 08.10.1990, 90/15/0134), durfte und konnte die belangte Behörde aus obigen Gründen die Antragsabweisung nicht auf die „fehlende Dispositionsfähigkeit“, die nicht als Wiedereinsetzungsgrund geltend gemacht wurde, stützen.

Da die belangte Behörde die Abweisung des Wiedereinsetzungsantrages auf Gründe gestützt hat, die der Beschwerdeführer nicht geltend gemacht hat, ist der angefochtene Bescheid mit wesentlichen Verfahrensmängeln behaftet; dies, da die belangte Behörde, wie im Folgenden ausgeführt wird, bei einer Prüfung des tatsächlich geltend gemachten Wiedereinsetzungsgrundes dem Antrag statt geben hätte müssen.

3. Zur Glaubhaftmachung' und dem (richtigen) Wieder einsetzugsrund:

.....

3.1.

3.2. Zum Wiedereinsetzungsgrund:

Die (Schein)Begründung der belangten Behörde beschränkt sich in apodiktischer Form darauf, dass dem Vorbringen, dass der Beschwerdeführer zur Vorgangsweise vom Finanzamt K. veranlasst worden sei, entgegen zu halten sei, „dass diese Behauptungen vom Finanzamt nicht verifiziert werden konnten“ und es der Beschwerdeführer unterlassen hätte, „bekannt zu geben, mit welcher Person er gesprochen und welche ihm zu dieser Vorgangsweise geraten hat.“

Wie bereits aus dem Wortlaut der „Begründung“ hervorgeht („... nicht verifiziert...“), geht die belangte Behörde unrichtig davon aus, dass der Beschwerdeführer das unvorhergesehene Ereignis **beweisen** und nicht nur **glaublich** machen muss. Die belangte Behörde hat **mit keinem Wort** ausgeführt, weshalb das Vorbringen des Beschwerdeführers im Wiedereinsetzungsantrag **nicht glaublich** sein sollte.

Die belangte Behörde hat **kein einziges** der vorgelegten Bescheinigungsmittel in ihren Überlegungen (welche?) berücksichtigt, hat das angebotene, parate Beweismittel (Einvernahme des Beschwerdeführers) **ohne Begründung** nicht aufgenommen, und hat eine Beweiswürdigung gesetzwidrig unterlassen.

Hätte sich die belangte Behörde mit den angebotenen Bescheinigungsmittel befasst und die vom VwGH geforderte Wahrscheinlichkeitsabwägung durchgeführt, hätte sie, wie im folgenden ausgeführt wird, dein Wiedereinsetzungsantrag bewilligen müssen.

3.2.1. Der Wiedereinsetzungswerber hat durch die vorgelegten Bestätigungen der Naturheilpraxis N.a. & Partner vom 06.07.2006 und 24.07.2006 nicht nur glaublich gemacht, sondern bewiesen, dass bei ihm zusätzlich zu seinem bereits labilen Gesundheitszustand in Folge einer Herzmuskelentzündung am **05.07.2006**, sohin nur einen Tag vor der Verhandlung, eine **schwere Infektion mit rheumatischem Fieber** labortechnisch nachgewiesen wurde und zur Vermeidung einer noch weiteren Verschlechterung am 06.07.2006 „eine medizinische Behandlung durch Infusionen“ erfolgt ist. Diese plötzliche Erkrankung bestreitet nicht einmal die belangte Behörde.

Darüber hinaus hat auch die belangte Behörde festgestellt, dass der Beschwerdeführer noch am 05.07.2006 ein Entschuldigungsschreiben bzw. einen Vertagungsantrag an den Vorsitzenden Dr. N.N1. , der auch Richter am LG K. ist, an dessen **Faxnummer beim LG K.** übersandt hat. Die diesbezügliche **Faxzugangsbestätigung** wurde dem Wiedereinsetzungsantrag ebenfalls beigelegt und lag der **Vertagungsantrag** bei der Einsichtnahme durch den Beschwerdeführer auch im Finanzstrafakt ein.

Dass das Vorbringen im Wiedereinsetzungsantrag, dass

- der Beschwerdeführer **am 05.07.2006** nach der Diagnose der schweren Infektion im Hinblick auf die am nächsten Tag statt findende Verhandlung, die mit der Infusionsbehandlung kollidiert wäre, zunächst das Finanzamt K. angerufen hat,
- hierbei sein gesundheitliches Problem und die damit verbundene Terminkollision dargestellt und gefragt hat, an wen ein Entschuldigungsschreiben bzw. ein Vertagungsantrag zu richten ist,

• ihm daraufhin die **unrichtige** Auskunft erteilt wurde, dass das Entschuldigungsschreiben an den Vorsitzenden des erkennenden Senates der belangten Behörde, Dr. N.N1. , der auch Richter des LG K. ist, zu richten ist und im Hinblick darauf, dass die Verhandlung bereits am nächsten Tag stattfindet, ein Telefax an dessen Faxadresse beim LG K. zu schicken ist, die beim LG K. erfragt werden soll, woraufhin dann die Verhandlung verlegt werden würde, und der Beschwerdeführer auf diese Auskunft vertraut hat (und auch vertrauen durfte) **wahrscheinlich** bzw. **wahrscheinlicher** als die gegenteilige Annahme ist, geht bei richtiger Beweiswürdigung bereits aus der allgemeinen Lebenserfahrung und den Denkgesetzen **eindeutig** hervor.

Hätte der Beschwerdeführer am 05.07.2006 nach der Diagnose der schweren Infektion mit rheumatischen Fieber nicht mit dem Finanzamt K. telefoniert und hätte er nicht die unrichtige Rechtsauskunft erhalten, hätte er **nicht** wissen können, dass der Vorsitzende des Senates auch Richter des LG K. ist und hätte er **nicht** auf die Idee kommen können, die **persönliche** Telefaxnummer von Dr. P. (T.Nr.) beim LG K. , die **nicht** mit der allgemeinen Telefaxnummer des LG K. (z.B. in www.herald.at) übereinstimmt (T.Nummer), zu erfragen bzw. dorthin ein Telefax zu schicken.

Es entspricht zudem der allgemeinen Lebenserfahrung, dass der Beschwerdeführer aufgrund der Ladung natürlich zuerst beim Finanzamt K. angerufen hat und, da er in diesen Angelegenheiten rechtlich nicht versiert ist und diese Auskunft aus erster Hand haben wollte, angefragt hat, an wen ein derartiges Entschuldigungsschreiben derart kurzfristig zu übersenden ist und ob die Verhandlung in diesem Fall verlegt werden würde.

Wie der Beschwerdeführer nur aufgrund der Ladung und ohne eine unrichtige Auskunft beim Finanzamt überhaupt auf die Idee kommen hätte können, ein Telefax direkt an die persönliche Telefaxnummer des Vorsitzenden Dr. N.N1. bzw. seiner Abteilung zu übersenden, ist unschlüssig **und denkunmöglich**. Wäre eine derartige unrichtige Auskunft nicht erteilt worden, hätte der Beschwerdeführer das Entschuldigungsschreiben aufgrund der Ladung nach der allgemeinen Lebenserfahrung natürlich an das Finanzamt K. geschickt. Dass er einen Vertagungsantrag auch in diesem Fall gestellt hätte, geht aus dem gestellten und sich im Akt befindlichen Entschuldigungsschreiben hervor.

Das vorgelegte Entschuldigungsschreiben bzw. der Vertagungsantrag mit der Telefaxbestätigung selbst beweist daher bzw. macht zumindest **glaublich**, dass eine unrichtige Rechtsauskunft nach den Denkgesetzen erfolgt sein musste.

....."

Der Referent beim UFS hat im Verfahren über die Beschwerde gegen die Abweisung des Wiedereinsetzungsantrages den Bf. mit schriftlicher Ladung vom 24. Juni 2008 zur niederschriftlichen Einvernahme beim UFS am 18. Juli 2008 vorgeladen. Die Ladung erfolgte unter der behördlich bekannten Meldeadresse des Beschuldigten und erging auch gleichzeitig an die Kanzlei des Vertreters des Beschuldigten. Gleichzeitig wurde um Vorlage einer ärztlichen Bestätigung der am 5.7.2006 festgestellten schweren Infektion mit rheumatischen Fieber durch den behandelnden Arzt ersucht.

Nachdem die Ladung mit dem Vermerk "*Unbekannt verzogen*" retourniert wurde, ersuchte der Referent den Vertreter des Bf. um Bekanntgabe einer neuen Zustelladresse, weil der Bf. unter der einzige behördlich bekannten Meldeadresse geladen wurde. Schließlich gab der Vertreter die Auflösung der Vollmacht bekannt. Der Aufenthalt des Bf. ist unbekannt.

Das Finanzamt teilte mit Schreiben vom 14. Juli 2008 mit, dass den Bediensteten der Abteilung Finanzstrafsachen nicht mehr bekannt sei, ob der Bf. mit dem Finanzamt wegen einer Vertagungsbitte in Kontakt getreten sei. Es wurde bestätigt, dass in Fällen, in denen die mündliche Senatsverhandlung bereits ausgeschrieben wurde, dem Antragsteller die Auskunft erteilt werde, sich mit dem Vorsitzenden des Spruchsenates in Verbindung zu setzen und um Vertagung der Verhandlung zu ersuchen.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung ist auf Antrag des Beschuldigten oder der Nebenbeteiligten eines anhängigen oder abgeschlossenen Finanzstrafverfahrens die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn der Antragsteller durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet und glaubhaft macht, dass er durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen.

Dass dem Beschuldigten oder dem Nebenbeteiligten ein Verschulden an der Versäumung zur Last liegt, hindert die Bewilligung der Wiedereinsetzung nicht, wenn es sich nur um einen minderen Grad des Versehens handelt (§ 167 Abs. 1 FinStrG). Der Antrag auf Wiedereinsetzung muss binnen Monatsfrist nach Aufhören des Hindernisses bei der Behörde gestellt werden, bei der die Frist wahrzunehmen war oder die Verhandlung stattfinden sollte. Diese ist auch zur Entscheidung über den Antrag berufen (§ 167 Abs. 2 FinStrG). Im Fall der Versäumung einer Frist hat der Antragsteller die versäumte Handlung gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen (§ 167 Abs. 3 FinStrG).

Eine Erkrankung kann ein Verschulden nur dann ausschließen, wenn sie zu einem Zustand der Dispositionsunfähigkeit geführt hat und so plötzlich und so schwer auftritt, dass der Erkrankte nicht mehr imstande ist, die nach der Sachlage gebotenen Maßnahmen zu treffen (VwGH 5.4.1971, 340/71; VwGH 30.1.1973, 1927/71).

Das Vorliegen der Wiedereinsetzungsgründe ist nur in jenem Rahmen zu untersuchen, der durch die Behauptung des Wiedereinsetzungswerbers im Wiedereinsetzungsantrag gedeckt wird (VwGH 08.10.1990, 90/15/0134).

Der Bf. hat in seinem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens sowie in der gegenständlichen Beschwerde vom 16. Juli 2007 in diesem Zusammenhang vorgebracht, dass die belangte Behörde unrichtigerweise davon ausgehe, dass der Beschwerdeführer seine Erkrankung als Wiedereinsetzungsgrund geltend gemacht hätte und darin das „*unvorhersehbare oder unabwendbare*“ Ereignis iSd § 167 FinStrG erblickte. Vielmehr hätte die belangte Behörde feststellen müssen, dass der Beschwerdeführer seinen schlechten Gesundheitszustand und die erst einen Tag vor dem Verhandlungstermin, sohin am 05.07.2006, durch einen Arzt feststellte, schwere Infektion mit rheumatischen Fieber, die eine Behandlung zum Zeitpunkt der Verhandlung am 06.07.2006 erforderlich machte, nicht als Wiedereinsetzungsgrund und damit als „*unabwendbares oder unvorhersehbares Ereignis*“ geltend gemacht habe.

Die von der belangten Behörde angesprochene, nur einen Tag vor dem Verhandlungstermin überraschend diagnostizierte schwere Infektion mit rheumatischen Fieber sei der Anlass gewesen, den Vertagungsantrag, dessen Stellung auch die belangte Behörde nicht bestreitet, noch am selben Tag zu stellen. Dass die schwere Infektion mit rheumatischem Fieber bzw. unter Berücksichtigung des bereits bis dahin bestehenden, schlechten Gesundheitszustandes ein ausreichender Vertagungsgrund und eine Dispositionsunfähigkeit keine zwingende Voraussetzung für eine Vertagung ist, gehe aus dem klaren Wortlaut des § 126 FinStrG hervor, wonach eine „*Krankheit oder ein sonstiges begründendes Hindernis*“ ein ausreichender Vertagungsgrund ist und in diesem Fall eine Entscheidung in Abwesenheit des Beschuldigten nicht ergehen darf. Dass die schwere Infektion zumindest ein „*begründetes Hindernis*“ darstellt, ist evident.

Hätte sich die belangte Behörde mit dem Wiedereinsetzungsantrag ausreichend auseinandergesetzt, hätte die belangte Behörde festgestellt, dass der Wiedereinsetzungswerber als „*unvorhersehbares oder unabwendbares Ereignis*“ iSd § 167 FinStrG, das zur Versäumung bzw. zum Nichtbesuch der Verhandlung geführt hat, die unrichtige Rechtsauskunft des Finanzamtes, dass der Beschwerdeführer ein

Entschuldigungsschreiben bzw. einen Vertagungsantrag direkt an den Vorsitzenden des erkennenden Senates beim LG K. per Telefax zu richten hätte und die Verhandlung bei Übersendung eines derartigen Antrages verlegt werden würde, geltend gemacht hat.

Vorweg wird festgestellt, dass der Bf. bislang nicht einvernommen werden konnte, weil er an der behördlichen Meldeadresse als "*unbekannt verzogen*" aufscheint und auch sein Rechtsanwalt als Vertreter nicht wusste, wo sich der Bf. aufhält.

Ein ärztliches Attest über seine Erkrankung vom 5. Juni 2006 hat der Bf. bislang nicht beigebracht. Es liegt eine Bescheinigung einer Naturheilpraxis vor, aus der sich ergibt, dass der Bf. am 6.7.2006 behandelt worden ist.

Soweit der Bf. meint, dass unvorhersehbare und unabwendbare Ereignis (Hindernis), welches zur Versäumung der mündlichen Verhandlung geführt habe, bestehe darin, dass das Finanzamt am 5. Juni 2006 eine unrichtige Rechtsauskunft erteilt hätte, indem es den Bf. mit seiner Vertagungsbitte an den Vorsitzenden des Spruchsenates verwiesen hat und er darauf vertraut hat, dass die Verhandlung vertagt werden würde, wird festgestellt, dass das Finanzamt bei telefonischen Vertagungsersuchen die Gesuchsteller generell an die jeweiligen Vorsitzenden der Spruchsenate verweist. Im vorliegenden Sachverhalt war der Vorsitzende des Spruchsenates ein Richter des Landesgerichtes, Abteilung Strafsachen. Das Vorbringen geht daher, soweit der Bf. meint, die Auskunft sei unrichtig gewesen, ins Leere.

Dem Vorsitzenden des Spruchsenates kommt im Vorverfahren zur mündlichen Verhandlung eine besondere Bedeutung zu. Er hat die Verhandlung anzuberaumen, die Ladungen zu verfügen und bei Vorliegen der Voraussetzungen eine mündliche Verhandlung abzuberaumen oder zu vertagen.

Es steht zweifelsfrei fest, dass der Beschuldigte am 5. Juni 2006 um 23:32 Uhr ein Fax – Entschuldigungsschreiben, adressiert an den zuständigen Richter als Vorsitzenden des Spruchsenates - an die Geschäftsstelle der Abteilung Strafsachen beim Landesgericht K. gesendet hat und dieses Fax erst nach Beendigung der mündlichen Verhandlung (Beginn: 13:15Uhr) um 14Uhr30 dem Vorsitzenden im Rahmen der Behördenorganisation weitergeleitet worden ist.

Entgegen den Ausführungen des Bf. verfügt der genannte Senatsvorsitzende über kein eigenes Faxgerät im Landesgericht. Im Landesgericht verfügen die jeweiligen Abteilungen über Faxgeräte, nicht jedoch die einzelnen Richter und Mitarbeiter.

Beim Finanzamt ist in der Abteilung Strafsachen keinem Bediensteten erinnerlich mit dem Beschuldigten gesprochen zu haben. Gerade jedoch in der angeführten Auskunft des

Finanzamtes liegt nun nach Ansicht des Referenten jedoch kein unvorhersehbares oder unabwendbares Ereignis (Hindernis), welches dazu geführt hätte, dass der Bf. die mündliche Verhandlung versäumt hat. Das Finanzamt räumt ein, generell bei Vertagungsbitten in diesem Stadium des Verfahrens (1 Tag vor der mündlichen Verhandlung) die Antragsteller an die Vorsitzenden der Spruchsenate zu verweisen. Dies va deshalb, weil es den Vorsitzenden obliegt, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen, die Verhandlung wieder abzuberaumen.

Eher hätte – bei Vorliegen aller Voraussetzungen - im Auftreten einer Erkrankung ein *unvorhersehbares oder unabwendbares Ereignis*, welches zur Versäumung der mündlichen Verhandlung geführt hat erblickt werden können. Die Erkrankung am 5. Juni 2006 stellt jedoch nach Ansicht des Beschuldigten selbst, keinen Wiedereinsetzungsgrund dar. Sie wird auch nicht als Wiedereinsetzungsgrund geltend gemacht und kann im vorliegenden Verfahren auch nicht als Grund für den Antrag auf Wiedereinsetzung gewertet bzw. geprüft werden. Insoweit ist das Beschwerdevorbringen in sich nicht schlüssig nachvollziehbar.

Richtig ist, dass das Entschuldigungsschreiben erst nach Durchführung der mündlichen Verhandlung dem Vorsitzenden zugekommen ist. Ein nachträglich nach erfolgter Beschlussfassung des Senates dem Senat übermitteltes Entschuldigungsschreiben vermag jedoch nicht die rechtliche Wirkung zu haben, nachträglich die getroffene Entscheidung des zusammengetretenen Kollegialorganes rechtswidrig zu machen (VwGH 17.6.1972, Zlen. 1021, 1022/71). Insoweit gehen nach Ansicht des Referenten die diesbezüglichen Einwendungen des Beschwerdeführers ins Leere.

Es wäre ihm daher zumutbar und im Rückblick auf den vorliegenden Sachverhalt zweckmäßig gewesen, mit dem Vorsitzenden persönlich am Verhandlungstag vor Beginn der mündlichen Verhandlung telefonisch in Kontakt zu treten, um sich von der Weiterleitung und dem Erhalt des Entschuldigungsschreibens und Vertagungsantrages persönlich zu überzeugen und zu vergewissern bzw. seine Abwesenheit zu entschuldigen. Im Übrigen wurde dem Entschuldigungsschreiben kein ärztliches Attest beigelegt, sodass der Bf. bzw. sein Verteidiger im Verfahren vor dem UFS ersucht wurden ein solches beizubringen, was nicht geschah.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die ständige Rechtsprechung des VwGH zu verweisen, wonach die bloße Behauptung allein, durch eine Krankheit in einem Ausmaß beeinträchtigt gewesen zu sein, welches die Dispositionsfähigkeit ausschloss, ohne für die Richtigkeit der Behauptung entsprechende Beweise beizubringen oder anzubieten, nicht ausreicht, das Vorliegen eines Wiedereinsetzungsgrundes darzutun (z.B. VwGH 18.2.1983, 83/04/0003).

Der Bf. verweist zwar in seinem Antrag auf Wiedereinsetzung hinsichtlich der Schwere der Erkrankung auf die "Auskunft des behandelnden Arztes", wonach die Nichtwahrnehmung des Verhandlungstermines eine schwerwiegende Gefahr, allenfalls eine Lebensgefahr bedeutet hätte, ohne jedoch das ärztliche Attest des die Auskunft gebenden, behandelnden Arztes dem Antrag beizuschließen. Das nicht mit einer ärztlichen Bestätigung belegte bzw. glaubhaft gemachte Vorbringen, der Bf. habe sich in einer schwerwiegenden Gefahr, allenfalls in einer Lebensgefahr befunden, vermag eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu begründen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Klagenfurt, am 21. Juli 2008