

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Ri in der Finanzstrafsache gegen Bf, geb. am \*\*\*, Adresse, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Günter Schmid, Hafferlstraße 7, 4020 Linz, über die Beschwerde des Bestraften vom 23. Oktober 2015 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg als Finanzstrafbehörde vom 14. Oktober 2015, mit dem der Antrag vom 13. Oktober 2015, die Ersatzfreiheitsstrafe in Form von gemeinnützigen Leistungen zu erbringen, abgewiesen wurde, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid wird mit der Maßgabe bestätigt, dass der Spruch auf „Ihr Antrag vom 13.10.2015, die Ersatzfreiheitsstrafe in Form von gemeinnützigen Leistungen zu erbringen, wird zurückgewiesen“ lautet.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## **Entscheidungsgründe**

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 2. Oktober 2013 wurde Bf (in weiterer Folge: Bf) wegen fahrlässiger Abgabenverkürzung gemäß § 34 FinStrG schuldig gesprochen und über ihn eine Geldstrafe in Höhe von € 148.000,00 verhängt sowie für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 90 Tagen festgesetzt. Die verhängte Geldstrafe ist am 22. November 2013 in Rechtskraft erwachsen.

Am 18. März 2015 wurde dem Bf die Dauer der Ersatzfreiheitsstrafe (82 Tage und 5 Stunden) aufgrund festgestellter Uneinbringlichkeit mitgeteilt. Zu diesem Zeitpunkt verbüßt er eine andere Haftstrafe in der Justizanstalt Ried im Innkreis.

Mit Eingabe vom 8. April 2015 teilte der Verteidiger mit, dass der Bf den Rest der Ersatzfreiheitsstrafe in Form eines sozialen Dienstes leisten werde. Der Bf werde umgehend mit dem Neustart Ried Kontakt aufnehmen und die Finanzstrafbehörde innerhalb eines Monats über das Einvernehmen mit einer geeigneten Einrichtung informieren.

Die Finanzstrafbehörde wies noch am selben Tag den Antrag auf Erbringung gemeinnütziger Leistungen bescheidmäßig mit der Begründung ab, dass sich der Bf nicht auf freiem Fuß befindet.

Mit Eingabe vom 13. Mai 2015 wurde dagegen Beschwerde mit folgendem Inhalt erhoben:

*"Die Finanzbehörde unterliegt einer unrichtigen Rechtsansicht insofern, als sie vermeint, dass beim Beschwerdeführer die Erbringung gemeinnütziger Leistungen unzulässig wäre, zumal sich dieser nicht auf freiem Fuß befindet.*

*Nach § 3a StVG hat jeder Verurteilte die Möglichkeit, gemeinnützige Leistungen zu erbringen, sofern die Ersatzfreiheitsstrafe nicht mehr als 9 Monate beträgt. Gemeinnützige Leistungen sind bei geeigneten Einrichtungen zu erbringen, mit denen Einvernehmen herzustellen ist. Der Zeitraum für die Bemessung der gemeinnützigen Leistungen darf nicht länger bemessen werden, als der Verurteilte bei wöchentlich 10 Arbeitsstunden benötigen würde.*

*Im gegenständlichen Fall ist der Beschwerdeführer zwar nicht auf freiem Fuß, allerdings seit längerer Zeit Freigänger. Der Beschwerdeführer geht einer geregelten Arbeit bei einem Unternehmen (40 Stunden Arbeitswoche) nach, wobei er in der Früh die Haftanstalt verlässt und am Abend in diese zurückkehrt. Mit diesem Dienstnehmer (gemeint vermutlich: Dienstgeber) wurde vereinbart, dass der Beschwerdeführer zwei Tage bei vollen Bezügen freigestellt wird, um den sozialen Dienst an zwei Arbeitstagen zu verrichten.*

*Der Beschwerdeführer hat von der Justizanstalt auch die Mitteilung, dass der Absolvierung oder Erbringung gemeinnütziger Leistungen an zwei vollen Arbeitstagen (insgesamt 16 Stunden) nichts im Wege steht.*

*Der Beschwerdeführer ist daher in der Lage, an zwei Tagen sozialen Dienst zu verrichten.*

*Darüberhinaus wird der Beschwerdeführer Mitte Juli die Fußfessel erhalten, weshalb er sich auch ab diesem Zeitpunkt auf freiem Fuß befindet und auch in dieser Zeit den restlichen sozialen Dienst absolvieren kann.*

*Es wird daher beantragt, der Beschwerde Folge zu geben und der Erbringung von gemeinnützigen Leistungen an Stelle der Ersatzfreiheitsstrafe zuzustimmen bzw. zu bewilligen."*

Mit Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes vom 22. Juni 2015, RV/7300029/2015, wurde die Beschwerde des Bf gegen die Abweisung des Antrages auf Erbringung gemeinnütziger Leistungen im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, dass einem Bestraften bzw. Verurteilten im gerichtlichen Strafvollzug, der sich bereits in Haft befindet, die Möglichkeit oder Option, anstelle einer Ersatzfreiheitsstrafe gemeinnützige Leistungen im Sinne des § 3a StVG zu erbringen, nicht zustehe, zumal sowohl § 3 Abs. 2 StVG als auch § 175 Abs. 2 FinStrG den auf freiem Fuß befindlichen Verurteilten/Bestraften ansprechen und es den Grundsätzen des Strafvollzugs widerspreche, zur selben Zeit zwei (Ersatz-)Freiheitsstrafen gleichzeitig zu vollziehen, in dem für eine Strafe eine

Fußfessel gewährt werde und in der selben Zeit gemeinnützige Leistungen für eine andere Ersatzfreiheitsstrafe (während der Verbüßung einer anderen Haft per Fußfessel) erbracht werden .

Nunmehr stellte der Bf erneut am 13. Oktober 2015 einen Antrag auf Erbringung gemeinnütziger Leistungen und brachte dabei vor, dass er bereits eine Fußfessel habe.

Die Finanzstrafbehörde wies den Antrag am 14. Oktober 2015 unter Hinweis auf das Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes vom 22. Juni 2015, RV/7300029/2015, mit der Begründung, dass sich der Bf nicht auf freiem Fuß (gemäß § 3 Abs 2 StVG) befindet und es zudem den Grundsätzen des Strafvollzugs widerspreche, zur selben Zeit zwei (Ersatz)-Freiheitsstrafen gleichzeitig zu vollziehen, in dem für eine Strafe eine Fußfessel gewährt werde und in derselben Zeit gemeinnützige Leistungen für eine andere Ersatzfreiheitsstrafe (während der Verbüßung einer anderen Haft per Fußfessel) erbracht werden, ab.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 23. Oktober 2015, in welcher unrichtige Sachverhaltsfeststellung und unrichtige rechtliche Beurteilung mit folgender Begründung geltend gemacht werden:

*"Die Finanzbehörde unterliegt einer unrichtigen Rechtsauffassung insofern, als sie vermeint, dass zur selben Zeit die Verbüßung von zwei (Ersatz-)Freiheitsstrafen unzulässig ist. Diese Rechtsansicht ist unrichtig und im Endergebnis auch nicht haltbar.*

*§ 156b StVG normiert, dass der Vollzug der Strafe in Form des elektronisch überwachten Hausarrestes bedeutet, dass der Strafgefangene sich in seiner Unterkunft aufzuhalten und einer geeigneten Beschäftigung, insbesondere einer Erwerbstätigkeit, einer Ausbildung, der Kinderbetreuung oder gemeinnütziger Arbeit, ect. nachzugehen hat. Damit ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 156b StVG, dass die Absolvierung eines sozialen Dienstes (gemeinnützige Leistungen) zulässig ist. Die Ausgestaltung des § 156b StVG ermöglicht es dem Strafgefangenen, dass sich dieser in Absprache mit der Strafvollzugsbehörde auf freiem Fuß bewegt, sodass er auch einer Arbeit nachgehen, aber auch gemeinnützige Leistungen erbringen kann. Damit ist auch schon ausgesagt, dass die Erbringung von sozialen Leistungen im Zuge des Strafvollzuges durch einen elektronisch überwachten Hausarrest zulässig sein muss.*

*Der Beschwerdeführer hat von der JA die Mitteilung erhalten, dass der Absolvierung bzw. Erbringung von gemeinnützigen Leistungen nichts im Wege steht. Auch das AMS Ried hat bereits seine Zustimmung signalisiert.*

*Es wird daher beantragt, der Beschwerde Folge zu geben und der Erbringung von gemeinnütziger Leistungen, an Stelle der Ersatzfreiheitsstrafe zuzustimmen bzw. diese zu bewilligen."*

Die Finanzstrafbehörde legte mit Bericht vom 5. November 2015 die Akten dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor.

Mit Email vom 18. März 2016 übermittelte der Verteidiger des Bf den Erlass des Bundesministeriums für Justiz vom 16. August 2011, BMJ-S311.007/0002-IV 1/2011 betreffend "Gemeinnützige Leistungen statt Ersatzfreiheitsstrafe gemäß § 3a StVG), persönlicher Anwendungsbereich". Demnach werde empfohlen, dass die Erbringung gemeinnütziger Leistungen nach § 3a StVG auch jenen Personen offen stehe, die sich bereits in Haft befinden. Dieser Erlass sei genau auf den gegenständlichen Fall anzuwenden.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

Im gegenständlichen Fall ist vorab zu prüfen, ob „entschiedene Sache“ vorliegt, zumal der Bf nach rechtskräftiger Abweisung der Beschwerde im Vorverfahren wiederholt den Antrag auf Erbringung gemeinnütziger Leistung stellte.

Voraussetzung für den Eintritt der materiellen Rechtskraft ist das Vorliegen der formellen Rechtskraft, d.h. die äußere Unanfechtbarkeit der Entscheidung.

Ist eine Entscheidung durch Rechtsmittel nicht mehr anfechtbar, wird sie formell rechtskräftig. Die formelle Rechtskraft ist eine Eigenschaft des Urteils oder Beschlusses. Sie bedeutet die Unabänderlichkeit der Entscheidung.

Die Rechtswirkungen einer Entscheidung beginnen erst mit dessen formeller Rechtskraft. Zur formellen Rechtskraft kommt es mit ungenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist (§ 150 FinStrG), wenn gegen eine Entscheidung überhaupt kein Rechtsmittel zulässig ist (§ 152 FinStrG), bei Rechtsmittelverzicht (§ 154 FinStrG), bei Rechtsmittelzurücknahme (§ 155 FinStrG) oder bei Entscheidung der letzten Instanz.

Auf der formellen Rechtskraft baut die materielle Rechtskraft auf. Darunter versteht man die sachliche Wirkung des formell rechtskräftigen Urteils, die Maßgeblichkeit der Entscheidung.

Das Gericht und die Parteien sind mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils an die getroffene Entscheidung gebunden. Nach dem Grundsatz „ne bis in idem“ ist mit Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung das Verfolgungsrecht verbraucht. Diese Strafsache darf daher grundsätzlich nicht mehr Gegenstand eines weiteren Strafverfahrens sein, gleichgültig, ob die Entscheidung richtig oder falsch war. Nur in Ausnahmefällen darf der Grundsatz „ne bis in idem“ durchbrochen und das Verfahren wiederaufgenommen werden.

Die formelle Rechtskraft eines Bescheides bedeutet seine Unanfechtbarkeit in einem Rechtsmittelverfahren, unter materieller Rechtskraft eines Bescheides ist zu verstehen, dass dieser (auch) von Amts wegen nicht mehr aufgehoben oder abgeändert werden kann, sofern nicht eine der ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen in Betracht kommt. Soweit diese Voraussetzungen nicht zutreffen, sind die Behörden an die Bescheide ungeachtet ihrer Gesetzmäßigkeit oder Gesetzwidrigkeit gebunden (vgl. dazu Anoniolli-Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1986, Seiten 534 bis 541).

Über den Gegenstand eines Strafverfahrens soll nur eine einzige Entscheidung ergehen und, abgesehen von den Fällen der §§ 165 und 170 FinStrG, keine Möglichkeit

bestehen, die Sache nach ihrem rechtskräftigen Abschlus nach Belieben neuerlich abzuurteilen (OGH 19.2.1975, 9Os 1/75). In der gleichen, den Gegenstand einer formell rechtskräftigen Entscheidung bildenden Sache darf die Finanzstrafbehörde keine neuerliche Entscheidung fällen (materielle Rechtskraft, *res judicata*, *ne bis in idem*). Die materielle Rechtskraft bezieht sich aber immer nur auf den Beschuldigten oder Angeklagten, gegen den das Verfahren geführt worden ist. Eine Rechtskraftwirkung auf ein Strafverfahren gegen einen anderen Beschuldigten (Angeklagten) wird damit nicht begründet (OGH 18.11.1982, 13 Os 17/82).

Während die formelle Rechtskraft den äußeren Bestand der gerichtlichen Entscheidung sichert, schützt die materielle Rechtskraft die materielle Feststellungswirkung der Entscheidung. Die materielle Rechtskraft bewirkt damit die Maßgeblichkeit des Inhalts, der durch die Entscheidung festgelegt wird.

Materielle Rechtskraft bedeutet nach hL Unwiderrufbarkeit, Unwiederholbarkeit und Verbindlichkeit des Bescheides (vgl. Walter/Mayer, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Rz 451 ff). Zweck der materiellen Rechtskraft ist die Begegnung einer weiteren inhaltlich widersprechenden Entscheidung, d.h. der Einzelne soll nicht solche Entscheidungen herbeiführen können, welche bereits Inhalt vorhergehender, bereits rechtskräftiger, Feststellung waren, so dass die Gefahr einer inhaltlich widersprechenden Entscheidung gegeben ist.

Die Rechtskraftwirkung (und damit das Wiederholungsverbot) bezieht sich auf den Gegenstand des Bescheidspruches und darf daher über eine bereits entschiedene Sache nicht nochmals ein Bescheid ergehen.

Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob die bereits entschiedene Sache ident mit jener ist, deren Entscheidung im Wege des neuerlichen Antrages begehrt wird. Abgesehen von der Identität des Begehrens und der Partei (Parteien) muß Identität des anspruchserzeugenden Sachverhaltes gegeben sein, damit das Verfahrenshindernis der *res iudicata* vorliegt (VwGH 28. 2. 2008, 2006/16/0129 unter Hinweis auf Stoll, Bundesabgabenordnung, 944; Fasching, *Zivilprozeßrecht*, Lehrbuch und Handbuch<sup>2</sup>, Rz 1514 und 1515).

Dies gilt allerdings nur, wenn die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse keine Änderung erfahren haben. Das Hindernis der entschiedenen Sache steht einer neuerlichen Entscheidung nicht entgegen, wenn eine wesentliche Änderung der Sach- und/oder Rechtslage eingetreten ist.

Identität der Sache liegt dann vor, wenn weder in der Rechtslage, noch in den für die Beurteilung des Parteibegehrens maßgeblichen tatsächlichen Umständen eine Änderung eingetreten ist und sich das neue Parteibegehren im Wesentlichen mit den früheren deckt (VwGH vom 26.06.2012, 2009/11/0059; vom 17.09.2009, 2009/07/0045; vom 29.09.2010, 2007/10/0041 ua).

Wenn auch einer solchen Regelung der materiellen Rechtskraft das Risiko immanent ist, dass rechtskräftige, inhaltlich falsche Entscheidungen unanfechtbar werden und die Parteien binden, ist dies jedoch die notwendige Folge des Rechts auf Rechtsschutz durch die Gerichte.

Während der Bf im Vorverfahren seinen Antrag bzw. nach den Ausführungen in der Beschwerdeschrift sein Begehren darauf stützte, dass er sich bereits im gelockerten Vollzug als Freigänger befände, einer geregelten Arbeit bei einem Rieder Unternehmen (40 Stunden Arbeitswoche) nachgehe, wobei er in der Früh die Haftanstalt verlasse und am Abend in diese zurückkehre, bringt er nunmehr vor, er habe bereits eine Fußfessel und ermögliche die Ausgestaltung des § 156b StVG es dem Strafgefangenen, dass sich dieser in Absprache mit der Strafvollzugsbehörde auf freiem Fuß bewege, wodurch er einer Arbeit nachgehen, aber auch gemeinnützige Leistungen erbringen könne.

Der elektronisch überwachte Hausarrest stellt nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers eine besondere Vollzugsform der Freiheitsstrafe dar. Dies kommt in den Gesetzesmaterialien zu BGBl. I Nr. 64/2010 zum Ausdruck, wenn darin etwa ausgeführt wird, dass der elektronisch überwachte Hausarrest als "Haft anderer Art" für den Vollzug von Freiheitsstrafen und der Untersuchungshaft eingeführt werden soll (ErlRV 772 BlgNR 24. GP, S. 3). Da es sich beim elektronisch überwachten Hausarrest um eine Form des Vollzugs handle, müsse sich der Strafgefangene gewissen Einschränkungen in seiner Lebensführung unterwerfen, die dem Zweck des Strafvollzugs entsprechen sollen (ebd., S. 5).

In diesem Sinn hat auch der Oberste Gerichtshof zur Bestimmung des § 173a StPO, welche die Fortsetzung der Untersuchungshaft im elektronisch überwachten Hausarrest regelt, ausgesprochen, dass es sich beim elektronisch überwachten Hausarrest nur um eine Modalität der Untersuchungshaft und nicht etwa um ein diese substituierendes gelinderes Mittel handelt (und insofern die Erhebung einer Grundrechtsbeschwerde gegen eine die Fortsetzung des Vollzugs der Untersuchungshaft im elektronisch überwachten Hausarrest nicht bewilligende Entscheidung für nicht zulässig erachtet; vgl. dazu die Entscheidungen des OGH vom 23. Dezember 2010, 15 Os 165/10v = JBl 2011, 472, und vom 10. Jänner 2011, 13 Os 145/10p; siehe auch das Erkenntnis des VwGH vom 20. Oktober 2011, Zl. 2010/21/0410).

Aus dem Antrag vom 13. Oktober 2015 selbst geht eine Änderung der Sachlage gegenüber jener, die dem Abweisungsbescheid der Finanzstrafbehörde vom 8. April 2015 bzw. dem Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes vom 22. Juni 2015 zugrunde liegt, nicht hervor.

Im Vorverfahren stützt der Bf den Antrag darauf, dass er bereits Freigänger sei, im gegenständlichen Verfahren verweist er auf den ihm gewährten elektronisch überwachten Hausarrest, der ihm die Erbringung gemeinnütziger Leistungen ermögliche. Tatsache ist jedoch, dass sich der Bf nach wie vor nicht auf freiem Fuß bewegt, sondern eine "Haft anderer Art" ableistet.

In den schriftlichen Ausführungen des Antragstellers sind keine Hinweise dahingehend erkennbar, dass eine wesentliche Änderung des Sachverhaltes eingetreten wäre. Jedoch kann nur eine wesentliche Änderung des Sachverhaltes - nicht bloß von Nebenumständen - zu einer neuerlichen Entscheidung führen (Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht). Im vorliegenden Fall liegen somit die Voraussetzungen der "res iudicata" vor, da die maßgebende Sach- und Rechtslage in den entscheidungswichtigen Punkten unverändert geblieben ist.

Im Übrigen ist ein Antrag auch dann als unzulässig zurückzuweisen, wenn die zum Gegenstand des Antrages gemachte Frage in der Begründung eines in Rechtskraft erwachsenen Bescheides bereits beantwortet wurde (Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze, E 57. zu § 68 AVG).

Selbst wenn die im Vorverfahren geäußerte Rechtsansicht nicht geteilt wird, zumal grundsätzlich nicht einsehbar erscheint, weshalb einem in Haft befindlichen Verurteilten unter den gegebenen Voraussetzungen nicht die Möglichkeit offensteht, anstelle der Verbüßung der Ersatzfreiheitsstrafe gemeinnützige Leistungen zu erbringen, bezweckt das gegenständliche Ansuchen die Aufrollung einer bereits rechtskräftig entschiedenen Sache.

Im abweislichen Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes vom 28. Juni 2015 wird zudem explizit die Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zur Frage für zulässig erklärt, "ob nur die sich auf freiem Fuß befindenden Bestraften nach Aufforderung zum Strafantritt die Erbringung von gemeinnützigen Leistungen beantragen dürfen". Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof wurde nicht eingebracht.

Im vorliegenden Fall hat daher die Finanzstrafbehörde eine Sachentscheidung getroffen, obwohl das Parteianbringen wegen „entschiedener Sache“ zurückzuweisen gewesen wäre.

Die Rechtsmittelinstanz – Bundesfinanzgericht – hat daher die Beschwerde gegen den Bescheid mit der Maßgabe abzuweisen, dass der Spruch des Bescheides auf „Zurückweisung wegen entschiedener Sache“ zu lauten hat (VwGH vom 28.06.1994, 92/05/0063).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **Zur Zulässigkeit der Revision**

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung.

Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Wien, am 29. März 2016