



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

---

Außenstelle Wien  
Finanzstrafsenat 1

GZ. FSRV/0149-W/04

## **Beschwerdeentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch das Mitglied des Finanzstrafsenates 1, HR Dr. Josef Graf, in der Finanzstrafsache gegen EJ, vertreten durch P-OEG, über die Beschwerde des Beschuldigten vom 22. November 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 8., 16. und 17. Bezirk vom 3. November 2004, SN 1998/59042-001, betreffend Abweisung eines Antrages auf Strafaufschub

zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird stattgegeben und dem Bf. ein Strafaufschub bis 31. August 2005 gewährt.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid vom 3. November 2004 hat das Finanzamt für den 8., 16. und 17. Bezirk als Finanzstrafbehörde erster Instanz den Antrag des Bf. auf Gewährung eines Strafaufschubes als unbegründet abgewiesen. Dabei wurde ausgeführt, dass die im Antrag angeführte Begründung, der Bf. sei einziger Geschäftsführer der J-GmbH und könne in dieser Funktion auch nicht vertreten werden, womit durch den unverzüglichen Strafantritt die Existenz des Unternehmens als auch sein Erwerb gefährdet wäre, ins Leere gehe, zumal sich demgegenüber auf Grund der Aktenlage ergäbe, dass das genannte Unternehmen seit zumindest 2001 keinerlei Erwerbstätigkeit mehr ausübe.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die fristgerechte Beschwerde vom 22. November 2004, in welcher mangelnde Sachverhaltsfeststellung und wesentliche Verfahrensmängel geltend gemacht werden und dazu im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

Gegen die Aufforderung vom 16. August 2004, die Ersatzfreiheitsstrafe von 40 Tagen und 12 Stunden ab 25. August 2004 anzutreten, habe sich der Antrag vom 16. September 2004 um Strafaufschub gerichtet, wobei in der Begründung angeführt worden sei, dass der Bf. ein Taxi- und Mietwagenunternehmen führe und durch den unverzüglichen Strafantritt in seinem Erwerb gefährdet wäre. Insbesondere würde das Unternehmen des Bf. voraussichtlich insolvent werden. Ebenfalls mit Schriftsatz vom 16. September 2004 habe der Bf. außer Streit gestellt, eine ausstehende Forderung in Höhe von € 39.580,68 noch nicht bezahlt zu haben. Die belangte Behörde habe allerdings bis dahin keinerlei Schritte unternommen, um die Nichteinbringlichkeit dieses Betrages festzustellen. Der Bf. habe daher den Antrag auf Feststellung der Nichteinbringlichkeit des genannten noch offenen Betrages gestellt.

Mit Schriftsatz vom 21. September 2004 habe der Bf. die Unterlassung jeden Versuchs seitens der belangten Behörde bemängelt, die Einbringlichkeit des aushaftenden Betrages zu überprüfen. Infolge Verletzung des Rechtes auf Parteiengehör habe der Bf. den Antrag gestellt, die Parteieneinvernahme vorzunehmen, sei jedoch entgegen seinem Antrag bis heute nicht einvernommen worden.

Hinsichtlich der Mangelhaftigkeit des Verfahrens werde ausgeführt, dass eine Ersatzfreiheitsstrafe nur dann zu verhängen sei, wenn die verhängte Geldstrafe uneinbringlich sei. Die belangte Behörde habe zwar in ihrer Aufforderung zum Strafantritt vom 16. August 2004 festgestellt, dass ein Betrag in Höhe von € 39.580,68 nicht einbringlich sei, diese Feststellung sei aber mit keinem Wort begründet. Auch enthalte die Aufforderung zum Strafantritt keine Rechtsmittelbelehrung. Das Verfahren sei bereits aus diesem Grund mangelhaft. Zur Frage der Einbringlichkeit habe der Bf. am 16. September 2004 einen Antrag auf ordnungsgemäße Feststellung und am 21. September 2004 auf Parteieneinvernahme gestellt. Beiden Anträgen sei die belangte Behörde bis heute nicht nachgekommen. Dies wiege umso schwerer, als durch das Unterlassen der Parteieneinvernahme der Bf. seines Rechtes auf Parteiengehör verlustig gehe. Dies stelle auch eine Verfassungswidrigkeit des angefochtenen Bescheides gemäß Art. 6 EMRK dar. Überhaupt sei die belangte Behörde verpflichtet, auch die der Entlastung des Bf. dienenden Umstände im gleichen Maße zu berücksichtigen wie die belastenden. Auch dieser Verpflichtung sei die belangte Behörde durch das Unterlassen der Parteieneinvernahme nicht nachgekommen.

Hinsichtlich unvollständiger Tatsachenfeststellung werde ausgeführt, dass die belangte Behörde verpflichtet sei, für die Durchführung aller zur Klarstellung des Sachverhalts

erforderlichen Beweise zu sorgen. Sie sei dabei insbesondere verhalten, die Sachverhaltsermittlung zur Feststellung der objektiven und subjektiven Tatseite ohne Einschränkung eigenständig vorzunehmen.

Die belangte Behörde führe zwar richtig aus, dass die Firma E-GmbH keiner Erwerbstätigkeit nachgehe. Im vorliegenden Fall wesentlich sei aber die Erwerbstätigkeit des Bf. als Einzelkaufmann. Der Bf. sei Taxi- und Mietwagenunternehmer und betreibe dieses Gewerbe als Einzelkaufmann. In diesem Unternehmen seien derzeit ca. 100 Dienstnehmer beschäftigt. Der Bf. sei für dieses Unternehmen, insbesondere für den wirtschaftlichen Erfolg dieses Unternehmens, unabkömmlig. Sollte der Bf. tatsächlich unmittelbar die Ersatzfreiheitsstrafe antreten müssen, dann müsste er mit großer Wahrscheinlichkeit auch den Weg zum Konkursrichter antreten. Mit anderen Worten: Durch den sofortigen Antritt der Ersatzfreiheitsstrafe wären 100 Arbeitsplätze in Wien akut gefährdet.

Die belangte Behörde wäre verpflichtet gewesen, den vollständigen Sachverhalt zu erheben und sich nicht auf den Standpunkt zurückzuziehen, dass die E-GmbH seit einiger Zeit keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgehe. Der Bescheid sei auch aus diesem Grund rechtswidrig.

Eine vollständige und richtige Tatsachenfeststellung hätte zum Ergebnis geführt, dass der sofortige Strafantritt des Einschreiters 100 Arbeitsplätze gefährde. Außerdem wäre festgestellt worden, dass der Bf. als Einzelkaufmann ein selbständiges Privatunternehmen leite und durch den unverzüglichen Strafantritt der Erwerb des Einschreiters gefährdet sein würde.

Da triftige Gründe im Sinne des § 177 Abs. 1 FinStrG vorlägen, werde beantragt, der Beschwerde statzugeben, den angefochtenen Bescheid zur Gänze aufzuheben und nach Verfahrensergänzung in Entsprechung des Antrages vom 16. September 2004 den Strafvollzug bis auf weiteres aufzuschieben;

In eventu den angefochtenen Bescheid zur Gänze aufzuheben und die Finanzstrafsache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an die belangte Behörde zurückzuverweisen.

***Zur Entscheidung wurde erwogen:***

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 20. Februar 2002 wurde der Bf. wegen Finanzvergehens nach §§ 34 Abs. 1 und 49 Abs. 1 lit. a FinStrG für schuldig erkannt und über ihn eine Geldstrafe in Höhe von € 88.000,00 verhängt. Gemäß § 20 FinStrG wurde für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von drei Monaten ausgesprochen.

Im September 2003 brachte der Bf. ein Nachsichtsansuchen betreffend die aushaftende Geldstrafe ein, nachdem er den Rückstand mittels Ratenzahlungen à € 3.500,00 auf rund die Hälfte reduziert hatte. Mit Bescheid vom 13. April 2004 wurde das Gnadenansuchen als unbegründet abgewiesen. Da keine weiteren Zahlungen auf das Strafkonto eingingen, wurde der Bf. am 16. August 2004 aufgefordert, die Ersatzfreiheitsstrafe von 40 Tagen und 12 Stunden hinsichtlich des offenen Strafrestes von € 39.580,68 anzutreten.

Mit Schreiben vom 16. September 2004 brachte der Bf. einen Antrag auf Aufschub des Strafvollzuges mit der Begründung ein, als Unternehmer und einziger Geschäftsführer führe er ein Taxi- und Mietwagenunternehmen, namentlich die E-GmbH, und könne er im Falle eines unverzüglichen Strafantrittes von niemand vertreten werden, so dass der Erwerb des Bf. eindeutig gefährdet sei und sein Unternehmen voraussichtlich insolvent werden würde.

Weiters wurde am 16. September 2004 ein Antrag auf Feststellung, ob tatsächlich die Uneinbringlichkeit des Betrages von € 39.580,68 gegeben sei sowie ein Zahlungserleichterungsansuchen betreffend des ausständigen Strafbetrages eingebracht.

Mit Bescheid vom 12. Oktober 2004 wurden dem Bf. monatliche Raten in Höhe von € 4.000,00 bewilligt, wobei als 1. Zahlungstermin der 28. Oktober 2004 und als letzter Termin der 28. August 2004 festgelegt wurden. Bis dato wurden seither 4 Monatsraten à € 4.000,00 auf den Rückstand einbezahlt, sodass sich dieser auf nunmehr € 24.863,00 beläuft.

Am 21. September 2004 hat der Bf. einen weiteren Antrag eingebracht, ihn zwecks Feststellung der Einbringlichkeit zu vernehmen.

Gemäß § 177 Abs. 1 FinStrG kann die Finanzstrafbehörde erster Instanz auf Antrag des Bestraften bei Vorliegen trifriger Gründe den Strafvollzug aufschieben. Trifftige Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn durch den unverzüglichen Strafantritt der Erwerb des Bestraften oder der Unterhalt seiner schuldlosen Familie gefährdet würde oder wenn der Strafaufschub zur Ordnung von Familienangelegenheiten dringend geboten ist. Der Aufschub darf das unbedingt notwendige Maß nicht überschreiten; er soll in der Regel nicht mehr als sechs Monate betragen. Die Bestimmungen für den Vollzug von Freiheitsstrafen gelten gemäß § 179 Abs. 1 FinStrG auch für den Vollzug von Ersatzfreiheitsstrafen.

Wenn der Bf. in seinem Rechtsmittel vorbringt, er sei als Taxi- und Mietwagenunternehmer, welches er als Einzelkaufmann betreibe, unabkömmlich und müsse bei tatsächlich unmittelbarem Antritt der Ersatzfreiheitsstrafe mit großer Wahrscheinlichkeit den Weg zum Konkursrichter antreten, womit 100 Arbeitsplätze gefährdet wären, so ist dieser Umstand als trifriger Grund im Sinne des § 177 FinStrG zu werten. Da seit Antragstellung auf Strafaufschub nunmehr mehr als neun Monate verstrichen sind, die Dauer des Strafaufschubes so zu bemessen ist, dass die als triffig anerkannten Angelegenheiten des Bestraften von diesem in

der zugemessenen Zeit tatsächlich erledigt werden können und der Strafaufschub in der Regel auch nicht mehr als sechs Monate betragen soll, erscheint ein nunmehriger Strafaufschub bis 31. August 2005 mehr als ausreichend, um dem Bf. zu ermöglichen, für einen allfälligen Antritt der Ersatzfreiheitsstrafe eine ordnungsgemäße Regelung seiner Vertreterbefugnis zu schaffen.

Zu den Ausführungen des Bf., es läge im gegenständlichen Fall keine Uneinbringlichkeit vor, womit der Antritt der Ersatzfreiheitsstrafe rechtswidrig sei, wird informativ folgendes ausgeführt:

Eine Ersatzfreiheitsstrafe gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG ist durch die Finanzstrafbehörde erster Instanz dann zu vollziehen, wenn die Uneinbringlichkeit einer rechtskräftig verhängten Geldstrafe feststeht oder äußerst wahrscheinlich ist (VfGH 5.3.1981, B 389-392/80, G 45, 46/80; 26.2.1990, B 921/29; VwGH 15.12.1992, 92/14/0171). Es kommt auch nicht auf die Zahlungsbereitschaft des Bestraften an, sondern nur auf die tatsächliche Einbringungsmöglichkeit (VfGH 24.11.1983, B 470/82).

Von einer Uneinbringlichkeit der Geldstrafe wird man dann ausgehen können, wenn der Bestrafte nur zur Zahlung von so geringen Raten fähig ist, dass die gänzliche Entrichtung der Strafe in angemessener Zeit nicht erwartet werden kann. Ebenso kann der Konkurs des Bestraften ein Indiz für die Uneinbringlichkeit sein (vgl. Reger/Hacker/Kneidinger, Das Finanzstrafgesetz mit Kommentar und Rechtsprechung, § 179 Tz 7). Bevor der Bestrafte zum Strafantritt vorgeführt wird, muss die Behörde Erhebungen darüber vornehmen, ob Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gegeben ist.

Im gegenständlichen Fall hat der Bf. den Strafrückstand mittels Ratenzahlungen à € 3.500,00 zunächst auf rund die Hälfte reduziert, die Zahlungen jedoch ab Oktober 2003 eingestellt. Erhebungen über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Bf. vom 21. September 2004 im Zusammenhang mit der Tatsache, dass seitens des Bf. rund ein Jahr lang keinerlei Zahlungen auf den Strafrückstand eingingen, führten zur Feststellung, dass von der Uneinbringlichkeit der restlichen Geldstrafe auszugehen war.

Nunmehr hat der Bf. aber seit Einbringung des Antrages auf Strafaufschub durch mehrere Zahlungen die verhängte Geldstrafe auf nunmehr rund ein Viertel reduziert.

Sind die Voraussetzungen für den Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe im Zeitpunkt der Vorführung zum Antritt der Ersatzfreiheitsstrafe nicht gegeben, weil Geldstrafe oder Wertersatz im Vollstreckungswege nicht als uneinbringlich bezeichnet werden können, verfügt die Behörde ohne Deckung durch das Gesetz, sohin in verfassungswidrigerweise über die Person des Bestraften und verletzt ihn im Recht auf persönliche Freiheit (VfGH 9.12.1958, B 145/58; 24.11.1983, B 470/82; 7.6.1985, B 287/84).

Insofern der Bf. nach wie vor behauptet, es sei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe nicht gegeben und dieses Vorbringen durch die zuletzt tatsächlich geleisteten Zahlungen auf den Strafrückstand erhärtet wird, erscheint der Finanzstrafbehörde zweiter Instanz zielführend, dass sich der Bf. umgehend mit der Finanzstrafbehörde 1. Instanz zur Regelung einer weiteren Zahlungserleichterung in Verbindung setzt, um den Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe hintanzuhalten.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 1. Juli 2005