



## **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 Kommerzialrat Gottfried Hochhauser als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw., vertreten durch Dr. Lutz Moser, Rechtsanwalt, 1090 Wien, Rögnergasse 12/9, wegen des Finanzvergehens der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 1 des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 7. Juli 2006 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Finanzamt Wien 1/23 als Organ des Finanzamtes Wien 21/22 vom 3. Februar 2006, XY, nach der am 11. Dezember 2007 in Anwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers, der Amtsbeauftragten AB sowie der Schriftführerin M. durchgeführten Verhandlung

zu Recht erkannt:

I. Der Berufung wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Erkenntnis in seinem Ausspruch über die Strafe aufgehoben und im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst erkannt:

Gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG, unter Bedachtnahme auf § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG, wird über den Berufungswerber (Bw.) eine Geldstrafe in Höhe von € 20.000,00 und eine gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 40 Tagen verhängt.

II. Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

## **Entscheidungsgründe**

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 3. Februar 2006, XY, wurde der Bw. der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 1 FinStrG für schuldig erkannt, weil er als Abgabepflichtiger vorsätzlich durch die Abgabe unrichtiger Abgabenerklärungen zur Umsatzsteuer für die Jahre 1999-2002 und zur Einkommensteuer für die Jahre 2000 und 2001, sohin unter Verletzung der abgabenrechtlichen Offenlegungs- und Wahrheitspflicht, eine Verkürzung von Umsatzsteuer 1999 in Höhe von € 17.959,27, Umsatzsteuer 2000 in Höhe von € 28.565,22, Einkommensteuer 2000 in Höhe von € 2.001,19, Umsatzsteuer 2001 in Höhe von € 18.991,37, Einkommensteuer 2001 in Höhe von € 1.615,88 und Umsatzsteuer 2002 in Höhe von € 2.180,00 bewirkt habe.

Gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG, unter Bedachtnahme auf § 23 Abs. 3 FinStrG, wurde über den Bw. deswegen eine Geldstrafe in Höhe von € 28.000,00 und eine gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 56 Tagen verhängt.

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

Zur Begründung wurde dazu seitens des Spruchsenates ausgeführt, dass der finanzstrafrechtlich unbescholtene Bw. derzeit als Verkäufer durchschnittlich monatlich € 700,00 verdiene und ihn Sorgepflichten für zwei Kinder treffen würden.

Der Bw. sei bis Anfang 2002 als Werbemittelverteiler selbständig tätig gewesen. Auf Grund von Erhebungen der Finanzverwaltung sei festgestellt worden, dass vom Bw. in den Jahren 1999-2001 Rechnungen an die Fa. A gelegt worden seien, diese Einnahmen jedoch in den bisher erklärten und geschätzten Umsätzen keine Deckung gefunden hätten.

Es sei daher eine abgabenbehördliche Prüfung für den Zeitraum 1999-2002 durchgeführt worden, die ergeben habe, dass tatsächlich nicht alle Einnahmen aus der Tätigkeit für die Fa. A zur Erklärung gelangt seien. Weiters sei bekannt geworden, dass auch nicht erklärte Zuflüsse aus einer Tätigkeit für die Fa. B stattgefunden hätten.

Die Prüfungsfeststellungen hätten zur Einleitung des gegenständlichen Finanzstrafverfahrens geführt, in dem sich der Bw. bei seiner Einvernahme am 1. September 2005 grundsätzlich geständig und schuldeinsichtig gezeigt habe. Diese Verantwortung sei auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat aufrecht erhalten worden. Die Einnahmen seien für dringliche Zahlungen verwendet worden.

Nach Zitierung der maßgeblichen Gesetzesbestimmungen stellte der Spruchsenat fest, dass das Verhalten des Bw. das vom Gesetz vorgegebene Tatbild in objektiver und subjektiver Hinsicht erfülle.

Bei der Strafbemessung sah der Spruchsenat als mildernd die bisherige Unbescholtenheit und das Geständnis des Bw., als erschwerend hingegen keinen Umstand an.

Bei Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe, die Täterpersönlichkeit und die Bestimmung des § 23 Abs. 3 FinStrG erachte der Spruchsenat die ausgesprochene Geldstrafe, welche mit weniger als 20% der möglichen Höchststrafe bemessen worden sei, und die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe schuld- und tatangemessen.

Gegen dieses Erkenntnis des Spruchsenates richtet sich die vorliegende frist- und formgerechte Berufung des Bw. vom 7. Juli 2006, welche sich gegen die Strafhöhe richtet.

Zur Begründung wird vorgebracht, dass der Spruchsenat bei der Strafbemessung als mildernd die bisherige Unbescholtenheit und das Geständnis des Bw., als erschwerend hingegen keinen Umstand angesehen habe. Als zusätzliche Milderungsgründe wären dem Bw. seine geschäftliche Unerfahrenheit, der Umstand, dass er aus dem Delikt keine persönliche Bereicherung gezogen habe und vor allem sein reduzierter Gesundheitszustand zugute zu halten.

Der Bw. leide an starkem Bluthochdruck sowie an extrem überhöhten Blutwerten, die ihn einem hohen Risiko eines Schlaganfalles oder eines Herzinfarktes aussetzen würden. Schwere oder auch nur mittelschwere Arbeit könne der Bw. aus gesundheitlichen Gründen nicht verrichten, sodass ihm die Möglichkeit, durch höheren Arbeitseinsatz eine Einkommenssteigerung herbeizuführen, verschlossen sei.

Der Bw. sei sorgepflichtig für zwei Kinder und verdiene derzeit als Verkäufer in einem Naturkostladen netto € 700,00 monatlich. Er besitze weder Vermögen noch Ersparnisse.

Der Bw. sei auf Grund seines Gesundheitszustandes und der dadurch bedingten Reduzierung seiner Arbeits- und Verdienstmöglichkeiten voraussichtlich dauernd außerstande, die über ihn verhängte Geldstrafe zu bezahlen, sodass die Verhängung derselben für ihn praktisch die Verhängung einer unbedingten Freiheitsstrafe bedeute. Damit erhebe sich allerdings auch die Frage der Vollzugstauglichkeit des Bw., die auf Grund seines Gesundheitszustandes fraglich erscheine.

Die aus der Perspektive des Durchschnittsfalles betrachtet milde Geldstrafe erweise sich sohin im Fall des Bw. als unangemessen hoch.

Die Strafraumenbestimmung des § 33 Abs. 5 FinStrG lasse jedoch im Hinblick darauf, dass sie keine Strafuntergrenze vorsehe, eine weitestgehend flexible Bedachtnahme auf die wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse des Bw. zu, welche – und das sei der Zweck der gegenständlichen Berufung – im vorliegenden Fall angebracht erscheine.

Es werde daher beantragt, der Unabhängige Finanzsenat möge in Stattgebung der Berufung die über den Bw. verhängte Geldstrafe auf ein für diesen erschwingliches Ausmaß herabsetzen.

### ***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 gegenständliche Berufung richtet sich ausschließlich gegen die Höhe der vom Spruchsenat festgesetzten Strafe. Es ist daher von einer Teilrechtskraft des Schuldspruches auszugehen.

Entsprechend der Bestimmung des § 23 FinStrG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Schuld des Täters, wobei Erschwerungs- und Milderungsgründe gegen einander abzuwägen sind und bei der Bemessung der Geldstrafe auf die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters Rücksicht zu nehmen ist.

Wenn der Bw. in der gegenständlichen Berufung ausführt, dass seine geschäftliche Unerfahrenheit und der Umstand, dass er aus seinem deliktischen Verhalten keine persönliche Bereicherung gezogen habe zusätzlich zu seinen Gunsten bei der Strafbemessung zu berücksichtigen wäre, so kann diese Ansicht seitens des Unabhängigen Finanzsenates keinesfalls geteilt werden. Führt man sich vor Augen, dass der Bw. als gewerblicher Werbemittelverteiler in den tatgegenständlichen Zeiträumen weder Umsatzsteuervoranmeldungen noch die Erklärungen zur Umsatz- und Einkommensteuer für die verfahrensgegenständlichen Jahre abgegeben und auch keine einzige Umsatzsteuervorauszahlung geleistet hat, so kann eine derartige völlige Vernachlässigung der Aufzeichnungs-, Offenlegungs- und Entrichtungspflichten nicht mit einer geschäftlichen Unerfahrenheit des Bw. begründet werden. Auch widerspricht das nicht näher ausgeführte und belegte Vorbringen des Bw., er habe aus den Delikten keine persönliche Bereicherung

gezogen, insofern der Aktenlage, als das steuerliche Einkommen des Bw. von der Betriebsprüfung in den Jahren 2000 und 2001 mit jährlich ca. € 20.000,00 festgestellt wurde.

Ausgehend von einem auf endgültige Abgabenvermeidung gerichteten Vorsatz des Bw. und somit von einem hohen Verschuldensgrad waren jedoch seitens des Unabhängigen Finanzsenates zusätzlich zu den vom Spruchsenat bereits berücksichtigten Milderungsgründen der finanzstrafbehördlichen Unbescholtenheit und des Geständnisses des Bw. das mittlerweile bereits längere Zurückliegen der Taten bei zwischenzeitigem Wohlverhalten und eine geringfügig erfolgte Schadensgutmachung an Umsatzsteuer 1999 in Höhe von € 4.022,14 als weitere Milderungsgründe zu Gunsten des Bw. ins Kalkül zu ziehen.

Zu den gemäß § 23 Abs. 3 FinStrG bei der Bemessung der Geldstrafe zu berücksichtigenden persönlichen Verhältnissen und zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit hat der Spruchsenat im erstinstanzlichen Erkenntnis festgestellt, dass der Bw. als Verkäufer durchschnittlich monatlich € 700,00 ins Verdienen bringe und ihn Sorgepflichten für zwei Kinder treffen würden. Diese Feststellungen werden durch das nunmehrige Berufungsvorbringen inhaltlich bestätigt und der glaubhaft dargelegte und durch Befunde nachgewiesene äußerst eingeschränkte Gesundheitszustand des Bw. neu vorgebracht. Zudem ergab die Befragung des Bw. in der mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Finanzsenat eine bestehende Sorgspflicht für die Gattin. Außer den Finanzamtsverbindlichkeiten (in Höhe von ca. € 69.000,00) bestehen keine Schulden und es sei auch kein Vermögen vorhanden.

Gemäß § 161 Abs. 1 FinStrG hat die Finanzstrafbehörde zweiter Instanz grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden und ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung der Rechtsmittelentscheidung ihre Anschauung an die Stelle jener der Finanzstrafbehörde erster Instanz zu setzen. Aus der Pflicht der materiellen Wahrheit ergibt sich weiters, dass neue Tatsachen und Beweismittel auch im Rechtsmittelverfahren, wie hier der äußerst eingeschränkte Gesundheitszustand des Bw., berücksichtigt werden müssen. Dieser Umstand war daher bei der Strafneubemessung durch den Unabhängigen Finanzsenat ebenso wie die durch bedingte voraussichtlich dauernde Reduzierung seiner Arbeits- und Verdienstmöglichkeiten zu seinen Gunsten zu berücksichtigen.

Wenn der Bw. weiters vorbringt, dass die über ihn verhängte Geldstrafe in Anbetracht seiner wirtschaftlichen Situation praktisch die Verhängung einer unbedingten Freiheitsstrafe bedeute, wobei seine Verzugstauglichkeit fraglich sei, so ist dazu auszuführen, dass nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die Verhängung einer Geldstrafe auch dann gerechtfertigt ist, wenn es die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Bw. wahrscheinlich erscheinen lassen, dass er nicht in der Lage sein wird, diese zu bezahlen.

Entsprechend der Bestimmung des § 20 Abs. 1 FinStrG ist zugleich mit einer Geldstrafe die für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Eine eventuelle künftige Uneinbringlichkeit der Geldstrafe und eine mögliche gesundheitliche Untauglichkeit zum Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe stellen, entsprechend der Bestimmung des § 23 FinStrG, keine Kriterien dar, welche die Verhängung einer Geldstrafe verhindern könnten. Nur bei der Bemessung ihrer Höhe sind neben den mildernden und erschwerenden Gründen auch die (oben dargestellten) Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse zu berücksichtigen.

Einer weitergehenden Strafmilderung standen insbesondere generalpräventive Erwägungen entgegen, die es dem Unabhängigen Finanzsenat nicht ermöglichten, bei festgestellten hohem Verschuldensgrad und nur geringfügig erfolgter Schadensgutmachung mit einer weiteren Strafherabsetzung vorzugehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 11. Dezember 2007