



Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat Graz 1 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden HR Dr. Richard Tannert, das sonstige hauptberufliche Mitglied HR Dr. Andrea Ornig sowie die Laienbeisitzer Dr. Otmar Donnerer und Ing. Johann Zötsch als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen M, vertreten durch Dr. Helmut Klementsitz, Rechtsanwalt, 8010 Graz, Friedrichgasse 6, wegen des Finanzvergehens der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 24. Juni 2008 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates I beim Finanzamt Graz-Stadt als Organ des Finanzamtes Graz-Stadt als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 16. April 2008, StrNr. 2006/00292-002, nach der am 11. Dezember 2008 in Anwesenheit des Mag. Bernhard Kämmerer, Rechtsanwaltsanwärter, als Vertreter des Verteidigers, der Amtsbeauftragten HR Dr. Heidrun Günther sowie der Schriftführerin Dagmar Brus, jedoch in Abwesenheit des Beschuldigten, durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Mit der Eingabe vom 10. Oktober 2005 an das Landesgericht Graz meldete RK als Geschäftsführer der A.Limited (im Folgenden kurz A.Ltd.), protokolliert unter Companies Act

1985, Company No 123, CC, die Errichtung einer Zweigniederlassung in der Politischen Gemeinde K zur Eintragung in das Firmenbuch an. Als Tätigkeit der Gesellschaft wurde „Bauunternehmen“ angeführt.

In einem im Oktober 2005 dem Finanzamt übermittelten Fragebogen gab der Geschäftsführer RK den Tag der Betriebseröffnung mit 11. April 2005 an. Der voraussichtliche Jahresumsatz im Eröffnungsjahr betrage 100.000,00 €.

Am 2. November 2005 wurden beim Finanzamt vom Geschäftsführer RK unterfertigte Umsatzsteuervoranmeldungen für die Monate März bis September 2005 eingereicht, sämtliche mit Vorsteuerüberhängen in unterschiedlicher Höhe (März -5,42 € , April -1.141,46 €, Mai -1.952,69 €, Juni -4.333,16 €, Juli -2.208,55 €, August -17.406,86 €, September -14.328,21 €).

Das Finanzamt Graz-Stadt erfasste die A.Ltd. . steuerlich, verbuchte die Umsatzsteuervoranmeldungen und zahlte am 21. November 2005 das zu diesem Zeitpunkt am Abgabenkonto bestehende Guthaben in der Höhe von 40.830,35 € aus.

Im Zuge einer vom Finanzamt im Dezember 2005 bei der Gesellschaft durchgeführten Umsatzsteuer-Sonderprüfung stellte der Prüfer fest, dass in den angeblichen Betriebsräumlichkeiten nur Gerümpel gelagert war, eine Buchhaltung nicht existierte und der Geschäftsführer RK , ein ungelernter Hilfsarbeiter, über die Vorgänge im Unternehmen keine Angaben machen konnte. Auf Befragen, ob die A.Ltd. . jemals eigene Aufträge ausgeführt habe, gab dieser gegenüber dem Prüfer an, im Juli 2005 sei ein „Schwarzumsatz“ im Zusammenhag mit einem Kaffeehaus in V getätigt worden. Im Zuge weiterer Erhebungen stellte der Prüfer fest, dass die Projekte, die angeblich von der A.Ltd. . durchgeführt wurden, vom Berufungswerber (= Bw.) selbst angeworben und betreut worden waren.

In der Beschuldigteneinvernahme vom 11. April 2007 gab RK zu Protokoll, der Bw., den er im Zuge seiner Tätigkeit am Bau kennen gelernt habe, sei an ihn heran getreten, ob er als Geschäftsführer für eine Firma zur Verfügung stehen würde. Er habe dem Bw. alles Geschäftliche überlassen. Was er alles unterschrieben habe, wisse er nicht mehr.

Trotz mehrerer persönlicher Vorladungen erschien der Bw., gegen den als faktischer Geschäftsführer der A.Ltd. . von der Finanzstrafbehörde erster Instanz ein Finanzstrafverfahren nach § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG (strafbestimmender Wertbetrag insgesamt 41.376,35 €), eingeleitet wurde, nicht vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz.

In der ebenfalls in seiner Abwesenheit durchgeführten mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat gab sein Verteidiger zu Protokoll, der Bw. fühle sich zur Gänze geständig im Sinne des Vorlageantrages.

Mit dem Erkenntnis des Spruchsenates I als Organ des Finanzamtes Graz-Stadt als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 16. April 2008 wurde der Bw. der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG für schuldig erkannt, weil er als faktischer Geschäftsführer der A.Ltd. . vorsätzlich unter Verletzung der Verpflichtung zur Abgabe von dem § 21 des Umsatzsteuergesetzes 1994 entsprechenden Voranmeldungen durch Geltendmachung ungerechtfertigter Vorsteuern eine Verkürzung von Umsatzsteuer für März bis September 2005 in der Höhe von insgesamt 41.376,35 € bewirkt und dies nicht nur für möglich, sondern für gewiss gehalten hat, und über ihn eine Geldstrafe in der Höhe von 15.000,00 € (sechs Wochen Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt.

Die Kosten des Finanzstrafverfahrens wurden gemäß § 185 FinStrG mit 363,00 € festgesetzt. Begründend wurde ausgeführt, RK habe nur als Strohmann für den Bw. fungiert. Die A.Ltd. . sei offensichtlich nur zu dem Zweck gegründet worden, eigene Geschäfte des Bw. zu verschleiern und Vorsteuergutschriften zu lukrieren.

Bei der Strafbemessung wurden als mildernd die finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit und das Geständnis, als erschwerend nichts gewertet.

Gegen dieses Erkenntnis brachte der Bw. durch seinen Verteidiger das Rechtsmittel der Berufung ein und beantragte die Herabsetzung der Höhe der verhängten Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe.

Zu den persönlichen Verhältnissen bzw. der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bw. habe der Spruchsenat nämlich keine Feststellungen getroffen. Da ausschließlich Milderungsgründe vorlägen, die allesamt als besondere Gründe (legis citatis) zu werten seien, wäre es im vorliegenden Fall in Entsprechung des § 23 Abs. 4 FinStrG bedingt, zulässig und geboten gewesen, die Geldstrafe mit einem Zehntel des Höchstbetrages der angedrohten Geldstrafe unterschreitenden Betrages zu verhängen. Unter Berücksichtigung der Spezial- und Generalprävention hätte die Strafe sogar weit unter einem Zehntel verhängt werden müssen. Die mit 18 % der Höchststrafe verhängte Geldstrafe sei weder tat- noch schuldangemessen, sondern überschießend und ungebührlich hoch.

Ebenso sei eine Herabsetzung des Ausmaßes der Ersatzfreiheitsstrafe geboten.

Der gemäß § 185 FinStrG auferlegte Ersatz der Verfahrenskosten von 363,00 € sei gänzlich unnachvollziehbar und fehle zur Höhe jegliche Begründung.

Eine Berufung der Amtsbeauftragten liegt nicht vor.

Mit Zustimmung der Verteidigung wurde die mündliche Verhandlung vor dem Berufungssenat am 11. Dezember 2008 in Abwesenheit des Bw. durchgeführt.

Dabei ergänzte der Verteidiger des Bw. auf Befragen dessen Einkommens- und Vermögensverhältnisse dahingehend, dass der Beschuldigte nunmehr Angestellter einer Salzburger Baufirma sei und monatlich 800,00 € netto verdiene. Er habe Schulden in beträchtlicher Höhe. Sorgepflichten habe er nicht.

Während der Vertreter des Bw. im Hinblick auf dessen ungünstige wirtschaftliche Verhältnisse und dem Überwiegen der Milderungsgründe die Herabsetzung der Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe forderte, beantragte die Amtsbeauftragte auf Grund der mit besonderer deliktischer Energie begangenen Tat sowie im Hinblick auf die im Zuge der Verhandlung zu Tage getretenen Vorstrafen des Bw. die Abweisung der Berufung.

Aus den vorliegenden Aktenunterlagen ist ersichtlich, dass mit den Strafverfügungen vom 2. Oktober 2002 und vom 3. Juni 2002 (Zusatzstrafe) über den Bw. wegen Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 2 lit. a, § 33 Abs. 2 lit. b und der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG Geldstrafen in der Höhe von 4.500,00 € bzw. 650,00 € verhängt wurden. Mit der Strafverfügung vom 17. Oktober 2005 wurde über den Bw. wegen des Finanzvergehens nach § 49 Abs. 1 lit. a FinStrG eine Verwarnung ausgesprochen.

Weiters ist ein Abschlussbericht der Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 4. Juli 2008 an die Staatsanwaltschaft L aktenkundig, in dem dem Bw. Finanzvergehen gemäß § 33 Abs. 1 und § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG in Verbindung mit § 38 Abs. 1 FinStrG im Ausmaß von rund 700.000,00 € zur Last gelegt werden.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Gegenstand des Berufungsverfahrens ist nur die Frage der Strafbemessung, da sich die Ausführungen in der Berufung vom 24. Juni 2008 in Verbindung mit den Ausführungen des Vertreters des Bw. in der mündlichen Verhandlung am 11. Dezember 2008 nur gegen die Höhe der verhängten Strafe richten.

Straferkenntnisse erwachsen in Teilrechtskraft, wenn nicht deren gesamter Umfang angefochten wird (VwGH 15.5.1986, 84/16/029, 8.2.2007, 2006/15/0293). Erwächst somit der erstinstanzliche Schuldspruch in Teilrechtskraft - weil vom Beschuldigten lediglich gegen

die Höhe der ausgesprochenen Strafe berufen wurde - steht für die Berufungsbehörde auch bindend fest, dass die im erstinstanzlichen Schuldspruch umschriebene Tat begangen wurde. Der Berufungssenat hat daher bei der Strafbemessung von den in der Tatumschreibung genannten Verkürzungsbeträgen (strafbestimmenden Wertbeträgen) auszugehen (VwGH 29.6.1999, 98/14/0177).

Gemäß § 23 Abs. 1 FinStrG ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe die Schuld des Täters.

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. 2 FinStrG).

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

Gemäß § 23 Abs. 4 leg.cit. in der Fassung BGBl I 2004/57 ist bei Finanzvergehen, deren Strafdrohung sich nach einem Wertbetrag richtet, die Bemessung der Geldstrafe mit einem ein Zehntel des Höchstmaßes der angedrohten Geldstrafe unterschreitenden Betrag nur zulässig, wenn besondere Gründe vorliegen.

Gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG wird die Abgabenhinterziehung mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des Verkürzungsbetrages (der ungerechtfertigten Abgabengutschrift) geahndet.

Der vom Gesetzgeber im gegenständlichen Fall angedrohte Strafraum beträgt daher bis zu 82.752,70 € (41.376,35 € x 2).

Die verhängte Strafe soll der Größe und Schwere der Zuwiderhandlung angemessen sein. Wie die Amtsbeauftragte in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, hat der Bw. die Abgabenhinterziehung nicht deliktstypisch durch die bloße Unterlassung der Abgabe von Umsatzsteuervoranmeldungen begangen, sondern eine überdurchschnittliche deliktische Energie aufgewendet, um die (ungerechtfertigt) geltend gemachten Vorsteuern von der Abgabenbehörde zu lukrieren: so wurde nicht nur eine Gesellschaft auf den britischen Inseln errichtet und in weiterer Folge beim Finanzamt die Eröffnung einer Zweigniederlassung in Österreich angemeldet, sondern der Bw. setzte auch einen mit den abgabenrechtlichen Bestimmungen nicht vertrauten Geschäftsführer ein, der ungefragt sämtliche Unterschriften für den Bw. geleistet hat. Der voraussichtliche Jahresumsatz wurde zur Irreführung der Abgabenbehörde im übermittelten Fragebogen im Eröffnungsjahr mit ca. 100.000,00 € angegeben und dem Finanzamt damit ein bereits ab Betriebsbeginn mit Aufträgen ausgelastetes Bauunternehmen vorgegaukelt, weshalb die Auszahlung der für die

Anfangsmonate bekannt gegebenen Vorsteuerguthaben veranlasst wurde. Tatsächlich erzielte die A.Ltd. . lediglich einen Umsatz im Zusammenhang mit dem Umbau eines Kaffeehauses in V, der konsequenterweise nicht erklärt wurde („schwarz“). Die Raffinesse, die aufwändige Konzeption der Tatplanung und die auf eine dauerhafte Abgabenvermeidung gerichtete Vorgangsweise lassen beim Bw. nicht nur einen wesentlichen Mangel an Verbundenheit mit den rechtlich geschützten Werten erkennen, sondern es wiegt auch der Unrechtsgehalt der Tat, d.h. das objektive Gewicht der verschuldeten Tat im Hinblick auf die verletzte Rechtsordnung und ihren sozialen Störwert, schwer.

Auf Grund der Begehungsweise der Tat liegt es auf der Hand, dass es dem Bw. darauf angekommen ist, sich durch die wieder kehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, an der er lediglich durch die Umsatzsteuerprüfung des Finanzamtes und in deren Folge der Aufdeckung seiner Machinationen gehindert wurde. Auf Grund des im Finanzstrafverfahren geltenden Verböserungsverbotes kann die gewerbsmäßige Vorgangsweise des Bw. allerdings nicht bei der Strafbemessung berücksichtigt werden.

Als mildernd sind bei der Strafbemessung das vom Vertreter des Bw. in der mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat übermittelte Geständnis, nicht aber die finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit zu werten, weil der Bw. nach der Aktenlage zwei einschlägige Vorstrafen aufweist. Als erschwerend sind entgegen den Ausführungen im Erkenntnis die Mehrzahl der deliktischen Angriffe und die angeführten Vorstrafen zu werten.

Der Berufungssenat ist entgegen den Ausführungen in der Berufung nicht der Ansicht, dass ein Überwiegen von Milderungsgründen – abgesehen davon, dass, wie bereits ausgeführt, im vorliegenden Fall Erschwerungsgründe nicht berücksichtigt wurden – bereits als Vorliegen besonderer Gründe im Sinne des § 23 Abs. 4 FinStrG angesehen werden kann, die eine Unterschreitung der zu verhängenden Strafe unter ein Zehntel des Höchstmaßes der angedrohten Geldstrafe ermöglichen. „Achtenswerte“ Beweggründe bzw. eine „menschlich begreifliche“ Vorgangsweise, die möglicherweise eine Anwendung des § 23 Abs. 4 FinStrG zur Folge hätten, kann der entscheidende Senat im vorliegenden Fall nicht erkennen.

Zu berücksichtigen ist weiters, dass eine Schadensgutmachung vom Bw. bis dato nicht ernstlich in Erwägung gezogen wurde. Es ist evident, dass die ungerechtfertigt geltend gemachten Vorsteuern, die am Abgabenkonto der A.Ltd. . zur Gänze unberichtigt aushaften, auch in Zukunft uneinbringlich sind.

Entgegen der Ansicht in der Berufung, die Höhe der Strafe habe im vorliegenden Fall auf Grund spezial- und generalpräventiver Aspekte „weit unter“ 10 % der möglichen Höchststrafe

festgesetzt zu werden, ist der Berufungssenat der Ansicht, dass sowohl spezial- als auch generalpräventive Aspekte eine strenge Bestrafung des Bw. erfordern.

Auch wenn der Bw. derzeit eine nicht selbständige Tätigkeit ausübt, ist im Hinblick auf das Alter des mitten im Erwerbsleben stehenden Bw. (geboren 1969) sowie den im Abschlussbericht vom 4. Juli 2008 an die Staatsanwaltschaft Leoben dargelegten Verdacht der gewerbsmäßigen Hinterziehung von Abgaben im Ausmaß von fast 700.000,00 € eine strenge Bestrafung des Bw. erforderlich, um ihn in Hinkunft von der Begehung weiterer Finanzvergehen abzuhalten.

Auch im Hinblick auf generalpräventive Aspekte wäre es untunlich, die Geldstrafe des Bw. zu vermindern. Um negative Beispielsfolgen hintanzustellen und im Falle des Bekanntwerdens der Entscheidung nicht fälschlicherweise den Eindruck zu vermitteln, ein langfristig geplanter, nach aufwändigen Vorbereitungshandlungen erfolgreicher Abgabebetrug wie im gegenständlichen Fall stelle lediglich ein Bagatelldelikt dar, ist die Verhängung einer Strafe in einer Höhe vorzunehmen, um andere potentielle Finanzstraftäter von gleichartigen rechtswidrigen Geldbeschaffungen bei den Abgabenbehörden abzuhalten. In der Öffentlichkeit soll keinesfalls der Eindruck erweckt werden, eine zielgerichtete und mit großer deliktischer Energie begangene Abgabenhinterziehung werde milde bestraft.

In Erwägung dieser Argumente hätte der Berufungssenat eine Geldstrafe von etwa 60.000,00 € für angemessen erachtet, wobei der Umstand der derzeit offenbar äußerst schlechten wirtschaftlichen Situation des Bw. mit einer Herabsetzung der Geldstrafe auf einen Betrag von 30.000,00 € zu berücksichtigen gewesen wäre.

Der Erstsensat hat aber ohnehin nur die Hälfte dieses Wertes als Geldstrafe vorgeschrieben. Eine Reduzierung der von der Finanzstrafbehörde erster Instanz mit 15.000,00 € (18 % des Strafrahmens) tatsächlich verhängten, äußerst milden Geldstrafe ist daher trotz der derzeitigen schlechten Einkommens- und Vermögenslage des Bw. im Hinblick auf die Art und Weise der Tatausführung sowie die Schwere der Schuld nicht möglich.

Gleichartige Überlegungen sind auch für die Ersatzfreiheitsstrafe anzustellen, wobei für die Ausmessung der Ersatzfreiheitsstrafe die derzeitige schlechte finanzielle Lage des Bw. ohne Relevanz zu bleiben hat, da die Ersatzfreiheitsstrafe ja gerade für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe vorgesehen ist.

Für Vergleichszwecke wird angemerkt, dass nach der Spruchpraxis üblicherweise für eine Geldstrafe im Betrag von 7.000,00 / 8.000,00 € eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Monat verhängt wird, weshalb auch so gesehen die von der Erstinstanz verhängte

Ersatzfreiheitsstrafe in der Höhe von sechs Wochen – ebenso wie die Geldstrafe – äußerst milde ausgefallen ist.

Auch für eine Herabsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe sieht der Berufungssenat daher keinerlei Anlass.

Die Höhe der Kosten des Strafverfahrens wurden im angefochtenen Erkenntnis nach § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG bemessen, wonach ein pauschaler Kostenersatz im Ausmaß von 10 % der verhängten Geldstrafe, maximal aber 363,00 €, festzusetzen ist. Auch diese erweisen sich daher als rechters.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Graz, am 11. Dezember 2008