

# TE OGH 2008/12/17 130s87/08f

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.12.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 17. Dezember 2008 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Ratz als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher und Dr. Lässig und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Mag. Hetlinger und Mag. Fuchs in Gegenwart der Richteramtswärterin Mag. Gebert als Schriftführerin in der Finanzstrafsache gegen Fritz S\*\*\*\*\* wegen Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs 1 FinStrG und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 5. Dezember 2007, GZ 9 Hv 115/06t-36, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Aus deren Anlass wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Schuldspruch III und im Strafausspruch nach dem StGB einschließlich des Ausspruchs über die privatrechtlichen Ansprüche aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht für Strafsachen Graz verwiesen.

Mit seiner Berufung gegen den Strafausspruch nach dem StGB und gegen den Ausspruch über die privatrechtlichen Ansprüche wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Zur Entscheidung über die Berufung gegen den Sanktionsausspruch nach dem FinStrG werden die Akten vorerst dem Oberlandesgericht Graz zugeleitet.

Dem Angeklagten fallen auch die die Zurückweisung seiner Nichtigkeitsbeschwerde betreffenden Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Fritz S\*\*\*\*\* mehrerer Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs 1 FinStrG (I/A/a, I/B/a/ und I/D) und nach § 33 Abs 2 lit b FinStrG (I/A/b, I/B/b und I/C) sowie der Vergehen des Vorenthaltens von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung nach § 153c Abs 1 (erg: Abs 2; vgl Kirchbacher/Presslauer in WK2 § 153c [2006] Rz 4 und 6) StGB (II) und des schweren Betrugs nach §§ 146, 147 Abs 2 StGB (III) schuldig erkannt.

Danach hat er

I. in Graz vorsätzlich unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht eine Abgabenverkürzung bewirkt und dies zu A/b, B/b und C bei Verkürzung von Lohnsteuer und Dienstgeberbeiträgen

zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen (erg: zufolge Verletzung der Verpflichtung zur Führung von § 76 EStG 1988 entsprechenden Lohnkonten; vgl US 9, 10 und 11) nicht nur für möglich, sondern für gewiss gehalten, wobei es ihm darauf ankam, sich durch die wiederkehrende Begehung von Abgabenhinterziehung eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen und zwar:

A) als faktischer Machthaber (gemeinsam mit dem abgesondert verfolgten Mario H\*\*\*\*\* als Geschäftsführer) der W\*\*\*\*\* GmbH

a) für 2003 Kapitalertragsteuer in Höhe von 31.250 Euro,

b) für 2002 Lohnsteuer in Höhe von 4.991,93 Euro und Dienstgeberbeiträge in Höhe von 2.563,83 Euro sowie für 2003 Lohnsteuer in Höhe von 108.036,18 Euro und Dienstgeberbeiträge in Höhe von 34.909,90 Euro,

B) als faktischer Machthaber (gemeinsam mit dem abgesondert verfolgten Mario H\*\*\*\*\*) der St\*\*\*\*\* KEG

a) für 2002 Umsatzsteuer in Höhe von 14.996,92 Euro und für 2003 Umsatzsteuer in Höhe von 8.539,93 Euro,

b) für 2002 Lohnsteuer in Höhe von 28.094,44 Euro und Dienstgeberbeiträge in Höhe von 5.907,71 Euro sowie für 2003 Lohnsteuer in Höhe von 16.081,39 Euro und Dienstgeberbeiträge in Höhe von 3.381,66 Euro (richtig: 3.381,60 Euro; US 11),

C) als faktischer Machthaber der P\*\*\*\*\* KEG für 2004 Lohnsteuer in Höhe von 102.034,04 Euro und Dienstgeberbeiträge in Höhe von 19.963,18 Euro,

D) als Einzelunternehmer Einkommensteuer für 2000 in Höhe von 15.054,83 Euro, für 2001 in Höhe von 11.718,27 Euro, für 2002 in Höhe von 1.075,27 Euro und für 2003 in Höhe von 7.517,15 Euro,

sodass sich der strafbestimmende Wertbetrag auf 416.116,57 Euro beläuft;

II. von Oktober 2001 bis Jänner 2004 in Graz als faktischer Geschäftsführer der W\*\*\*\*\* GmbH Beiträge von deren Dienstnehmern zur Sozialversicherung der Ste\*\*\*\*\* als berechtigtem Versicherungsträger für den Beitragszeitraum September 2001 bis Dezember 2003 im Betrag von 113.916,39 Euro vorenthalten;

III. „als faktischer Geschäftsführer (§ 161 StGB) der P\*\*\*\*\* mit dem Vorsatz, durch das Verhalten der Getäuschten sich oder die P\*\*\*\*\* KEG unrechtmäßig zu bereichern, Berechtigte der nachgenannten Firmen durch die Vorgabe, diese Firmen würden für jeweils zwei zur Verfügung gestellte Mitarbeiter keinesfalls zur Haftung nach § 14 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) herangezogen, daher durch Täuschung über Tatsachen zu der Handlung der Übernahme geleaster Dienstnehmer verleitet, die die genannten Firmen im angeführten, 3.000 Euro, nicht aber 50.000 Euro übersteigenden Betrag am Vermögen schädigten, und zwar

A) am 26. März 2004 in Graz der P\*\*\*\*\* KG, Schaden 3.096,83 Euro,

B) am 25. April 2005 in F\*\*\*\*\* der T\*\*\*\*\* & Co KG durch die weitere Zusicherung im Anbot 328, das Haftungsrisiko nach § 14 AÜG für die geleasteten Dienstnehmer sei von der P\*\*\*\*\* KEG versichert und werde die T\*\*\*\*\* GmbH & Co KG keinesfalls treffen, Schaden 3.158,40 Euro.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die dagegen vom Angeklagten aus Z 4, 5 und 5a des§ 281 Abs 1 StPO ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht berechtigt, gibt aber zu amtswegigem Vorgehen Anlass (§ 290 Abs 1 StPO).

Zur Nichtigkeitsbeschwerde:

Von der Tatsache (Z 4) fehlender „Bankvollmachten“ des Angeklagten „zu den einzelnen Firmenkonten“ sind die Tatrichter ohnedies ausgegangen (US 21), weshalb es der zum Nachweis, dass er „von keinem der Bankkonten der W\*\*\*\*\* GmbH (kurz W\*\*\*\*\* GmbH), der St\*\*\*\*\* KEG und der M\*\*\*\*\* KEG Barhebungen durchgeführt hat“, beantragten Beiziehung eines Buchsachverständigen (S 155/II iVm ON 34) nicht bedurfte. Ob entsprechend dem weiteren Beweisthema „von keinem dieser Konten irgendwelche Beträge an den Angeklagten überwiesen wurden,“ ist - wie der Schöffensenat im abweislichen Zwischenerkenntnis zutreffend ausgeführt hat (S 159/II) - für die Beurteilung der im Beweisantrag relevierten Frage, „ob der Angeklagte tatsächlich“ „als faktischer Geschäftsführer fungiert hat“ (S 159/II), ohne Bedeutung. Auf welche Weise ein Sachverständiger die (vom Erstgericht auf Basis der Angaben des Angeklagten vor der Finanzstrafbehörde ermittelte; US 15, S 55/I) Höhe ausgeschütteter Gewinne (Schuldspruch I/A/a)

durch Überprüfen von „Ausgangsrechnungen“ eines Scheinunternehmens (I\*\*\*\*\* AG; US 9, 23) und der „W\*\*\*\*\* GmbH“ zuverlässig eruieren können sollte, bleibt unerfindlich, womit es dem Beweismittel hinsichtlich des Beweisthemas an der Tauglichkeit fehlt und demnach eine bloße Erkundungsbeweisführung angestrebt wurde (13 Os 124/08x mwN).

Die Kritik am Unterlassen der Einvernahme „des von der Verteidigung namhaft gemachten Zeugen Josef F\*\*\*\*\*“, scheidet schon am Erfordernis einer Antragstellung in der Hauptverhandlung (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 309, 311). Im Übrigen ließ schon der bloß schriftlich gestellte Beweis Antrag (S 408/I) nicht erkennen, inwiefern das dazu angeführte Thema, dass Gespräche mit dem Genannten zur Anmietung eines Geschäftslokals durch die M\*\*\*\*\* KEG „von Mario H\*\*\*\*\* geführt wurden“, für die Schuld- oder Subsumtionsfrage relevant sein könnte.

Das den Antrag ergänzende Vorbringen hat schon aufgrund des im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren geltenden Neuerungsverbots auf sich zu beruhen.

Der Vorwurf unterbliebener Auseinandersetzung (Z 5 zweiter Fall) mit den vom Erstgericht „hinsichtlich der faktischen Geschäftsführertätigkeit des Angeklagten“ als widersprüchlich bewerteten Beweisergebnissen (US 16) unterlässt die gebotene Bezugnahme auf die Gesamtheit der Entscheidungsgründe (RIS-Justiz RS0119370; vgl nämlich US 16 ff). Auch soweit die Rüge (Z 5 vierter Fall) der auf die „wirtschaftliche Vergangenheit“ des Angeklagten und den „Konkurs der S\*\*\*\*\* GmbH“ gegründeten Überlegung der Tatrichter, „dass der Angeklagte als Unternehmer nach außen hin nicht mehr in Erscheinung treten wollte“ (US 16), eine Indizwirkung abspricht (RS 11) und die fehlende Darlegung konkreter Anordnungen, Entscheidungen, Verfügungen oder Weisungen (RS 12) reklamiert, bekämpft sie bloß unzulässig die - den entscheidenden Feststellungen zur maßgeblichen Einflussnahme des Angeklagten auf die Geschäftsführung (vgl Kirchbacher/Presslauer in WK2 § 161 [2006] Rz 13) zugrunde liegende - Beweiswürdigung der Tatrichter.

Der behauptete Widerspruch (Z 5 dritter Fall) zwischen der auf die W\*\*\*\*\* GmbH bezogenen Feststellung, wonach sich der Angeklagte zu deren Gründung unter anderem Mario H\*\*\*\*\* als Strohmann bediente (US 8), zur Konstatierung, dass Mario H\*\*\*\*\* in der St\*\*\*\*\* KEG neben dem Angeklagten „Entscheidungsträger in wirtschaftlichen und organisatorischen Belangen“ war (US 10), ist nicht erkennbar.

Entgegen der weiteren Urteilskritik (Z 5 zweiter Fall) hat der Schöffensenat die Angaben des Zeugen Rene K\*\*\*\*\* und den Umstand, dass dieser „die Bedeutung H\*\*\*\*\*s öfter betonte“ (US 18), ausdrücklich erörtert. Dass das Urteil nun im Rechtsmittel nachträglich herausgegriffene, in diese Richtung weisende Passagen in den Aussagen der Zeugen Christoph Ta\*\*\*\*\* und Harald W\*\*\*\*\* vor der Finanzstrafbehörde (vgl S 209/I und 223/I; vgl auch deren relativierende Angaben in der Hauptverhandlung S 23, 25 und 55/II) nicht explizit enthält, begründet den in Anspruch genommenen Nichtigkeitsgrund nicht. Denn dass es die zur Annahme einer faktischen Geschäftsführung des Angeklagten widersprüchlichen Verfahrensergebnisse ins Kalkül gezogen hat, hat das Erstgericht dargelegt (US 16). Ob aber neben dem Angeklagten auch Mario H\*\*\*\*\* in der W\*\*\*\*\* GmbH als deren (in diesem Zusammenhang auch rechtskräftig verurteilter; ON 12) De-jure Geschäftsführer (vgl auch US 2 und 7) operativ tätig war, ist nicht entscheidend. Demgemäß ließen die Tatrichter auch Aussagen, wonach Mario H\*\*\*\*\* ein „Bußgeld für den Fall eines verspäteten Arbeitsbeginns eingeführt haben soll“ (RS 14), dem Gebot zu gedrängter Darstellung der Entscheidungsgründe (§ 270 Abs 2 Z 5 StPO) folgend mit Recht unerwähnt.

Z 5a des § 281 Abs 1 StPO will als Tatsachenrüge nur schlechterdings unerträgliche Feststellungen zu entscheidenden Tatsachen (das sind schuld- oder subsumtionserhebliche Tatumstände, nicht aber im Urteil geschilderte Begleitumstände oder im Rahmen der Beweiswürdigung angestellte Erwägungen) und völlig lebensfremde Ergebnisse der Beweiswürdigung durch konkreten Verweis auf aktenkundige Beweismittel (bei gleichzeitiger Bedachtnahme auf die Gesamtheit der tatrichterlichen Beweiswerterwägungen) verhindern. Tatsachenrügen, die außerhalb solcher Sonderfälle auf eine Überprüfung der Beweiswürdigung abzielen, beantwortet der Oberste Gerichtshof ohne eingehende eigene Erwägungen, um über den Umfang seiner Eingriffsbefugnisse keine Missverständnisse aufkommen zu lassen (RIS-Justiz RS0118780).

Soweit die Rüge zum Nachweis, „dass der Angeklagte keinesfalls ‚faktischer Geschäftsführer‘ war, sondern dass vielmehr Mario H\*\*\*\*\* der Entscheidungsträger war“, erneut Teile in den Aussagen der Zeugen K\*\*\*\*\* , W\*\*\*\*\* und Ta\*\*\*\*\* isoliert anführt und aus bezeichneten Urkunden ihren Standpunkt unterlegende Schlüsse zieht, erweckt sie

bei - wie dargelegt - gebotener Berücksichtigung der Gesamtheit der umfänglichen Beweiserwägungen (US 16 ff) keine sich aus den Akten ergebenden erheblichen Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Ausspruch über die Schuld zugrunde liegenden entscheidenden Tatsachen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 StPO).

Die Kostenersatzpflicht des Angeklagten beruht auf § 390a Abs 1 StPO.

Zur amtswegigen Maßnahme:

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde überzeugte sich der Oberste Gerichtshof jedoch davon, dass dem Schuldspruch III nicht geltend gemachte, gemäß § 290 Abs 1 StPO von Amts wegen aufzugreifende Nichtigkeit (Z 9 lit a) anhaftet:

Nach den Urteilsfeststellungen vermittelte „die M\*\*\*\*\* KEG“ „jeweils zwei nicht zur Pflichtversicherung angemeldete Mitarbeiter“ durch im Urteilsspruch angeführte wahrheitswidrige Angaben an dort genannte Unternehmen und „wollten sich mit diesem Vorgehen“ „die M\*\*\*\*\* KEG und damit der Angeklagte als maßgeblicher Entscheidungsträger und faktischer Geschäftsführer“ „einen Wettbewerbsvorteil verschaffen bzw dadurch Geschäftsbeziehungen anbahnen“ (US 13 f).

Feststellungen zu konkretem Verhalten des Angeklagten, die eine rechtliche Subsumtion als Vergehen des schweren Betrugs nach §§ 146, 147 Abs 2 StGB (allenfalls begangen als Beteiligter nach § 12 zweiter und dritter Fall StGB) zulassen würden, enthält das Urteil nicht.

Rechtlich führte das Erstgericht aus, dass der Angeklagte das bezeichnete Vergehen als „alleiniger Entscheidungsträger der M\*\*\*\*\* KEG zu verantworten“ habe, womit es indes keine Handlungen oder Unterlassungen nannte. Der damit vorliegende Mangel an Feststellungen (Z 9 lit a) macht die Anordnung einer neuen Hauptverhandlung unvermeidbar.

Die - in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur - demnach gebotene Aufhebung des Schuldspruchs III bereits bei nichtöffentlicher Beratung (§ 285e StPO) hat auch die Aufhebung des Strafausspruchs nach dem StGB einschließlich des Ausspruchs über die privatrechtlichen Ansprüche zur Folge, weshalb der Angeklagte mit seiner dagegen gerichteten Berufung auf diese Entscheidung zu verweisen war.

Klarzustellen ist, dass zwar im Erkenntnis (§ 260 Abs 1 Z 1 StPO) und in den Entscheidungsgründen (§ 270 Abs 2 Z 5 StPO; US 24) hinsichtlich des Schuldspruchs I die Qualifikation gewerbsmäßiger Begehung nach § 38 Abs 1 lit a FinStrG als erwiesen angenommen wurde, eine Subsumtion im Erkenntnis (§ 260 Abs 1 Z 2 StPO) aber insoweit unterblieben ist (dass die Sanktion "... unter Bedachtnahme auf § 38 Abs 1 lit a FinStrG ..." verhängt wurde [US 4], ersetzt die Subsumtion nicht), weshalb der Schuldspruch die bezeichnete Qualifikation nicht umfasst, was von der Staatsanwaltschaft aus der Z 10 des § 281 Abs 1 StPO nicht angefochten wurde (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 266, 581 ff; 14 Os 8/02 = EvBl 2002/154 = JBl 2002, 670, 13 Os 153/03). Insoweit kann dahingestellt bleiben, dass das Urteil Konstatierungen zu der hier für die rechtliche Annahme von Gewerbsmäßigkeit erforderlichen Absicht des Täters, sich selbst durch wiederholte Abgabenhinterziehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (vgl Jerabek in WK<sup>2</sup> [2006] § 70 Rz 1 und 19), nicht enthält. Der Spruch eines Urteils vermag fehlende Feststellungen nicht zu ersetzen (RIS-Justiz RS0114639; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 15).

Das Erstgericht hat durch Heranziehen des Strafrahmens des § 38 Abs 1 FinStrG (US 26 f) seine Strafbefugnis überschritten, womit der Sanktionsausspruch nach dem Finanzstrafgesetz zum Nachteil des Angeklagten aus § 281 Abs 1 Z 11 erster Fall StPO nichtig ist. Dieser nicht geltend gemachte Nichtigkeitsgrund bedarf deshalb keiner amtswegigen Wahrnehmung (§ 290 Abs 1 StPO), weil der Angeklagte auch gegen den Sanktionsausspruch nach dem Finanzstrafgesetz eine Berufung ergriffen hat und das gemäß § 285i StPO zur Entscheidung über dieses Rechtsmittel zuständige Oberlandesgericht den Verstoß bei seinem Sanktionsausspruch zu berücksichtigen haben wird (vgl RIS-Justiz RS0114427; Ratz, WK-StPO § 285i Rz 6, § 290 Rz 29).

Die Tatsache, dass auch dem rechtskräftigen Urteil gegen den ursprünglich Mitangeklagten Mario H\*\*\*\*\* vom 10. August 2006 (ON 12) die aufgezeigte Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 11 erster Fall StPO anhaftet (Heranziehen des Strafrahmens des § 38 Abs 1 FinStrG ohne entsprechende Subsumtion im Erkenntnis [US 3, 11]), kann - anders als in der Stellungnahme der Generalprokuratur releviert - nicht nach § 31a Abs 1 StGB überprüft werden, weil diese Bestimmung aufgrund verfehlter Subsumtion begangene Rechtsfehler nicht betrifft und der allgemeine Teil des StGB (von Sonderregelungen - zB § 23 Abs 2 FinStrG - abgesehen) in Finanzstrafsachen nicht anzuwenden ist (RIS-Justiz

RS0123453).

Zur Korrektur wäre eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes (§ 23 StPO) erforderlich.

**Textnummer**

E89755

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2008:0130OS00087.08F.1217.000

**Im RIS seit**

16.02.2009

**Zuletzt aktualisiert am**

15.04.2011

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)