



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch das Mitglied des Finanzstrafsenates 3, HR Dr. Michaela Schmutzer, in der Finanzstrafsache gegen Z.Z., (Bw.) vertreten durch Dr. Thomas Marschall, RA, 1010 Wien, Dorotheergasse 7, wegen des Finanzvergehens der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 51 Abs.1 lit. c des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 14. Dezember 2007 gegen das Erkenntnis des Finanzamtes Wien 4/5/10, vertreten durch Mag. Sonja Ungerböck, als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 15. November 2007, StrNr. 1,

zu Recht erkannt:

Der Berufung wird stattgegeben und das angefochtene Erkenntnis aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis vom 15. November 2007, StrNr. 1, hat das Finanzamt Wien 4/5/10 als Finanzstrafbehörde erster Instanz den Bw. nach § 51 Abs.1 lit. c FinStrG für schuldig erkannt, weil er vorsätzlich durch die Nichtführung von Lohnkonten für A.W. im Zeitraum Februar 2007 den Bestimmungen des § 76 EStG zuwidergehandelt habe.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß § 51 Abs.2 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von € 1.200,00 verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Tagen ausgesprochen.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG pauschal mit € 120,00 bestimmt.

Die Finanzstrafbehörde erster Instanz führt dazu aus, dass am 7. Februar 2007 eine Kontrolle der KIAB in der Pizzeria in B. stattgefunden habe. Dort sei A.W. beim Verspachteln von Gipskartonplatten angetroffen worden. In dem in polnischer Sprache abgefassten Personalblatt habe er dazu angegeben, für seine Tätigkeit € 950,00 zu erhalten. Laut ZMR sei er in A. gemeldet gewesen, wobei als Unterkunftgeber der Bw. bzw. seine Gattin aufscheinen.

Der Bw. habe dazu angegeben, dass er beauftragt worden sei Rigipsplatten zu montieren, aber in Folge seiner Erkrankung Ersatzkräfte gesucht habe um die Vertragsvereinbarung erfüllen zu können. Die beschäftigten Personen hätten über Gewerbescheine verfügt und selbständig gearbeitet.

Im Einspruch gegen die Strafverfügung vom 14. September 2007 sei vorgebracht worden, dass A.W. selbständig tätig gewesen sei und eine Kopie dessen Einkommensteuererklärung für das Jahr 2006 vorgelegt worden. Dazu sei jedoch anzumerken, dass A.W. zuvor nicht steuerlich erfasst gewesen und die Erklärung erst am 15. Oktober 2007 beim Finanzamt eingereicht worden sei.

Zur Befragung zum Gang der Auftragsvergabe und zur Abgrenzung der Teilleistungen habe der Bw. vier Kopien aus seinem Lieferscheinbuch vorgelegt, die mit 1 bis 4/2007 nummeriert worden seien und von ihm als Auftragsschreiben bezeichnet wurden. Alle vier Aufträge seien mit 11. 1. 2007 datiert. Zum Unterkunftsverhältnis habe der Bw. angegeben, dass er A.W. eine renovierungsbedürftige Wohnung für die reine Übernahme der Betriebskosten überlassen habe, dieser aber bereits längere Zeit nicht mehr in der Wohnung wohne, welche nunmehr vom Bw. selbst als Büro genutzt werde. Wo A.W. zurzeit wohne, sei ihm nicht bekannt, er verfüge nur über eine Telefonnummer. A.W. sei nur 1-2 Mal für ihn tätig gewesen und dies in größeren Abständen.

Die Finanzstrafbehörde erster Instanz begründete den Schuldspruch damit, dass A.W. zugestandenermaßen mit dem vom Bw. zur Verfügung gestellten Material auf der Baustelle in B. tätig gewesen sei, wobei die Auftragsvergabe keinen Leistungszeitraum ausweise und das laut Auftragsschreiben vereinbarte Pauschale von € 1.100,99 sich nicht mit den Angaben von A.W. im Zuge der KIAB Kontrolle decke. Die im Unklaren gebliebenen Umstände um die konkrete Auftragsvergabe und die Tatsache, dass im April 2007 mit Rechnungsnummer 1/2007 abgerechnet werde, sprächen gegen eine unternehmerische Tätigkeit von A.W.. Es sei auf Grund des Ermittlungsverfahrens anzunehmen, dass eine Subunternehmerschaft lediglich vorgetäuscht werde und A.W. als Aushilfe und Dienstnehmer des Bw. fungiert habe.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 14. Dezember 2007, in der vorgebracht wird, dass es die Finanzstraßbehörde erster Instanz unterlassen habe, den maßgeblichen Sachverhalt zu ermitteln. Es seien keine Erhebungen zur subjektive Tatseite des Bw. erfolgt und entsprechende Feststellungen im Erkenntnis nicht enthalten. Die wiederholt beantragte Zeugeneinvernahme von A.W. sei unterblieben. Dieser Verfahrensmangel sei entscheidungswesentlich, da sich aus seiner Befragung ergeben hätte, dass er selbständig tätig gewesen sei und somit den Bw. kein Verschulden an der Nichtführung eines Lohnkontos treffen könne.

Irrelevant und unrichtig sei die Feststellung, dass die von A.W. am 29. März 2007 verfasste und eigenhändig unterfertigte Einkommensteuererklärung für das Jahr 2006 erst am 15. Oktober 2007 beim Finanzamt eingelangt sein soll. A.W. sei bereits seit April 2006 selbständig tätig gewesen, dem Bw. gegenüber als Einzelunternehmer aufgetreten und habe im April 2007 seine Einkommensteuererklärung eingebracht.

Die privatrechtlichen Aspekte betreffend die Vertragsanbahnung, Ausführung und Abrechnung böten keine taugliche Grundlage für den im Erkenntnis vorgenommenen Schuldspruch.

Dass durch den Bw. Arbeitsmaterial zur Verfügung gestellt worden sei, werde durch dessen Erkrankung begründet, für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft sei es zudem unerheblich, ob er € 1.100,00 oder lediglich € 950,00 erhalten habe.

Der Bw. sei mangels Erfüllung der Arbeitnehmereigenschaft von A.W. nicht verpflichtet gewesen ein Lohnkonto zu führen, es sei für ihn auch niemals eine Arbeitnehmereigenschaft von A.W. erkennbar gewesen, daher komme die Annahme einer Finanzordnungswidrigkeit auch auf Grund des fehlenden Vorsatzes nicht in Betracht. Selbst auf Grundlage des von der Finanzstraßbehörde erster Instanz angenommenen ausdrücklich bestrittenen Sachverhaltes könne allenfalls von einem geringfügigen Verschulden ausgegangen werden und wäre, unter Berücksichtigung der unbedeutenden Folgen, von einer Strafe abzusehen (§ 25 FinStrG).

Zu dem Verweis auf die vorgelegten Urkunden, werde der Antrag auf Einvernahme des Zeugen A.W. aufrechterhalten.

Der Bw. beantragte die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Finanzsenat.

### ***Zur Entscheidung wurde erwogen:***

*Gemäß § 51 Abs. 1 lit. c FinStrG macht sich einer Finanzordnungswidrigkeit schuldig, wer vorsätzlich eine abgabenrechtliche Pflicht zur Führung oder Aufbewahrung von Büchern oder sonstigen Aufzeichnungen verletzt.*

*Gemäß § 8 Abs. 1 FinStrG handelt vorsätzlich, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, dass der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.*

Voraussetzung für einen Schuldspruch ist, dass die objektive und subjektive Tatseite eines Tatbestandes erfüllt ist.

Zur objektiven Tatseite ist zu bemerken, dass nach dem - die Bindung an rechtskräftige Abgabenbescheide verneinenden - Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 30. Juni 1977, B 102/75 die Finanzstrafbehörde unter Beachtung der Bestimmungen des § 98 Abs. 3 FinStrG (freie Beweiswürdigung) unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens zu beurteilen habe, ob ein Sachverhalt erwiesen sei oder nicht.

Gemäß § 76 Abs. 1 EStG hat der Arbeitgeber für jeden Arbeitnehmer ein Lohnkonto zu führen. Im Lohnkonto hat der Arbeitgeber Folgendes anzugeben: Name, Versicherungsnummer gemäß § 31 ASVG, Wohnsitz, Alleinverdiener/Alleinerzieherabsetzbetrag und Kinderzuschläge zum Alleinverdiener/Alleinerzieherabsetzbetrag laut Antrag des Arbeitnehmers, Name und Versicherungsnummer des (Ehe)Partners, wenn der Alleinverdienerabsetzbetrag berücksichtigt wurde, Name und Versicherungsnummer des (jüngsten) Kindes, wenn der Alleinerzieherabsetzbetrag berücksichtigt wurde, Name und Versicherungsnummer des Kindes (der Kinder), wenn der Kinderzuschlag (die Kinderzuschläge) berücksichtigt wurde, Pauschbetrag gemäß § 16 Abs. 1 Z 6 und Kosten gemäß § 16 Abs. 1 Z 6 letzter Satz, Freibetrag laut Mitteilung zur Vorlage beim Arbeitgeber (§ 63).

Wurde eine Versicherungsnummer nicht vergeben, ist jeweils das Geburtsdatum anstelle der Versicherungsnummer anzuführen.

Abs.2 Der Bundesminister für Finanzen wird ermächtigt, mit Verordnung weitere Daten, die für Zwecke der Berechnung, Einbehaltung, Abfuhr und Prüfung lohnabhängiger Abgaben von Bedeutung und in das Lohnkonto einzutragen sind, und Erleichterungen für bestimmte Gruppen von Steuerpflichtigen bei der Führung des Lohnkontos festzulegen.

Unter TZ 1184 der Lohnsteuerrichtlinien 2002 wird ausgeführt, dass für jeden Arbeitnehmer ein Lohnkonto zu führen ist, also auch bei kurzfristig beschäftigten Aushilfskräften. Der zweite Absatz verweist diesbezüglich auf weiterführende Bestimmungen in der Lohnkontenverordnung 2005, BGBl. II Nr. 116/2005, wonach die Führung eines Lohnkontos bei maximalen monatlichen Bezügen von € 200,00 für einen bestimmten Personenkreis bei Erfassung der erforderlichen Daten in anderen Aufzeichnungen entfallen kann, jedoch

gehören die im Zuge der abgabenrechtlichen Kontrollen überprüften Personen, dem im § 25 Abs. 1 Z 4 lit. b EStG 1988 genannten Personenkreis nicht an.

*Gemäß § 161 Abs. 1 FinStrG hat die Finanzstrafbehörde zweiter Instanz grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden. Sie ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung der Rechtsmittelentscheidung ihre Anschauung an die Stelle jener der Finanzstrafbehörde erster Instanz zu setzen.*

*Entsprechend den Vorschriften nach den §§ 114 und 115 FinStrG über das Untersuchungsverfahren ist die Finanzstrafbehörde verpflichtet, den wahren Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln und dem Beschuldigten sowie den Nebenbeteiligten Gelegenheit zu geben, ihre Rechte und rechtlichen Interessen geltend zu machen.*

*Gemäß § 98 Abs. 3 FinStrG hat die Finanzstrafbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Verfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache erwiesen ist oder nicht.*

Am 12. Dezember 2008 wurde im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens der Zeuge A.W. einvernommen. Er hat ausgesagt, dass er nach seiner Ankunft in Österreich in einer Wohnung des Bf., seines Onkels, gewohnt habe. Ab Erlangung einer Gewerbeberechtigung am 5. April 2006 sei er selbständig tätig gewesen. Die auf Seite 48 im Strafakt erliegende Rechnung habe er gelegt. Die Einkommensteuererklärung für das Jahr 2006 habe ihm eine Bekannte erstellt. Nach den unter Wahrheitspflicht geleisteten Angaben dieses Zeugen war er demnach auf der verfahrensgegenständlichen Baustelle nicht als Dienstnehmer des Bf. sondern als eigenständiger Unternehmer tätig.

Die Niederschrift über die Zeugeneinvernahme wurde zur Wahrung des Parteiengehörs der Finanzstrafbehörde erster Instanz zur Stellungnahme übermittelt.

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2008 führte die Finanzstrafbehörde erster Instanz dazu aus, dass das Verfahren auch ihrer Ansicht nach in dubio pro reo einzustellen sein werde.

Nach den nicht in Zweifel zu ziehenden Angaben des Zeugen liegt somit keine Verletzung einer abgabenrechtlichen Pflicht zur Führung von Lohnkonten vor.

Da die Sach- und Rechtslage nach der Zeugenaussage eindeutig ist, werden Rechte des Bf. durch ein Absehen von der Abhaltung einer mündlichen Verhandlung nicht beeinträchtigt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 5. Jänner 2009