



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch das Mitglied des Finanzstrafsenates 2, in der Finanzstrafsache gegen die Bw., vertreten durch Dr. Helmut Denck, wegen Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 51 Abs. 1 lit. c des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung der Beschuldigten vom 9. November 2001 gegen das Erkenntnis des Finanzamtes für den 2. und 20. Bezirk in Wien vom 18. Oktober 2001

zu Recht erkannt:

Der Berufung wird stattgegeben, der angefochtene Bescheid aufgehoben und das Finanzstrafverfahren gemäß §§ 136, 157 FinStrG eingestellt.

### Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis vom 18. Oktober 2001, SNr. XXX hat das Finanzamt für den 2. und 20. Bezirk als Finanzstrafbehörde erster Instanz die Bw. nach § 51 Abs. 1 lit. c FinStrG für schuldig erkannt, weil sie vorsätzlich im Bereich des genannten Finanzamtes als Verantwortliche der Firma M. durch Nichtführung von Lohnkonten für eine fallweise von 2. März 2001 bis 16. März 2001 beschäftigte Aushilfskellnerin die abgabenrechtliche Offenlegungs- und Wahrheitspflicht verletzt habe.

Aus diesem Grund wurde über sie gemäß § 51 Abs. 2 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von Schilling 15.000,00 verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Woche ausgesprochen.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG pauschal mit Schilling 1.500,00 bestimmt.

Begründend wurde im Erkenntnis ausgeführt, dass die bei den Vernehmungen und im Einspruch vorgebrachten Argumente, wonach die Beobachtungen der Amtsorgane und die Aussagen des Zeugen A. falsch seien, realitätsfremd seien und nur als Schutzbehauptungen

gewertet werden können. Die Vernehmung weiterer Zeugen sei – negativa non sunt probanda – nicht zielführend. Auch das Vorbringen, die Bw. habe die Beschäftigung der Zeugin B. nicht selbst durchgeführt, könne die Bw. nicht entlasten, da sie davon zumindest gewusst haben müsse. Es erscheine nicht glaubwürdig, dass diese an mehreren Wochenenden Aushilfsdienst verrichte und die Verantwortliche davon nichts wisse.

Auch könne der Argumentation des Verteidigers, wonach ohne bestehende Steuerpflicht kein Lohnkonto zu führen sei, nicht gefolgt werden, weil sich erst aus dem Lohnkonto die Steuerpflicht ableiten lasse.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung der Beschuldigten vom 9. November 2001, wobei Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtige Beweiswürdigung und unrichtige rechtliche Beurteilung vorgebracht wurde.

Das Erkenntnis lasse Feststellungen vermissen, in welchem Umfang die Aushilfskellnerin tatsächlich fallweise beschäftigt wurde. Die Behörde erster Instanz habe nicht beachtet, dass eine Verpflichtung zur Führung von Lohnkonten erst bei einer regelmäßigen Beschäftigung und bei Überschreitung bestimmter Einkommensgrenzen vorliege, was im vorliegenden Fall nicht gegeben wäre; das Erkenntnis spricht von "fallweise beschäftigt".

Tatsächlich handle es sich nicht um eine Kellnerin, um keine Aushilfskellnerin, sondern um eine Bekannte des Sohnes der Bw., die aus Gefälligkeit einige wenige Handlungen gesetzt habe, die nun in Verkennung des Sachverhaltes als regelmäßige Beschäftigung interpretiert würden, die eine Führung von Lohnkonten erforderlich gemacht hätte.

Das durchgeführte Beweisverfahren und insbesondere das ausgefüllte Personalblatt für sich alleine vermögen nicht den Sachverhalt derart aufzuklären, dass mit einer den rechtsstaatlichen Prinzipien entsprechenden Sicherheit Entscheidungsreife vorläge. Die Behörde erster Instanz hat den Anträgen auf Einvernahmen der Zeugin B. und von Personen, die damals im Lokal anwesend waren, nicht entsprochen, wodurch das Verfahren schwer mangelhaft geworden sei, zumal diese Personen längere Zeit im Lokal aufhältig gewesen wären und darüber aussagen hätten können, was die Zeugin B. dort gemacht habe oder nicht.

Verwaltungsökonomische Gründe müssten zurückstehen, wenn es um die rechtsstaatliche Sicherheit gehe. Warum eine Einvernahme der Zeugin B. im Rechtshilfsweg wirtschaftlich nicht vertretbar ist, vermag die bekämpfte Entscheidung nicht zu erklären. Eine derartige Argumentation sei auch völlig unzulässig.

Es wird daher beantragt, das angefochtenen Erkenntnis ersatzlos aufzuheben und das Verfahren einzustellen, bzw. das angefochtenen Erkenntnis aufzuheben und die Sache zur Verfah-

---

rensergänzung zurückzuverweisen bzw. die beantragten Beweismittel selbst aufzunehmen und in der Sache neuerlich (nur in diesem Fall im Rahmen einer mündlichen Verhandlung vor dem Berufungssenat) zu entscheiden.

Festzuhalten ist, dass über die Bw. in einem anderen, wegen des selben Sachverhalts geführten Verwaltungsstrafverfahren mit Berufungsbescheid des Unabhängigen Verwaltungs- senates Wien (in der Folge UVS Wien) vom 23. Mai 2002, GZ. UVS-07/A/36/8500/2001/25, wegen Übertretung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz eine Geldstrafe von € 1.000,00 verhängt wurde. Da im Finanzstrafverfahren auch der Grundsatz der Mittelbarkeit zur Anwendung kommt, kann somit auch diese Entscheidung als Beweis herangezogen werden, zumal die Bw. durch den auch im Finanzstrafverfahren tätigen Verteidiger vertreten war und sich die Ansicht des UVS Wien mit der Finanzstrafbehörde erste Instanz deckt, weshalb insoweit auch keine Verletzung des Parteiengehörs gegeben sein kann.

#### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

*Gemäß § 51 Abs. 1 lit. c FinStrG macht sich einer Finanzordnungswidrigkeit schuldig, wer, ohne hiедurch den Tatbestand eines anderen Finanzvergehens zu erfüllen, 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.*

*Gemäß §§ 114 und 115 FinStrG 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.*

Den Ausführungen in der Berufung, dass es sich bei der Zeugin B. tatsächlich nicht um eine Kellnerin oder Aushilfskellnerin handle, sondern um eine Bekannte des Sohnes der Bw., die aus Gefälligkeit einige wenige Handlungen gesetzt habe, was von der Finanzstrafbehörde erster Instanz in Verkennung des Sachverhaltes als regelmäßige Beschäftigung interpretiert worden wäre, die eine Führung von Lohnkonten erforderlich gemacht hätte, ist nicht nur das erstinstanzliche Beweisergebnis, sondern auch die Begründung der zitierten Berufungsent- scheidung des UVS Wien, an deren Rechtmäßigkeit keine Zweifel bestehen, entgegen zu halten. Nach dieser Entscheidung hat es der UVS Wien als erwiesen angenommen, "dass die slowakische Staatsbürgerin B. (im Finanzstrafverfahren als Zeugin B. bezeichnet) zur Tatzeit im Lokal der Firma M. als Kellnerin beschäftigt worden ist. Diese Feststellungen stützten sich –

ebenso wie das Finanzstrafverfahren – auf die auch dem Finanzstrafverfahren zugrunde liegende Anzeige des Arbeitsinspektors für Bauarbeiten und dem angeschlossenen, von der Zeugin B. unterschriebenen Personalblatt, worin festgehalten wurde, dass im Zuge einer Kontrolle in der Firma M. am 16. März 2001 die Zeugin B. durch die straßenseitig gelegenen Fenster zirka 15 Minuten beim Servieren von Getränken beobachtet worden sei. Diese habe in der Folge beim Betreten des Lokals durch die Amtsorgane hinter der Schank diverse Konsumationen von Gästen auf Notizzetteln vermerkt. Der Zeuge A. habe nach kurzem Leugnen sinngemäß angegeben, dass die Zeugin B. das dritte Wochenende im Betrieb tätig sei, immer nur Freitag und Samstag; als Entlohnung habe sie ATS 100,00 pro Stunde erhalten. Sinnige-mäßige Aussagen gab die Zeugin B. im Personalblatt an.

Im Verfahren vor dem UVS Wien habe sowohl die Bw. als auch ihr Ehegatte und ihre beiden Kinder einen äußerst unglaublich und lediglich an der Verschleierung des wahren Sachverhalts interessierten Eindruck gemacht. So ging der erkennende Senat davon aus, dass sich diese darauf verständigt haben anzugeben, die Zeugin B. sei die Freundin des Zeugen A. gewesen, was aber tatsächlich gar nicht stimmte. Die Zeugin B. ist in der Firma M. (wenn auch nur am Wochenende) aushilfsweise als Kellnerin beschäftigt worden.“ Die wiederholt vorgebrachten Schutzbehauptungen, die Zeugin B. habe an den drei Wochenenden in der Zeit von 2. bis 16. März 2001 nicht als Kellnerin gearbeitet, sind somit eindeutig widerlegt, wobei es keine Veranlassung gibt, an den Schlussfolgerungen des UVS Wien hinsichtlich der illegalen Beschäftigung einer Ausländerin zu zweifeln. Eine weitergehende Präzisierung der genauen Zeiten (Stunden), an denen die Zeugin B. – wie von der Bw. gefordert - tatsächlich tätig gewesen ist, ist zur Beurteilung der Tatsache, ob die Zeugin B. beschäftigt war, nicht erforderlich.

Zur Nichtdurchführung der Zeugeneinvernahmen der Zeugin B. und von Personen, die damals im Lokal anwesend waren und darüber aussagen hätten können, was die Zeugin B. dort gemacht habe oder nicht, was von der Finanzstrafbehörde als nicht zielführend eingestuft wurde, ist anzumerken, dass die Zeugin B. als slowakische Staatsbürgerin keinen aufrechten Wohnsitz oder Aufenthalt in Österreich hat, auch keine aufrechte Meldeadresse in ihrem Heimatstaat bekannt ist oder vom Verteidiger mitgeteilt worden wäre. Die Finanzstrafbehörde erster Instanz begründete die Abweisung des Beweisantrages auf Vernehmung der Zeugin B. mit verwaltungsökonomischen Gründen, übersieht jedoch, dass eine Vernehmung im verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahren in der Slowakei aus rechtlichen Gründen nicht möglich ist. Einerseits wurde – wie aus dem Akteninhalt zu entnehmen ist – über die Zeugin B. ein Aufenthaltsverbot für Österreich erlassen, sodass eine Vernehmung in Österreich aufgrund der

---

faktischen Unmöglichkeit der Einreise der Zeugin nicht in Betracht kommt, andererseits ist eine Vernehmung in der Slowakei nur in Rechtshilfesfällen in gerichtlichen Finanzstrafverfahren möglich, sodass dieser Beweisantrag als im verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahren faktisch unmöglich nicht umgesetzt werden konnte.

Genau wie der UVS Wien ist auch im gegenständlichen Finanzstrafverfahren davon auszugehen, dass sich die Familienmitglieder der Bw. darauf verständigt hätten anzugeben, die Zeugin B. sei die Freundin des Zeugen A. gewesen, was aber tatsächlich gar nicht stimmte. Nach Ansicht der Finanzstrafbehörde erster Instanz ist das "gesamte Vorgehen der Beschuldigten nur darauf ausgerichtet, der Behörde zusätzliche und unnötige Mehrarbeit aufzuholzen und das Verfahren durch mit der entnervenden Regelmäßigkeit einer tibetanischen Gebetsmühle ständig wiederholte Behauptungen zu verschleppen". Die Vernehmung weiterer von der Bw. namhaft gemachte Zeugen, Gäste des Lokales, die die Aussagen der Familienmitglieder bestätigen würden, erscheint daher – insoweit ist der Finanzstrafbehörde erster Instanz zuzustimmen – nicht zielführend und könnte nur als Verschleppungsabsicht qualifiziert werden. Wenn von der Bw. vorgebracht wird, dass verwaltungsökonomische Gründe zurückstehen müssten, wenn es um die rechtsstaatliche Sicherheit gehe, ist darauf zu verweisen, dass es nicht Aufgabe des Finanzstrafverfahrens sein kann, so lange Zeugen zu vernehmen, bis das von der Verteidigung gewünschte Ergebnis zu Tage tritt. Wenn im Zuge eines Finanzstrafverfahrens ein bestimmtes Beweisergebnis ermittelt wurde und auch weitere Zeugen dieses Ergebnis nicht mehr erschüttern vermögen, besteht keine Veranlassung mehr, das Verfahren unnötig in die Länge zu ziehen, zumal damit auch Kosten für die Bw. (normaler Weise nach Verhandlungszeit abgerechnete Kosten des Rechtsanwalts in der mündlichen Verhandlung) entstehen.

Der Sachverhalt war somit entgegen der Ansicht der Bw. ausreichend ermittelt; allerdings ergeben sich hinsichtlich der rechtlichen Ausführungen bzw. der subjektiven Tatseite andere Schlussfolgerungen.

Auch wenn die Bw. und ihre Familienmitglieder immer nur darauf bedacht waren, darauf hinzuweisen, dass die Zeugin B. nicht als Kellnerin gearbeitet hätte, was im Beweisverfahren widerlegt wurde, darf nicht übersehen werden, dass zwar für die vom UVS Wien zu beurteilende Strafbarkeit nach dem Verwaltungsstrafgesetz fahrlässiges Verhalten genügt. Für die Strafbarkeit der Finanzordnungswidrigkeit nach § 51 Abs. 1 lit. c FinStrG ist jedoch vorsätzliche Begehung Voraussetzung.

Auch die Bemühungen der Finanzstrafbehörde erster Instanz konzentrierten sich ausschließlich auf das Beweisthema, ob die Zeugin B. in der Firma M. tätig gewesen ist bzw. auf Aussa-

gen zur Frage, wann ein Lohnkonto zu führen ist. Es wurde zwar nachgewiesen, dass die Zeugin B. im März 2001 entgeltlich für die Firma M. tätig war und daher objektiv die Verpflichtung zur Führung eines Lohnkontos im Sinne des § 76 Einkommensteuergesetz 1988 gegeben gewesen wäre. Entgegen den Ausführungen in der Berufung ist für jeden Arbeitnehmer, somit auch bei kurzfristig beschäftigten Aushilfskräften, ein Lohnkonto zu führen (vgl. RZ 1184 der Lohnsteuerrichtlinien).

Die Bw. war – wie dem vorliegenden Akteninhalt zu entnehmen ist – zum Zeitpunkt der Amtshandlung des Arbeitsinspektors für Bauwesen, die zur Anzeige führte, krankheitsbedingt nicht im Lokal anwesend. Zweifellos ist es Aufgabe einer in einem Gastronomiebetrieb tätigen Geschäftsführerin, die Entscheidung über die Aufnahme von Kellnern oder Aushilfeskellnerinnen oder vergleichbarem Personal zu treffen. Wie im Erkenntnis richtig ausgeführt kann das Vorbringen, die Bw. habe die Beschäftigung der Zeugin B. nicht selbst durchgeführt, die Bw. nicht entlasten, da sie davon zumindest gewusst haben müsse und es erscheint nicht glaubwürdig, dass diese an mehreren Wochenenden Aushilfsdienst verrichtet hat und die Verantwortliche davon nichts gewusst hätte.

Dem Veranlagungsakt ist weiters zu entnehmen, dass laut Abgabenkonto nur in einem Ausnahmefall tatsächlich Lohnsteuer bzw. lohnabhängige Abgaben entrichtet worden sind, offensichtlich in anderen Zeiträumen keine Lohnsteuerpflicht gegeben ist, sodass die Bw. ihre Aufmerksamkeit nicht vorrangig auf Lohnkonten und damit zusammenhängende abgabenrechtliche Verpflichtungen konzentrierte. Unabhängig vom Wissen um die Existenz einer Aushilfskraft im Lokal ist jedoch die Kenntnis der abgabenrechtlichen Verpflichtung zur Führung eines Lohnkontos zu beurteilen. Gerade aus der Tatsache, dass sich die Bw. nicht um die abgabenrechtliche Verpflichtung zur Führung von Lohnkonten kümmerte, sondern nur die Ansicht vertrat, eine entsprechende Verpflichtung würde erst bei einer regelmäßigen Beschäftigung und bei Überschreitung bestimmter Einkommensgrenzen vorliegen, lässt sich jedoch ableiten, dass die Bw. die nötige Sorgfalt im Zusammenhang mit der Führung von Lohnkonten nicht aufgewendet hat. Doch allein aus der Tatsache, dass eine Aushilfskraft – von wem immer – eingestellt wurde, lässt sich hinsichtlich der Nichtführung des entsprechenden Lohnkontos nur ein fahrlässiges Verhalten ableiten. Weder dem Akteninhalt noch den Ausführungen der Finanzstrafbehörde erster Instanz sind anders lautende Anhaltspunkte zu entnehmen, sodass ein Vorsatz der Bw. hinsichtlich der Nichtführung des Lohnkontos für die Zeugin B. nicht mit der für ein Finanzstrafverfahren erforderlichen Sicherheit nachgewiesen werden kann.

Es war daher nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" mit einer Einstellung des Finanzstrafverfahrens vorzugehen und spruchgemäß zu entscheiden.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 164 FinStrG ein weiteres ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen aber das Recht zu, gegen diesen Bescheid binnen sechs Wochen nach dessen Zustellung Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof und/oder beim Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 169 FinStrG wird zugleich dem Amtsbeauftragten das Recht der Erhebung einer Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof eingeräumt.

Wien, 19. Dezember 2003