



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAAT

Außenstelle Wien
Finanzstrafsenat 2

GZ. FSRV/0081-W/04

Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch das Mitglied des Finanzstrafsenates 2, OR Mag. Gerhard Groschedl, in der Finanzstrafsache gegen Herrn S.T., vertreten durch Dr. Gerhard Kohler Steuerberatungsges.m.b.H., 1050 Wien, Schönbrunner Straße 53, wegen des Finanzvergehens der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 51 Abs. 1 lit. c des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 12. Juli 2004 gegen das Erkenntnis des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 15. Juni 2004, SN 004-2004/00075-001,

zu Recht erkannt:

I. Der Berufung wird teilweise Folge gegeben und der angefochtene Bescheid in seinem Ausspruch über die Strafe und über die Verfahrenskosten aufgehoben und im Umfang der Aufhebung in der Sache wie folgt selbst erkannt:

Gemäß § 51 Abs. 2 FinStrG wird unter Bedachtnahme auf § 23 FinStrG die Geldstrafe mit € 400,00 und die für den Fall der Uneinbringlichkeit gemäß § 20 FinStrG an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe mit 2 Tagen neu bemessen.

Gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG werden die Kosten des Finanzstrafverfahrens mit € 40,00 neu bestimmt.

II. Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis vom 15. Juni 2004, SN 004-2004/00075-001, hat das Finanzamt Wien 4/5/10 als Finanzstrafbehörde erster Instanz den Berufungswerber (in weiterer Folge Bw.) für schuldig erkannt, er habe vorsätzlich durch die Nichtführung eines Lohnkontos für Frau J.V. im Zeitraum 11/2003 den Bestimmungen des § 76 EStG zuwidergehandelt und dadurch das Finanzvergehen der Finanzordnungswidrigkeit nach § 51 Abs. 1 lit. c FinStrG begangen. Über den Bw. wurde gemäß § 51 Abs. 2 FinStrG unter Bedachtnahme auf die Bestimmung des § 23 Abs. 3 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 FinStrG mit € 120,00 bestimmt.

Als Begründung wurde ausgeführt, dass aufgrund einer am 7. Dezember 2003 durch die KIAB Wien durchgeführten Erhebung im Geschäftslokal in Wien, festgestellt worden sei, dass Frau J.V. , Studentin für Bodenkultur, Aufräumarbeiten im Lokal durchgeführt habe. Bei ihrer Einvernahme habe sie angegeben, für € 7,00 pro Stunde Reinigungsarbeiten durchgeführt zu haben. Die im Rahmen der mündlichen Verhandlung als Zeugin vernommene Frau J.V. konkretisierte ihre Aussage, im Unternehmen an drei Sonntagen für jeweils 2-3 Stunden als Reinigungskraft tätig gewesen zu sein. Nach den eindeutigen Ergebnissen des Untersuchungsverfahrens habe der Bw. Frau J.V. in seinem Unternehmen beschäftigt. Dafür hätte er ein Lohnkonto zu führen gehabt, wobei das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Beschäftigungsbewilligung hierfür ohne Bedeutung sei. Auch der etwaige Anfall oder Nichtanfall von lohnabhängigen Abgaben sei für die Führung der geforderten Aufzeichnung ohne jede Bedeutung. Bei der Strafbemessung wurde die bisherige Unbescholtenheit als mildernd gewertet.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte – als Einspruch bezeichnete – Berufung des Beschuldigten vom 12. Juli 2004, wobei ausgeführt wurde, dass es richtig sei, dass das Lohnkonto für Frau J.V. im Zeitraum 10/2003 bis 12/2003 nicht geführt worden sei.

In der mündlichen Verhandlung am 15. Juni 2004, bei der Frau J.V. als Zeugin ausgesagt habe, habe sich bestätigt, dass sie nur an 2 Tagen, dem 23. November 2003 und 30. November 2003 je 3 Stunden gearbeitet habe. Am 8. Dezember 2003 habe Frau J.V. ihre Arbeit nicht mehr aufnehmen können.

Bei der Einleitung des Strafverfahrens gegen den Bw. sei davon ausgegangen worden, dass Frau J.V. seit 10/2003 täglich bei der Firma S-GmbH gearbeitet hätte und es sei vom Finanzamt Wien 4/5/10 eine Strafe von € 1.200,00 gegen den Bw. verhängt worden.

Wenn man nun von der neuen Situation ausgehe, dass Frau J.V. nur an 2 Tagen zu je 3 Stunden mit einem Stundenbruttolohn von € 7,00 gearbeitet habe, habe sie einen Lohn in Höhe von € 42,00 (brutto) bekommen. Die nun vom Finanzamt wieder in derselben Höhe verhängte Strafe von € 1.200,00 (welche bereits in der Strafverfügung verhängt worden sei, die noch von anderen Voraussetzungen der Beschäftigung ausgegangen ist) stehe in keinem realen Zusammenhang mit dem vorgeworfenen Vergehen.

Eine direkte Orientierung an einem strafbestimmenden Wertbetrag sei zwar bei einer Finanzordnungswidrigkeit nach § 51 FinStrG nicht möglich, jedoch müsse aus Verhältnismäßigkeitsgründen der Wert der erbrachten Arbeitsleistung von Frau J.V. sehr wohl herangezogen werden. Der Bw. sei außerdem davon überrascht worden, dass die Beschäftigung von Frau J.V. unter Umständen nicht möglich gewesen sei, da das Vorliegen einer Arbeitsbewilligung doch nicht sicher gewesen sei. Das Dienstverhältnis sei daher für den Bw. von einer äußereren Gegebenheit abhängig gewesen, da er nie jemanden ohne aufrechte Arbeitsbewilligung beschäftigen würde. Bei aufrechter Beschäftigung hätte er selbstverständlich alle Pflichten eines Dienstgebers erfüllt. Dabei dürfe nicht die absolut abgelaufene Zeit als Maß herangezogen werden, denn de facto sei diese Arbeitsleistung mit jemanden zu vergleichen, der den dritten Tag im Unternehmen beschäftigt wäre und das Dienstverhältnis noch in Schweben wäre.

Vergleiche man den absoluten Höchstbetrag, der als Strafe wegen Begehen einer Finanzordnungswidrigkeit vorgesehen ist, der über Jahre hinweg keine Lohnkonten führt, mit der Nachlässigkeit des Bw., sei die Strafbemessung überschießend.

Weiters sei mildernd für den Bw. anzumerken, dass er dringend eine Hilfe im Betrieb benötigt habe, die ihn und Frau J. bei der Arbeit ein wenig unterstützt. Der Bw. habe keine Abgaben hinterziehen wollen oder sonst einen strafrechtlichen Tatbestand setzen, er habe vielmehr aus einer wirtschaftlichen Notlage heraus gehandelt.

Nach seinem Ermessen sei der Tatbestand der Nichtführung des Lohnkonto für Frau J.V. nicht in diesem Ausmaß zu bestrafen, wie es das Finanzamt Wien 4/5/10 als Finanzstrafbehörde erster Instanz getan habe, sondern es sollte lediglich eine Verwarnung an den Bw. ausgesprochen werden, da es zu keiner tatsächlichen Hinterziehung von Abgaben gekommen sei und für den Bw. auch eine Verwarnung jedenfalls ausreichende Präventivwirkung entfalte.

Eine mündliche Berufungsverhandlung wurde nicht beantragt.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

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

oder monopolrechtliche Pflicht zur Führung oder Aufbewahrung von Büchern oder sonstigen Aufzeichnungen verletzt.

Gemäß § 51 Abs. 2 FinStrG wird die Finanzordnungswidrigkeit mit einer Geldstrafe bis zu 3 625 Euro geahndet

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

§ 23 Abs. 2 FinStrG: Bei 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. 3 FinStrG: Bei Bemessung der Geldstrafe sind auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen.

Eingangs ist festzuhalten, dass aufgrund der Anzeige der KIAB Wien über den Einsatz vom 7. Dezember 2003 und der Zeugenaussage von Frau J.V. in der mündlichen Verhandlung vom 15. Juni 2004 außer Streit steht, dass Frau J.V. an 2 Tagen, nämlich am 23. November 2003 und am 30. November 2003, im Lokal des Bw. je 3 Stunden gearbeitet hat, ohne dass der Bw. als für die Führung von Lohnkonten verantwortlicher Geschäftsführer der Firma S-GmbH im inkriminierten Zeitraum ein Lohnkonto geführt hat.

Aus den Ausführungen des Bw., dass er bei aufrechter Beschäftigung selbstverständlich alle Pflichten eines Dienstgebers erfüllt hätte, ist einerseits die Tatsache abzuleiten, dass er ein Lohnkonto nicht geführt hat, andererseits, dass ihm die Pflicht zur Führung eines Lohnkontos bekannt gewesen ist. Die Behauptung, dass der Bw. keinen strafrechtlichen Tatbestand setzen wollte, er vielmehr aus einer wirtschaftlichen Notlage heraus gehandelt habe, ist nicht geeignet, Zweifel an der vorsätzlichen Handlungsweise zu erwecken. Diese Ausführungen sind nach Ansicht der Finanzstrafbehörde zweiter Instanz vielmehr vom Wunsch geleitet, mildernde Umstände für die Bemessung der Geldstrafe darzulegen. Inwieweit der Bw. die weiteren Voraussetzungen (das Vorliegen einer Arbeitsbewilligung war nach den Berufungsausführungen nicht sicher) für ein gesetzeskonformes Arbeitsverhältnis geprüft hat, ist nicht in diesem Verfahren zu klären, wobei – wie bereits die Finanzstrafbehörde erster Instanz richtig ausgeführt hat – das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Beschäftigungsbewilligung für die Führung der geforderten Aufzeichnung ebenso ohne Bedeutung ist wie der etwaige Anfall oder Nichtanfall von lohnabhängigen Abgaben.

Wenn der Bw. darauf hinweist, dass er keine Abgaben hinterziehen wollte, so sei erwähnt, dass eine Finanzordnungswidrigkeit nach § 51 FinStrG als Auffangtatbestand gerade für die Fälle geschaffen wurde, in denen keine anderen Finanzvergehen verwirklicht wurden. Die Subsidiaritätsklausel im ersten Satz des § 51 Abs. 1 FinStrG ("ohne hiervon den Tatbestand eines anderen Finanzvergehens zu erfüllen") trägt dem Umstand, dass es zu keiner Verkürzung oder Hinterziehung von Abgaben gekommen ist, somit den Ausführungen des Bw. ohnehin Rechnung. Bei dem Finanzvergehen der Finanzordnungswidrigkeit nach § 51 Abs. 1 lit. c FinStrG handelt es sich um eine allgemeine Pönalisierung der Verletzung der

Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Aufzeichnungen, im gegenständlichen Fall die Nichtführung eines Lohnkontos. Für die Beurteilung der Pflichtverletzung ist die Höhe des vermeintlichen Bruttolohns von € 42,00 ebenso unbeachtlich.

Auch dem Einwand, die nun vom Finanzamt wieder in derselben Höhe verhängte Strafe von € 1.200,00 sei bereits in der Strafverfügung verhängt worden, die noch von anderen Voraussetzungen der Beschäftigung ausgegangen ist, kommt insoweit keine Bedeutung zu, als nach § 145 Abs. 2 FinStrG durch die rechtzeitige Einbringung eines Einspruches die Strafverfügung außer Kraft tritt. Das Verfahren ist nach den Bestimmungen der §§ 115 bis 142 FinStrG durchzuführen. In diesem Verfahren hat die Finanzstrafbehörde erster Instanz auf den Inhalt der außer Kraft getretenen Strafverfügung keine Rücksicht zu nehmen und kann auch eine andere Entscheidung fällen.

Den weiteren Berufungsausführungen, für den Bw. würde auch eine Verwarnung jedenfalls ausreichende Präventivwirkung entfalten, darf erwidert werden, dass gerade in einer Zeit, wo die Schattenwirtschaft immer größere Ausmaße annimmt, nicht nur spezialpräventive, sondern vielmehr generalpräventive Gründe zu beachten sind und die Begehung eines Finanzvergehens kein Kavaliersdelikt darstellt, das ohne Strafe bleiben darf. Würde man im Falle der vorsätzlichen Nichtführung von Lohnkonten nur eine Verwarnung aussprechen, käme dies einem Freibrief für jene Unternehmer gleich, die – aus welchen Gründen immer – an die (im Sinne des Bw. dann finanziell ohne Konsequenzen bleibende) Beschäftigung von Schwarzarbeitern denken.

Gemäß § 25 Abs. 2 FinStrG hat die Finanzstrafbehörde von der Einleitung oder von der weiteren Durchführung eines Finanzstrafverfahrens und von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn das Verschulden des Täters geringfügig ist und die Tat keine oder nur unbedeutende Folgen nach sich gezogen hat. Sie hat jedoch dem Täter mit Bescheid eine Verwarnung zu erteilen, wenn dies geboten ist, um ihn von weiteren Finanzvergehen abzuhalten.

Ein geringfügiges Verschulden im Sinne des § 25 FinStrG kann zwar auch bei vorsätzlichem Handeln vorliegen; dies trifft allerdings nur dann zu, wenn besondere Umstände bei der Begehung der Tat diesen Schluss rechtfertigen, wie z.B. verminderte Zurechnungsfähigkeit, Unbesonnenheit usw. (VwGH 23.10.2002, 2002/16/0151).

Von einem geringfügigen Verschulden kann nur die Rede sein, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafandrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückbleibt. Ist auch nur eines der beiden Tatbestandselemente (geringfügiges Verschulden und unbedeutende Folge der Tat) nicht erfüllt, so kommt eine Anwendung dieser Gesetzesstelle nicht in Betracht. Da im vorliegenden Fall keine Hinweise für ein geringfügiges Verschulden vorliegen, waren die Voraussetzungen für die Verwarnung nicht gegeben.

Allerdings sind die weiteren Berufungsausführungen, dass eine direkte Orientierung an einem strafbestimmenden Wertbetrag zwar bei einer Finanzordnungswidrigkeit nach § 51 FinStrG nicht möglich sei, jedoch aus Verhältnismäßigkeitsgründen der Wert der erbrachten Arbeitsleitung von Frau J.V. sehr wohl herangezogen werden müsse; es dürfe dabei nicht die absolut abgelaufene Zeit als Maß herangezogen werden, denn de facto sei diese Arbeitsleistung mit jemanden zu vergleichen, der den dritten Tag im Unternehmen beschäftigt wäre und das Dienstverhältnis noch in Schwebe wäre, durchaus als Gründe für eine Neuorientierung bei der Strafbemessung heranzuziehen.

Dem Vorbringen des Bw., das auf eine Reduzierung der Geldstrafe abzielt, kommt somit insoweit Berechtigung zu, als die Strafbemessung im Vergleich zu anderen Geldstrafen, die als Folge der selben Pflichtverletzung wegen einer Finanzordnungswidrigkeit nach § 51 Abs. 1 lit. c FinStrG verhängt wurden, relativ großzügig bemessen wurde. Angesichts der in der Berufung dargelegten weiteren Milderungsgründe des Geständnisses und der wirtschaftlichen Notlage des Unternehmens sowie der aktenkundigen wirtschaftlichen Lage des Bw. erscheint aus general- und spezialpräventiven Gründen gemäß § 51 Abs. 2 FinStrG in Verbindung mit § 23 Abs. 3 FinStrG eine Reduzierung der Geldstrafe auf einen Betrag von € 400,00 als schuldangemessen.

Für den Fall der Uneinbringlichkeit wird unter denselben Strafzumessungsgründen die Ersatzfreiheitsstrafe gemäß § 20 FinStrG mit 2 Tagen neu bemessen.

Die Kosten des Finanzstrafverfahrens werden gemäß § 185 Abs. 1 FinStrG mit € 40 neu bemessen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 24. Juni 2005