



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Finanzstrafsenat 3

GZ. FSRV/0123-W/06

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch das Mitglied des Finanzstrafsenates 3, HR Dr. Michaela Schmutzer, in der Finanzstrafsache gegen M.Ö., vertreten durch Dr. Wolfgang Zatlasch, RA, 1060 Wien, Mariahilferstr. 49, wegen des Finanzvergehens der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 51 Abs.1 lit. c des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 7. September 2006 gegen das Erkenntnis des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 7. August 2006, SN 1,

zu Recht erkannt:

Der Berufung wird in soweit stattgegeben, dass der Tatzeitraum auf Dezember 2005 eingeschränkt wird.

Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis vom 7. August 2006, SN 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 als für die Wahrnehmung der abgabenrechtlichen Obliegenheiten der Ö.KEG verantwortlicher Geschäftsführer im Bereich des Finanzamtes Wien 4/5/10, vorsätzlich durch die Nichtführung von Lohnkonten für G.M. im Zeitraum November und Dezember 2005 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.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 7. September 2006, in der vorgebracht wird, dass G.M. am 28. Dezember 2005 legal über die Weihnachtsfeiertage zu einem Besuch bei ihrer Bekannten, Frau N.N., der Kommanditistin der Ö.KEG nach Österreich eingereist sei.

Die beiden Frauen seien am 28. Dezember 2005 um 20.10 Uhr bei einer Kontrolle des Zollamtes Wien in dem Lokal des Bw. angetroffen worden, jedoch dort nicht beschäftigt gewesen.

Das hierbei durch den einschreitenden Beamten des Zollamtes ausgefüllte Personalerhebungsblatt sei in Deutsch und Russisch abgefasst und somit von den beiden nur bulgarisch sprechenden Damen nicht zu verstehen gewesen.

Es könne nicht nachvollzogen werden, wie die Eintragungen ohne Beziehung eines Dolmetscher zustande kommen konnten. Der Umstand, dass G.M. Tee gekocht habe, lasse nicht den Rückschluss auf ein Beschäftigungsverhältnis zu, es sei ihr von ihrer Bekannten und Lokalmitbesitzerin gestattet worden, für sich selbst an der Theke Tee zu kochen. Sie sei zudem im Jogginganzug im Lokal gewesen und habe somit keine Bekleidung getragen, die einer Bedienungsstellung in einem Lokal entspreche.

Nach dem fremdenpolizeilichen Akt habe G.M. bei Befragung durch einen bulgarischen Dolmetscher angegeben, dass sie nur über die Weihnachtsfeiertage bei ihrer Freundin zu Besuch sein wollte und keine Servietätigkeit ausgeübt habe.

Eine Abwägung zwischen den Berichten des Zollamtes und der Fremdenpolizei sei unterblieben, es hätte eine Einvernahme der Erhebungsbeamten des Zollamtes zu den Umständen beim Ausfüllen des Personalblattes erfolgen müssen. Diese Unterlassungen stellen grobe Verfahrensmängel dar.

Aus der Tatsache, dass G.M. bei der Betretung einen Betrag von knapp über € 100 bei sich gehabt habe, könne nicht geschlossen werden, dass sie im Monat Dezember eine Beschäftigung ausgeübt habe, da sie dann ja über wesentlich mehr Geld verfügen hätte können müssen.

Wieso bereits für November Lohnkonten für eine Person geführt werden sollten, die nachweislich erst am 30. November eingereist ist, sei nicht nachvollziehbar.

Die Darstellung von G.M. sei nicht widerlegbar, wobei abschließend ergänzt werde, dass in einem ebenfalls bekämpften Straferkenntnis des Magistrates angeführt sei, dass die Intervention des Zollamtes am 8. Dezember 2005 erfolgt sei, demnach wäre auch der angegebene Tatzeitpunkt unrichtig festgehalten worden.

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, BGBI. 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 gehört G.M., dem im § 25 Abs. 1 Z 4 lit. b EStG 1988 genannten Personenkreis nicht an.

Nach den im Strafakt erliegenden Unterlagen hat am 28. Dezember 2005 um 20 Uhr 10 im Lokal der Ö.KEG eine Kontrolle durch das Team C KIAB des Zollamtes Wien stattgefunden. Nach dem Erhebungsbericht waren der Bw., N.N. und G.M. anwesend, wobei jeweils ein Personenblatt mit verschiedenen Angaben zu den beiden Damen aufliegt. Dem Vorbringen des Bw. diese Erhebungsblätter können nicht von den beiden Damen ausgefüllt worden sein, da G.M. weder der Deutschen noch der Russischen Sprache mächtig sei, sondern lediglich Bulgarisch spreche, ist entgegen zu halten, dass diese Personenblätter unterschiedliche Rechtschreibfehler aufweisen.

Auf dem Personenblatt von N.N. wird die Geschäftsadresse Gg. nur mit einem I geschrieben, die Bezeichnung des Lokales mit „C1“ angegeben sowie die Arbeitszeit und der Lohn mit „varschieden“ bezeichnet.

Auf dem Personenblatt von G.M. wird die Geschäftsadresse mit „g“ angegeben, das Lokal mit „c2“ bezeichnet und die tägliche Arbeitszeit mit „farchiden“ festgehalten.

Vor allem die Schreibweise des Wortes „verschieden“ belegt unzweifelhaft, dass die Personenblätter nicht von einem Beamten ausgefüllt worden sein können. Der Bw. wäre wohl in der Lage gewesen die Bezeichnung seines Lokales, c3, richtig zu schreiben, bzw. zumindestens zwei Mal die selbe Bezeichnung zu wählen, daher verbleibt denklogisch nur, dass die beiden Damen, im Rahmen ihrer bescheidenen sprachlichen Möglichkeiten, die Antworten selbst verfasst haben.

Es ist daher im Rahmen der freien Beweiswürdigung davon auszugehen, dass die Angabe von G.M., dass sie seit einem Monat in dem Lokal des Bw. beschäftigt sei, auch tatsächlich von ihr getätigkt wurde (Blatt 14 des Strafaktes).

Nach der Anhaltemeldung (Blatt 31 des Strafaktes) ist sie am 30. November 2005 eingereist und wurde am 28. November 2005 um 20 Uhr 15 in Schubhaft genommen und an das Koat 10 überstellt.

Es ist zutreffend, dass in dem Strafantrag vom 4. Jänner 2006 an das Magistratische Bezirksamt auf Seite 2 das Erhebungsdatum mit 8. Dezember 2005 angeführt ist, dass es sich dabei um einen Schreibfehler handelt, belegen der Erhebungsbericht (Blatt 12 des Strafaktes) sowie die beiden Personenblätter, die alle das Datum 18. Dezember 2005 und eine genaue Uhrzeit enthalten.

Am 3. Jänner 2006 wurde im fremdenpolizeilichen Büro eine Einvernahme mit G.M. gemacht, in der sie wiederum angab bereits am 30 November 2005 mit dem Bus nach Österreich eingereist zu sein, daher stehen sowohl die Eintragung auf dem Personenblatt als auch diese Aussage der Behauptung in der Berufung entgegen, sie sei erst am 28. Dezember 2005 nach Österreich gekommen.

Weiters wird ausgeführt, sie sei nach Österreich gekommen um eine Freundin zu besuchen, von der sie nur den Vornamen aber keinen Nachnamen und keine Adresse kenne. Bei der Einreise habe sie über € 100,00 verfügt und besitze nunmehr € 109,00.

Ihre Freundin arbeite im Cafe Asya, sie habe sie dort besucht und weil ihre Freundin noch zu tun gehabt habe, sich selbst Tee gekocht. Auf Vorhalt, dass es unüblich sei, sich in einem Lokal, in dem man nicht arbeite selbst zu bedienen und seinen Pass im Hinterzimmer zu deponieren, entgegnete sie, dass sie in dem Hinterzimmer auch geschlafen habe, bestritt jedoch im Lokal gearbeitet zu haben.

Diese Angaben weisen Widersprüche dahingehend auf, dass G.M. zunächst behauptet, dass sie die Freundin im Cafe bei der Arbeit besucht hat und im Zuge der weiteren Befragung jedoch zugesteht, dass sie in den Räumlichkeiten des Lokales übernachtet habe und dass keine Aufklärung erfolgt, wie es zu dem Geldzuwachs von € 9,00 in 28 Tagen gekommen sei, bzw. wieso von der Erstaussage seit einem Monat in dem Lokal beschäftigt zu sein, nunmehr abgegangen wird.

Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass im Rahmen eines Verfahrens angepasste Verantwortungslinien gewählt werden, den Erstangaben kommt in diesem Fall jedoch erhöhte Beweiskraft zu, da sie unmittelbar nach Entdeckung der unangemeldeten Anwesenheit im Lokal und nicht nach reiflicher Überlegung einer für alle Beteiligten möglichst günstigen Verfahrenseinlassung getätigten wurden.

Es erscheint allerdings nicht nachweisbar, dass eine Aufnahme des Arbeitsverhältnisses bereits am Tag der Einreise, dem letzten Tag des Monates November erfolgt ist, für den Monat Dezember 2005 ist jedoch im Rahmen der freien Beweiswürdigung von einem Beschäftigungsverhältnis auszugehen, daher wäre ein Lohnkonto zu führen gewesen. Es kommt diesbezüglich nicht darauf an, dass tatsächlich Zahlungen erfolgt sind. Es wurde kein Lohnkonto angelegt, daher ist der objektive Tatbestand somit erfüllt.

Der Bw. fungierte im Tatzeitraum als persönlich haftender Gesellschafter der Ö.KEG , daher wäre es ihm obliegen für die Einhaltung der steuerlichen Vorschriften Sorge zu tragen.

Er weist u. a. bereits zwei rechtskräftige Vorstrafen nach § 51 Abs. 1 lit. c FinStrG zu SN 2001/00515-001 vom 25. März 2002 und zu SN 2005/00150-001 vom 17. August 2005 auf. Er hat sich auch diesen beiden Verfahren stets leugnend verantwortet, wobei das Verfahren zu SN 2005/00150-001 dahingehend eine Parallel zu dem gegenständlichen Verfahren aufzeigt, als damals die Verantwortungslinie gewählt wurde, dass einer Bekannten gestattet worden sein soll sich selbst in dem Lokal eine Suppe zu kochen und auch ihr bulgarischer Reisepass hinter der Schank aufbewahrt wurde. Von dieser Frau wurde im Rahmen der Kontrolle ein Foto in der Küche angefertigt, sie trägt eine sportliche Hose und eine Art Jogginganzugoberteil. Sollte die im Zuge dieses Verfahrens aufgegriffene G.M. tatsächlich einen Jogginganzug angehabt habe, was weder durch einen Bericht des Zollamtes noch durch von ihr getätigte Angaben verifiziert werden kann, so wäre dies demnach im Lichte des Vorerhebungsberichtes einer Beschäftigung im Lokal des Bw. nicht entgegen gestanden.

Es ist daher erwiesen, dass es der Bw. zumindest ernstlich für möglich gehalten hat, dass für G.M. ein Lohnkonto anzulegen ist und dies unterlassen hat.

Der Tatbestand ist in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt.

Gemäß § 51 Abs. 2 FinStrG wird die Finanzordnungswidrigkeit nach § 51 Abs.1 lit. a FinStrG mit einer Geldstrafe bis € 3,625,00 geahndet.

Die Finanzstrafbehörde erster Instanz wertete keinen Umstand als mildernd und drei Vorstrafen als erschwerend.

Grundlage für die Strafbemessung ist gemäß § 23 Abs.1 FinStrG die Schuld des Täters.

Gemäß § 23 Abs. 2 FinStrG sind die Erschwerungs- und Milderungsgründe gegeneinander abzuwägen, wobei im Übrigen die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches gelten.

Gemäß § 23 Abs. 3 FinStrG sind bei der Bemessung der Geldstrafe auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen.

Nach den Angaben in der Niederschrift vom 17. August 2005 hatte der Bw. damals ein Einkommen in der Höhe von € 700,00 bis 800,00 monatlich sowie Sorgepflichten für drei Kinder. Seine Einkommensteuererklärung für das Jahr 2006 weist einen Verlust aus Gewerbebetrieb in der Höhe von € 125.712,16 aus, die Berufung enthält keine weiteren Ausführungen zu seiner wirtschaftlichen Lage.

Die äußerst angespannte wirtschaftliche Situation ist als Milderungsgrund zu berücksichtigen, dem steht jedoch erschwerend entgegen, dass der Bw. trotz einschlägiger Vorstrafen und der im selben Jahr, erst vier Monate vor dem verfahrensgegenständlichen Aufgriff, vorgenommenen Bestrafung (ebenfalls € 1.200,00) wegen der Unterlassung der Führung eines Lohnkontos, nicht von einer weiteren Deliktsverwirklichung Abstand genommen hat. Aus spezialpräventiven Erwägungen war daher eine Strafreduktion nicht möglich.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 5. Februar 2008