



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Klagenfurt
Finanzstrafsenat Klagenfurt 1

GZ. FSRV/0005-K/11

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch das Mitglied des Finanzstrafsenates 1, Mag. Hannes Prosen, in der Finanzstrafsache gegen K, geboren am 13. D 1969, Gastronom, F, vertreten durch Dr. JK, Rechtsanwältin, V., D.Str 29, wegen des Finanzvergehens der versuchten Abgabenhinterziehungen gemäß § 33 Abs. 1 iVm § 13 des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 30. Juni 2011 gegen das Erkenntnis des Finanzamtes S, vertreten durch die Amtsbeauftragte Mag. K.M., als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 23. Mai 2011, StrNr. 061/2010/00177-001,

zu Recht erkannt:

I. Der Berufung des Beschuldigten wird teilweise Folge gegeben und die hinsichtlich des Schulterspruches und der Kostenvorschreibung unverändert bleibende Entscheidung in ihrem Strafausspruch dahingehend abgeändert, dass die gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG iVm § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG zu verhängende **Geldstrafe** auf

€ 6.500,00

(in Worten: Euro sechstausendfünfhundert)

und die gemäß § 20 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit derselben auszusprechende **Ersatzfeiheitsstrafe** auf

23 Tage

verringert werden.

II. Im Übrigen wird die Berufung des Beschuldigten als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Aus den Finanzstraf- und Einkommensteuerakten, Steuernummer X, dem Bericht über das Ergebnis der Außenprüfung vom 16. Februar 2010 betreffend das Geschäftsjahr 2008, ABNr. 125008/10, der Vorstrafenabfrage vom 28.4.2011, dem Protokoll über die mündliche Verhandlung in der Arbeitsrechtssache der A.W. (Kellnerin) gegen den Berufungswerber am 24. März 2009 mitsamt der Vergleichsaufstellung vom 28. Mai 2009, beide zu AZ 43 Cga 202/08 k, den Niederschriften über die erstinstanzliche mündliche Verhandlung vom 23. Mai 2010 beim Finanzamt S als Finanzstrafbehörde I. Instanz und den Zeugeneinvernahmen des Buchhalters A.H., des Betriebsprüfers H.Z, der G.S., der A.W. in der mündlichen Verhandlung ergibt sich folgender Sachverhalt:

Der Beschuldigte führte als Gastronom seit dem Jahr 2005 den Gastronomiebetrieb "GS" und seit dem Jahr 2007 das Cafe "T". Das Finanzamt führte im Februar 2008 im Unternehmen des Beschuldigten eine Betriebspflichtprüfung durch und wurden dabei schwere formelle und materielle Aufzeichnungsmängel festgestellt, sodass der Prüfer gezwungen war, eine Hinzuschätzung bei den erklärten Betriebseinnahmen in Höhe von 50% vorzunehmen. Die Betriebsausgaben wurden in Höhe von 40% der Einnahmen geschätzt und berücksichtigt. Im Prüfungszeitraum 2006 und 1-10/2007 hat der Beschuldigte weder Umsatzsteuervoranmeldungen eingereicht noch Umsatzsteuervorauszahlungen geleistet. Die Umsatzsteuerzahllast für das Jahr 2006 betrug € 2.520,00; jene für die Zeiträume 1-10/2007 € 7.451,07.

Mit Strafverfügung vom 20. Mai 2008 wurde der Beschuldigte schuldig erkannt, vorsätzlich unter Verletzung der Pflicht zur Verpflichtung von dem § 21 UStG 1994 entsprechenden Voranmeldungen für die Voranmeldungszeiträume Jänner bis Dezember 2006 in Höhe von € 2.520,00 und für die Vorauszahlungszeiträume Jänner bis Oktober 2007 in Höhe von € 7.451,07 eine Verkürzung von Umsatzsteuervorauszahlungen bewirkt und dadurch Abgabenhinterziehungen gemäß § 33 Abs. 2 lit.a FinStrG begangen zu haben, sowie die Jahresabgabenerklärungen der Jahre 2005 und 2006 nicht eingereicht und dadurch Finanzordnungswidrigkeiten gemäß § 51 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen zu haben.

Ausgehend von einem strafbestimmenden Wertbetrag in Höhe von € 9.971,07 wurde über den Beschuldigten eine Geldstrafe in Höhe von € 4.400,00 verhängt.

Am 23. November 2010 übermittelte der Berufungswerber (im Folgendem: Bw.) dem Finanzamt elektronisch die Umsatzsteuer- und die Einkommensteuererklärungen 2008 für beide Gastronomiebetriebe.

Am 12. Jänner 2010 wurde über den Berufungswerber das Konkursverfahren beim LG I, Zahl 12 S 4/10a, eröffnet.

Der Bw. verfügt über ein geringes Einkommen, welches bis auf das Existenzminimum gepfändet wird, und ist sorgepflichtig für seinen Sohn U., geboren am TT.MM.1991, der eine Lehre absolviert.

Im Februar 2010 führte das Finanzamt eine Außenprüfung für den Zeitraum 2008 durch und nahm eine Kalkulation aufbauend auf den erklärten Wareneinkauf vor. Dabei stellte der Prüfer bei den Getränken Kalkulationsdifferenzen in Höhe von € 34.487,90 zu den erklärten Getränkeerlösen fest (Erlöse laut Abgabenerklärung: € 119.113,06 – kalkulierte Erlöse laut Prüfung: € 153.600,76).

Bei der Ermittlung der Rohaufschläge berücksichtigte der Prüfer laut Tz. 3 des Prüfberichtes die Mindererlöse bei Vereinsfeiern, den Schwund, Eigenverbrauch, Personalverpflegung, sowie die nicht verrechneten Getränke und Werbemaßnahmen (Tz. 3 des Berichtes über das Ergebnis der Außenprüfung vom 16.2.2010, AB Nr.125008/10).

Mit Umsatzsteuerbescheid vom 16. Februar 2010 setzte das Finanzamt die Umsatzsteuer 2010 in Höhe von € 13.195,96 anstatt der bisher geleisteten Zahllasten in Höhe von € 5.974,70 fest (Umsatzsteuernachforderung: € 7.221,26). Die Einkommensteuer 2008 wurde in Höhe von € 14.521,11 festgesetzt. Die Abgabenbescheide sind rechtskräftig.

Mit Strafverfügung vom 19. Jänner 2011 sprach das Finanzamt als Finanzstrafbehörde I. Instanz den Bw. schuldig, vorsätzlich unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Offenlegungs- und Wahrheitspflicht durch die Nichterklärung von Betriebseinnahmen des Jahres 2008 laut Tz. 3 des Prüfberichtes vom 16. Februar 2010 die Verkürzung mit Bescheid festzusetzender Umsatzsteuern in Höhe von € 6.900,00 und Einkommensteuer des Jahres 2008 in Höhe von € 10.831,47 zu bewirken versucht und dies nicht bloß für möglich, sondern für gewiss gehalten zu haben und hiedurch die Finanzvergehen der versuchten Abgabenhinterziehungen nach § 13 iVm § 33 Abs.1 FinStrG begangen zu haben.

Gemäß § 33 Abs. 5 FinStrG wurde über den Bw. eine Geldstrafe in Höhe von € 9.000,00 verhängt. Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde mit 42 Tagen festgesetzt.

Mit Schriftsatz vom 15. Februar 2011 er hob der Bw. Einspruch gegen diese Strafverfügung und führte begründend aus, er sei von seiner Mitarbeiterin (Kellnerin) A.W. betrogen worden. Sein Buchhalter habe ihn im April 2008 auf erhebliche Diskrepanzen bei den Ein- und Ausgaben des Betriebes in Höhe von € 30.000,00 hingewiesen. Schriftlich führte der Beschuldigte aus:

"Da der Einspruchswerber stets alle Ein- und Ausgaben ordnungsgemäß abrechnet, stellte er seine Mitarbeiterin A.W. wegen der fehlenden Einnahmen unmittelbar zur Rede. Diese gab zwar zu, dass sie ab und zu Essen und Getränke verschenkt habe. Allerdings hatte der Einspruchswerber sie zuvor dabei ertappt, dass sie eine Pizza nicht boniert und das Geld für die Pizza eingesteckt hatte. Dies legte den begründeten Verdacht nahe, dass die Angestellte für gewöhnlich Bestellungen ab und zu nicht bonierte und die Einnahmen für sich einbehält.

Der Einspruchswerber entließ A.W. fristlos.

Diese klagte den Einspruchswerber vor dem Arbeitsgericht wegen ihrer angeblich ungerechtfertigten Entlassung. Vor dem Arbeitsgericht wiederholte sie ihr Geständnis nicht. Der Einspruchswerber ist im Besitz eines Tonbandmitschnittes, das ein Geständnis der Frau W zum Inhalt hat, welcher Tonbandmitschnitt aber vor Gericht als Beweismittel nicht zugelassen wurde.

Die Richterin fragte den Einspruchswerber anlässlich einer Tagsatzung, ob es in seinem Lokal denn üblich sei, dass "Runden geschmissen werden", was der Einspruchswerber ehrlicher Weise nicht verneinen konnte, auch wenn dies die absolute Ausnahme darstellt.

Dies genügte jedoch der Richterin schon und stellte sie fest, dass die Klägerin zwar eine Dienstverfehlung begangen habe, aber nicht schadenersatzpflichtig sei. Um Kosten zu sparen, willigte der Einspruchswerber in Anbetracht der vorgefassten Meinung der Richterin in den vorliegenden Vergleich von 28.5.2009 ein, wonach er letztendlich aber nicht nur den Schaden von rund EUR 30.000,00 zu tragen hat, sondern auch der Täterin den Lohn fortzahlen musste.

Beweis: PV

Vergleichsaufstellung zu Aktenzahl 43 Cga 202/08 k, ZVA.H. , Bilanzbuchhalter nach BiBuG, OStr. Straße 28, KN, Telefon 0634st65, ccc.123kubu.at

ZVG.S, pA des Einspruchswerbers

Was die Höhe der Strafe angeht, so hat der Einspruchswerber wegen Konkurses (GZ 12 S 4/10a, Landgericht I) seinen Betrieb und seine Selbständigkeit per 31.12.2010 aufgegeben und ist nun Angestellter in seinem ehemaligen eigenen Betrieb. Der Einspruchwerber verdient das Existenzminimum, das sind rund EUR 880,00 im Monat. Die Geldstrafe von EUR 9.000,00 gem. Ziff. 2. der hier angefochtenen Strafverfügung und die Kosten des Strafverfahrens iHv EUR 500,00 würden für den Einspruchwerber eine unbillige Härte darstellen, was mit dem Grundprinzipien unserer Rechtsstaatlichkeit nicht Einklang zu bringen ist."

In der mündlichen Verhandlung vom 23. Mai 2011 verantwortete sich der Beschuldigte nicht geständig und gab an, von seiner Kellnerin A.W. betrogen worden zu sein. Diese habe Getränke und Speisen auf eigene Rechnung verkauft und das Geld an sich genommen. Einmal habe sie eine Pizza verkauft, diese jedoch nicht boniert und den Geldbetrag kassiert.

Im Arbeitsgerichtsprozess zwischen ihm und seiner Kellnerin habe diese ausgesagt, Getränke an Kunden verschenkt zu haben. Er habe die Angestellte nach ihrem Urlaub am 10.6.2008 zur Rede gestellt und aufgrund der festgestellten Mängel fristlos entlassen. Die Kellnerin habe dagegen Klage beim Arbeitsgericht eingebracht und habe der Prozess mit einem Vergleich beim Arbeitsgericht geendet. Im Verfahren habe die Kellnerin zugegeben, Getränke an Gäste gratis ausgeschenkt zu haben. Er habe einem Vergleich zugestimmt, weil ihm dies von der Richterin und seiner Verteidigerin nahe gelegt worden sei.

Frau A.W. habe vor ihm das Cafe geführt, er habe Mitte 2007 das Cafe übernommen und sie ihm Unternehmen angestellt. Er habe die geschätzten Kalkulationsdifferenzen nicht eingegangen und nunmehr den Schaden zu tragen. Er habe seiner Angestellten vertraut, weil diese bereits zuvor das Lokal geführt hatte.

Aus dem vorgelegten Tonbandprotokoll über das Entlassungsgespräch am 10.8.2008 zwischen ihm und der Kellnerin in Anwesenheit seiner Lebensgefährtin G.S. sei ersichtlich, dass seine Angestellte, welche immer Nachdienst bis 24 Uhr hatte, beträchtliche Mengen an Alkohol an die Gäste ausgeschenkt hat. Zeitlich sind die festgestellten Kalkulationsdifferenzen jedenfalls dem Zeitraum 1.1. bis 10.6.2008 zuzuordnen.

Der Buchhalter G.H. gab als Zeuge befragt an, er habe für den Zeitraum 1-4/2008 im Zuge einer Nachkalkulation Umsatzsteuerdifferenzen in Höhe von € 19.091,00 festgestellt, welche vor allem aus dem Verkauf von Bier und Spirituosen resultierten. Der Bw. habe ihm dazu erklärt, dass er seine Kellnerin ertappt habe, wie diese Getränke nicht boniert und Einladungen ausgesprochen habe. Seine Kalkulationen hätten ergeben, dass der Beschuldigte ab Juli 2008 laufend Gewinne in Höhe von monatlich € 2.000,00 erwirtschaftet habe.

Der Betriebsprüfer gab zum Ergebnis der Betriebsprüfung im Februar 2010 an, er habe aus dem Wareneinkauf und den Umsätzen Rohaufschläge ermittelt. Dabei wären ihm Diskrepanzen zu den in dieser Branche üblichen Vergleichsbetrieben aufgefallen. Diese betrafen vor allem Spirituosen, Bier und alkoholfreie Getränke. Er habe bei der Kalkulation die besonderen Umstände wie Mindererlöse im GS bei Vereinsfeiern, Schwund, Eigenverbrauch, Personalverpflegung, nicht verrechnete Getränke und Werbemaßnahmen ausreichend berücksichtigt. Der Beschuldigte habe zwei Geschäftslokale geführt, wobei die Kellnerin A.W. lediglich im Cafe T angestellt war.

Die Kalkulationsdifferenzen wären für beide Lokale ermittelt worden, weil auch der Wareneinkauf für beide Lokale zusammen erfolgte. Er habe den Beschuldigten bereits im

Zuge der Vorbetriebsprüfung darauf hingewiesen, dass Erlöse ordnungsgemäß aufzuzeichnen wären und das Personal entsprechend zu kontrollieren sei.

Die Lebensgefährtin des Beschuldigten gab in der mündlichen Strafverhandlung als Zeugin befragt an, dass sie am 9. Juni 2008 im Cafe beobachtet habe, dass die Kellnerin zwei Pizzen verkauft habe. Die Kontrolle durch den Beschuldigten als Geschäftsinhaber habe einen Tag später ergeben, dass die Kellnerin lediglich eine Pizza boniert, jedoch zwei Pizzen kassiert habe. Daraufhin habe es am 10.6.2010 ein Gespräch zwischen dem Beschuldigten, der Kellnerin und ihr gegeben, welches mit einem Tonband aufgezeichnet worden ist.

Zu den wirtschaftlichen Verhältnissen gab der Beschuldigte an, es sei derzeit ein Konkursverfahren anhängig und sei sein Gehalt bis auf das Existenzminimum gepfändet.

Das arbeitsgerichtliche Verfahren endete mit einem Vergleich zwischen dem Bw. (als Beklagter) und der Klägerin. Der Bw. wurde verpflichtet den Bruttolohn für die Monate Mai, Juni 2008 sowie die aliquote Urlaubsentschädigung mitsamt einer Überstundenabgeltung für die Monate Februar bis Mai 2008 zu bezahlen. Die Tragung der Verfahrenskosten wurde ihm aufgetragen.

In der mündlichen Verhandlung am 24.3.2009 am Arbeitsgericht gab der Bw. als Beklagter an, er habe im April 2008 festgestellt, dass für das erste Quartal im Betrieb € 7.000,00 fehlen würden. Dazu habe die Klägerin (Kellnerin) ihm gegenüber zugegeben, Getränke verschenkt zu haben. Grundsätzlich sei das Einladen von Gästen nach vorheriger Absprache mit dem Beschuldigten als Geschäftsinhaber erlaubt gewesen. Selbstverständlich wären darüber Aufzeichnungen zu führen gewesen. Neben der Klägerin A.W. haben auch noch vier weitere Personen im Cafe des Bw. gearbeitet. Er habe der Klägerin seit Mai 2008 keinen Lohn mehr gezahlt.

In der mündlichen Verhandlung vom 23. Mai 2011 vor der Finanzstrafbehörde I. Instanz gab die Kellnerin A.W. an, dass sie wiederholt täglich Getränke an Gäste verschenkt habe und dies vom gesamten Personal so praktiziert worden sei. Dies sei mit dem Beschuldigten auch vereinbart gewesen. Darüber habe sie auch Aufzeichnungen geführt und diese zu den Umsätzen beigefügt. Getränke wurden auch öfters vom Bw. im Cafe abgeholt und in den GS gebracht. Einen Bonierschlüssel gäbe es nur im Cafe. Im GS habe es keinen Bonierschlüssel gegeben.

Sie habe wöchentlich von 15 bis 24 Uhr alleine im Cafe T gearbeitet. Lediglich am Freitag und Samstag wurden fallweise Aushilfskellner beschäftigt, die vom Tagesumsatz nach

Dienstschluss bar bezahlt wurden. Auch darüber habe die Kellnerin Aufzeichnungen geführt. Sie meine, dass diese Aushilfskellner "schwarz" gearbeitet haben. Am Sonntag war das Cafe geschlossen. Am Montag habe sie ihren freien Tag gehabt.

Die Verteidigerin replizierte, dass die gesamten Kalkulationsdifferenzen ausschließlich auf das Fehlverhalten der Beschuldigten beruhten und die Umsatzzahlen nach Beendigung des Dienstverhältnisses am 10. Juni 2008 sich deutlich verbessert haben.

Strafanzeige wurde nicht erstattet.

Mit Erkenntnis vom 23. Mai 2011, StrNr. 061/2010/00177-001, hat das Finanzamt S als Finanzstrafbehörde erster Instanz den Berufungswerber (im Folgendem: Bw.) nach §§ 13, 33 FinStrG für schuldig erkannt, weil er im Jahr 2008 Umsätze in Höhe von € 27.600,00 in seinem Rechenwerk nicht erfasst und in seinen Abgabenerklärungen gegenüber der Abgabenbehörde offen gelegt hat und hiervon versuchte Verkürzungen von Umsatzsteuer in Höhe von € 5.520,00 und Einkommensteuer in Höhe von € 8.665,17 bewirkt hat.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß § 33 Abs. 4 iVm. § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von € 7.000,00 verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 42 Tagen ausgesprochen.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG pauschal mit € 500,00 bestimmt.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 30. Juni 2011, wobei im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

Das erstinstanzliche Erkenntnis werde wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und Rechtswidrigkeit des Inhaltes angefochten. Der Bw. habe keine Abgabenhinterziehungen begangen. Er sei vielmehr von der Kellnerin A.W. betrogen worden, weil diese Essen und Getränke nicht boniert habe. Dies habe sie gegenüber dem Bw. auch zugegeben und werde diesbezüglich auf die glaubwürdigen Aussagen des Berufungswerbers und der G.S. verwiesen. Es sei lediglich richtig, dass die Kellnerin A.W. einen Schaden von € 7.000,00 verursacht habe. Gehe man davon aus, dass es sich dieser Summe um den Einkaufspreis der nicht bonierten Waren handelt, ergeben sich bei einer Mischkalkulation der Rohaufschläge die in der Bilanz fehlenden Umsatzerlöse in Höhe von € 30.000,00. Dazu wurde die Einvernahme des Bw., der Frau G.Sch., sowie des Buchhalters G.H. beantragt.

Dies sei auch aufgrund der glaubwürdigen Angaben des Buchhalters, wonach nach der Entlassung der Mitarbeiterin A.W. die Umsätze in die Höhe schnellten und dessen Kalkulationen nachvollziehbar.

Schriftlich führte der Bw. wörtlich aus:

"Im Übrigen ist nicht richtig, dass A.W. die nicht bonierte Pizza selbst bemerkt habe, tatsächlich verhielt es sich so, dass und wird diesbezüglich auf die Aussagen vom Berufungswerber und der G.S. verwiesen, dass diese erst zugab, dass die Pizza nicht boniert war, als sie von G.S. darauf hingewiesen wurde. Erst dann bonierte sie nach und bezahlte den Differenzbetrag. Dazu hätte die belangte Behörde Feststellungen treffen müssen, was jedoch nicht erfolgt ist."

Im Arbeitsrechtsprozess, AZ 43 Cga 202/08k, habe der Bw. einem Vergleich zugestimmt, weil die Richterin vorab klargestellt hat, dass die Kellnerin zwar eine Dienstverfehlung begangen habe, indem sie ab und zu "*Runden schmeißt*", deswegen jedoch nicht schadenersatzpflichtig sei und daher eine Klage des Bw. wenig Aussicht auf Erfolg habe.

Es dürfe schließlich nicht übersehen werden, dass dem Bw. ein Schaden in Höhe von € 30.000,00 entstanden sei und er nunmehr in Konkurs gegangen ist.

Im erstinstanzlichen Verfahren gelangte die Finanzstrafreferentin nach durchgeföhrter mündlicher Verhandlung aufgrund der Aussagen des Beschuldigten, der A.W. , G.S. , des Buchhalters G.H. , und dem Ergebnis des arbeitsgerichtlichen Verfahrens zu der Überzeugung, dass die Verantwortung des Beschuldigten eine Schutzbehauptung darstelle und der Beschuldigte die ihm zur Last gelegten Verfehlungen begangen und somit zu verantworten habe.

Der Bw. hat im Zuge des Konkursverfahrens sein Gewerbe ruhend gestellt.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Gemäß § 119 Abs.1 BAO haben Abgabepflichtige die für den Bestand und Umfang einer Abgabepflicht bedeutsamen Umstände nach Maßgabe der Abgabenvorschriften offen zu legen. Die Offenlegung muss vollständig und wahrheitsgemäß erfolgen. Dieser Offenlegung dienen gemäß Abs.2 leg.cit. insbesondere beispielsweise richtige Abgabenerklärungen.

Gemäß § 33 Abs.1 FinStrG macht sich einer Abgabenhinterziehung schuldig, wer vorsätzlich unter Verletzung seiner abgabenrechtlichen Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht, beispielsweise in dem er in Steuererklärungen entsprechende Erlöse entgegen der Bestimmung des § 119 Bundesabgabenordnung verheimlicht, eine Abgabenverkürzung,

nämlich eine zu niedrige Festsetzung bescheidmäßigt festzusetzender Abgaben wie Umsatz- und Einkommensteuer, bewirkt.

Lediglich eine fahrlässige Abgabenverkürzung gemäß § 34 Abs.1 FinStrG hat jedoch derjenige zu verantworten, der die in § 33 Abs.1 leg.cit. bezeichnete Tat fahrlässig begeht.

Fahrlässig handelt gemäß § 8 Abs.2 FinStrG derjenige, der die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt ist und die ihm zuzumuten ist, und deshalb nicht erkennt, dass er einen Sachverhalt verwirklichen könne, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht. Fahrlässig handelt aber auch, wer es für möglich hält, dass er einen solchen Sachverhalt verwirkliche, ihn aber nicht herbeiführen will.

Bedingt vorsätzlich handelt bereits nach § 8 Abs. 1 FinStrG derjenige, der einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht, wobei es genügt, dass der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.

Wissentlich handelt gemäß § 5 Abs. 3 Strafgesetzbuch (StGB) jemand, der den Umstand oder den Erfolg, bei dem das Gesetz Wissentlichkeit voraussetzt, nicht bloß für möglich hält, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiss hält.

Eine Tat ist gemäß § 13 Abs. 2 FinStrG versucht, sobald der Täter seinen Entschluss, sie auszuführen durch eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung betätigt.

Gemäß § 98 Abs. 3 FinStrG hat die Finanzstrafbehörde unter Berücksichtigung des Ergebnisses des Verfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache erwiesen ist oder nicht; bleiben Zweifel bestehen, so darf die Sache nicht zum Nachteil des Beschuldigten oder der Nebenbeteiligten als erwiesen angenommen werden.

Analysiert man die vorliegende Aktenlage, so wird ersichtlich, dass der Berufungsverwerber über einen längeren Zeitraum seine Betriebseinnahmen aus seinem Cafe- und Gastronomiebetrieb nicht vollständig erfasst und durch die Abgabe unrichtiger Abgabenerklärungen die zu geringe bescheidmäßige Festsetzung der Umsatz- und Einkommensteuern zu bewirken versucht hat.

Die vom Betriebsprüfer vorgenommene Schätzung wird auch den Kriterien des Finanzstrafverfahrens gerecht.

Die Kalkulation des Betriebsprüfers war eine Berechnung des Betriebsergebnisses im Jahr 2008, wobei sämtliche vorgebrachten Einwendungen des Unternehmers auch berücksichtigt

worden sind. Insbesondere brachte der Betriebsprüfer den Schwund, Mindererlöse bei Vereinsfeiern (geringerer Rohaufschlag bei Vereinen), Eigenverbrauch und Personalverpflegung, nicht verrechnete Getränke und Werbemaßnahmen umsatzmindernd zum Ansatz (Tz. 3 des Berichtes vom 16. Feber 2010, ABNr. 125008/10). Der erklärten Umsatzerlöse erhöhten sich daher um die Kalkulationsdifferenz in Höhe von € 34.500,00.

Das wiederholte Berufungsvorbringen, der Bw. sei von seiner Kellnerin um Umsatzerlöse in Höhe von € 34.500,00 betrogen worden vermag den Referenten beim Unabhängigen Finanzsenat nicht zu überzeugen.

Es widerspricht jeglicher Lebenserfahrung, dass ein Unternehmer, welcher über einen Zeitraum von fünf Monaten von seiner Kellnerin um Umsatzerlöse in Höhe von mehr als € 30.000,00 betrogen wird, diese Tat nicht zeitnah den Strafbehörden zur Anzeige bringt.

Demgegenüber hat die Kellnerin jedoch unmittelbar nachdem sie vom Beschuldigten am 10.6.2008 entlassen wurde, ihrerseits den Kontakt zur Polizei hergestellt, welche diese in weiterer Folge an die Arbeiterkammer verwiesen hat. Die Angestellte hat ihre Entlassung erfolgreich bekämpft und in weiterer Folge erfolgreich ihre Lohnforderungen für die Monate Mai, Juni 2008 mitsamt Überstundenzuschlägen und Urlaubsvergütungen sowie der Verfahrenskosten durchgesetzt.

Das Berufungsvorbringen erscheint dem Referenten beim Unabhängigen Finanzsenat jedoch auch aus folgender Überlegung nicht schlüssig nachvollziehbar und glaubhaft.

Die Kellnerin hat wöchentlich von Dienstag bis Samstag im Cafe des Beschuldigten gearbeitet, jeweils von 15 bis 24 Uhr. In der ersten Juniwoche vor ihrer Entlassung am 10. 6.2008 war sie im Urlaub. Am Montag hat der Beschuldigte selbst mit seiner Lebensgefährtin im Cafe gearbeitet.

Ausgehend von dieser Tatsache ist es nicht schlüssig nachvollziehbar, dass eine Kellnerin in den Monaten Jänner bis Mai an circa 125 Arbeitstagen Umsatzerlöse in Höhe von insgesamt € 34.500,00 ihrem Arbeitgeber vorenhält. Dies entspräche im Durchschnitt täglich einem Betrag in Höhe von € 275,00, welcher durch nicht bonierte Getränke (Bier, Spirituosen) zustande kommt. Monatlich entspräche dies einem Betrag in Höhe von € 6.875,00.

Die Behauptung, dass sich nach der Beendigung dieses Dienstverhältnisses die Erlössituation im Cafe T wesentlich verbessert habe, trifft ebenfalls nicht zu. Aus der vom Buchhalter im Strafverfahren vorgelegten Erfolgsrechnung 2008 ergibt sich nämlich, dass die Umsatzerlöse

in den nachfolgenden Monaten (insbes. September, Oktober, November) zum Teil sogar niedriger waren, als jene des Zeitraumes Jänner bis Mai 2008. So betrugen die Erlöse im Cafe im März 2008 € 9.992,00 und im November 2008 € 6.701,00.

Unterstellt man dem Beschuldigten als Gastronom die kognitiven Fähigkeiten eines Durchschnittsmenschen, ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte die Vorenthaltung nahezu des halben Tagesumsatzes rasch und zeitnahe erkennen hätte müssen.

Schließlich wurde er bereits anlässlich der Betriebsprüfung für die Vorjahre im Februar 2008 auf seine Aufzeichnungspflichten hingewiesen. Der Prüfer hat ihm auch die Kontrolle des Personals nahegelegt.

Substanzierte Bedenken, welche Anlass gegeben hätten, dass Ergebnis der Nachkalkulation etwa im Detail anzuzweifeln, sind aus der Sicht des Referenten und der Aktenlage nicht zu entnehmen.

In Nachvollziehung der Argumentation des Betriebsprüfers findet der Referent beim Unabhängigen Finanzsenat daher keinen Anlass, von den Kalkulationen und Schätzungen des Betriebsprüfers abzuweichen oder gar die Kalkulationen des Betriebsprüfers in Abrede zu stellen.

Der Betriebsprüfer hat die Einwendungen des Beschuldigten für die Kalkulation im Betriebsprüfungsverfahren ausreichend berücksichtigt. Dies zeigt auch auf, dass zugunsten des Beschuldigten die vorgenannten entsprechenden Aspekte Eingang in die Berechnungen gefunden haben und das rechnerische Ergebnis offenbar ausgewogen und objektiv ist.

Schließlich wurde von der Finanzstrafbehörde I. Instanz bei den hinzugeschätzten Umsatzerlösen für Zwecke des Finanzstrafverfahrens ein Abschlag von 20% vorgenommen und geht diese von einer Kalkulationsdifferenz für das Jahr 2008 in Höhe von € 27.600,00 aus.

Zur subjektiven Tatseite ist auszuführen:

Der Beschuldigte ist zweimal vorbestraft und hat laut dem Verfahrensergebnis in wiederholten Angriffen Teile seiner Erlöse in sein steuerliches Rechenwerk über ein Jahr hinweg nicht aufgenommen, weshalb ein irrtümliches Verschweigen als Folge von singulären Fehlleistungen ausgeschlossen ist. Der Beschuldigte hat vielmehr – so die Schlussfolgerung des Referenten – aus den Nichteinfassungen mit dem Tatplan gehandelt, kontinuierlich einen Teil seiner Erlöse

gegenüber dem Fiskus zu verheimlichen, um dadurch entsprechende Abgaben im Höchstmaß zu verkürzen und sich eine Einkommensquelle zu verschaffen.

Sämtlichen Anträgen auf Einvernahme des Beschuldigten, des Buchhalters, der Kellnerin und der Lebensgefährtin des Beschuldigten wurde im Verfahren vor der Finanzstrafbehörde I. Instanz entsprochen.

Zu Recht hat daher die Finanzstrafbehörde erster Instanz dem Beschuldigten durch die Abgabe unrichtiger, unvollständiger Abgabenerklärungen für 2008 eine versuchte Abgabenhinterziehung nach §§ 13 iVm 33 Abs. 1 FinStrG vorgeworfen.

Der Aktenlage ist aber – siehe oben – zu entnehmen, dass vor Beginn der gegenständlichen Betriebsprüfung betreffend das Veranlagungsjahr 2008 keine Bescheide mehr ergangen sind, sodass es insoweit – zu Gunsten für den Beschuldigten – beim bloßen Versuch geblieben ist.

Zur Strafbemessung ist auszuführen:

Gemäß § 23 Abs. 1 FinStrG bildet die Grundlage für die Bemessung sowohl der Geld- als auch der Ersatzfreiheitsstrafe die Schuld des Täters, wobei Abs. 2 leg. cit. zufolge die vorliegenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen sind. Die Strafbemessungsvorschriften der §§ 32 bis 35 StGB gelten dabei sinngemäß. Ebenso sind gemäß § 23 Abs. 3 FinStrG für die betragsmäßige Ausmessung der Geldstrafe auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters entsprechend zu berücksichtigen.

Gemäß § 23 Abs.4 leg.cit. in der Fassung des SteuerreformG 2005, BGBl I 2004/57, in Geltung ab dem 5. Juni 2004, ist bei Finanzvergehen, deren Strafdrohung sich wie hier betreffend die Abgabenhinterziehungen nach einem Wertbetrag richtet, die Bemessung der Geldstrafe mit einem ein Zehntel des Höchstmaßes der angedrohten Geldstrafe unterschreitenden Betrag nur zulässig, wenn besondere Gründe vorliegen. Daraus ergibt sich ein wichtiger Hinweis zur Beachtung einer ausreichenden Generalprävention, da strafrelevante Verhalten wie die verfahrensgegenständliche planmäßige Abgabenvermeidung des Beschuldigten in ihrer Gesamtheit als durchaus eine budgetäre Wirkung habende Verfehlungen mit ausreichenden Sanktionen zu bedenken sind, welche andere potentielle Finanzstraftäter in der Lage (hier:) des Beschuldigten von der Begehung ähnlicher Finanzstrftaten abhalten sollen.

Der Umstand, dass der Beschuldigte aufgrund seiner Einkommens- und Vermögensverhältnisse eine derartige Geldstrafe möglicherweise nicht bzw. nicht in Einem anlässlich ihrer Fälligkeit entrichten kann, hindert nicht die Pflicht der Finanzstrafbehörden, Strafsanktionen entsprechend den rechtlichen Voraussetzungen vorzuschreiben (vgl. VwGH 6.12.1965, 926/65; VwGH 5.9.1985, 85/16/0044).

Abgabenhinterziehungen im Sinne des § 33 Abs.1 FinStrG werden gemäß § 33 Abs.5 leg.cit. mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen der Summe der Verkürzungsbeträge geahndet, wobei gemäß § 21 Abs.1 und 2 FinStrG für die Geldstrafe die strafbestimmenden Wertbeträge zusammenzurechnen sind.

Ausgehend von einem Verkürzungsbetrag an Umsatzsteuern iHv. € 5.520,00 und Einkommensteuer in Höhe von € 8.665,17 ergibt sich sohin im gegenständlichen Fall ein möglicher Strafrahmen bis zu € 28.370,34.

Hielten sich die Milderungs- und Erschwernisgründe die Waage und wäre von einer durchschnittlichen wirtschaftlichen Situation der Beschuldigten auszugehen gewesen, reduziert sich der Strafrahmen auf etwa die Hälfte, sodass eine Geldstrafe iHv. rund € 14.000,00 als schuldangemessen zu verhängen gewesen wäre.

Im gegenständlichen Fall sind als mildernd bei der Strafbemessung zu berücksichtigen die offenkundig vorliegende finanzielle Zwangslage und die Tatsache, dass betreffend das Jahr 2008 beim Versuch geblieben ist. Zwei Vorstrafen und der rasche Rückfall stellen Erschwerungsgründe dar.

In Abwägung dieser Argumente ist im gegenständlichen Fall – zumal in Anbetracht der erforderlichen Generalprävention (siehe oben) – aufgrund der gewichtigen Milderungsgründe eine Abschwächung dieses Wertes auf € 12.000,00 angebracht.

Die doch sehr angespannten, finanziellen Verhältnisse, welche dazu führen, dass der Beschuldigte auf längere Zeit bis zum Existenzminimum gepfändet wird, rechtfertigen eine Reduzierung der so verbleibenden Geldstrafe um ein Drittel, sodass eine solche in Höhe von € 8.000,00 als angemessen erscheinen würde.

Da mildernde Umstände vorliegen, welche durch die Finanzstrafbehörde I. Instanz – zumindest laut der Ausfertigung des Erkenntnisses – nicht berücksichtigt wurden, nämlich die schwierigen wirtschaftlichen Verhältnisse und Vorwerfbarkeit eines bloßen Versuches betreffend das Veranlagungsjahr 2008, welche den Erschwerungsgründen der einschlägigen

Vorstrafen und des raschen Rückfalles entgegenstehen, war die bereits milde Geldstrafe spruchgemäß trotz des hohen Strafrahmens von € 28.370,34 jedoch noch weiter zu reduzieren.

Die außerordentliche Strafmilderung gründet sich auch auf den Wegfall des spezialpräventiven Aspektes infolge der vom Beschuldigten vorgenommenen Betriebsaufgabe, sodass dem Referenten in Abwägung all der genannten Argumente letztendlich eine Geldstrafe in Höhe von € 6.500,00 als im gegenständlichen Fall angemessen erscheint.

Gleiche Überlegungen gelten auch für die Ausmessung der Ersatzfreiheitsstrafe. Nach der Spruchpraxis wird pro einer Geldstrafe von € 7.000,00 üblicherweise eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Monat festgesetzt.

Konkrete Anhaltspunkte, gerade in diesem Fall von dieser Praxis abzuweichen, sind der Aktenlage nicht zu entnehmen.

Die Reduzierung der Geldstrafe durch den Referenten erfordert aber bei Abwägung der obigen Argumente auch eine spruchgemäße Reduzierung der Ersatzfreiheitsstrafe auf nunmehr 23 Tage.

Die Kosten des Verfahrens gründen sich auf § 185 FinStrG.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Klagenfurt am Wörthersee, am 29. Februar 2012