

Tsambikakis Rechtsanwälte | Calwer Straße 30 | 70173 Stuttgart

Herrn
Martin Lai
Jakobsgasse 4
72070 Tübingen

Dr. [REDACTED]

Dr. [REDACTED]

Sekretariat: [REDACTED]

Telefon: [REDACTED]

Telefax: [REDACTED]

E-Mail: [REDACTED]

Unser Zeichen: [REDACTED]

Per E-Mail

23. Mai 2022

SUEDHANG Kaffee GbR
Protestaktion am 07.07.2022

Sehr geehrter Herr Lai,

Sie haben uns beauftragt, die (steuer-)strafrechtlichen Risiken der von Ihnen geplanten Protestaktion „7% MwSt. auch auf pflanzliche Milchalternativen“ in einem Gutachten zu bewerten. Dem kommen wir im Folgenden gerne nach.

1. Zusammenfassung

Das Ihrerseits geschilderte Vorgehen stellt sich nach hier vertretener Auffassung in steuerstraf- bzw. -ordnungswidrigkeitenrechtlicher Hinsicht grundsätzlich als zulässig bzw. jedenfalls aber als „heilbar“ dar. Allerdings ist auf ein gewisses Restrisiko bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „in tatsächlicher Hinsicht“ im Rahmen der Ordnungswidrigkeit nach § 379 AO durch die Finanzbehörden hinzuweisen; eine gefestigte Rechtsprechung oder herrschende Meinung ist hierzu nicht ersichtlich; der Wortlaut spricht jedoch gegen einen Gesetzesverstoß.

2. Sachverhalt

Der Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt der Website <https://www.siebenprozent.org> sowie aus Ihren Schilderungen in den E-Mails vom 19. und 20. Mai 2022. Die Protestaktion richtet sich **Tsambikakis & Partner Rechtsanwälte mbB**

an Gastronomen, die zur Teilnahme aufgefordert werden, indem sie die auf der Website beschriebenen Dinge tun sollen:

- in einem einzigen Fall Veräußerung eines Cappuccino-Getränks mit „Hafermilch“ für den Unterwegs-Verzehr bei Verwendung des USt-Schlüssels von 7%,
- Verwendung des regulären Cappuccino-Eintrags auf dem Kassensbon/in der Registrierkasse unter Ergänzung „mit Hafermilch“;
- Meldung dieser Umsätze beim Finanzamt unter Verwendung eines vom Initiator bereitgestellten Formulars,
- Nachzahlung von 12% Umsatzsteuer, sollte das Finanzamt der Anmeldung nicht zustimmen.

Mit der Protestaktion soll auf die unterschiedliche Besteuerung von Milch-Produkten und Getränken mit Produktzumischungen, die nicht in Milch bestehen – hier: „Hafermilch“ – aufmerksam gemacht werden mit dem eventuellen Ziel, die unterschiedliche Besteuerung idealerweise zum Thema eines Rechtsbehelfs- bzw. Rechtsmittelverfahrens zu machen.

3. Steuermaterielle Grundaussagen

Das Umsatzsteuergesetz unterscheidet aus unternehmerischer Sicht grundsätzlich zwischen dem Einkauf und dem Verkauf von Waren. Die beim Einkauf in Rechnung gestellte Umsatzsteuer führt zu einem Vorsteuererstattungsanspruch des Unternehmers, die beim Verkauf in Rechnung gestellte Umsatzsteuer führt zu einer Umsatzsteuerverpflichtung. Im Rahmen der monatlichen Voranmeldungen werden die jeweiligen Ansprüche einzeln aufgelistet und miteinander saldiert.

Aufgrund der Pandemie hat der Gesetzgeber gerade für den Bereich der Gastronomie reduzierte Steuersätze für den Verkauf von Waren festgelegt. Für den hier relevanten Voranmeldungszeitraum Juli 2022 sind dies (perspektivisch zeigen wir auch den ab dem 1.1.2023 anzusetzenden Steuersatz):

	1.1.2021- 31.12.2022	Ab 1.1.2023
Lieferung von Speisen	7%	7%
Abgabe von Speisen mit zusätzlicher Dienstleistung	7%	19%
Milchmischgetränke mit einem Anteil von Milch/Milcherzeugnissen von mind. 75%	7%	7%%
Getränke	19%	19%

4. (Steuer-)Strafrechtliche Bewertung

a.

Der Verkauf eines Cappuccinos mit einem Hafermischgetränk anstatt mit Milch stellt sich bei Anwendung des USt-Schlüssels von 7% als Tathandlung der Steuerhinterziehung i.S.d. § 370 Abs. 1 AO dar, wenn im Rahmen der Abgabe der Erklärung nicht ausdrücklich auf die unterschiedliche Rechtsauffassung und die daraus resultierende Steuerhöhe und -belastung aufmerksam gemacht wird.

Durch die geplante Vorgehensweise, im Rahmen der Abgabe der Erklärung auf diesen Umstand hinzuweisen, werden jedoch keine unrichtigen oder unvollständige Angaben gemacht, § 370 Abs. 1 Ziff. 1 AO.

Erforderlich ist in diesem Zusammenhang für die Suedhang Kaffee GbR allerdings, zugleich darauf aufmerksam zu machen, dass und welche bekannten Unternehmer an diesem Tage aufgrund der Organisation der Protestaktion durch die Suedhang Kaffee GbR, vertreten durch die namentlich genannten Geschäftsführer, dieselben Handlungen vorgenommen haben, da nur so eine etwaige „Anstiftungshandlung“ i.S.d. § 26 StGB aufgrund dieser Selbstanzeige i.S.d. § 371 AO als persönlichem Strafausschließungsgrund straflos wird. Das ermöglicht die Straffreiheit für den Fall, dass ein teilnehmendes Café die Erklärung nicht wie geplant einreicht.

b.

Die Verwendung eines Kassenbons mit der Aufschrift Cappuccino mit Hafermilch und dem USt-Schlüssel von 7% dürfte nach hier vertretener Auffassung wohl keine „schriftliche Lüge“ i.S.d. § 379 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1 AO darstellen: Wenn der Beleg nicht in tatsächlicher Hinsicht, sondern lediglich in rechtlicher Hinsicht unrichtig ist, scheidet die entsprechende Ordnungswidrigkeit aus. Allerdings kann ein gewisses Restrisiko aufgrund der bisher nicht geklärten Frage nach dem Tatbestandsmerkmal „in tatsächlicher Hinsicht“ nicht ausgeschlossen werden: Aufgrund des schlichten Ignorierens des einzig zulässigen USt-Satzes könnte demnach nicht (bloß) eine unzutreffende rechtliche Bewertung getroffen worden sein, sodass somit von einer Unrichtigkeit in tatsächlicher Hinsicht ausgegangen werden könnte. Dieses Restrisiko könnte sich sodann vor allem durch die erhebliche Zahl von Teilnehmern und die damit im Raum stehenden Anstiftungen potenzieren.

c.

Eine Urkundenfälschung im Rahmen der Anfertigung des Kassenbons ist nicht gegeben, da der Bon als Urkunde von demjenigen stammt, der als Ersteller genannt ist, § 267 StGB.

d.

Der Kassenbon mit der Aufschrift Cappuccino mit Hafermilch und dem USt-Schlüssel von 7% bedarf vor dem Ausdruck einer Einwirkung in das Kassensystem. Dennoch liegt der

Straftatbestand der Fälschung technischer Aufzeichnungen nach § 268 Abs. 1 und Abs. 3 StGB nicht vor: Wenn ein ordnungsgemäß funktionierendes Gerät wie gegenständlich mit unrichtigen Informationen (unzutreffender USt-Schlüssel) ausgestattet wird (sog. täuschendes Beschicken oder bei sog. Input-Manipulationen), werden keine unechten, sondern allenfalls unrichtige technische Aufzeichnungen hergestellt (BeckOK-StGB/*Weidemann* § 268 Rn. 10, 13; S/S-StGB/*Heine/Schuster* § 268 Rn. 32; BGH 1 StR 490/14).

e.

Im Bonnieren des Getränks mit dem unzutreffenden USt-Schlüssel bei gleichzeitigem Willen, dieses Bonnierungs-Ergebnis/diesen Geschäftsvorfall dem Finanzamt zu melden, liegt kein versuchter Betrug nach § 263 StGB vor, da nach der nahezu 100 Jahre alten ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung von RG und BGH die §§ 370 ff. AO als Sondertatbestände den Betrugstatbestand verdrängen (grundlegend RGSt 63, 139; vgl. statt vieler BGH 3 StR 154/52).

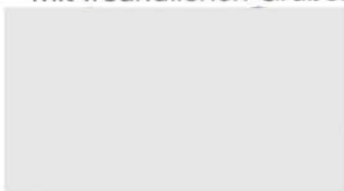
f.

Es ist zwingend erforderlich, nach dem singulären Verkauf des „Protest-Cappuccinos“ die Kasse wieder umzustellen auf die regulären USt-Sätze.

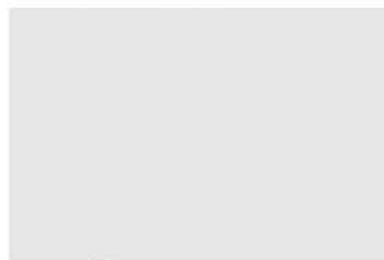
Es ist darauf hinzuweisen, dass durch die Änderung der USt-Schlüssel ein Eingriff in die Software des Geräts erfolgt und keine Haftung für die Änderungen an dem Kassensystem übernommen wird.

Für weitere Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich zur Verfügung. Gerne können wir hierzu nochmals telefonieren.

Mit freundlichen Grüßen



Rechtsanwalt



Rechtsanwalt

