

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Finanzstrafsenat des Bundesfinanzgerichtes hat in den Finanzstrafsachen gegen

1. Herrn ***Bf1***, geboren 1968, ***Bf1-Adr*** vertreten durch Rechtsanwalt **V1**,
Adresse1 und

2. Herrn ***Bf2***, geboren 1972, ***Bf2-Adr***
vertreten durch **V2**, Adresse2,

wegen des Finanzvergehens gemäß § 8 Abs. 1 Z 1 Artenhandelsgesetz (ArtHG) über die
Beschwerde des Amtsbeauftragten vom 25. Mai 2023 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates
I beim Zollamt Österreich als Finanzstrafbehörde vom 10. März 2023, **FV**, nach
Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 13. September 2023 in Anwesenheit der
Beschuldigten ***Bf1***, seines Verteidigers Rechtsanwalt **V1**, des Beschuldigten
Bf2, seines Verteidigers **V2**, des Amtsbeauftragten und Beschwerdeführers HR AB
sowie der Schriftführerin zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird insoweit teilweise stattgegeben, als das angefochtene Erkenntnis des
Spruchsenates wie folgt abgeändert wird:

Herr ***Bf1*** ist schuldig, am 12. Juni 2019 70 Ukulelen vorsätzlich widerrechtlich in das
Zollgebiet der Europäischen Union eingeführt zu haben, obwohl die Voraussetzungen für die
Einfuhr nach den Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates über den Schutz
von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels nicht
vorlagen, da er zum Zeitpunkt der Einfuhr über keine gültige CITES- Einfuhrbewilligung für die
Palisanderhölzer im Zuge einer Verarbeitung in Musikinstrumenten (der 70 Ukulelen) verfügte.

Er hat dadurch das Finanzvergehen nach § 8 Abs. 1 Z. 1 ArtHG 2009 begangen.

Gemäß § 8 Abs. 1 ArtHG 2009 wird über ihn eine Geldstrafe von € 1.500,00 und gemäß § 20
FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit dieser Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe von drei
Tagen festgesetzt.

Gemäß § 19 Abs. 1, 4, 5 und 6 FinStrG wird über Herrn ***Bf1*** für die 70 Ukulelen statt auf
Verfall auf teilweisen Wertersatz in der Höhe von € 2.400,00 erkannt.

Gemäß § 20 FinStrG wird für den Fall der Uneinbringlichkeit der Wertersatzstrafe die an dessen Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe mit fünf Tagen festgesetzt.

Gemäß § 185 FinStrG sind die Kosten des Finanz Strafverfahrens von ***Bf1*** in der Höhe von € 150,00 sowie die Kosten des allfälligen Strafvollzuges zu ersetzen.

Darüber hinaus wird die Beschwerde des Amtsbeauftragten als unbegründet abgewiesen.

Zur Frage der Auslegung des Rechtsbegriffes des gemeinen Wertes gemäß § 19 Abs. 3 /FinStrG wird gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) eine ordentliche Revision zugelassen.

Darüber hinaus ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis des Spruchsenates I beim Zollamt Österreich als Finanzstrafbehörde vom 10. März 2023, **FV**, wurden die gegen Herrn

1. ***Bf1***, geboren 1968, österreichischer Staatsbürger, wohnhaft ***Bf1-Adr*** und
2. ***Bf2***, geboren 1972, wohnhaft in ***Bf2-Adr***

„wegen des Verdachtes des Finanzvergehens gem. § 8 Abs. 1 des Artenhandelsgesetzes (ArtHG 2009), sie wären dafür verantwortlich, dass am 12.06.2019 70 Gitarren und am 30.08.2019 247 Gitarren widerrechtlich in das Zollgebiet der Europäischen Union eingeführt wurden, obwohl die Voraussetzungen für die Einfuhr nach den Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels nicht vorlagen, da die Beschuldigten zum Zeitpunkt der Einfuhr über keine CITES Einfuhrbewilligung verfügten; im Rahmen der 18. Sitzung der CITES Vertragsstaaten in Genf (17. - 28.08.2019) wurde der Vorschlag eingebracht, für Teile von Musikinstrumenten die CITES-Genehmigungspflicht aufzuheben. Dem Antrag wurde in dieser 18. Sitzung zugestimmt (CONVENTION ON INTERNATIONAL TRADE IN ENDANGERED SPECIES OF WILD FAUNA AND FLORA, Notification to the Parties No. 2019/052; Genf 03.10.2019). Da somit Palisanderhölzer ab dem 14.12.2019 im Zuge einer Verarbeitung in Musikinstrumenten keiner Genehmigungspflicht unterliegen, geführt Finanz Strafverfahren aufgrund des von Amts wegen anzuwendenden Günstigkeitsprinzips des § 4 Abs. 2 FinStrG gem. § 136 FinStrG eingestellt.

Als Begründung wurde ausgeführt:

Die beiden Beschuldigten führten im tatgegenständlichen Zeitraum das Unternehmen A-GmbH in Lustenau in unterschiedlichen Funktionen. Gegenstand dieses Verfahrens sind zwei Einfuhren aus dem Jahren 2019.

Bei der ersten Einfuhr am 12.06.2019 bei Zollamt Linz Wels wurden 70 Gitarren angemeldet, für die zwar chinesische CITES-Ausfuhrbescheinigungen Vorlagen, nicht jedoch österreichische Einfuhrbescheinigungen.

Bei der zweiten Einfuhr am 30.08.2019 über das Zollamt Feldkirch Wolfurt konnten keine CITES-Bescheinigungen vorgelegt werden.

Bei den Beschuldigten handelt es sich um erfahrene Unternehmer. Beide geben an, dass ihnen die Bestimmungen des Artenschutzes bekannt sind. Auch ist belegt, dass bereits zuvor vom selben Hersteller Gitarren bezogen wurden und diese Einfuhr sowohl nach Artenschutz und Zollrecht korrekt durchgeführt wurde.

Den Aussagen, wonach den Angaben der Hersteller, dass ausschließlich nicht-CITES-pflichtige Materialien verwendet wurden, konnte seitens der Zollbehörden durch ein Sachverständigengutachten entgegengetreten werden. Sowohl auf der Homepage der Fa. ****B****. Ldt. als auch im Verkaufslokal ist bei baugleichen Gitarren angeführt, dass es sich beim Griffbrett um Palisanderholz handelte. Diese Holzart somit in seiner Art dem Anhang II des Washingtoner Artenschutzübereinkommens und der Art „Dalbergia“ der Verordnung (EU) 2017/160. Die Verpflichtung zur Vorlage einer Einfuhrgenehmigung ergibt sich somit aus Art. 4 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 338/97.

Im Rahmen der 18. Sitzung der CITES Vertragsstaaten in Genf (17. - 28.08.2019) wurde der Vorschlag eingebracht, für Teile von Musikinstrumenten die CITES-Genehmigungspflicht aufzuheben. Dem Antrag wurde in dieser 18. Sitzung zugestimmt.

Da somit Palisanderhölzer ab dem 14.12.2019 im Zuge einer Verarbeitung in Musikinstrumenten keiner Genehmigungspflicht unterliegen, war die Bestimmung des § 4 Abs. 2 FinStrG von Amts wegen anzuwenden, was hier bedeutet, dass das den Beschuldigten vorgeworfene Verhalten nicht weiter aufrecht zu erhalten war und das Finanzstrafverfahren gegen die Herren *****Bf1***** und *****Bf2***** einzustellen war.“

In der dagegen fristgerecht am 25. Mai 2023 eingebrachten Beschwerde bekämpft der Amtsbeauftragte die Einstellungen beider Verfahren mit folgender Begründung:

„Die Beschwerde richtet sich gegen diese Einstellung des Verfahrens gemäß § 136 FinStrG, weil nach Ansicht des Amtsbeauftragten die Anwendung des Günstigkeitsvergleiches nach § 4 Abs. 2 FinStrG in diesem Fall nicht den Normen entspricht bzw. diese Änderung der CITES-

Genehmigungspflicht keinen Fall eines zu berücksichtigenden Günstigkeitsvergleiches im Sinne des § 4 Abs. 2 leg.cit. darstellt.

Grundsätzlich ist bei dem nach § 4 Abs.2 FinStrG anzustellenden Günstigkeitsvergleich die jeweilige Rechtslage in ihrer „Gesamtauswirkung“ zu betrachten. Es sind also nicht nur die angedrohten Strafen oder einzelne Sanktionselemente einander gegenüberzustellen, sondern auch alle Bestimmungen über den Entfall, die Einschränkung oder die Erweiterung der Strafbarkeit in den Vergleich einzubeziehen. Dem Gebot der Gesamtschau folgend ist es überdies unzulässig, Teile der zu vergleichenden Normen zu kombinieren und solcherart eine (für den Angeklagten möglichst günstige) fiktive Rechtslage zu schaffen.

Der Günstigkeitsvergleich hat auch nicht abstrakt, sondern streng fallbezogen zu erfolgen, weil nach dem Gesetz das „für den Täter“ günstigere Recht anzuwenden ist.

Dabei ist aber ausschließlich auf materiell-finanzstrafrechtliche, insbesondere also nicht auf abgabenrechtliche Normen abzustellen, womit einer allfälligen Änderung von Steuergesetzen unter dem Aspekt des Günstigkeitsvergleiches keine Bedeutung zukommt.

Wer vorsätzlich ein Exemplar einer dem Geltungsbereich des Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 338/97 unterliegenden Art entgegen diesem Bundesgesetz oder den Art. 4,5,7 oder 11 der Verordnung (EG) Nr. 338/97 einführt, begeht ein Finanzvergehen.

Das Objekt dieses Finanzvergehens ist gemäß § 8 Abs. 1 Z 1 ArtHG ein Exemplar einer dem Geltungsbereich des Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 338/97 unterliegenden Art. Folglich gemäß Abs. 2 lit. a leg cit. auch die in Einklang mit dem Anhang II des Washingtoner Artenschutzübereinkommens in Anhang B der Verordnung (EG) Nr. 338/97, erfassten und in der Verordnung (EU) 2017/160 der Kommission aufgelistete Holzart „Dalbergia“.

Dass bei den gegenständlichen Gitarren die Holzart „Dalbergia“ verwendet wurde, ist in den beiliegenden Materiallisten zur Bauweise der Gitarren ersichtlich sowie durch ein Gutachten bestätigt.

Auch im Erkenntnis wurde ausgeführt, dass aufgrund der Anführung auf der Homepage der Fa. ****B****. Ldt. als auch im Verkaufslokal ist bei baugleichen Gitarren feststeht, dass es sich beim Griffbrett um Palisanderholz handelte. Diese Holzart ist somit in seiner Art dem Anhang II des Washingtoner Artenschutzübereinkommens und der Art „Dalbergia“ der Verordnung (EU) 2017/160 einzuordnen. Die Verpflichtung zur Vorlage einer Einfuhrgenehmigung ergibt sich somit aus Art. 4 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 338/97.

Die Waren wurden somit ohne die nach Art. 4 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 338/97 erforderlichen Überprüfungen sowie ohne der Vollzugsbehörde eine entsprechende Einfuhrgenehmigung vorzulegen auf Veranlassung der Beschuldigten in das Zollgebiet der Europäischen Union eingeführt.

Gemäß § 8 Abs. 1 Artenhandelsgesetz (ArthHG) ist jemand, der ein verwaltungsbehördlich zu ahndendes Finanzvergehen vorsätzlich begeht, von der Finanzstrafbehörde mit bis zu 20.000 Euro, sofern jedoch ein Exemplar einer dem Geltungsbereich des Art. 3 Abs. 1 (Anhang A) der Verordnung (EG) Nr. 338/97 unterliegenden Art betroffen ist, mit Geldstrafe bis zu 40.000 Euro, zu bestrafen.

Aus dem Akt geht hervor, dass im Rahmen der 18. Sitzung der CITES Vertragsstaaten in Genf (17. - 28.08.2019) der Vorschlag eingebracht wurde, für Teile von Musikinstrumenten die CITES-Genehmigungspflicht aufzuheben. Dem Antrag wurde in dieser 18. Sitzung zugestimmt. Die Änderung der Verordnung (EG) Nr.338/97 wurde in der EU per 14.12.2019 umgesetzt, Musikinstrumente, welche aus Palisander-Gehölzen gefertigt sind, unterliegen dementsprechend ab dem 14.12.2019 keiner CITES-Genehmigungspflicht mehr.

Lediglich diese Änderung hinsichtlich der Verordnung (EU) 2017/160 und dadurch die Aufhebung der CITES-Genehmigungspflicht für Teile von Musikinstrumenten aus Palisandergehölzen begründete für den Spruchsenat die Anwendung der Bestimmung des § 4 Abs. 2 FinStrG von Amts wegen, was wie er ausführt hier bedeutet, dass das den Beschuldigten vorgeworfene Verhalten nicht weiter aufrecht zu erhalten war und das Finanzstrafverfahren gegen die Beschuldigten ***Bf1*** und ***Bf2*** einzustellen war.

Es ist dem zu entgegnen, dass nach Maßgabe der zur Tatzeit geltenden Vorschriften zu beantworten ist, ob eine CITES-Genehmigungspflicht als zur entsprechenden Tatbestandsverwirklichung grundlegende Voraussetzung nach § 8 Abs. 1 Artenhandelsgesetz bestand, deren tataktuelle Verletzung durch diese spätere Aufhebung der Genehmigungspflicht nicht beseitigt wird, weshalb eine nachträgliche außerstrafrechtliche Gesetzesänderung wie auch hier beispielsweise einer Verordnung (EG) mit allfälligen Anhängen der bereits eingetretenen Strafbarkeit keinen Abbruch tut.

Im Sinne des § 4 Abs. 2 FinStrG relevante finanzstrafrechtliche Änderungen der zugrunde zulegenden Strafnormen bzw. der im Strafverfahren heranzuziehenden Bestimmungen des ArthHG liegen nicht vor.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass diese Änderung der CITES-Genehmigungspflicht rechtswidrig einem Günstigkeitsvergleich nach § 4 Abs. 2 FinStrG unterzogen und vom Spruchsenat berücksichtigt wurde, wodurch als Folge die Einstellung des Verfahrens unzulässigerweise und unbegründet im Sinne des § 136 FinStrG erfolgte.

Es wird beantragt, der Beschwerde Folge zu geben, das Erkenntnis aufzuheben und in der Sache selbst zu entscheiden.“

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Rechtslage:

§ 8 Abs. 1 ArtHG: Wer vorsätzlich

1. ein Exemplar einer dem Geltungsbereich des Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 338/97 unterliegenden Art entgegen diesem Bundesgesetz oder den Art. 4, 5, 7 oder 11 der Verordnung (EG) Nr. 338/97 einführt, ausführt, wiederausführt oder durchführt oder
2. durch unrichtige oder unvollständige Angaben eine nach diesem Bundesgesetz oder nach den Art. 4, 5, 7, 8, 9, 10 oder 11 der Verordnung (EG) Nr. 338/97 erforderliche Genehmigung oder Bescheinigung erschleicht oder das Vorliegen der Genehmigungsfreiheit vortäuscht oder
3. gegen Art. 6 Abs. 3, gegen die Art. 8 oder 9 der Verordnung (EG) Nr. 338/97 oder gegen § 3 Abs. 1 oder § 6 Abs. 2 dieses Bundesgesetzes verstößt oder
4. gegen eine Verordnung gemäß § 2 oder § 5 dieses Bundesgesetzes verstößt oder
5. gegen die in der Durchführungsverordnung erlassenen Kennzeichnungsvorschriften oder gegen den Zulassungsbescheid verstößt oder
6. gegen das Bundesgesetz gemäß § 15 Abs. 3 verstößt,
begeht ein Finanzvergehen und ist von der Finanzstrafbehörde mit Geldstrafe bis zu 20 000 Euro, sofern jedoch ein Exemplar einer dem Geltungsbereich des Art. 3 Abs. 1 (Anhang A) der Verordnung (EG) Nr. 338/97 unterliegenden Art betroffen ist, mit Geldstrafe bis 40 000 Euro, zu bestrafen.

§ 8 Abs. 3 ArtHG: Wer eine der in Abs. 1 genannten strafbaren Handlungen grob fahrlässig begeht, ist von der Finanzstrafbehörde mit Geldstrafe bis zu 10 000 Euro, sofern ein Exemplar einer dem Geltungsbereich des Art. 3 Abs. 1 (Anhang A) der Verordnung (EG) Nr. 338/97 unterliegenden Art betroffen ist, jedoch mit Geldstrafe bis 20 000 Euro zu bestrafen.

§ 8 Abs. 7 ArtHG: Neben den in Abs. 1 und 2 genannten Strafen ist auf Verfall nach Maßgabe des § 17 FinStrG zu erkennen, wobei ausschließlich die den Gegenstand der strafbaren Handlung bildenden Exemplare samt den zu ihrer Aufbewahrung, Verwahrung oder Betreuung verwendeten Gegenständen dem Verfall unterliegen. Auf Verfall ist auch dann zu erkennen, wenn Abs. 1 und 2 bloß deshalb unanwendbar sind, weil die Tat nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist.

Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates vom 9. Dezember 1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels

Artikel 8

Bestimmungen betreffend die Kontrolle des Handels

(1) Kauf, Angebot zum Kauf, Erwerb zu kommerziellen Zwecken, Zurschaustellung und Verwendung zu kommerziellen Zwecken sowie Verkauf, Vorrätighalten, Anbieten oder Befördern zu Verkaufszwecken von Exemplaren der Arten des Anhangs A sind verboten.

(2) Die Mitgliedstaaten können den Besitz von Exemplaren, insbesondere von lebenden Tieren von Arten, die in Anhang A aufgeführt sind, verbieten.

(3) Im Einklang mit den sonstigen gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften zur Erhaltung wildlebender Tier- und Pflanzenarten ist eine Ausnahme von den Verboten des Absatzes 1 möglich, sofern die Vollzugsbehörde des Mitgliedstaats, in dem die Exemplare untergebracht sind, von Fall zu Fall eine diesbezügliche Bescheinigung ausstellt, wenn die Exemplare

a) in der Gemeinschaft erworben oder in diese eingeführt wurden, bevor die Vorschriften für die Arten des Anhangs I des Übereinkommens oder des Anhangs C 1 der Verordnung (EWG) Nr. 3626/82 oder des Anhangs A dieser Verordnung für die betreffenden Exemplare Geltung erlangten, oder

b) zu Gegenständen verarbeitet sind, die vor mehr als 50 Jahren erworben wurden, oder

c) gemäß dieser Verordnung in die Gemeinschaft eingeführt wurden und für Zwecke verwendet werden, die dem Überleben der betreffenden Art nicht abträglich sind, oder

d) in Gefangenschaft geborene und gezüchtete Exemplare einer Tierart oder künstlich vermehrte Exemplare einer Pflanzenart oder Teile oder Erzeugnisse aus solchen sind oder

e) unter außergewöhnlichen Umständen für den Fortschritt der Wissenschaft oder grundlegende biomedizinische Zwecke gemäß der Richtlinie 86/609/EWG des Rates vom 24 . November 1986 zur Annäherung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zum Schutz der für Versuche und andere wissenschaftliche Zwecke verwendeten Tiere (1) verwendet werden, falls ausschließlich diese Art für diesen Zweck geeignet ist und keine in Gefangenschaft geborenen und gezüchtete Exemplare dieser Art zur Verfügung stehen, oder

f) zu Zucht- und Fortpflanzungszwecken verwendet werden, die zur Erhaltung der betreffenden Art beitragen, oder

g) Forschungs- oder Bildungszwecken dienen, die den Schutz oder die Erhaltung der Art zum Ziele haben, oder

h) aus einem Mitgliedstaat stammen und nach den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats ihrem natürlichen Lebensraum entnommen wurden.

(4) Die Kommission kann nach dem Verfahren des Artikels 18 allgemeine Ausnahmen von den Verboten des Absatzes 1 auf der Grundlage der Bedingungen des Absatzes 3 sowie allgemeine Ausnahmen für die Arten des Anhangs A gemäß Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b) Ziffer ii) festlegen. Diese Ausnahmen müssen mit den sonstigen gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften zur Erhaltung wildlebender Tier- und Pflanzenarten in Einklang stehen.

(5) Die in Absatz 1 genannten Verbote gelten auch für Exemplare der Arten des Anhangs B , es sei denn, der zuständigen Behörde des betreffenden Mitgliedstaats kann nachgewiesen werden, daß diese Exemplare gemäß den Rechtsvorschriften über die Erhaltung der wildlebenden Tier- und Pflanzenarten erworben und — falls sie von außerhalb der Gemeinschaft stammen — in diese eingeführt wurden.

(6) Die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten können Exemplare der in den Anhängen B bis D aufgeführten Arten, die nach Maßgabe dieser Verordnung eingezogen wurden, nach freiem Ermessen verkaufen, sofern sie nicht direkt an die natürliche oder juristische Person zurückgegeben werden, bei der sie eingezogen wurden oder die an dem Verstoß beteiligt war . Solche Exemplare können anschließend zu allen Zwecken als rechtmäßig erworben behandelt werden.

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

Nur wenn nach Durchführung der Beweise trotz eingehender Beweiswürdigung Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten verbleiben, hat nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" die Einstellung des Verfahrens zu erfolgen (VwGH 3.7.1996, 95/13/0175; BFG vom 12.05.2015, RV/7300027/2014).

Günstigkeitsvergleich gemäß § 4 Abs. 2 FinStrG

§ 4 Abs. 2 FinStrG: Die Strafe richtet sich nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung des Gerichtes erster Instanz oder der Finanzstrafbehörde geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre

Soweit sich die Einstellung der Verfahren auf die Anwendung des Günstigkeitsvergleiches bezieht ist festzuhalten, dass § 4 Abs. 2 FinStrG normiert, dass sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht richtet, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung des Gerichtes erster Instanz oder der Finanzstrafbehörde geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre.

Nach ständiger Rechtsprechung sowohl des Obersten Gerichtshofes als auch des Verwaltungsgerichtshofes stellt § 4 Abs. 2 FinStrG nur auf die Änderung strafrechtlicher Vorschriften ab (vgl. VwGH 20.12.2001, 2001/16/0529, mwN; VwGH 26.01.2023, Ra 2021/01/0026) und kommt daher bei Gesetzesänderungen im außerstrafrechtlichen Bereich der Abgabenfestsetzung nicht zum Tragen. Insbesondere hat sich der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrfach mit den Auswirkungen des Beitritts Österreichs zur Europäischen Union auf Finanzstrafverfahren hinsichtlich von vor dem Beitritt gesetzten Taten - näherhin solchen Taten, die dem Tatbild des Schmuggels nach § 35 Abs 1 FinStrG entsprachen - auseinandergesetzt. Dabei ist der Verwaltungsgerichtshof zu der Auffassung gelangt, dass die Günstigkeitsregel des § 4 Abs 2 FinStrG durch die mit dem Beitritt veranlassten Rechtsänderungen nicht berührt wird (Hinweis VwGH 29.04.1998, 98/16/0106; VwGH 14.10.1999, 96/16/0109).

Die sogenannte Günstigkeitsregel des § 4 Abs. 2 FinStrG betrifft immer nur die Frage geänderter strafgesetzlicher Vorschriften, die jedoch nicht Platz greift, wenn sich die der Tat zugrundeliegenden abgabenrechtlichen Normen ändern. Die Frage der CITES-Voraussetzungen ist ungeachtet späterer Rechtsänderungen immer nach Maßgabe der zur Tatzeit geltenden Vorschriften zu beurteilen und vermag eine nachträgliche außerstrafrechtliche Gesetzesänderung einer bereits eingetretenen Strafbarkeit keinen Abbruch zu tun (ähnlich VwGH 14.10.1999, 96/16/0109; VwGH 29.04.1998, 98/16/0106).

Die Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates vom 9. Dezember 1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels dienen dem Schutz, dass Waren mit artengeschützten Hölzern nicht in den freien Warenverkehr kommen.

Allerdings hat sich offenbar die Praxis insoweit geändert, als ab Dezember 2019 für diese Hölzer keine CITES-Bescheinigung mehr erforderlich war.

Die Beschuldigten haben zwar gewusst, dass sie CITES-Bescheinigungen für den Import benötigen würden, haben dies aber – aus welchen Gründen auch immer – ignoriert, sodass den damals geltenden CITES-Beschränkungen zu wider die Ukulelen bzw. Gitarren importiert wurden, obwohl die entsprechenden CITES-Bescheinigungen nicht vorgelegen sind.

Sachverhalt zu den einzelnen Tathandlungen:

Am 12.6.2019 hätten von der Firma A-GmbH 70 Stück Gitarren (laut Aussage in der mündlichen Verhandlung hat es sich um Ukulelen gehandelt) nach Österreich eingeführt werden sollen. Betreffend dieser Ukulelen (70 Stück) lag keine CITES-Einfuhrbescheinigung vor, eine CITES-Ausfuhrbescheinigung von China, Zertifikatsnummer 2019CN/RC9942/JN, ausgestellt am 29.04.2019, war jedoch vorhanden und konnte vorgelegt werden. Im Rahmen der Abfertigung wurde von Herrn ***Bf1*** gegenüber der Spedition eine von der Spedition vorgelegte Bestätigung unterfertigt, wonach die zu importierenden Waren keinen Verboten oder Beschränkungen unterliegen.

Am 30.08.2019 wurde beim Zollamt, eine weitere Sendung mit 247 Gitarren für die Firma A-GmbH, die dem Artenschutz nach der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels unterliegen, zur Eingangsabfertigung angemeldet. Bei der Zollkontrolle wurde festgestellt, dass für die Einfuhr der diese Sendung betreffenden Gitarren keine ordnungsgemäßen CITES-Papiere vorgelegt werden konnten.

Vorliegende Strafverfügungen und Einsprüche:

Laut Strafverfügung vom 12. November 2020 hat der Beschuldigte ***Bf2*** als Rechtfertigung, wieso keine CITES-Einfuhrgenehmigung vorlagen, angegeben:

„Mir ist bekannt, dass wenn es ein CITES-Ausfuhrpapier für China gibt, es auch eine CITES-Einfuhrbestätigung für Österreich braucht. Ich bin auch der Meinung, dass wir so eine CITES-Einfuhrbestätigung haben müssten. Also da steckt wohl keine Absicht dahinter. Ich weiß ja, dass ich mit dem chinesischen CITES-Papier eine CITES-Einfuhrgenehmigung erhalte. Diese kostet mich 7 Euro.“

Als Rechtfertigung für die Ausstellung der oa Bestätigung der Firma A-GmbH an die Spedition GmbH hat Herr ***Bf2*** angegeben:

„Diese Lieferung war ein Versuch von uns mit einem direkten Spediteur aus China, Ich wusste zwar Bescheid über diese Sendung, aber organisiert und durchgeführt bzw. **verantwortlich war für diese Sendung der Herr ***Bf1*****.

Am 30.08.2019 wurde beim Zollamt, eine weitere Sendung mit Gitarren die dem Artenschutz nach der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels unterliegen, zur Eingangsabfertigung angemeldet. Bei der Zollkontrolle wurde festgestellt, dass für die Einfuhr der diese Sendung betreffenden Gitarren keine ordnungsgemäßen CITES-Papiere vorgelegt werden konnten.

Als Rechtfertigung wieso auch bei dieser Anmeldung keine CITES-Einfuhrgenehmigung wird seitens des Beschuldigten angegeben:

„Weil es seitens des Herstellers geheißen hat, dass keine CITES-Hölzer verwendet wurden.“

Dem wird entgegengehalten, dass bei der am 13.04.2018 beim Zollamt, abgefertigten Sendung, CRN 18AT920000IVVFKX41, bis auf zwei Modelle, dieselben Gitarren von der Firma ****B****, importiert wurden. Bei dieser in Rede stehenden Abfertigung konnten bzw. wurden alle artenschutzrechtlichen Dokumenten, die CITES-Ausfuhrgenehmigung von China und die CITES-Einfuhrgenehmigung von Österreich, vorgelegt.

Aufgrund der vorangeführten Sachlage ist es nicht glaubhaft und als lebensfremd anzusehen, dass der Beschuldigte im Wesentlichen angibt, dass ihm nicht bewusst war, dass die verfahrensgegenständlichen Waren nicht den Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels unterliegen. Die ho Finanzstrafbehörde geht davon aus, dass der Beschuldigte einen Taterfolg bewusst hingenommen hat.“

Im Einspruch gegen die Strafverfügung von Herrn *****Bf2***** vom 1. Dezember 2020 wird ausgeführt, dass Herr *****Bf1***** bis zum Jahre 2017 alleiniger Geschäftsführer der Fa. A-GmbH gewesen ist. Mit Beschluss vom 02. Februar 2017 wurde Herr *****Bf2***** zum handelsrechtlichen Geschäftsführer bestellt. Gewerberechtlicher Geschäftsführer der Fa. A-GmbH ist seit der Unternehmensgründung im Jahre 1997 Herr *****Bf1*****.

In diesem Einspruch wurde zum (geschützten) Palisanderholz ausgeführt:

„Es gibt verschiedene Palisander-Gehölze. Die gefährdetste Art, nämlich Rio-Palisander, wurde bereits 1992 in die höchste Schutzstufe des Washingtoner Artenschutzabkommens übernommen und ist seit 1998 in der roten Liste der gefährdeten Arten. Im Herbst 2016 wurden nun auch andere Arten der Palisander-Gehölze in das CITES-Abkommen übernommen, in der EU (und somit in Österreich) sind diese Regelungen seit dem 04.02.2017 verbindlich.

Schon bald hat sich allerdings gezeigt, dass es überaus unpraktikabel ist, über das CITES bei Musikinstrumenten Palisander-Gehölze zu regulieren. Die internationale Staatengemeinschaft ist schon bald zur Überzeugung gekommen, dass das wenige Tropenholz, welches für den Bau von Musikinstrumenten verwendet wird, eine Regulierung nicht rechtfertigt, dies in Anbetracht der hohen Qualität, die diese Hölzer bei Musikinstrumenten haben. Bei der 18. CITES-Vertragsstaatenkonferenz in Genf, welche im August 2019 stattgefunden hat, wurde deshalb beschlossen, dass fertige Musikinstrumente und fertige Musikinstrumententeile und fertiges Musikinstrumentenzubehör nicht mehr unter die CITES-Pflicht fällt. Diese Lockerung wurde von der Konferenz damit begründet, dass Musikinstrumente und Teile von Musikinstrumenten aufgrund der mengenmäßig vergleichsweise sehr begrenzten Verwendung von Palisander-Gehölzen nur einen minimalen Anteil am Welthandel ausmachen, gleichzeitig aber ein sehr hoher Verwaltungsaufwand für die Einhaltung der Regularien von den Beteiligten zu bewältigen sei. Darüber hinaus sei der Einsatz von Palisander-Holz für bestimmte Arten von Musikinstrumenten tatsächlich essenziell und die Lebensdauer von Musikinstrumenten sehr hoch (Musikinstrumente sind sehr nachhaltige Produkte — bekanntlich sind manche Gitarren und Geigen schon seit Jahrhunderten im Einsatz - es gibt Gottseidank nur wenige Musiker, welche ihre Gitarren nach Konzerten mutwillig zerstört haben, wie etwa Pete Townshend von „The Who“, Jimi Hendrix oder auch Kurt Cobain von „Nirvana“). Nach Abänderung der Verordnung (EG) Nr. 338/97 wurde in der EU diese Änderung per 14.12.2019 umgesetzt, seit dem 14.12.2019 sind deshalb nunmehr Musikinstrumente, welche aus Palisander-Gehölzen gefertigt sind, nicht mehr CITES-genehmigungspflichtig (es sei denn, dass Rio-Palisander enthalten ist).

Bei den hier gegenständlichen Gitarren handelt es sich um solche Musikinstrumente, welche nach dem neuen Regime problemlos und ohne jegliche Zertifikate in die EU eingeführt werden dürfen. [...]

Der gewerberechtliche Geschäftsführer haftet gegenüber dem Unternehmer für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes. Gegenüber der Behörde ist der gewerberechtliche Geschäftsführer für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich (siehe § 39 GewO).

Es stellt sich deshalb zunächst die Frage, ob es sich bei den Vorschriften über die Einfuhr von geschützten Tieren und Pflanzen um gewerberechtliche Vorschriften handelt. Dies ist zweifellos zu bejahen: Unternehmensgegenstand der Fa. A-GmbH ist nämlich der Handel mit Musikinstrumenten aller Art, auch das Gewerberecht der Fa. A-GmbH lautet auf das Handelsgewerbe nach § 124 Z 10 GewO. Musikinstrumente sind oft aus Holz, sodass es also dem gewerberechtlichen Geschäftsführer obliegt, dafür Sorge zu tragen, dass eventuelle Import- und Handelsbeschränkungen, welche von den Behörden vorgegeben werden, eingehalten werden. Der Beschuldigte war zu keinem Zeitpunkt gewerberechtlicher

Geschäftsführer, sodass schon aus diesem Grunde eine Bestrafung des Beschuldigten nicht in Frage kommt. [...]

Vor dem Import haben der Beschuldigte und Herr ***Bf1*** beim chinesischen Exporteur (Fa. **B** *Co*, Ltd) nachgefragt, ob bei den Gitarren Hölzer, welche unter das CITES fallen, enthalten sind. Die Fa. **B** hat ausdrücklich bestätigt, dass bei den Gitarren keinerlei Hölzer, welche unter das CITES fallen, verwendet worden wären. Wortwörtlich hat die Fa. **B** Folgendes bestätigt: *„Wir bestätigen hiermit, dass alle Gitarren von der Rechnung ***-008 keinerlei Hölzer, welche unter das CITES fallen, gebrauchen. Die Anlage ist eine Liste der Hölzer, welche bei den jeweiligen Modellen genutzt worden sind.“*

Die Fa. **B**, vertreten durch Frau **C**, den Beamten des österreichischen Zolles Folgendes bestätigt:

*„Wir bestätigen hiermit, dass alle Gitarren von der Rechnung ***-008 keine Holzer, welche unter das CITES fallen, verwenden.“*

*Wir müssen zugestehen, dass wir einen Fehler beim letzten Anhang gemacht haben. Wegen der Farbe des Holzes, welches fast schwarz ist, nennen alle Arbeiter in unserer chinesischen Fabrik es „schwarzes Holz“. Wir haben den lateinischen Namen des schwarzen Holzes im Internet gesucht, es zeigte Dalbergia melanoxylon, sodass ich diesen Namen direkt in den Anhang eingefügt habe. Das richtige Holz, das wir gebraucht haben, sollte sein Guibourtia conjugala. Wir fügen das Herkunftszertifikat bei. Wir versichern Ihnen, dass alle Gitarren von der Rechnung ***-008 keine Hölzer gemäß CITES verwenden.“*

Wir sind eine ehrliche Gesellschaft Wir hoffen, dass Sie uns glauben können. Wir entschuldigen uns sehr für den Fehler, welchen ich aufgrund meiner Sorglosigkeit gemacht habe.“

Auch in der Rechnung vom 17.06.2019 wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass kein Rosenholz verwendet worden ist und es sich nicht um CITES Güter handle. Das Holz Diospyros Crassiflora werde aus Spanien importiert. [...]

Als Zwischenergebnis ist deshalb festzuhalten, dass der Beschuldigte diesen Beteuerungen der chinesischen Exporteurin grundsätzlich vertrauen durfte, nicht zuletzt auch deshalb, da es sich bei der Fa. **B** um den größten Gitarrenhersteller der Welt handelt und es sich um ein grundsätzlich seriöses Unternehmen handelt.

Nun ist im Nachhinein durch Untersuchung der Gitarren hervorgekommen, dass sehr wohl bei der Produktion der Gitarren Palisander-Gehölze verwendet worden sind. Zum Zeitpunkt des Importes der Gitarren hat der Beschuldigte aber in keiner Weise wissen können, dass die Gitarren nicht den Zusicherungen der chinesischen Exporteurin entsprechen. In dieser Situation kann dem Beschuldigten keinerlei Vorsatz gemacht werden. Es konnte vor allem von ihm nicht verlangt werden, dass er vorher nach China reist, dort selbst Untersuchungen der

Gitarren vornimmt, um sich zu vergewissern, ob die Zusicherungen der chinesischen Exporteurin richtig sind. Dies hätte die Sorgfaltspflichten des Beschuldigten zweifellos überspannt.

In Anbetracht des Verhaltens der Fa. **B** ist auch nicht von einer groben Fahrlässigkeit des Beschuldigten im Sinne des § 8 Abs. 3 ArTHG 2019 auszugehen.

Mangels eines Vorsatzes, auch mangels einer groben Fahrlässigkeit, ist deshalb das Verfahren gegen den Beschuldigten einzustellen bzw. der Beschuldigte frei zu sprechen.“

Laut Strafverfügung vom 12. November 2020 hat der Beschuldigte ***Bf1*** angegeben:

„Es dürfte sich dabei wohl um ein Zeitproblem gehandelt haben, dahingehend, dass das CITESPapier bereits unterwegs, aber noch nicht eingelangt war. Die Spedition hat dann Druck aufgebaut, dahingehend, dass sie mir mit exorbitanten Lagerkosten pro Tag gedroht haben. Ich habe dann auch für mindestens einen Tag Lagerkosten in Höhe von ca. EUR 150,00 bis 200,00 bezahlen müssen. Deshalb kam es wohl zur Ausstellung der von mir unterfertigten Bestätigung. Ich sehe jetzt den Fehler, wo Sie mir die Unterlagen zeigen. **Wenn wir kein CITES-Papier haben sollten, stehe ich zu diesem Fehler.**“

Weiters wird vom Beschuldigten als Rechtfertigung ausgeführt, dass er keine Bedenken hatte, dass er hier etwas Rechtswidriges mache, da ja ein CITES Zeugnis von China vorhanden war und ihm das ja von einer Zolldeklarantin, die sich auskennt in der Materie, angeboten wurde. Er habe sich dann natürlich darauf eingelassen und darauf vertraut.

Am 30.08.2019 wurde beim Zollamt, eine weitere Sendung mit Gitarren die dem Artenschutz nach der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels unterliegen, zur Eingangsabfertigung angemeldet. Bei der Zollkontrolle wurde festgestellt, dass für die Einfuhr der diese Sendung betreffenden Gitarren keine ordnungsgemäßen CITES-Papiere vorgelegt werden konnten.

Als Rechtfertigung wieso auch bei dieser Anmeldung keine CITES-Einfuhrgenehmigung wird angegeben, dass seitens der Firma **B** bestätigt wurde, dass sie auf CITES-freie Hölzer umgestellt hatten.

Dem wird entgegengehalten, dass bei der am 13.04.2018 beim Zollamt, abgefertigten Sendung, CRN 18AT920000IWFKX41, bis auf zwei Modelle, dieselben Gitarren von der Firma **B**, importiert wurden. Bei dieser in Rede stehenden Abfertigung konnten bzw. wurden alle artenschutzrechtlichen Dokumenten, die CITES Ausfuhrgenehmigung von China und die CITES-Einfuhrgenehmigung von Österreich, vorgelegt.

Aufgrund der vorangeführten Sachlage ist es nicht glaubhaft und als lebensfremd anzusehen, dass der Beschuldigte im Wesentlichen angibt, dass ihm nicht bewusst war, dass die verfahrensgegenständlichen Waren nicht den Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels unterliegen. Die ho Finanzstrafbehörde geht davon aus, dass der Beschuldigte einen Taterfolg bewusst hingenommen hat.“

Im Einspruch gegen die Strafverfügung vom 15. Dezember 2020 von Herrn ****Bf1*** vorgebracht:

„Richtig ist, dass am 12.6.2019 70 Stück Gitarren nach Österreich eingeführt werden hätten sollen. Betreffend dieser Gitarren (70 Stück) lag keine CITES-Einfuhrbescheinigung vor, eine CITES-Ausfuhrbescheinigung von China, Zertifikatsnummer 2019CN/RC9942/JN, ausgestellt am 29.04.2019, war jedoch vorhanden und konnte vorgelegt werden.

Aufgrund des Umstandes, dass bei der CITES-Ausfuhrbescheinigung von China bestätigt wurde, dass bei der Verarbeitung dieser Gitarren keine CITES-Hölzer verwendet wurden, wurde dem Beschuldigten von dem zuständigen Spediteur angeboten, ein vorgefertigtes Schreiben zu, unterfertigen, in welchem bestätigt wurde, dass bei diesen Gitarren keine CITES-Hölzer verarbeitet wurden. Richtigerweise ist der Beschuldigte aufgrund der Ausfuhrbescheinigung von China davon ausgegangen, dass beim Bau dieser Gitarren wirklich keine CITES-Hölzer verwendet wurden, welche dem Artenhandelsgesetz 2009 unterliegen.

Aufgrund dessen hat der Beschuldigte in weiterer Folge das vorgefertigte Formular unterfertigt und konnte daher in weiterer Folge die Abfertigung dieser Gitarren (70 Stück) auch durchgeführt werden.

Der Beschuldigte hat bereits bei seiner Einvernahme selbst angegeben, dass es hinsichtlich der Einfuhr der Gitarren am 12.06.2019 zu erheblichen Zeitproblemen gekommen ist. Die Spedition hätte Druck ausgeübt und mit exorbitanten Lagerkosten pro Tag gedroht. Wären die Gitarren nicht eingeführt worden, hätte der Beschuldigte rund € 150,— bis € 200, an Lagerkosten pro Tag bezahlen müssen.

In weiterer Folge hat der Beschuldigte daher die von der zuständigen Spedition vorgefertigte Bestätigung unterfertigt, dass es sich bei den betreffenden eingefuhrten Hölzern vom 12.6.2019 nicht um CITES-Hölzer handelt. Der Beschuldigte ist aufgrund der vorliegenden CITES-Ausfuhrbescheinigung von China zu Recht davon ausgegangen, dass bei der Herstellung dieser Gitarren keine Hölzer verwendet wurden, die dem Artenschutz nach der Verordnung Nr. 338/97 unterliegen, insbesondere aufgrund der vorliegenden CITES-Ausfuhrbescheinigung von China.

Weiters wird dem Beschuldigten vorgeworfen, dass er am 30.8.2019 247 Gitarren, die dem Artenschutz nach der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels unterliegen, vorsätzlich widerrechtlich in das Bundesgebiet eingeführt habe. Die zuständige Behörde führt an, dass bei der Kontrolle für die Einfuhr dieser Gitarren vom 30.8.2019 keine ordnungsgemäßen CITES-Papiere vorgelegt werden konnten.

Die zuständige Behörde übersieht jedoch, dass betreffend der Einfuhr dieser Gitarren vom 30.8.2019 eine Bestätigung der Fa. **B** vorliegt, welche bestätigt, dass es sich um CITES-freie Hölzer handeln würde bzw. die zuständige Firma die Verarbeitung auf CITES-freie Hölzer umgestellt habe. Dem Beschuldigten kann daher auch betreffend der Einfuhr dieser Gitarren am 30.8.2019 (247 Stück) kein auch wie immer geartetes rechtswidriges Verhalten vorgeworfen werden, da diese zu Recht davon ausgegangen ist, dass auch diese Hölzer, aufgrund der vorliegenden Bestätigungen, CITES-frei sind.

Aufgrund der oben angeführten Ausführungen ist daher ersichtlich, dass sowohl bei der Einfuhr der Gitarren am 12.6.2019 und 30.8.2019 Bestätigungen vorgelegen haben, einerseits aus China, und andererseits seitens der Fa. **B**, welche bestätigen, dass es sich bei den gegenständlichen Hölzern, welche der Beschuldigte einführen wollte, nicht um Hölzer handelt, welche dem Artenhandelsgesetz 2009 unterliegen.

Weiters liegt hinreichender Schriftverkehr vor, wo seitens der betreffenden Stellen dem Beschuldigten ausdrücklich bestätigt wurde, dass diese Hölzer nicht dem Artenhandelsgesetz unterliegen und daher CITES-frei sind. Der Beschuldigte konnte daher zu Recht davon ausgehen, dass diese Behauptungen wahr sind und liegt daher kein rechtswidriges Verhalten vor.

Der Beschuldigte konnte auf die Bestätigungen bzw. Angaben des Unternehmens aus China bzw. der Fa. **B** vertrauen. Zum Zeitpunkt des Importes der Gitarren konnte daher der Beschuldigte aufgrund der vorliegenden Bestätigungen nicht wissen, dass die vorliegenden Hölzer anscheinend dem Artenhandelsgesetz 2009 unterliegen.

Dem Beschuldigten kann daher keinesfalls vorsätzliches Handeln vorgeworfen werden. Außerdem liegt keine grobe Fahrlässigkeit vor.

Der Beschuldigte war bis 28.10.2017 Geschäftsführer der A-GmbH. Erst mit Juli 2020 hat der Geschäftsführer seine Tätigkeit bei der A-GmbH wieder aufgenommen (Anmerkung: ist auch so im Firmenbuch eingetragen). Aufgrund dessen, dass der Beschuldigte daher im besagten Zeitraum nicht Geschäftsführer der A-GmbH war, ist der Beschuldigte nicht passivlegitimiert und wurde daher die Strafverfügung gem. § 143 des FinStrG zu Unrecht gegen den Beschuldigten erlassen.

Würdigung durch das Bundesfinanzgericht:

Für den Finanzstrafsenat ergibt sich daraus, dass für die Abfertigung der 70 Gitarren (laut mündlicher Verhandlung handelte es sich um Ukulelen) am 12. Juni 2019 (Zollwert laut Anmeldung USD 14.623,00) Herr ***Bf1*** die Unterschrift auf dem Formular bei der Spedition geleistet hat, dass bei der Verarbeitung dieser Ukulelen (anscheinend) keine CITES-Hölzer verwendet wurden, obwohl er aufgrund der davor am 13. April 2018 beim Zollamt, abgefertigten Import-Sendung, CRN 18AT920000IVVFKX41, die bis auf zwei Modelle, Gitarren von der Firma **B** betrafen, wusste, dass bei dieser damaligen Abfertigung alle artenschutzrechtlichen Dokumente, die CITES-Ausfuhrgenehmigung von China und die CITES-Einfuhrgenehmigung von Österreich, vorgelegt werden konnten und mussten. Offenbar wurde allein aus finanziellen Überlegungen – drohten doch laut eigener Darstellung des Beschuldigten im Rahmen seiner ersten Vernehmung vor der Finanzstraßbehörde erhebliche Lagerkosten bei der Spedition im Falle der Nichtabfertigung – von Herrn ***Bf1*** eine Bestätigung unterschrieben (die Bestätigung wurde von der Spedition vorgelegt und von ihm unterfertigt, wonach die zu importierenden Waren keinen Verboten oder Beschränkungen unterliegen), obwohl er – wie bereits dargestellt – aus dieser vorangegangenen Einfuhr vergleichbarer Gitarren wusste, dass hier CITES-Bescheinigungen auch in der Einfuhr erforderlich sind. Damals war das offenbar auch kein Problem.

Aussage der (damaligen) Vertrauensperson ***Bf1*** vom 10. Oktober 2019 im Rahmen der Vernehmung des ***Bf2*** dazu:

„Es dürfte sich dabei wohl um ein Zeitproblem gehandelt haben, dahingehend, dass das CITES-Papier bereits unterwegs, aber noch nicht eingelangt war. Die Spedition hat dann Druck aufgebaut, dahingehend, dass sie mir mit exorbitanten Lagerkosten pro Tag gedroht haben. Ich habe dann auch für mindestens einen Tag Lagerkosten in Höhe von ca. EUR 150,00 bis 200,00 bezahlen müssen. Deshalb kam es wohl zur Ausstellung der von mir unterfertigten Bestätigung. Ich sehe jetzt den Fehler, wo Sie mir die Unterlagen zeigen. **Wenn wir kein CITES-Papier haben sollten, stehe ich zu diesem Fehler.**“

Festzuhalten bleibt in diesem Zusammenhang, dass der Beschuldigte ***Bf1*** seine Aussagen als Vertrauensperson freiwillig gemacht hat. Selbst wenn er diese Aussage nicht getätigt hätte, wurde er vom Beschuldigten ***Bf2*** insoweit als Täter genannt, als dieser ausgeführt hat: „verantwortlich war für diese Sendung der Herr ***Bf1***“. Damit liegen keine Beweisverbote für diese Information vor.

Daraus ergibt sich, dass der Beschuldigte ***Bf1*** die Einfuhr ohne CITES-Bescheinigung für möglich gehalten und sich damit abgefunden hat, indem er die Bestätigung der Spedition einfach unterschrieben hat. Damit wollte er sich bzw. der A-GmbH laut eigener Aussage offenbar hohe Lagerkosten bei der Spedition ersparen.

Auch wenn im Einspruch gegen die Strafverfügung vorgebracht wurde, dass Herrr ***Bf1*** im besagten Zeitraum nicht Geschäftsführer der A-GmbH gewesen war, war er offenbar doch befugt (und hat das auch so gemacht), bei der Spedition rechtsgültige Handlungen für die A-GmbH abzugeben, da er eine Unterschrift auf das Formular bei der Spedition geleistet hat, sodass die entsprechende Einfuhrabfertigung durchgeführt werden konnte. Die Vermeidung von Lagergebühren oder andere finanzielle Motive stellen keine ausreichende Rechtfertigung dar, die erforderlichen CITES-Bescheinigungen nicht zu beschaffen und vorzulegen.

In der mündlichen Verhandlung gab der Beschuldigte ***Bf1*** an: „Ich war damals nicht Geschäftsführer, war auch nicht im Betrieb, Herr ***Bf2*** hat mich dann kontaktiert, es gab zwar ein Export-CITES, aber ich konnte auf die Schnelle vom Tourismus-Ministerium, Fr. ***BM1**, ein Import-CITES nicht bekommen. Dadurch habe ich auf Druck der Spedition in Kärnten, die mir ein Formular vorgelegt hat, um weitere Kosten zu vermeiden, dieses unterschrieben, weil die Spedition gesagt hat, damit wäre für sie alles erledigt. [...] Es hatte ein CITES-Formular gegeben zu diesen Hölzern, also vom Export hat es ein CITES-Formular gegeben. Das Problem war, dass es ein Import-CITES nicht gegeben hat. Ich habe die Fr. ***BM1** nicht erreichen können. Ich war nicht in den Bestellvorgang involviert. Ich habe den Zettel unterschrieben, weil die Spedition Druck gemacht hat. Ich habe mich auf die Spedition verlassen. Ich hätte nicht unterschrieben, wenn ich gewusst hätte, was auf mich zukommt. Zumal ich alle Kosten tragen muss. [...]

Es gab ja ein Export-Papier. Das ist ‚saudumm‘ gelaufen. Hier gibt es mehrere Komponenten, die dumm gelaufen sind. Ich habe mich mehrmals telefonisch um eine CITES-Einfuhrbewilligung bemüht, die Dame war jedoch nicht erreichbar, dadurch ist das leider passiert. [...]

Über Befragen seines Verteidigers: Weshalb haben Sie das Formular tatsächlich unterschrieben?

Bf1: Weil mir die Spedition das so gesagt hat. Das Ausfuhr-CITES war bekannt. Dass mir eine kriminelle Variante auferlegt wird, mit der ich Kriminal stehe, damit habe ich nicht gerechnet. Die Waren im Juni 2019 waren noch im Zollager in Klagenfurt.

Laienrichter: Warum haben Sie unterschrieben?

Bf1: Es war Freitag Nachmittag, und es musste am Zoll weitergehen. Ich habe nicht mit solchen Folgen gerechnet. Ich habe Herrn ***Bf2*** diese Arbeit abgenommen und mich darum gekümmert. Damit alles vorwärts geht. Die Spedition hat Druck gemacht, die wollten das erledigen. Es geht auch um Geld.“

Der Verteidiger hat richtig dargestellt, dass Herr ***Bf1*** bis 2.2.2017 und ab 20.7.2020 Geschäftsführer der A-GmbH gewesen war bzw ist (dabei immer Alleingesellschafter), Herr ***Bf2*** war ab 2.2.2017 bis 20.7.2020 Geschäftsführer.

Dazu ist festzuhalten, dass Täter des Finanzvergehens derjenige ist, der entsprechende Handlungen für die Verwirklichung der Tat vornimmt, unabhängig davon, ob er handelsrechtlicher oder gewerberechtlicher Geschäftsführer einer GmbH ist. Wer nach Gesellschaftsrecht oder Steuerrecht eine GmbH nach außen vertreten darf, ist für die Frage, wer Täter eines Finanzvergehens ist, ohne Relevanz.

Bedingt vorsätzlich handelt gemäß § 8 Abs. 1 FinStrG derjenige, der einen Sachverhalt verwirklichen wollte, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügte es, dass der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich gehalten und sich mit ihr abgefunden hat.

Der bedingte Vorsatz liegt nur dann vor, wenn der Täter die Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet. Der Täter muss also einerseits den Eintritt des verpönten Erfolges als naheliegend ansehen (vgl. hierzu auch RIS-Justiz RS0088985) und andererseits bereit sein, diesen Erfolgseintritt in Kauf zu nehmen (vgl. VwGH 17.12.2009, 2009/16/0188; VwGH 31.01.2018, Ra 2017/15/0059).

Vorsätzliches Handeln beruht zwar auf einem nach außen nicht erkennbaren Willensvorgang, ist aber aus dem nach außen in Erscheinung tretenden Verhalten des Täters zu erschließen, wobei sich die diesbezüglichen Schlussfolgerungen der Behörde als Ausfluss der Beweiswürdigung erweisen (Hinweis VwGH 22.10.1981, 2524/80, 2876/80, 81/14/0125, 0126; VwGH 18.05.2006, 2005/16/0260; VwGH 28.02.2012, 2008/15/0005).

Zusammengefasst ergibt sich für diese 70 Ukulelen bei der Abfertigung am 12. Juni 2019 die finanzstrafrechtliche Verantwortung des Beschuldigten ***Bf1***, die Abfertigung trotz fehlender Einfuhr-CITES-Bescheinigung veranlasst zu haben, obwohl ihm aufgrund einer im selben Jahr vorangegangenen, vergleichbare Gitarren betreffenden Einfuhrsendung das Gegenteil bekannt war und ihm bekannt war, dass ein Ausfuhr-CITES vorgelegen ist, er jedoch kurzfristig bei der zuständigen Stellen, namentlich bei Frau ***BM1**, die nicht erreichbar war, kein Einfuhr-CITES bekommen konnte.

Mit dem Wissen, dass diese Unterschrift auf dem Formular der Spedition nur aus Kostengründen geleistet wurde, obwohl eine entsprechende Einfuhr-CITES-Bescheinigung nicht vorgelegen ist, hat es der Beschuldigte ***Bf1*** zumindest ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden, dass diese Einfuhr ohne die erforderlichen CITES-Papiere erfolgen wird.

Soweit der Beschuldigte ***Bf1*** vorgebracht hat, er hätte den Zettel unterschrieben, weil die Spedition Druck gemacht habe und er sich auf die Spedition verlassen habe, er nicht

unterschrieben hätte, wenn er gewusst hätte, was auf ihn zukomme, zumal er alle Kosten tragen müsse, ist festzuhalten, dass ihm auch bekannt war, dass ein Ausfuhr-Cites aus China vorgelegen ist. Die Spedition hätte die Ukulelen gegen Lagergebühr bis zum Beschaffen der CITES-Einfuhrbewilligung aufbewahrt, was dem Beschuldigten ***Bf1*** dazu bewogen hat, aus finanziellen Überlegungen das Angebot der Spedition anzunehmen und den „Zettel“ zu unterschreiben, in dem bestätigt wurde, dass keine Verbote und Beschränkungen nach dem Artenhandel für diese Lieferung vorliegen. Es war allein die Entscheidung des Beschuldigten, ob er diese Bestätigung unterschreibt oder nicht.

Für den Senat ist die Situation durchaus nachvollziehbar: Eigentlich wäre ein Einfuhr-CITES erforderlich, das nicht sofort zur Verfügung stand, weil telefonische Versuche, das CITES zu erhalten, kurzfristig nicht erfolgreich waren. Wenn in der Folge die Spedition die Alternative aufzeigt, wir lagern die Musikinstrumente ein oder es wird eine Bestätigung unterschrieben, dass kein CITES erforderlich ist (obwohl gerade erfolglos versucht wurde, genau das zu erhalten, weil es ein Abfertigungserfordernis ist), kann es sich beim Beschuldigten um keinen Rechtsirrtum handeln, da er ja gerade aufgrund seiner Wissens um die CITES Einfuhrbewilligung einen erfolglosen Versuch gestartet hat, dieses Dokument zu erhalten.

Die Spedition war nur Dienstleister und ihr ist zweifellos der Vorwurf zu machen, den Beschuldigten zu seinem Verhalten bedrängt zu haben, da entweder Kosten oder eine Unterschrift verlangt wurden. Allerdings ist das Verhalten der Spedition oder ihrer Mitarbeiter nicht Gegenstand eines Finanzstrafverfahrens.

Der Beschuldigte ***Bf1*** hat in der mündlichen Verhandlung angegeben, versucht zu haben, ein Einfuhr-CITES zu bekommen, jedoch hat er die zuständige Dame nicht erreicht. Damit gibt er jedoch zu erkennen, dass ihm bewusst war, dass dieses Dokument für die Einfuhrabfertigung erforderlich gewesen wäre. Wenn er – wie sich in der mündlichen Verhandlung herausgestellt hat, an einem Freitagnachmittag – nach dem Hinweis der Spedition, die Lagerung wäre mit Kosten verbunden, keine weiteren Versuche zur Erlangung des Einfuhr-CITES unternommen hat, sondern die Bestätigung unterschrieben hat, dass keine Verbote oder Beschränkungen für diesen Import zu beachten sind, kann nach Ansicht des Senates ein Rechtsirrtum nicht vorliegen, da ihm die Voraussetzung eines Einfuhr-CITES bekannt war.

Somit ist für diese Sendung der 70 Ukulelen am 12. Juni 2019 eine vorsätzliche Verwirklichung des Finanzvergehens nach § 8 Abs. 1 ArthG durch Herrn ***Bf1*** sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht verwirklicht.

Eine Verantwortlichkeit des Beschuldigten ***Bf2*** im Zusammenhang mit dem Import der 70 Ukulelen am 12. Juni 2019 liegt aufgrund der Verfahrensergebnisse nicht vor, sodass die Beschwerde des Amtsbeauftragten insoweit abzuweisen war.

Anlässlich seiner Aussage als Verdächtiger vom 10. Oktober 2019 vor dem Zollamt als Finanzstrafbehörde hat Herr ***Bf2*** ausgesagt: „Für die Zollanmeldungen bin ich zuständig. Die Firma **B** hat uns im Jahr 2017 oder 2018 ein Muster von einer Gitarre geschickt, deren Griffbrett schwarz war und von dem **B** gesagt hat, dass die verwendeten Materialien nicht unter den Artenschutz fallen. Ich habe mich auf diese Angabe verlassen, ich habe auch mit einer Dame von **B** per E-Mail kommuniziert, bei der sie lange behauptet hat, dass sie keine CITES-Hölzer in ihren Gitarren verwenden. Danach hat sie sich viele Male entschuldigt und behauptet, dass sie einen Fehler gemacht hätten.

*Frage: Aus welchem Grund konnten für die Anmeldung mit der MRN 19AT92000QIVZDH1Z0 vom 30.08.2019, 247 Stück Gitarren lt. Rechnung-Nr. ***-008, keine ordnungsgemäßen CITES-Papiere für die Einfuhr vorgelegt werden?*

Antwort: Weil es seitens des Herstellers geheißen hat, dass keine CITES-Hölzer verwendet wurden.

*Mir wurde jedoch von **B** bestätigt, dass sie auf CITES-freie Hölzer umgestellt hatten. [...]*

Antwort: Mir ist bekannt, dass wenn es ein CITES-Ausfuhrpapier für China gibt, es auch eine CITES-Einfuhrbestätigung für Österreich braucht. Ich bin auch der Meinung, dass wir so eine CITES-Einfuhrbestätigung haben müssten. Also da steckt wohl keine Absicht dahinter. Ich weiß ja, dass ich mit dem chinesischen CITES-Papier eine CITES-Einfuhrgenehmigung erhalte. Diese kostet mich 7 Euro.“

Für den Import von 247 Gitarren am 30. August 2019 liegt eine Bestätigung der chinesischen Firma **B** vor, dass es sich um CITES-freie Hölzer handeln würde bzw. die zuständige Firma die Verarbeitung auf CITES-freie Hölzer umgestellt habe.

*Wir versichern Ihnen, dass alle Gitarren von der Rechnung ***-008 keine Hölzer gemäß CITES verwenden.*

Auch wenn es sich um baugleiche Gitarren (laut Musterbestellung) gehandelt hat, ist im Zweifel zugunsten beider Beschuldigten davon auszugehen, dass hier auf die Richtigkeit der Abgaben der Exportfirma vertraut werden kann. Dass sich im Nachhinein durch Einholung eines Sachverständigengutachtens die Unrichtigkeit der Bestätigung herausstellte, war für beide Beschuldigten zum Zeitpunkt der Abfertigung der 247 Gitarren nicht vorhersehbar, dass hier CITES-Bestimmungen nicht eingehalten wurden.

Zusammengefasst war zum Zeitpunkt des Importes am 30. August 2019 bei den Beschuldigten weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit mit der für ein Finanzstrafverfahren erforderlichen Sicherheit nachzuweisen, vor allem aufgrund der Ausführungen, dass für die 247 Gitarren laut Rechnung ***-008 keine CITES-Hölzer verwendet wurden. Damit war jedoch auch die

Ausstellung einer CITES-Einfuhrbewilligung nicht möglich, da die Voraussetzungen nicht gegeben waren.

Soweit es den Import der 247 Gitarren vom 30. August 2019 betrifft war die Beschwerde des Amtsbeauftragten daher abzuweisen.

Strafbemessung:

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

§ 23 Abs. 2 FinStrG: Bei der Bemessung der Strafe sind die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist darauf Bedacht zu nehmen, ob es dem Täter darauf angekommen ist, sich oder einem Verband, als dessen Entscheidungsträger er gehandelt hat, durch die wiederkehrende Begehung der Tat eine nicht nur geringfügige fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Eine wiederkehrende Begehung liegt vor, wenn der Täter bereits zwei solche Taten begangen hat oder einmal wegen einer solchen Tat bestraft worden ist. Ebenso ist bei der Bemessung der Strafe darauf Bedacht zu nehmen, ob die Verkürzung oder der Abgabenausfall endgültig oder nur vorübergehend hätte eintreten sollen. Im Übrigen gelten die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß.

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

§ 20 Abs. 1 FinStrG: Wird auf eine Geldstrafe oder auf Wertersatz erkannt, so ist zugleich die für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen.

§ 20 Abs. 2 FinStrG: [...] Bei Finanzvergehen, deren Ahndung in den Fällen des § 58 Abs. 2 lit. a dem Spruchsenat vorbehalten ist, dürfen die Ersatzfreiheitsstrafen das Höchstmaß von je drei Monaten und bei den übrigen Finanzvergehen das Höchstmaß von je sechs Wochen nicht übersteigen.

Gemäß § 8 Abs. 1 ArtHG sind Täter für Finanzvergehen gemäß diesem Absatz von der Finanzstrafbehörde mit Geldstrafe bis zu 20 000 Euro, sofern jedoch ein Exemplar einer dem Geltungsbereich des Art. 3 Abs. 1 (Anhang A) der Verordnung (EG) Nr. 338/97 unterliegenden Art betroffen ist, mit Geldstrafe bis 40 000 Euro, zu bestrafen.

Bei der Strafbemessung waren unter Berücksichtigung der in der mündlichen Verhandlung bekannt gegebenen persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten ***Bf1*** („Ich habe keine Geldprobleme“) als mildernd der bisher ordentliche Lebenswandel, das Wohlverhalten seit der Tat und die Sicherstellung (für 246 Gitarren, für die hier keine Strafe ausgesprochen wird), als erschwerend kein Umstand zu werten.

Bei Gesamtwürdigung der nunmehr festgestellten Strafbemessungsgründen und der speziellen Situation, dass zwischenzeitig für die verwendeten Hölzer keine CITES-Bescheinigungen erforderlich sind) wäre eine Geldstrafe von € 2.000,00 (vergleichbar der Mindestgeldstrafe gemäß § 23 Abs. 4 FinStrG) täter- und schuldangemessen festzusetzen. Allerdings ist die nicht vom Beschuldigten zu vertretende lange Verfahrensdauer (der Spruchsenat hat erst annähernd

vier Jahre nach der Tat entschieden) als mildernd zu werten, für die zum Ausgleich des darin gelegenen Konventionsverstoßes (Art 6 Abs. 1 EMRK) der Rechtsprechung des EuGH folgend ein Abschlag von € 500,00 gewährt wird, sodass sich eine Geldstrafe für den Beschuldigten von € 1.500,00 ergibt.

Die Ausführungen zu den Erschwerungs- und Milderungsgründen gelten auch für die Ersatzfreiheitsstrafen. Dabei kommt laut Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes den persönlichen Verhältnissen und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Täters für die Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe keine Bedeutung zu (vgl. VwGH 28.10.1992, 91/13/0130).

Demgemäß war gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe von drei Tagen festzusetzen.

Verfall:

§ 8 Abs. 7 ArtHG: Neben den in Abs. 1 und 2 genannten Strafen ist auf Verfall nach Maßgabe des § 17 FinStrG zu erkennen, wobei ausschließlich die den Gegenstand der strafbaren Handlung bildenden Exemplare samt den zu ihrer Aufbewahrung, Verwahrung oder Betreuung verwendeten Gegenständen dem Verfall unterliegen. Auf Verfall ist auch dann zu erkennen, wenn Abs. 1 und 2 bloß deshalb unanwendbar sind, weil die Tat nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist.

§ 17 Abs. 1 FinStrG: Auf die Strafe des Verfalls darf nur in den im II. Hauptstück dieses Abschnittes vorgesehenen Fällen erkannt werden.

Gemäß § 17 Abs. 2 lit. a FinStrG unterliegen dem Verfall die Sachen, hinsichtlich derer das Finanzvergehen begangen wurde, samt Umschließungen.

§ 17 Abs. 6 FinStrG: Stünde der Verfall zur Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis, so tritt an die Stelle des Verfalls nach Maßgabe des § 19 die Strafe des Wertersatzes.

Da es sich beim Verfall um eine zwingende Rechtsfolge handelt, können die Milderungs- und Erschwerungsgründe nur bei der Verhängung der Geldstrafe Berücksichtigung finden, wobei der Verfall bei der Verhängung der Geldstrafe keinen Milderungsgrund darstellt (VwGH 26.04.2001, 2000/16/0597).

Laut Akt sind die 70 Ukulelen aus dem Import von 12. Juni 2019 offenbar schon verkauft bzw. wurden nicht beschlagnahmt oder sichergestellt, sodass ein angedrohter Verfall nicht mehr vollziehbar ist und stattdessen auf eine Wertersatzstrafe zu erkennen ist.

Wertersatz:

Gemäß § 19 Abs. 1 lit. a FinStrG ist statt auf Verfall auf die Strafe des Wertersatzes zu erkennen, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung feststeht, dass der Verfall unvollziehbar wäre.

Gemäß § 19 Abs. 3 FinStrG entspricht die Höhe der Wertersatzes dem gemeinen Wert, den die dem Verfall unterliegenden Gegenstände im Zeitpunkt der Begehung des Finanzvergehens hatten.

§ 19 Abs. 4 FinStrG: Der Wertersatz ist allen Personen, die als Täter, andere an der Tat Beteiligte oder Hehler vorsätzlich Finanzvergehen hinsichtlich der dem Verfall unterliegenden Gegenstände begangen haben, anteilmäßig aufzuerlegen.

§ 19 Abs. 5 FinStrG: Stünde der Wertersatz (Abs. 3) oder der Wertersatzanteil (Abs. 4) zur Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis, so ist von seiner Auferlegung ganz oder teilweise abzusehen.

§ 19 Abs. 6 FinStrG: Ist der Wertersatz aufzuteilen (Abs. 4) oder ist vom Wertersatz ganz oder teilweise abzusehen (Abs. 5), so sind hiefür die Grundsätze der Strafbemessung (§ 23) anzuwenden.

§ 20 Abs. 1 FinStrG: Wird auf eine Geldstrafe oder auf Wertersatz erkannt, so ist zugleich die für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen.

§ 161 Abs. 3 FinStrG: Eine Änderung des angefochtenen Erkenntnisses zum Nachteil des Beschuldigten oder der Nebenbeteiligten ist nur bei Anfechtung durch den Amtsbeauftragten zulässig. Überzeugt sich das Bundesfinanzgericht aus Anlass der Beschwerde, dass zum Nachteil eines anderen Beschuldigten oder Nebenbeteiligten, welcher keine Beschwerde eingebracht hat, das Gesetz unrichtig angewendet wurde, so hat es so vorzugehen, als wäre auch von diesen Personen eine Beschwerde eingebracht worden.

Die Rechtsprechung der Höchstgerichte zur Begrifflichkeit des gemeinen Wertes in § 19 Abs. 3 FinStrG entspricht derzeit derjenigen zur beschriebenen Begrifflichkeit des gemeinen Wertes im Abgabenrecht. Demnach entspräche der gemeine Wert dem „inländischen Detailverkaufspreis“ (OGH 9.3.1973, 11 Os 170/72; OGH 11.6.2008, 13 Os 8/08p; OGH 23.11.2016, 13 Os 6/16f). Der Wertersatz bestehe nicht nur aus dem reinen Sachwert (Importpreis), sondern erhöhe sich um die Eingangsabgaben, allfällige sonstige Abgaben, die Transportspesen und die Handelsspanne. Er entspräche somit im Wesentlichen dem inländischen Detailverkaufspreis (VwGH 25.9.1997, 97/16/0067; VwGH 29.11.2001, 2001/16/0296). In gleicher Weise etwa auch BFG 6.10.2015, RV/1300004/2014) (zur Entwicklung der Judikatur ausführlich z.B. Doralt, ÖJZ 2019/7, „FinStrG: Wertersatzstrafe und gemeiner Wert - OGH/VwGH gegen OGH/VwGH“ sowie Fellner, FinStrG I, § 19 Rz 12; Köck/Judmaier/Kalcher/Schmitt, FinStrG I5, § 19 Rz 21 ff). Der gemeine Wert einer vom Verfall bedrohten Ware bestimme sich somit nach dem Preis, der bei ihrem Verkauf am Ort und zur Zeit des Vergehens im gewöhnlichen Geschäftsverkehr erzielt hätte werden können. Es sei jener Betrag zu Grunde zu legen, den der Erwerber zur Erlangung der betreffenden Ware bei redlichem Import hätte aufwenden müssen, mithin den Einkaufspreis zuzüglich Zoll, Einfuhrumsatzsteuer, allfälliger Großhandelsspanne, Fracht und sonstigen Spesen (OGH 6.9.1977, 11 Os 72/77; VwGH 21.3.1985, 84/16/0207).

Der Finanzstrafsenat folgt nicht mehr dieser Rechtsprechung:

Die herrschende Judikatur übernimmt den in der Rechtsprechung entwickelten und in der Lehre angefochtenen Begriff des gemeinen Wertes des Abgabenrechtes auch für die Bemessung des Wertersatzes im Finanzstrafrecht, ohne den Zweck der Bestimmung des § 19 Abs. 3 FinStrG zu bedenken:

Die gegenüber einem Schmuggler vorgesehenen primären Sanktionsübel des Finanzstrafrechtes sind - von einer Freiheitsstrafe einmal abgesehen - eine Geldstrafe und allenfalls der Verfall bestimmter Gegenstände, etwa des Schmuggelgutes. Kann eine Geldstrafe nicht vollzogen werden, kommt als Äquivalent eine Ersatzfreiheitsstrafe in Betracht, welche - als Äquivalent insoweit austauschbar ein den Finanzstraftäter gleich belastendes Sanktionsübel sein soll; kann der Verfall nicht vollzogen werden, soll gleichwertig eine Strafe des Wertersatzes ausgesprochen werden. Geldstrafe und Wertersatzstrafe sind Nutzenentzüge, welche dem Finanzstraftäter auferlegt werden und sein Vermögen belasten sollen. Keineswegs soll deswegen, weil die primäre Sanktionsart durch Substitute wie Ersatzfreiheitsstrafe oder Wertersatzstrafe ausgetauscht werden muss, dem Bestraften ein "Zuschlag" auferlegt werden, etwa noch ein paar Wochen Ersatzfreiheitsstrafe oder ein paar Tausend Euro mehr an Wertersatz. Dieser erste Aspekt einer notwendigen Äquivalenz der Sanktionsübel ließe es noch zu, beim Wertersatz einen Wiederbeschaffungspreis zur Anwendung zu bringen, also - als gleichwertiger Nutzenentzug beim Bestraften (dem etwa das verfallene Schmuggelgut weggenommen worden wäre) den Preis, den er aufwenden hätte müssen, um das ihm weggenommene Wirtschaftsgut für sich wieder zu beschaffen: Dann wäre tatsächlich der Ansatz eines Detailverkaufspreises im Einzelhandel (unter Einschluss von Eingangsabgaben, Transportspesen, Großhandelsspanne, sonstige Kosten etc.) gerechtfertigt.

Der konkrete Zweck eines Wertersatzes nach § 19 FinStrG ist es jedoch zusätzlich, nicht dem Finanzstraftäter, sondern der Finanzstrafbehörde ein Äquivalent für den Fall zu geben, dass ein Verfall (welcher gar nicht zum Nutzenentzug beim Täter führen hätte müssen) nicht vollziehbar ist und daher auf Seite der Behörde eine ungewollte Entreicherung stattgefunden hat.

Laut Ansicht des Finanzstrafsenates ist unter dem **gemeinen Wert** im Sinne des § 19 Abs. 3 FinStrG zur Ermittlung einer Wertersatzes für verfallsbedrohte Gegenstände der Preis zu verstehen, welchen die Finanzstrafbehörde als neue Eigentümerin der Gegenstände **bei einer Veräußerung** für diese in den von ihr erreichbaren Marktbereichen im gewöhnlichen Geschäftsverkehr (eigene Versteigerung, Freihandverkauf, Verkauf an einen gewerblichen Händler, Veräußerung im Internet etc.) **erzielen hätte können**, wären die verfallsbedrohten Gegenstände unverzüglich nach der Tat beschlagnahmt und verwertet worden (vgl. BFG vom 06.06.2019, RV/5300005/2016).

Laut Zollanmeldung vom 12. Juni 2019 hatten die 70 Ukulelen einen Zollwert von USD 14.623,00. In der mündlichen Verhandlung gab der Beschuldigte *****Bf2***** einen Gesamtverkaufspreis von ungefähr dem Doppelten des Zollwertes, somit € 29.246,00 bekannt,

der insoweit außer Streit gestellt werden kann. Daher ist davon auszugehen, dass der gemeine Wert, den die Zollverwaltung beim Verkauf dieser Ukulelen erzielen hätte können, mit dem hier errechneten Wert ident ist.

Aufgrund der hier außergewöhnlichen Konstellation, dass zwar zum Tatzeitpunkt entsprechende Einfuhrbescheinigungen erforderlich gewesen wären, allerdings angesichts der hier zu beachtenden Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates vom 9. Dezember 1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels zwischenzeitig aufgrund des im Rahmen der 18. Sitzung der CITES Vertragsstaaten in Genf (17. - 28.08.2019) eingebrachten Vorschlages, für Teile von Musikinstrumenten die CITES-Genehmigungspflicht aufzuheben, dem Antrag in dieser 18. Sitzung zugestimmt wurde (CONVENTION ON INTERNATIONAL TRADE IN ENDANGERED SPECIES OF WILD FAUNA AND FLORA, Notification to the Parties No. 2019/052; Genf 03.10.2019), damit ab dem 14.12.2019 Palisanderhölzer im Zuge einer Verarbeitung in Musikinstrumenten keiner Genehmigungspflicht mehr unterliegen, somit die Umstände außerhalb des Finanzstrafrechts bzw. die zollrechtliche Sicht zu Palisanderhölzer im Zuge einer Verarbeitung in Musikinstrumenten sich geändert haben, somit aus Artenschutzgründen ein Verkauf (entsprechende CITES-Bescheinigungen sind nicht mehr erforderlich) durchaus möglich ist allerdings die Gitarren zwischenzeitig schon verkauft wurden, stünde der gesamte Wertersatz zur Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis.

War nun beim Beschuldigten von der Vorschreibung des anteiligen Wertersatzes für die Gitarren infolge Unverhältnismäßigkeit teilweise abzusehen, sind dabei wiederum gemäß § 19 Abs. 6 FinStrG die Grundsätze einer Strafbemessung nach § 23 FinStrG anzuwenden. Der Finanzstrafsenat hat unter Anwendung der obigen Argumente zur Bemessung der Geldstrafe keine Bedenken, diese Verhältnismäßigkeit mit der Relation der tatsächlich verhängten Geldstrafe zum Strafraum festzulegen, weshalb der vom Beschuldigten zu leistende verhältnismäßige anteilige Wertersatz für die 70 Ukulelen mit ca. 10% des gemeinen Wertes minus einem Abschlag für überlange Verfahrensdauer von € 500,00, daher mit € 2.400,00 festgesetzt wird.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund der Beschwerde des Amtsbeauftragten die Befugnis zur Festsetzung auch eines wesentlich höheren anteiligen Wertersatzes gegeben gewesen wäre, der Senat aufgrund der speziellen Situation jedoch keine Veranlassung für eine höhere Wertersatzstrafe gesehen hat.

Gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG war für den Fall der Uneinbringlichkeit des Wertersatzes eine Ersatzfreiheitsstrafe von fünf Tagen festzusetzen.

Kostenentscheidung

Gemäß § 185 Abs. 1 FinStrG: Die vom Bestraften zu ersetzenden Kosten umfassen

a) einen Pauschalbetrag als Beitrag zu den Kosten des Finanzstrafverfahrens (Pauschalkostenbeitrag); dieser Beitrag ist mit 10 v. H. der verhängten Geldstrafe zu bemessen; bei Freiheitsstrafen ist der Beitrag für einen Tag Freiheitsstrafe mit 5 Euro zu bemessen; der Pauschalbetrag darf 500 Euro nicht übersteigen;

b) die der Finanzstrafbehörde und dem Bundesfinanzgericht erwachsenen Barauslagen für Beweisaufnahmen und andere Verfahrensmaßnahmen, soweit sie nicht gemäß § 105 einem säumigen Zeugen aufzuerlegen sind; bei einer Mehrheit von Bestraften sind diese Barauslagen nach dem Verhältnis der verhängten Geldstrafen aufzuteilen; [...]

Die in lit. b und c bezeichneten Kosten sind nur insoweit zu ersetzen, als sie den Pauschalkostenbeitrag übersteigen.

Die Verfahrenskosten von € 150,00 gründen sich auf § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG, wonach pauschal ein Kostenersatz im Ausmaß von 10% der verhängten Geldstrafe, maximal aber ein Betrag von € 500,00 festzusetzen ist.

Barauslagen iS des § 185 Abs. 1 lit b und c FinStrG sind nur solche Auslagen der Finanzstrafbehörde und des BFG, die über den normalen Personal- und Sachaufwand hinaus anfallen. Barauslagen für Beweisaufnahmen (§ 185 Abs. 1 lit. b erster Fall FinStrG) sind zB die Sachverständigengebühren. Vgl. Judmaier in Köck/Kalcher/Judmaier/Schmitt, Finanzstrafgesetz, Band 2, 5. Aufl. (2021), § 185, I. Kommentar zu § 185 [Rz 4].

Allerdings sind die Kosten nur für diese Finanzvergehen vorzuschreiben, für die auch eine Bestrafung erfolgt (der Pauschalbetrag errechnet sich von der Geldstrafe), sodass ein Kostenersatz für das Sachverständigengutachten, dass die Lieferung der 247 Gitarren vom 30.08.2019 betrifft und diesbezüglich keine Verurteilung erfolgt, nicht festzusetzen war.

Zur Zulässigkeit/Unzulässigkeit der Revision:

Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG wird eine ordentliche Revision zur Frage der Auslegung des Rechtsbegriffes des gemeinen Wertes gemäß § 19 Abs. 3 FinStrG zugelassen, da diese Änderung der Rechtsprechung des BFG bisher vom Verwaltungsgerichtshof noch nicht behandelt wurde.

Darüber hinaus ist eine ordentliche Revision nicht zulässig, da das Erkenntnis nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Feldkirch, am 13. September 2023