



## Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat 7 als Organ des unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Mag. Leopold Lenitz, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrat Dr. Josef Lovranich sowie die Laienbeisitzer Mag. Christian Schmall und Reinhold Haring als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw., wegen der Finanzvergehen der Abgaben- und Monopolhehlerei gemäß §§ 37 Abs. 1 lit. a und 46 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 22. Februar 2005 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt Wien, vertreten durch Dr. Teibinger, vom 15. Februar 2005, Zahlp 90.052/2003-AFF/Tou(Ke), nach der am 4. Dezember 2006 in Abwesenheit des Beschuldigten und in Anwesenheit des Amtsbeauftragten Dr. Teibinger sowie der Schriftführerin Andrea Moravec durchgeführten Verhandlung

zu Recht erkannt:

I. Der Berufung wird teilweise stattgegeben und das angefochtene Straferkenntnis in seinem Ausspruch über die Wertersatzstrafe aufgehoben und im Ausmaß dieser Aufhebung entschieden:

Gemäß § 19 Abs. 1, 4, 5 und 6 FinStrG wird der Wertersatz für 160.000 Stk. Zigaretten mit € 1.200,00 (in Worten: tausendzweihundert) festgesetzt; für den Fall der Uneinbringlichkeit der Wertersatzstrafe tritt gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag.

II. Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

## Entscheidungsgründe

Der Spruchsenat beim Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz erkannte den Berufungswerber (Bw.) mit seinem Erkenntnis vom 15. Februar 2005, Zl. 90.052/2003-AFF/Tu, Spr.Sen.L.Nr. 53/2004 der Finanzvergehen der Abgaben- und Monopolhehlerei nach den §§ 37 Abs. 1 lit. a und 46 Abs. 1 lit. a FinStrG für schuldig. Er habe von Oktober 2001 bis Oktober 2003 in Wien eingangsabgabepflichtige Waren, die zugleich Gegenstände des Tabakmonopols sind und hinsichtlich welcher von unbekannt gebliebenen Personen ein Schmuggel und ein Eingriff in die Rechte des Tabakmonopols begangen worden war, von dem diesbezüglich bereits rechtskräftig abgeurteilten S. gekauft und zwar 200.000 Stück (1.000 Stangen) Zigaretten verschiedener Marken (Eingangsabgaben insgesamt € 32.933,84, Bemessungsgrundlage € 30.366,--).

Gemäß §§ 21,37 Abs. 2 und 46 Abs. 2 FinStrG verhängte der Senat über ihn eine Geldstrafe von € 15.000,--, Ersatzfreiheitsstrafe 30 Tage und erklärte gemäß §§ 17, 37 Abs. 2 und 46 Abs. 2 FinStrG insgesamt 39.400 Stück Zigaretten für verfallen.

Gemäß § 19 FinStrG wurde dem Bw. hinsichtlich der übrigen vom Schuldspruch erfassten, jedoch nicht für verfallen erklärten Zigaretten von 160.600 Stück (803 Stangen) ein Wertersatz von € 8.000,--, Ersatzfreiheitsstrafe 8 Tage, auferlegt und gem. § 185 FinStrG die Pauschalkosten des Strafverfahrens mit € 363,-- festgesetzt.

Dagegen brachte der Beschuldigte das Rechtsmittel der Berufung ein und führte aus:

*"Mit dem angeführten Erkenntnis wurde ich wegen des Finanzvergehens der Abgaben- und Monopolhehlerei nach §§ 37 Abs. 1 lit. a und 46 Abs. 1 lit. a FinStrG zu einer Geldstrafe von € 15.000,--, für den Fall der Uneinbringlichkeit zu einer Ersatzfreiheitsstrafe von 30 Tagen, verurteilt. Außerdem wurde mir ein teilweiser Wertersatz von € 8.000,-- für die nicht für verfallen erklärten Zigaretten auferlegt.*

*Dem Schuldspruch lag zugrunde, dass ich von dem abgesondert bereits verurteilten S. 200.000 Stück (= 1.000 Stangen) Zigaretten schmuggerischer Herkunft übernommen und weiterverkauft habe. Ich bestreite nicht die mir zur Last gelegte Tat, bin aber der Meinung, dass die Strafe bei richtiger Abwägung aller Umstände niedriger auszumessen gewesen wäre. Denn ich habe mich nur aus Unbesonnenheit von S. verleiten lassen, ihm Zigaretten abzunehmen, um einerseits meinen eigenen Zigarettenkonsum zu decken, andererseits wollte ich damit Freunden einen Gefallen tun und habe nur unwesentlich mehr von ihnen verlangt als ich selbst dafür bezahlen musste. Dazu kommt, dass eine vollständige Aufklärung nur durch mein umfassendes Geständnis möglich war. Schließlich bin ich bisher unbescholten, sodass angesichts der massiv ins Gewicht fallenden Milderungsgründe, denen kein Erschwerungsgrund gegenübersteht, die Ausmessung der Strafe mit rund der Hälfte des möglichen Strafrahmens nicht nur im Hinblick auf den Schuldgehalt weit überhöht erscheint, sondern auch die gemäß § 23 FinStrG zu berücksichtigenden wirtschaftlichen Verhältnisse außer Acht lässt.*

*Ich verdiene als Arbeiter derzeit € 987,51 monatlich. Meine Gattin bezieht ein Einkommen von € 1222,--. Unsere beiden Kinder stehen noch in Ausbildung. Für den Sohn ist Schulgeld von monatlich € 317,-- zu bezahlen, für die Tochter ein solches von € 1.200,-- pro Jahr. Dazu*

*kommen monatliche Ausgaben, die allein für Miete € 294,23 und Strom € 128,80 sowie für Kreditrückzahlungen € 104,-- ausmachen.*

*Nicht unbeachtet kann auch bleiben, dass ich gemäß Bescheid des Hauptzollamtes Wien vom 21.11.2003, Zl. 100/55175/01/2003, rechtskräftig zur Entrichtung von Abgaben im Gesamtbetrag von € 34.531,54 verpflichtet worden bin. Aufgrund meiner angespannten finanziellen Situation, die dort zuletzt am 28.1.2005 überprüft und wie oben angegeben festgestellt worden ist, wurden mir diesbezüglich Ratenzahlungen von mtl. € 70,-- bewilligt, die ich regelmäßig leiste, um exekutive Maßnahmen zu verhindern, durch die mein Arbeitsplatz gefährdet wäre. Ein Verlust des Arbeitsplatzes würde wiederum nicht nur die völlige Zahlungsunfähigkeit nach sich ziehen, sondern es könnte auch die Ausbildung meiner Kinder nicht mehr finanziert werden. Um all dies zu vermeiden und weil ich meine Tat zutiefst bereue und meine Familie ungebührlich darunter zu leiden hätte, ersuche ich die Strafe auf ein vertretbares Maß von höchstens € 5.000,-- herabzusetzen.*

*Der abgesondert verurteilte Haupttäter S. hat die umfangreichen Zigarettenschmuggel organisiert, so dass mein eigenes Verschulden demgegenüber sehr gering ausfällt, weshalb bei richtiger Würdigung der Zumessungsgründe auch der Wertersatz mit € 8.000,-- zu hoch ausgefallen ist.*

*Ich beantrage daher*

- 1. die Strafe auf mindestens ein Drittel herabzusetzen;*
- 2. den Wertersatz mindestens um die Hälfte zu reduzieren;*
- 3. die jeweilige Ersatzfreiheitsstrafe angemessen herabzusetzen."*

### ***Zur Entscheidung wurde erwogen:***

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Berufung nur gegen die im Erkenntnis ausgesprochene Strafe richtet. Zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungssenat ist der Bw. nicht erschienen.

Zur Strafbemessung wird ausgeführt:

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

Gemäß Abs. 2 leg.cit sind bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Im Übrigen gelten die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß.

Gemäß Abs. 3 leg.cit sind bei Bemessung der Geldstrafe auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen.

Gemäß § 37 Abs. 2 FinStrG wird die Abgabenhhehlerei mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des Verkürzungsbetrages an Eingangsabgaben geahndet, die auf die verhehlten Sachen entfallen.

Gemäß § 46 Abs. 2 FinStrG wird die Monopolhehlerei mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen der Bemessungsgrundlage (§ 44 Abs. 2) geahndet.

Hängen gemäß § 21. Abs. 2 FinStrG die zusammenhängenden Strafdrohungen von Wertbeträgen ab, so ist für die einheitliche Geldstrafe die Summe dieser Strafdrohungen maßgebend.

Der Strafraumen der sich aus der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 21 Abs. 1, 37 Abs. 2 und 46 Abs. 2 FinStrG ergibt, lässt sich wie folgt berechnen:

|                                             |   |           |     |
|---------------------------------------------|---|-----------|-----|
| Zoll                                        | € | 8.077,82  |     |
| EUST                                        | € | 7.826,30  |     |
| Tabaksteuer                                 | € | 17.029,72 |     |
| Summe                                       | € | 32.933,84 | x 2 |
|                                             | € | 65.867,68 |     |
| Bemessungsgrundlage nach § 44 Abs. 2 lit. c | € | 30.366,00 |     |
| Gesamtbetrag und Strafraumen                | € | 96.233,68 |     |
|                                             |   |           |     |

Als Schuldform kann direkter Vorsatz konstatiert werden.

Der Bw. hat die Finanzvergehen über einen Zeitraum von zwei Jahren begangen um die Zigaretten entweder selbst zu rauchen oder mit einem geringen Aufschlag weiterzugeben.

Als mildernd war wie im angefochtenen Erkenntnis neben dem Geständnis die Unbescholtenheit des Bw. und zusätzlich auch die Verleitung durch den gesondert verfolgten und bereits strafgerichtlich abgeurteilten Lieferanten zu berücksichtigen. Bei Betrachtung seiner angespannten finanziellen Situation bei einem monatlichen Verdienst von € 987,- ist im Zusammenhang mit der Unterhaltspflicht für seine beiden Kinder zu beachten, dass dafür auch das monatliche Einkommen seiner Gattin in der Höhe von € 1.222.-heranzuziehen ist. Auch wenn man seinen offensichtlich schlechten Gesundheitszustand und die Ratenzahlungen auf seine Eingangsabgabenschuld bedenkt, kann eine Reduktion der Geldstrafe von € 15.000,- , die ohnehin nur ungefähr 15,5% des Strafraumens ausmacht und sich damit bereits in dessen unterstem Bereich befindet, vor allem im Hinblick auf die Schuld des Bw. – immerhin erstreckt sich der Tatzeitraum über zwei Jahre - aber auch aus generalpräventiven Überlegungen nicht ins Auge gefasst werden. Seinen existenziellen Sorgen können auch im Bereich des Finanzstrafrechtes in einer Ratenvereinbarung (§ 172 Abs. 1 FinStrG iVm § 212 Bundesabgabenordnung) oder im Gnadenweg (§ 187 FinStrG) Berücksichtigung finden.

Bezüglich der Strafe des Wertersatzes ist auszuführen:

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

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

Ist gemäß Absatz 6 leg. cit. der Wertersatz aufzuteilen (Abs. 4) oder ist vom Wertersatz ganz oder teilweise abzusehen (Abs. 5), so sind hierfür die Grundsätze der Strafbemessung anzuwenden.

Beim Wertersatz war von einem gemeinen Wert der insgesamt 160.600 Stück Zigaretten im Sinne der Bemessungsgrundlage nach § 44 Abs. 2 lit. c FinStrG in der Höhe von € 24.090,- auszugehen. Die im angefochtenen Erkenntnis vorgenommene Aufteilung des Wertersatzens zwischen dem Bw. und seinem Lieferanten im Verhältnis 1 : 2 wird als richtig anerkannt.

Nach ständiger höchstgerichtlicher Judikatur (z.B. Erkenntnis der VwGH vom 26. Juni 1996, Zahl 95/16/0262) ist der Faktor "Bedeutung der Tat" insbesondere nach dem strafbestimmenden Wertbetrag zu beurteilen, wogegen sich der Begriff "Vorwurf" vor allem auf die Schuld des Täters bezieht.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zur Frage der Relation der Bedeutung der Tat und dem Wertersatz zum Beispiel ausgesprochen, dass bei einer Eingangsabgabensumme von 20 % des gemeinen Wertes ein Missverhältnis nicht vorliegt (Erkenntnis der VwGH vom 25. Juni 1992, Zahl 91/16/0054). Bei einer Eingangsabgabensumme von € 26.280,58 und einem Kleinverkaufspreis als gemeinen Wert der Zigaretten von € 24.090,- ist dieses Missverhältnis in dieser Sache ebenfalls nicht zu sehen.

Bei der Beurteilung des Verhältnisses des Wertersatzes zum den Täter treffenden Vorwurf ist vor allem die Schuld des Täters zu beachten. Durch die Festsetzung der Geldstrafe im untersten Bereich des Strafrahmens im angefochtenen Erkenntnis, die in dieser Entscheidung nicht verändert wird, ist eine grundsätzliche Einstufung des Verhältnisses der Schuld zum Strafrahmen erfolgt. Obwohl es sich um direkten Vorsatz des Bw. gehandelt hat, wurde im angefochtenen Erkenntnis auch seine persönliche Verantwortlichkeit im unteren Bereich angesetzt. Die den Bw. treffende anteilige Wertersatzstrafe von € 8.000,- bedeutet dem

gegenüber das Höchstmaß der Wertersatzstrafe. Wenn nun bei der Strafzumessung der Geldstrafe ein Strafmaß im unteren oder untersten Bereich des zur Verfügung stehenden Strafrahmens angemessen war und ist, so ist konsequenterweise dieser Umstand auch bei der Abwägung zwischen der Höhe des Wertersatzbetrages im Zusammenhang und im Verhältnis mit dem ihn treffenden Vorwurf zu beachten ( Erkenntnis des VwGH vom 9. August 2001, Zahl 98/16/0291 mit Hinweis auf das oben zitierte Erkenntnis vom 26. Juni 1996). Ein Messen der Geldstrafe und der Wertersatzstrafe mit zweierlei Maß ist demnach nicht zulässig.

Der Wertersatz steht sohin zu dem den Bw. treffenden Vorwurf außer Verhältnis, sodass gem. § 19 Abs. 6 FinStrG die Grundsätze der Strafzumessung des § 23 FinStrG zur Anwendung zu kommen haben. Unter Hinweis auf die diesbezüglichen obigen Feststellungen und Überlegungen zur Geldstrafe setzt daher der Senat die Wertersatzstrafe mit ungefähr 15 % des Teilwertersatzes, das heißt mit € 1.200.-, fest. Die Ersatzfreiheitsstrafe wird dem entsprechend mit einem Tag festgesetzt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 4. Dezember 2006