



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Linz
Finanzstrafsenaat Linz 6

GZ. FSRV/0022-L/07

Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenaat 6 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstraßbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Dr. Hartl, das sonstige hauptberufliche Mitglied HR Dr. Peter Binder sowie die Laienbeisitzer Mag. Helmut Schabetsberger und Ing. Johannes Gruber als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstraßsache gegen TM., wegen des Finanzvergehens der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei gemäß §§ 37 Abs. 1 lit. a iVm 38 Abs. 1 lit. a des Finanzstraßgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 29. Jänner 2007 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates II beim Zollamt Linz als Organ des Zollamtes Linz als Finanzstraßbehörde erster Instanz vom 13. Oktober 2006, StrNr. 12345, Zl. 500000/90472/10/2006, nach der am 29. Juni 2012 in Anwesenheit des Amtsbeauftragten HR Mag. Erich Jungwirth sowie der Schriftführerin Tanja Grottenthaler, jedoch in Abwesenheit des Beschuldigten, durchgeführten Verhandlung

zu Recht erkannt:

Der Berufung wird Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis – bei gleichbleibendem Schuld- und Kostenausspruch – insofern abgeändert, als

1. die gegen den Berufungswerber (Bw.) gemäß §§ 37 Abs. 2 iVm 38 Abs. 1 lit. a FinStrG im Erstverfahren verhängte **Geldstrafe** auf

17.000,00 €

(in Worten: siebzehntausend Euro)

sowie die gemäß § 20 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit zu verhängende
Ersatzfreiheitsstrafe auf

vierunddreißig Tage

verringert werden.

2. Hinsichtlich der Tatgegenstände, der mit Bescheid des Zollamtes Linz vom 23. Mai 2006 gemäß § 89 Abs. 1 FinStrG beschlagnahmten 144.800 Stück (= 724 Stangen) Zigaretten der Marken Marlboro (410 Stangen) und Marlboro Lights (314 Stangen), wird (unverändert gegenüber dem Ersterkenntnis) gemäß §§ 37 Abs. 2, 38 Abs. 1 iVm § 17 Abs. 2 lit. a FinStrG auf **Verfall** erkannt.

3. Hinsichtlich des vom Bw. bei der Tatausführung benützten und ebenfalls mit dem unter Pkt. 2. bezeichneten Bescheid gemäß § 89 Abs. 1 FinStrG beschlagnahmten Beförderungsmittels, des im Eigentum eines unbeteiligten Dritten stehenden KFZ der Marke VW (D), Typ Kombi 3-0-0, 2,5 TDI, amtliches Kennzeichen XY., Fahrgestellnummer XYZ., wird gemäß §§ 38 Abs. 1, 17 Abs. 2 lit. 3 Z 3 und 19 Abs. 1 lit. b, Abs. 5, 6 FinStrG **statt auf Verfall auf teilweisen Wertersatz** iHv.

3.400,00 €

(in Worten: dreitausendvierhundert Euro)

und gemäß § 20 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit auf eine Ersatzfreiheitsstrafe von

drei Tagen

erkannt.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis des Spruchsenates II beim Zollamt Linz als Organ des Zollamtes Linz als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 13. Oktober 2006, StrNr. 12345, wurde MT. für schuldig erkannt,

im Mai 2006 vorsätzlich eingangsabgabenpflichtige Waren, nämlich 144.800 Stück (= 724 Stangen) Zigaretten der Marken Marlboro (410 Stangen) und Marlboro Lights

(314 Stangen) im Gesamtwert von 7.240,00 €, darauf entfallende Eingangsabgaben iHv. 24.504,22 €, davon Zoll 4.170,24 €; Tabaksteuer 15.043,27 € und Einfuhrumsatzsteuer 5.290,71 €, welche (zuvor) durch unbekannte Personen anlässlich ihrer Einreise in das Zollgebiet der Gemeinschaft über unbekannte Zollämter durch Verletzung der in Art. 40 Zollkodex (ZK) normierten Gestellungspflicht vorschriftswidrig in das Zollgebiet der Gemeinschaft verbracht worden waren, an sich gebracht zu haben, wobei es ihm darauf angekommen sei, sich durch die wiederkehrende Begehung (des in § 37 Abs. 1 lit. a genannten Finanzvergehens der Abgabenhehlerei) eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (gewerbsmäßige Begehung) und hiermit das Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei nach §§ 37 Abs. 1 lit. a iVm 38 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen zu haben.

Aus diesem Grund wurde über den Beschuldigten gemäß §§ 37 Abs. 2 iVm 38 Abs. 1 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von 20.000,00 € verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von vierzig Tagen ausgesprochen.

Weiters wurde im og. Straferkenntnis gemäß §§ 37 Abs. 2 iVm 17 FinStrG auf Verfall der og. Tatgegenstände (144.800 Stück Zigaretten der oa. Marken) sowie des (bei der Tat vom Bw. benützten) Beförderungsmittels [KFZ der Marke VW (D), Typ Kombi 3-0-0, 2,5 TDI, amtliches Kennzeichen XY., Fahrgestellnummer XYZ.] samt Fahrzeugschlüssel erkannt.

Gemäß §§ 19 Abs. 2, 6 iVm 17 Abs. 5 FinStrG wurde darüber hinaus für den Fall, dass der (ausgesprochene) Verfall des genannten Beförderungsmittels (samt Fahrzeugschlüssel) nicht vollziehbar sein werde, ein (teilweiser bzw. reduzierter) Wertersatz iHv. 4.000,00 € und für den Fall der Uneinbringlichkeit gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von vier Tagen ausgesprochen.

Die (vom Beschuldigten zu tragenden) Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG pauschal mit 363,00 € bestimmt.

Begründend verwies der erkennende Senat im Wesentlichen auf die Ergebnisse des gegen den Beschuldigten nach der Tatentdeckung vom 23. Mai 2006 durchgeführten finanzstrafrechtlichen Untersuchungsverfahrens, denen zufolge der (anlässlich der Beschuldigteneinvernahmen letztlich geständige) Bw. die anlässlich der Einreisekontrolle von der Grenzpolizeiinspektion Wulowitz in einem von ihm unter nicht unbeträchtlichem Aufwand eingebauten Versteck (zweite, mit dem Fahrzeug verbundene und professionell montierte Rückwand im Kofferraumbereich) des og., einem unbeteiligten Dritten gehörenden, KFZ vorgefundenen, zuvor von unbekannten Dritten aus der Ukraine nach Polen

eingeschmuggelten Zigaretten in der Absicht erworben bzw. im Auto versteckt habe, um sie später in Österreich bzw. in Italien gewinnbringend weiterzuverkaufen.

Die nach den angeführten Bestimmungen (§§ 37 Abs. 2 iVm 38 Abs. 1 bzw. § 20 FinStrG) für die festgestellte Tat (§§ 37 Abs. 1 lit. a iVm 38 Abs. 1 lit. a FinStrG) auszusprechenden Strafen (Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe) ermittelten sich bei gesetzlichen Strafrahmen von bis zu 73.512,66 € bzw. von bis zu drei Monaten neben den festgestellten wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnissen aus der täterpersönlichkeitsbezogenen Schuld (§ 23 Abs. 1 FinStrG) bzw. den festgestellten Strafmilderungsgründen (§ 23 Abs. 2 FinStrG) der (finanzstrafrechtlichen) Unbescholtenheit und des abgelegten Geständnisses.

Der Verfall der Tatgegenstände (Zigaretten) sowie des bei der Tat verwendeten Beförderungsmittels (samt Fahrzeugschlüssel) ergäben sich aus den genannten gesetzlichen Bestimmungen.

Hinsichtlich des Beförderungsmittels (festgestellter gemeiner Wert: 4.699,62 € laut Blatt 65 des Strafaktes) sei (gleichzeitig neben dem Verfall) auf einen entsprechenden (reduzierten) Eventualwerterersatz zu erkennen gewesen, da zwischenzeitig der an der Tat unbeteiligte Zulassungsbesitzer gegenüber der Finanzstrafbehörde (seine) Ansprüche an dem Fahrzeug geltend gemacht habe und zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung (noch) nicht feststehe, ob dieser Anspruch gemäß § 17 Abs. 5 FinStrG auch anerkannt werden würde (vgl. § 17 Abs. 3 FinStrG).

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 29. Jänner 2007, wobei im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

Unter Hinweis darauf, dass er aufgrund finanzieller Probleme nicht in der Lage sei, die gegen ihn ausgesprochenen Geldstrafe(n) zu tilgen und daher für ihn nur die Möglichkeit der Verbüßung der Ersatzfreiheitsstrafe(n) bestehe, ersuchte der Bw. diese entsprechend zu mildern. Er übe in Polen eine wirtschaftliche Betätigung aus und wirke sich eine so lange Abwesenheit negativ auf seine ohnehin schlecht prosperierende Firma aus. Er sei bisher nicht vorbestraft und sei der Vorfall mit den Zigaretten ein unbedachter Schritt gewesen, den er sehr bereue.

Er ersuche um Verständnis für seine Lage und entsprechende Reduzierung bzw. Milderung der ausgesprochenen Strafe(n).

In einem an die Berufungsbehörde – nach der Zustellung der Ladung zur (mündlichen) Berufungsverhandlung am 29. Juni 2012 – gerichteten Schreiben vom 14. Juni 2012 erklärte

der Bw., dass er infolge fehlender finanzieller Mittel nicht zur anberaumten Berufungsverhandlung erscheinen könne. Er sei derzeit arbeitslos und betreue überdies seine Tochter, die er nicht allein bzw. ohne Obhut lassen könne. Es werde daher um Durchführung der Verhandlung ohne sein Erscheinen bzw. gegebenenfalls um Zustellung einer entsprechenden Entscheidung ersucht.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Grundsätzlich erwachsen Straferkenntnisse in Teilrechtskraft, wenn nicht deren gesamter Umfang angefochten wird (vgl. zB VwGH vom 15. Mai 1986, 84/16/0209). So ist nach ständiger (höchstgerichtlicher) Rechtsprechung auch eine Teilrechtskraft hinsichtlich des (erstinstanzlichen) Schuldausspruches möglich (VwGH vom 10. Jänner 1985, 83/16/0179; VwGH vom 21. November 1985, 84/16/0201; VwGH vom 4. September 1992, 91/13/0021; VwGH vom 19. Oktober 1995, 94/16/0123, ua.).

Erwächst somit ein Schuldausspruch der durch einen Spruchsenat erkennenden Erstbehörde im (verwaltungsbehördlichen) Finanzstrafverfahren in Teilrechtskraft, weil lediglich vom Beschuldigten bzw. Bestraften ein Rechtsmittel erhoben und sich die Berufung ausschließlich gegen die Höhe der nach dem FinStrG ausgesprochenen Strafen, d. s. neben Geldstrafen die (Neben-)Strafe(n) des Verfalls und des Wertersatzes, sowie auch allfällig verhängte bzw. zugehörnde Freiheits- und Ersatzfreiheitsstrafen, steht (auch für die über die Berufung entscheidungsbefugte Rechtsmittelbehörde) bindend fest, dass die im erstinstanzlichen Schuldspruch be- bzw. umschriebene(n) Tat(en), wie ebendort festgestellt, vom Bw. begangen wurden.

So gesehen ist es dem Berufungssenat im vorliegenden Fall schon aufgrund der dargestellten Rechtslage verwehrt, selbst bei allfällig im Zuge des Rechtsmittelverfahrens am Schuldspruch zu Tage tretenden Zweifeln, den in Rechtskraft erwachsenen Schuldausspruch gegen den Bw. vom 13. Oktober 2006 abzuändern.

Im Übrigen bieten sowohl die Aktenlage als auch die (schriftlichen) Einlassungen des Beschuldigten keinen Anlass, die vom Spruchsenat im Zusammenhang mit dem Schuldspruch vorgenommene und angesichts der Ergebnisse des Untersuchungsverfahrens nachvollziehbar und schlüssig erscheinende Tat- und Tätereinschätzung im Hinblick auf eine trotz der Teilrechtskraft (noch) mögliche Berücksichtigung ergänzender Aspekte im Rahmen der Strafausmessung in Zweifel zu ziehen bzw. aufgrund eigener im Rechtsmittelverfahren

gewonnener Erkenntnisse für die in der Sache zu treffende Entscheidung gegebenenfalls zu ergänzen.

Zu der somit allein verfahrensgegenständlichen Zumessung bzw. Überprüfung der im Ersterkenntnis ausgesprochenen Strafen (Geldstrafe; Verfall bzw. Wertersatz samt Ersatzfreiheitsstrafen) ist auf Basis der zum nunmehrigen Entscheidungszeitpunkt feststehenden Sachlage bzw. der im Rechtsmittelverfahren zu Tage getretenen Neuerungen (§ 161 Abs. 1 FinStrG) sowie unter Berücksichtigung des hier zu beachtenden Verböserungsgebotes des § 161 Abs. 3 FinStrG aufgrund der gemäß § 4 FinStrG maßgeblichen Rechtslage Nachfolgendes festzustellen:

Gemäß §§ 37 Abs. 2 iVm 38 Abs. 1 lit. a FinStrG ist der Täter des Finanzvergehens der gewerbsmäßigen Abgabenhellerei mit einer Geldstrafe bis zum Dreifachen des Verkürzungsbetrages an Eingangsabgaben (Verkürzungsbetrag hier laut Ersterkenntnis: 24.504,22 €) zu bestrafen. Daneben ist nach Maßgabe des § 17 FinStrG auf Verfall zu erkennen, der im Falle einer festgestellten gewerbsmäßigen Begehungsweise nicht nur die Tatgegenstände (§ 17 Abs. 2 lit. a FinStrG), sondern auch die bei der Tat benützten Beförderungsmittel, wenn in ihnen Tatgegenstände an Stellen verborgen waren, die für die Verwahrung üblicherweise nicht bestimmt sind (vgl. § 17 Abs. 2 lit. c Z 3 FinStrG), umfasst.

Von der Missverhältnisregel des § 17 Abs. 6 1. Satz FinStrG, wonach in jenen Fällen, in denen der Verfall zur Bedeutung der Tat oder dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis stünde, an dessen Stelle nach Maßgabe des § 19 die Sanktion des Wertersatzes tritt, sind ua. Gegenstände des Tabakmonopols iSd Tabakmonopolgesetzes 1996 (TabMG) bei denen ein Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 5 ff TabMG zu besorgen ist, ausgenommen.

Gemäß § 19 Abs. 1 lit. b FinStrG ist statt auf Verfall auf die Strafe des Wertersatzes zu erkennen, wenn auf Verfall nur deshalb nicht erkannt wird, weil das Eigentumsrecht einer anderen Person berücksichtigt wird.

Die Höhe des (auszusprechenden) Wertersatzes entspricht dabei grundsätzlich dem gemeinen Wert, den der dem Verfall unterliegende Gegenstand im Zeitpunkt der Begehung des Finanzvergehens hatte (vgl. § 19 Abs. 3 FinStrG).

Stünde allerdings der dem Beschuldigten aufzuerlegende Wertersatz zur Bedeutung der Tat oder dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis, so ist von seiner Auferlegung ganz oder teilweise abzusehen (§ 19 Abs. 5 FinStrG). Dabei wird sich die anzustellende Verhältnismäßigkeitsprüfung an den Kriterien des § 23 FinStrG zu orientieren haben (vgl. § 19 Abs. 6 FinStrG) bzw. ein allfälliges Missverhältnis schon durch eine unvertretbar erscheinende

Relation zwischen strafbestimmenden Wertbetrag und dem Verfallswert oder wohl auch dem gemäß § 19 Abs. 3 FinStrG ermittelten Wertersatz bestimmt werden (vgl. VwGH vom 26. April 2001, 2000/16/0597, 0598).

Wird auf eine Geldstrafe oder auf Wertersatz erkannt, so sind zugleich die für den Fall der Uneinbringlichkeit der festgesetzten Beträge an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafen festzusetzen (§ 20 Abs. 1 FinStrG).

Gemäß § 23 Abs. 1 und 2 FinStrG bilden die festgestellte Schuld des Täters und die im Anlassfall zum Entscheidungszeitpunkt vorliegenden, nicht schon die Strafdrohung bestimmenden Erschwerungs- und Milderungsgründe die Grundlagen für die Ausmessung der sich innerhalb der jeweiligen Strafraumen (zB § 38 Abs. 1, 20 Abs. 2 FinStrG) bewegenden Geld- bzw. Ersatzfreiheitsstrafen. Daneben sind für die allgemeine Strafzumessung auch die im FinStrG zwar nicht ausdrücklich genannten, aber weil jeder strafrechtlichen Sanktionierung nahezu immanent, auch im Finanzstrafverfahren nicht zu vernachlässigenden general- und spezialpräventiven Überlegungen, dh. einerseits die Auswirkungen des konkreten Strafausspruches auf die Allgemeinheit (durch eine adäquate Sanktionierung soll einer künftigen Begehung derartiger Finanzvergehen durch Dritte angemessen entgegengewirkt werden) und andererseits die (weitere Straftaten nach Möglichkeit vermeidende) Wirkung auf den Täter, anzustellen. Für die Bemessung der Geldstrafe(n) sind darüber hinaus auch die persönlichen Täterverhältnisse und dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit entsprechend den allgemeinen Ermessenskriterien heranzuziehen.

Da im Anlassfall – nach dem Ergehen des erstinstanzlichen Straferkenntnisses – hinsichtlich des vom Bw. verwendeten, von der Finanzstrafbehörde erster Instanz gemäß § 89 FinStrG beschlagnahmten Beförderungsmittel am 26. August 2010 das Eigentumsrecht einer anderen Person anerkannt worden ist, liegen für die nunmehrige Sachentscheidung die Voraussetzungen für den Ausspruch eines Wertersatzes (anstelle des Verfalls) iSd § 19 FinStrG vor.

Zu den (nunmehr maßgeblichen) Anknüpfungskriterien iSd § 23 Abs. 1 und 2 FinStrG ist festzuhalten, dass sich insgesamt das ermittelte Verschulden des Bw. schon angesichts des von ihm unter erheblichen Aufwand hergestellten Versteckes im verwendeten Beförderungsmittel ob der sich daraus erschießenden kriminellen Energie im Hinblick auf die Erreichbarkeit des angestrebten, strafrechtlich verbotenen Ziels, als nicht bloß unbedeutend bzw. sich die ganzen Tatumstände nicht als eine unüberlegte, sondern im Gegenteil sehr sorgfältig geplante und auch ausgeführte Handlungsabfolge darstellen.

Andererseits lassen sich anhand der Aktenlage aber auch zahlreiche gemäß § 23 Abs. 2 FinStrG für die Ausmessung der Sanktionen ebenfalls heranzuziehende Umstände – zu der bereits im Erstverfahren zutreffenderweise beachteten finanzstrafrechtlichen Unbescholtenheit iSd § 34 Abs. 1 Z 2 Strafgesetzbuch (StGB) sowie dem umfassenden und reumütigen Geständnisses (§ 34 Abs. 1 Z 17 StGB) treten die sich ebenfalls strafmildernd auswirkenden nunmehr ebenso zu konstatierenden Voraussetzungen des § 34 Abs. 1 Z 18 StGB (langes Zurückliegen der Tat bzw. seitheriges Wohlverhalten; vgl. dazu § 41 FinStrG) als auch jene des § 34 Abs. 2 StGB (nicht vom Bw. zu vertretende, lange Verfahrensdauer; vgl. dazu Fellner, FinStrG, § 23 Rz 12j) – zu Gunsten des Bw. ins Treffen führen.

Zu den persönlichen bzw. wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters ist der derzeitigen Erhebungslage zu entnehmen, dass der Täter für eine offenbar noch minderjährige Tochter sorgepflichtig ist und auch weiterhin – entsprechend seinen Angaben – weder über ein geregeltes Einkommen noch über ein sonstiges verwertbares Vermögen verfügt.

Angesichts dieser im Berufungsverfahren zu Tage getretenen Tat- und Täterumstände erscheint in gesamthafter Wertung aller bereits im Erstverfahren konstatierten Gegebenheiten und Besonderheiten des Einzelfalles, v. a. angesichts der weiteren Milderungsgründe und der geänderten bzw. ergänzten Grundlagen des § 23 Abs. 3 FinStrG, eine (weitere) Reduzierung der gemäß §§ 37 Abs. 2 iVm 38 Abs. 1 FinStrG ausgesprochenen Geldstrafe auf 17.000,00 €, d. e. einer Verringerung gegenüber dem angefochtenen Strafausspruch von annähernd 15 %, vertretbar.

Eine spruchgemäße, ebenfalls den og. Prozentsatz umfassende Herabsetzung des neben der Geldstrafe in der nunmehr durch Ereignisablauf überholten Form des (teilweisen) Eventual-Wertersatzes ergibt sich aus §§ 23 und 161 Abs. 3 FinStrG.

Ähnliches gilt für die ebenfalls herabzusetzenden Ersatzfreiheitsstrafen, wobei aber hier der festgestellten eingeschränkten finanziellen Leistungsfähigkeit des Beschuldigten keine eigene Bedeutung zukommt. Einer an sich an der gängigen Spruchpraxis, wonach üblicherweise bei Geldstrafen von 7.000,00 € bis 10.000,00 € eine (subsidiäre) Ersatzfreiheitsstrafe von einem Monat verhängt wird, orientierenden Erhöhung des jeweiligen Strafausmaßes steht jedoch hier das auch die Relation zwischen Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe(n) umfassende Verböserungsverbot des § 161 Abs. 3 FinStrG entgegen (vgl. zB VwGH vom 26. Juli 2005, 2003/14/0086).

Die (unveränderte) Beibehaltung des Verfallsausspruches hinsichtlich der Tatgegenstände ergibt sich aus der dargestellten Rechtslage.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Linz, am 12. Juli 2012