



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Beschwerde des Bf., vertreten durch Mag. Hermann Gaar, Rechtsanwalt, 8230 Hartberg, Baumschulgasse 5, vom 29. Juli 2009 gegen die Berufungsvorentscheidung des Zollamtes Graz vom 19. Juni 2009, GZ. 7, betreffend die Aussetzung der Vollziehung nach Art. 244 ZK entschieden:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Dem Zollamt Graz wurden von der Polizeiinspektion B. Anzeigen vom 30. März 2006 und 2. Mai 2006 übermittelt, nach welchen der Beschwerdeführer (Bf.) aus Rumänien eingeschmuggelte Zigaretten in B. an verschiedene Personen verkauft.

Am 16. Juni 2006 erfolgte eine freiwillig gestattete Nachschau durch Beamte des Zollamtes Graz in den Wohnräumlichkeiten des Bf. in X., und wurden im Zuge dieser Nachschau 23 Stangen (4.600 Stück) Zigaretten der Marke „Memphis Classic“, 9 Stangen (1.800 Stück) Zigaretten der Marke „Memphis Blue Lights“ und 13 Stangen (2.600 Stück) Zigaretten der Marke „Memphis Blue“ beschlagnahmt. Der Bf. wurde festgenommen, die niederschriftliche Einvernahme erfolgte in den Räumlichkeiten der Polizeiinspektion B. Im Zuge der Einvernahme gab er im Wesentlichen an, er habe vor ca. 2 Jahren eine ihm namentlich nicht bekannte Person kennen gelernt, die für ihn einen Kontakt hergestellt habe, um billige Zigaretten beziehen zu können. Kurze Zeit später habe er von einer männlichen Person mit ausländischem Akzent einen Anruf erhalten und dieser mitgeteilt, er würde so viele Zigaretten

wie möglich abnehmen. Die Übergabe der Zigaretten sei so vereinbart worden, dass ihm diese kurz nach einem Anruf zwischen 22:00 und 24:00 Uhr im Park in N. neben der Telefonzelle übergeben werden. Er habe im Schnitt alle drei Wochen jeweils 20 Stangen Zigaretten um € 20,00 je Stange übernommen und im Bekanntenkreis ohne Aufschlag als Gegenleistung für gewisse Tätigkeiten auf einem Parkplatz aus dem Kofferraum seines PKW heraus weitergegeben. In Summe habe es sich um 660 Stangen Zigaretten verschiedener Sorten der Marke „Memphis“ gehandelt. Der Umstand, dass der Handel mit ausländischen unverzollten Zigaretten in Österreich verboten sei, sei ihm bewusst gewesen.

Betreffend die beschlagnahmten Zigaretten wurde dem Zollamt Graz von der Austria Tabak GmbH & Co KG, 1160 Wien, mitgeteilt, dass die Zigaretten zwischen 25. Oktober 2005 und 6. April 2006 in der Fabrik Linz produziert und in der Folge nach Rumänien ausgeführt wurden. Diese seien zum Verkauf in Duty Free Shops in Rumänien bestimmt gewesen.

Mit Bescheid des Zollamtes Graz vom 28. Juni 2006, Zl. 7, wurden dem Bf. gemäß Art. 202 Abs.1 und Abs.3 dritter Fall der Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 des Rates vom 12. Oktober 1992 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften (Zollkodex, ZK) iVm § 2 Abs.1 Zollrechts-Durchführungsgesetz (ZollR-DG) für 132.000 Stück Zigaretten Eingangsabgaben in Höhe von € 23.544,05 (Zoll: € 5.322,24; Tabaksteuer: € 12.757,80; EUST: € 5.464,01) zur Entrichtung vorgeschrieben. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Bf. zwischen Juni 2004 und 16. Juni 2006 insgesamt 132.000 Stück Zigaretten der Marke Memphis, auf welchen Eingangsabgaben in Höhe von insgesamt € 23.544,05 lasten, von einer unbekannten Person erwarb, obwohl er aufgrund des günstigen Preises von € 20,00 pro Stange bereits im Zeitpunkt des Erwerbes erkennen konnte, dass diese zuvor vorschriftswidrig in das Zollgebiet der Europäischen Union verbracht worden waren.

Gegen diesen Bescheid hat der Bf. mit Eingabe vom 26. Juli 2006 binnen offener Frist den Rechtsbehelf der Berufung erhoben. Begründend führte er im Wesentlichen aus, dass er durch den Umstand der behördlichen Ermittlungen derart überrascht gewesen sei, dass er bei der Einvernahme zum Teil unzutreffende Angaben gemacht habe. Er habe zunächst auch angegeben, im Zeitraum August 2005 bis Mai 2006 alle 5 Wochen ca. 10 Stangen Zigaretten bezogen zu haben. Erst auf Nachfrage des Beamten, der Zeitraum müsse länger und die Menge mehr gewesen sein, soll der Bf. erwidert haben, dann seien es halt zwei Jahre und jeweils 20 Stangen gewesen. Der Bf. soll sich weiters dahingehend geäußert haben, der Beamte könne hinschreiben, was er wolle, er wolle nur endlich seine Ruhe haben und gehen. Insgesamt seien vom Bf. nur 8 mal 10 Stangen Zigaretten erworben worden, zumal der Bf. selbst im betreffenden Zeitraum Zigaretten der Marke „Flirt“ geraucht habe, was auch seine Ehegattin A.B. bestätigen könne.

Mit Berufungsvorentscheidung des Zollamtes Graz vom 13. November 2006, Zl. 7, wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen. Begründend wurde ausgeführt, dass laut Rechtsprechung des VwGH die in der Ersteinvernahme gemachten Angaben entsprechend der allgemeinen Lebenserfahrung der Wahrheit am Nächsten kommen.

Gegen diese Berufungsvorentscheidung wurde mit Eingabe vom 7. Dezember 2006 binnen offener Frist der Rechtsbehelf der Beschwerde erhoben. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Bf. zum Zeitpunkt der Einvernahme in einem äußerst labilen Zustand gewesen sei. Der Bf. sei schwer alkoholkrank gewesen und sei aufgrund seines beeinträchtigten Gemüts- und Gesundheitszustandes nicht in der Lage gewesen, den wahren Sachverhalt wiederzugeben, weshalb er den Vorhalten der Ermittlungsbeamten zur Gänze nachgab. Bereits am 10. Juli 2006 sei es infolge Alkoholtoxikation zu einem stationären Aufenthalt des Bf. im LKH Y. gekommen, zwischen 1. August 2006 und 9. September 2006 erfolgte ein Aufenthalt in der Landesnervenklinik Sigmund Freud in Graz. Der erzeugte Vernehmungsdruck sei zwar völlig innerhalb der Norm gewesen, im Einklang mit dem labilen Krankheitsbild des Bf. habe dieser jedoch jedem an ihn gerichteten Vorhalt emotionslos zugestimmt. Die exakte vom Bf. bezogene Stückzahl an Zigaretten lasse sich wohl nicht mehr rekonstruieren. Der Zigarettenbezug könne aber auf den Zeitraum 2005 bis Mai 2006 eingegrenzt werden, wobei grundsätzlich alle 5 Wochen, manchmal auch bereits nach 3 Wochen Zigaretten bezogen wurden.

Am 5. Mai 2010 wurde die Ehegattin des Bf., Frau A.B., über Ersuchen des Unabhängigen Finanzsenates von Organen des Zollamtes Graz als Zeugin vernommen. A.B. gab dabei zur Niederschrift, dass der Bf. bis vor 6 bis 7 Jahren Zigaretten der Marke „Flirt“, danach Zigaretten der Marke „Memphis“ geraucht habe. Die Zigarettenpackungen hätten aber eine deutsche Schrift aufgewiesen. Über den Gesundheitszustand und die Zigarettenkäufe des Bf. konnte die Zeugin keine Angaben machen, da zu dieser Zeit „kein gutes Familienklima“ geherrscht habe.

Der Unabhängige Finanzsenat ersuchte auch jene Beamten des Zollamtes Graz um eine Stellungnahme betreffend ihrer Wahrnehmungen zum Geistes- und Gesundheitszustand des Bf., die die Amtshandlung am 16. Juni 2006 durchführten. C.D. erklärte, er habe keine Beeinträchtigung durch Alkohol- oder Medikamenteneinfluss feststellen können und habe den Eindruck gewonnen, der Bf. könne der Einvernahme geistig und körperlich sehr wohl folgen. Dem Bf. sei aber die Möglichkeit ärztlicher Unterstützung angeboten worden, die dieser ablehnte. E.F. erklärte, eine offensichtliche Alkoholisierung sei ihm nicht in Erinnerung, da bei einem solchen Verdacht in der Regel ein Alkoholtest vorgenommen werde, Allerdings habe der Bf. nach seiner Festnahme ein Medikament zu sich genommen. G.H. erklärte, dass ihm zum

Geistes- und Gesundheitszustand des Bf. nichts Außergewöhnliches aufgefallen sei. Der Bf. habe auf ihn aber keinen gesunden Eindruck gemacht, er habe aber nicht gelallt und sei nicht herumgetorkelt.

In seiner Stellungnahme vom 14. Juni 2010 erklärte der Bf., zum damaligen Zeitpunkt sei er schwerer Alkoholiker gewesen, bei dem wesentliche Alkoholisierungsmerkmale wie Lallen oder Herumtorkeln überhaupt nicht mehr gegeben waren oder auffielen. Der Bf. verwies neuerlich auf seine Aufenthalte im LKH Y. am 10. Juli 2006 und in der Landesnervenklinik Sigmund Freud in Graz vom 1. August 2006 bis 9. September 2006.

Mit Eingabe vom 22. Juli 2010 legte der Bf. die Krankengeschichte der Landesnervenklinik Sigmund Freud in Graz von seinem stationären Aufenthalt vor. Daraus ergibt sich, dass der Bf. versucht habe, seine Depression mit Alkohol zu bekämpfen. Er nahm in diesem Zeitraum an einer qualifizierten Entzugsbehandlung mit Gruppentherapie, Beschäftigungstherapie, Informationsgruppe und Bewegungstherapie teil.

Mit Eingabe vom 16. August 2010 übermittelte der Bf. ein Sachverständigengutachten von Dr. E.M., Facharzt für Psychiatrie und Neurologie in S., zur Frage, ob bei der Einvernahme des Bf. am 16. Juni 2006 infolge Beeinträchtigung durch eine schwere Alkoholkrankheit ein labiles Zustandsbild entstand, durch welches nicht der Richtigkeit entsprechende Angaben bei der Ersteinvernahme getätigt wurden. Beim Bf. sei im gegenständlichen Zeitraum von einer Alkoholkrankheit schweren Ausmaßes auszugehen, der chronische Alkoholmissbrauch hätte bereits über Jahre bestanden. Dieser Alkoholmissbrauch habe beim Bf. zu einer Sedierung geführt, wodurch der Realitätsbezug und die Kritikfähigkeit hoch beeinträchtigt gewesen seien. Der Bf. sei nicht in der Lage gewesen, klare Gedankengänge zu fassen und komplexe Gedankeninhalte zielrichtig zu verarbeiten. Infolge der zusätzlich vorliegenden Depression, sei davon auszugehen, dass der Bf. ein ängstliches devotes Verhalten gegenüber Obrigkeiten gezeigt habe. Zusammenfassend kommt Dr. E.M. zum Ergebnis, dass am Tag der Vernehmung des Bf. am 16. Juni 2006 bei diesem eine floride Alkoholkrankheit mit Beeinträchtigung der Überblicksgewinnung, verbunden mit weitgehendem Verlust des Realitätsbezuges, hochgradig verminderter Kritikfähigkeit, allgemeiner Instabilität und Labilität sowie ausgeprägt vorliegender Suggestibilität gegeben gewesen sei.

Mit Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates vom 4. Jänner 2011 wurde der Beschwerde Folge gegeben und die Eingangsabgaben für 20.000 Stück Zigaretten der Marke „Memphis“ mit € 3.567,28 (Zoll: € 806,40; Tabaksteuer: € 1.933,00; EUST: € 827,88) festgesetzt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass sich aufgrund des

Sachverständigengutachtens von Dr. E.M., der Angaben der die Einvernahme durchführenden Beamten und der Arztbriefe des LKH Y. und der Landesnervenklinik Sigmund Freud ein Krankheitsbild ergibt, welches die Angaben des Bf. in der Einvernahme am 16. Juni 2006 weniger wahrscheinlich erachten lassen, als jene in der Berufungs- bzw. Beschwerdeschrift.

Bereits mit Eingabe vom 23. Dezember 2008 stellte der Bf. den Antrag, die Einhebung der Zollschuld gemäß § 212a BAO bis zur rechtskräftigen Erledigung bzw. Entscheidung über die Beschwerde auszusetzen. In der Eingabe vom 8. Jänner 2009 wiederholte der Bf. den gestellten Antrag und ersuchte auch um Aussetzung der Einhebung der vorgeschriebenen Aussetzungszinsen.

Mit Bescheid des Zollamtes Graz vom 12. Jänner 2009, Zl. 7 wurde der Antrag auf Aussetzung gemäß § 212a BAO gemäß § 212a Abs.3 BAO iVm Art. 244 und 245 ZK abgewiesen.

Begründend wurde ausgeführt, dass die eingebrachte Beschwerde gegen die Zollschuld wenig Erfolg versprechend erscheine.

Gegen diesen Bescheid hat der Bf. mit Eingaben vom 23. Jänner 2009 binnen offener Frist den Rechtsbehelf der Berufung erhoben. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die eingebrachte Beschwerde sehr wohl Erfolg versprechend sei.

Mit Berufungsvorentscheidung des Zollamtes Graz vom 19. Juni 2009, GZ. 7, wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen. Der Bescheid wurde aber auf die Eingangsabgaben und Säumniszinsen eingeschränkt. Begründend wurde im Wesentlichen neuerlich ausgeführt, die Beschwerde erscheine wenig Erfolg versprechend.

Gegen diese Berufungsvorentscheidung hat der Bf. mit Eingabe vom 29. Juli 2009 den Rechtsbehelf der Beschwerde erhoben. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Bf. aufgrund seiner Alkoholkrankheit jedem Vorhalt der Ermittlungsbeamten nachgegeben hätte. Die Bezahlung der Zollschuld wäre für den Bf. zudem existenzvernichtend, da er über Jahre hindurch auf das Existenzminimum gepfändet würde.

### ***Über die Beschwerde wurde erwogen:***

Gemäß Art. 244 ZK wird durch die Einlegung eines Rechtsbehelfs die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung nicht ausgesetzt.

Die Zollbehörden setzen jedoch die Vollziehung der Entscheidung ganz oder teilweise aus, wenn sie begründete Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung haben oder wenn dem Beteiligten ein unersetzbarer Schaden entstehen könnte.

Gemäß den Erkenntnissen des VwGH vom 9. Juni 2004, Zlen. 0047 und 0046, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen, dass die Erledigung eines Antrages auf Aussetzung der Vollziehung nur bis zur Bekanntgabe der Entscheidung über die maßgebende Berufung zulässig sei. Demnach ist über Beschwerden im Aussetzungsverfahren ungeachtet der erfolgten Erledigung des maßgeblichen Abgabenverfahrens (Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates vom 4. Jänner 2011, ZRV/0012-Z3K/07) zu entscheiden.

Bei der Aussetzung der Vollziehung nach Art. 244 ZK handelt es sich, wie bei der Aussetzung der Einhebung nach § 212a BAO, um eine begünstigende Bestimmung. Der Abgabepflichtige hat daher selbst überzeugend darzulegen und glaubhaft zu machen, dass die Voraussetzungen dafür vorliegen (VwGH vom 26.2.2004, 2003/16/0018). Darauf erfolgt die Beurteilung auf Grund des Berufungsvorbringens, ohne dass die Berufungsentscheidung vorwegzunehmen ist (VwGH vom 25.11.1997, 97/14/0138). Maßgebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung der Abgabenbehörde erster Instanz (VwGH vom 31.8.2000; 98/16/0296).

Begründete Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung sind dann gegeben, wenn bei der überschlägigen Prüfung der angefochtenen Entscheidung im Verfahren über die Gewährung der Aussetzung der Vollziehung neben den für die Rechtmäßigkeit sprechenden Umständen gewichtige gegen die Rechtmäßigkeit sprechende Gründe zu Tage treten.

Zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Aussetzungsantrag durch die Abgabenbehörde erster Instanz lagen der Arztbrief der Landesnervenklinik Sigmund Freud, die Stellungnahmen der drei Ermittlungsbeamten und das psychiatrische Sachverständigengutachten von Dr. E.M. noch nicht vor. Ohne diese Urkunden, Gutachten und Stellungnahmen war das bisherige Berufungsvorbringen des Bf. aber nicht geeignet, begründete Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu bewirken, zumal der angefochtenen Entscheidung die geständigen Angaben des Bf. in der Einvernahme vom 16. Juni 2006 zu Grunde lagen.

Da vom Bf. auch nicht das Vorliegen eines unersetzbaren Schadens behauptet wurde und in der Pfändung der Pension des Bf. auf das Existenzminimum ein solcher auch nicht zu erkennen ist, lagen die Voraussetzungen zur Aussetzung der Vollziehung im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag durch die Abgabenbehörde erster Instanz nicht vor.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Klagenfurt am Wörthersee, am 4. Jänner 2011