



GZ. ZRV/0052-Z3K/10,
miterledigt
ZRV/0054-Z3K/10,
ZRV/0056-Z3K/10,
ZRV/0058-Z3K/10 und
ZRV/0060-Z3K/10

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Robert Huber und die weiteren Mitglieder Hofrat Mag. Wolfgang Berger und Hofrat Karl Heinz Klumpner, BA, über die fünf Beschwerden der A GmbH & Co KG, Anschrift, vertreten durch Hosp, Hegen Rechtsanwaltpartnerschaft, 5020 Salzburg, Hellbrunner Straße 9a, vom 19. Februar 2010 gegen die Berufungsvorentscheidungen des Zollamtes Salzburg vom 19. Jänner 2010,

Zl. 1,
Zl. 2,
Zl. 3,
Zl. 4 sowie
Zl. 5,

jeweils betreffend Ausfuhrerstattung und Sanktion, nach der am 27. Jänner 2011 in 8020 Klagenfurt am Wörthersee, Dr. Herrmann-Gasse 3, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

Entscheidungsgründe

Am 15. und 16. Juni 2005 exportierte die A GmbH & Co KG (in weiterer Folge als Beschwerdeführerin bzw Bf bezeichnet) in fünf Sendungen insgesamt 190.440 Dosen eines bestimmten Energy-Drinks und beantragte für die bei der Zubereitung des Getränkes eingesetzte Menge

an Zucker eine Ausfuhrerstattung. Diese wurde ihr mit vier Bescheiden vom 10. und einem vom 11. Oktober 2005 in der beantragten Höhe zuerkannt.

Über Anordnung des Zollamtes Y erfolgte im Zeitraum zwischen Dezember 2006 und April 2007 bei der Bf eine Betriebsprüfung/Zoll. Es handelte sich dabei um eine Marktordnungsprüfung für den Zeitraum vom 16. Oktober 2004 bis zum 15. Oktober 2005, in deren Rahmen die Ausfuhren des Unternehmens stichprobenweise überprüft wurden.

Bei der Betriebsbesichtigung stellte das Prüforgan fest, dass die Bf nur über einen Zuckersilo verfügt, der wahlweise mit Zucker aus einem Drittland oder aus dem Gemeinschaftsgebiet befüllt wird. Da die Bf weder über Aufzeichnungen bezüglich der Zuckerentnahmen aus dem einzigen Silotank und der weiteren Verwendung des entnommenen Zuckers noch über Aufzeichnungen zum Produktionsdatum des verfahrensgegenständlichen Energy-Drinks verfügte, war es dem Unternehmen nicht möglich, den Nachweis zu führen, dass ausschließlich Zucker mit Gemeinschaftsursprung bei der Herstellung der Ausfuhrerstattungswaren verwendet worden war.

Daraufhin wurde der Prüfungszeitraum auf den Zeitraum 2003 bis Juni 2006 ausgedehnt und zusammen mit einem Firmenmitarbeiter versucht, diejenigen Ausfuhrerstattungsfälle auszuscheiden, für die bei der Produktion aufgrund von verschiedenen, im Prüfbericht explizit genannten Faktoren keinesfalls die Verwendung von Drittlandszucker in Frage kam.

Aufgrund des Prüfberichtes forderte das Zollamt Salzburg mit den Bescheiden vom 24. und 25. September 2007 von der A GmbH & Co KG unter anderem in den verfahrensgegenständlichen fünf Fällen die ursprünglich ausbezahlte Ausfuhrerstattung in voller Höhe zurück, verhängte eine Sanktion nach Artikel 51 Absatz 1 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr 800/1999 und setzte Zinsen nach Artikel 52 leg cit in Verbindung mit § 107 Marktordnungsgesetz in individuell unterschiedlicher Höhe fest. Die Behörde begründete ihre Entscheidung mit den fehlenden Informationen zur Begründung der Angaben in der Herstellererklärung im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 iVm Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr 1520/2000 der Kommission vom 13. Juli 2000. Für Zucker mit Drittlandsursprung könne keine Erstattung gewährt werden. Da kein Erstattungsanspruch bestanden habe, wäre die Erstattung zurückzufordern gewesen.

Mit Schreiben vom 18. Oktober 2007 brachte die mittlerweile anwaltlich vertretene A GmbH & Co KG beim Zollamt Salzburg frist- und formgerecht eine Sammelberufung gegen insgesamt 70 Rückforderungsbescheide, unter anderem auch gegen die fünf verfahrensgegenständlichen, ein. Eingangs der Begründung monierte die Bf, dass der zu prüfende Zeitraum während der Nachschau durch den Prüfer nachträglich und eigenmächtig auf den Zeitraum 01. Jänner 2003 bis Juni 2006 ausgedehnt wurde. Für ein solches Vorgehen finde sich

weder in [§ 24 Zollrechts-Durchführungsgesetz](#) noch in den Bestimmungen der §§ 147ff Bundesabgabenordnung eine Rechtsgrundlage.

Des Weiteren sei laut Bf festzuhalten, dass gemäß Art 11 der Verordnung (EWG) Nr 4045/89 die mit den gegenständlichen Prüfungen befassten Dienststellen von jenen Dienststellen, die mit den Zahlungen und den ihnen vorausgehenden Kontrollen beauftragt sind, organisatorisch unabhängig sein müssen. Wenn im vorliegenden Fall das Zollamt Z Ausfuhrerstattungen des Zollamtes Salzburg prüft, fehle es in Hinblick auf die gemeinsame übergeordnete Behörde, nämlich den Bundesminister für Finanzen, an der gemeinschaftsrechtlich zwingend vorgesehenen organisatorischen Unabhängigkeit.

Richtig sei, dass die Berufungswerberin am geprüften Betriebsstandort lediglich über einen Zuckersilo verfüge, der sowohl mit erstattungsfähigem Zucker aus der Gemeinschaft als auch mit nicht erstattungsfähigem Zucker aus Nicht-EU-Mitgliedstaaten befüllt wird. Aus diesem Silo gelange der Zucker direkt in einen Mischtank, in welchem sämtliche Grundstoffe des Energy-Drinks zu einem Sirup verarbeitet werden.

Wenn die Behörde in der Niederschrift vom 17. April 2007 weiters festhält, dass es der Berufungswerberin nicht möglich sei, den genauen Tag der Zuckersirup-Ausmischung festzustellen, da es hierüber keinerlei Aufzeichnungen gebe, so entspreche dies nicht den Tatsachen. Wie auch die Behörde festgestellt hat, erfolge bei jeder Zuckerausmischung eine datierte, manuelle Berechnung des Materialeinsatzes. Dabei handle es sich um handschriftliche Produktionsberichte, die grundsätzlich am Tag der Ausmischung erstellt würden. Entgegen den Ausführungen der Behörde stelle es keinesfalls die Regel, sondern lediglich die Ausnahme dar, dass ein Produktionsbericht erst 3 bis 4 Tage nach Herstellung des Zuckersirups aufgenommen wird. Darauf sei das Prüfungsorgan durch den Prokuren der Berufungswerberin, Herrn B C, auch ausdrücklich hingewiesen worden. Da die entgegenstehende Feststellung unrichtig sei, wäre sie seitens der Berufungswerberin handschriftlich korrigiert worden.

Die Ausführungen der Behörde, dass weder Aufzeichnungen bezüglich der Zuckeraufnahmen und der weiteren Verwendung des Zuckers (Herstellung einer Zuckerlösung oder direkte Ausmischung eines Getränkes) noch Aufzeichnungen in Bezug auf das genaue Produktionsdatum der gegenständlichen D-Getränke vorliegen, weshalb es dem Unternehmen nicht möglich sei, den buchhalterischen Nachweis zu führen, ob Drittlandszucker oder EU-Zucker bei der Herstellung des Energy-Drinks D verwendet worden ist, würden jeder rechtlichen Grundlage entbehren. Offenkundig liege diesen Ausführungen die irrige Annahme zugrunde, die Berufungswerberin sei verpflichtet, über die ausschließliche Verwendung erstattungsfähigen Zuckers einen „buchhalterischen“ Nachweis zu führen.

Ergänzend sei festzuhalten, dass die gegenständliche Niederschrift aufgrund von Unrichtigkeiten im Prüfbericht vom Prokuristen der Berufungswerberin unter Erhebung begründeter Einwendungen nicht unterfertigt wurde. Der Niederschrift komme daher weder die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde zugute, noch bestehe eine Rechtsvermutung ihrer Richtigkeit (*Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht*⁷ Rz 169 mwN).

Hervorzuheben sei weiters, dass in der Niederschrift vom 17. April 2007 lediglich festgestellt werde, die Verwendung nicht erstattungsfähigen Zuckers bei der D-Produktion könne nicht ausgeschlossen werden, da die Berufungswerberin im betreffenden Zeitraum auch Drittlandszucker bezogen habe. Diese Feststellung sei eine unbegründete und damit rechtswidrige Vermutung zu Lasten der Berufungswerberin. Während die Berufungswerberin - wie oben dargelegt - ihren Nachweispflichten nach nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht nachgekommen sei, wäre die Behörde nicht in der Lage, einen konkreten Anhaltspunkt, geschweige denn einen stichhaltigen Sachbeweis für die zitierte Behauptung zu erbringen.

Zusätzlich zu den genannten Verstößen gegen materielle und formelle Normen des einfachgesetzlichen nationalen Rechts würden die bekämpften Bescheide auch die Garantien des [Art 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten](#), die in Österreich in Verfassungsrang stehen und in jedem Fall Geltungs- und Anwendungsvorrang vor sekundärem Gemeinschaftsrecht und einfachgesetzlichem nationalem Recht haben, verletzen. Konkret normiere [Art 6 Abs 2 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten](#) - auch für Verwaltungsstrafverfahren - eine Unschuldsvermutung zugunsten des durch das Verfahren Belasteten: Bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld werde vermutet, dass der Angeklagte unschuldig ist (*Walter/ Mayer, Bundesverfassungsrecht*⁹ Rz 1472ff).

Da die bekämpften Bescheide - wie ausgeführt - lediglich darauf beruhten, dass die Behörde die Verwendung von Drittlandszucker im Zeitraum der Produktion des Energy-Drinks D durch die Berufungswerberin nicht ausschließen könne, die Behörde also weder konkrete Anhaltspunkte noch stichhaltige Sachbeweise für die tatsächliche Verwendung nicht erstattungsfähigen Zuckers erbringen könne, würden sowohl die geltend gemachten Rückforderungen als auch die verhängten Sanktionen offenkundig gegen das genannte Prinzip "*nulla poena sine culpa*" - einen Grundsatz, der sowohl im nationalen Recht wie auch im Gemeinschaftsrecht die unverzichtbare Voraussetzung jedes rechtsstaatlichen Verfahrens darstelle, verstößen. Die Bescheide seien daher ersatzlos aufzuheben.

Am 31. März 2009 führte der Unabhängige Finanzsenat (UFS) zu den unter den Geschäftszahlen ZRV/0173-Z3K/08 und ZRV/0175-Z3K/08 in Evidenz genommenen Beschwerden der A GmbH & Co KG, die, abgesehen vom Datum der Ausfuhr, einen zu den gegenständlichen fünf Geschäftsfällen identischen Sachverhalt aufweisen, eine mündliche Berufungsverhandlung

durch. Dabei wurden von Seiten der Parteien des Verfahrens wechselseitig die Rechtsstandpunkte bekräftigt und vom Senat ergänzend dazu zwei Mitarbeiter der Bf, namentlich Herr B C und Herr E F, sowie der Betriebsprüfer als Zeugen einvernommen.

Nach dem Ergehen der beiden Berufungsentscheidungen des UFS forderte das Zollamt Salzburg die Bf auf, zu den insgesamt 66 offenen Berufungen Nachweise über die Ursprungseigenschaft des jeweils eingesetzten Weißzuckers vorzulegen. Mit den Schreiben vom 16. Juli 2009 und 7. September 2009 ergänzte die Bf ihre Berufungen und legte dazu auf den jeweiligen Einzelfall bezogene Unterlagen vor.

In den verfahrensgegenständlichen fünf Fällen war den Berufungen kein Erfolg beschieden. Mit den fünf im Spruch der vorliegenden Erledigung genannten Berufungsvorentscheidungen, jeweils vom 19. Jänner 2010, wurden sie als unbegründet abgewiesen. Zur rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts durch das Zollamt Salzburg wird eingangs der Begründung auf die Begründung der Berufungsvorentscheidungen zu ZI 600000/AE/0000/4/2005 und ZI 600000/AE/0000/4/2004 verwiesen sowie auf die rechtskräftige Entscheidung des UFS zu GZ ZRV/0173-Z3K/08. Letztendlich erfolgten die Abweisungen, weil nach Ansicht der Behörde im Berufungsverfahren der Nachweis, dass für die in Rede stehenden Produktionen ausschließlich Zucker mit Ursprung in der Europäischen Gemeinschaft verwendet worden war, nicht erbracht wurde.

Gegen die abweisenden Berufungsvorentscheidungen erhob die Bf mit Schriftstück vom 19. Februar 2010 beim Zollamt Salzburg form- und fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde. Richtig sei, so die Bf, dass die Beschwerdeführerin am geprüften Betriebsstandort lediglich über einen Zuckersilo verfügt, der sowohl mit erstattungsfähigem Zucker als auch mit nicht erstattungsfähigem Zucker aus Nicht-EU-Mitgliedstaaten befüllt wird. Aus diesem Silo gelange der Zucker direkt in einen Mischtank, in welchem sämtliche Grundstoffe des Energy-Drinks zu einem Sirup verarbeitet werden. Vereinzelt werde von der Beschwerdeführerin auch vorab eine Zuckerlösung hergestellt und für einen Zeitraum von ein paar Tagen bis maximal einer Woche, je nach Temperatur, in Vorratstanks bis zur späteren Verwendung zwischengelagert. Da die Beschwerdeführerin jedoch nach höchsten Qualitätsstandards produziere und frisch ausgemischter Zuckersirup sehr schnell verderbe, handle es sich bei diesem Vorgehen um Ausnahmefälle. Die Ausführungen in der Niederschrift vom 17. April 2007, wonach es des Öfteren vorkommen könne, dass eine Zuckerlösung zwischengelagert wird, seien daher unrichtig.

Wenn die Behörde in der Niederschrift vom 17. April 2007 weiters festhalte, der Beschwerdeführerin sei nicht möglich den genauen Tag der Zuckersirup-Ausmischung festzustellen, da es hierüber keinerlei Aufzeichnungen gebe, so entspreche dies nicht den Tatsachen. Wie auch

die Behörde festgestellt habe, erfolge bei jeder Zuckerausmischung eine datierte, manuelle Berechnung des Materialeinsatzes. Dabei handle es sich um handschriftliche Produktionsberichte, die grundsätzlich am Tag der Ausmischung erstellt werden. Entgegen den Ausführungen der Behörde stelle es keinesfalls die Regel, sondern lediglich die Ausnahme dar, wenn ein Produktionsbericht erst 3 bis 4 Tage nach Herstellung des Zuckersirups aufgenommen wird. Darauf wäre das Prüfungsorgan durch den Prokuristen der Beschwerdeführerin, Herrn B C, auch ausdrücklich hingewiesen worden. Da die entgegenstehende Feststellung unrichtig sei, wäre sie seitens der Beschwerdeführerin handschriftlich korrigiert worden. Zum Beweis dafür beantragt die Bf in der Beschwerdeschrift die zeugenschaftliche Einvernahme des Herrn B C. Gerade vor dem Hintergrund, dass die Niederschrift zur Betriebsprüfung seitens des Unternehmens nicht unterfertigt wurde, könne das völlige Unterbleiben einer weiteren Beweisaufnahme, wie sie von der Bf in ihrer Berufung vom 18. Oktober 2007 beantragt worden wäre, nur als schwerwiegender Verfahrensmangel erachtet werden, welcher zur Aufhebung der bekämpften Bescheide führen müsse.

Aufgrund dieser Berufungsausführungen, schreibt die Bf weiter, habe das Zollamt Salzburg der Bf die Möglichkeit eingeräumt, weiteres Vorbringen zu erstatten und weitere Beweismittel vorzulegen. Diese Möglichkeit habe die Bf auch genutzt. Gegenstand der Beschwerde seien die Produktionen, welche am 13. Juni 2005 stattgefunden haben. Dabei hätte die Bf in der Berufungsergänzung mitgeteilt, dass die letzte erstattungsfähige Zuckerlieferung davor am Donnerstag, den 9. Juni 2005, erfolgt sei. Die Produktion am 13. Juni 2005 habe um 06:00 Uhr in der Früh begonnen. Aufgrund der bereits hohen Temperaturen im Juni wäre die Zuckerlösung nicht über das Wochenende stehengelassen worden, sodass die Ausmischung am Sonntag, den 12. Juni 2005, mit EU-Zucker erfolgt sei. Sodann bestätigt die Bf, dass am 7. und 13. Juni 2005 Drittlandszucker und am 9. und 13. Juni 2005 EU-Zucker geliefert wurde.

Das Geschehen in den Tagen zwischen dem 7. und dem 13. Juni 2005 stellt die Bf wie folgt dar:

"Tatsächlich wurde am 07.06.2005 ca. 25.000 kg Zucker aus Serbien, danach am 09.06.2005 ca. 25.650 kg EU Zucker sowie am 13.06.2005 ca. 25.460 kg EU Zucker und danach nochmals ca. 24.590 kg Nicht-EU Zucker ebenfalls am 13.06.2005 geliefert.

Der 13.06.2005 war ein Montag. Tatsache ist, dass an diesem Wochenende durchgehend Produktionen liefen. So war am 10.06.2005 den ganzen Tag über bis in die Nacht hinein des 11.06.2005, 2.00 Uhr Früh die PET 1 Anlage in Betrieb, wobei ausschließlich Limonaden abgefüllt wurden, bei welchen eine hohe Menge an Zucker (ca. 10 t) eingesetzt wird.

Auf der Dosenanlage 1 wurde ebenfalls am 10.06.2005 ganztags, wie auch am 11.06.2005 produziert. Auch am 12.06.2005 erfolgte noch eine Produktion bis 5.00 Uhr in der Früh. Dabei wurden ausnahmslos Energy-Drinks, die mit Zucker gesüßt sind, abgefüllt, sodass auch auf dieser Linie mit Sicherheit 10 Tonnen Zucker verarbeitet wurden.

Auch in der Dosenanlage 2 wurde von 10.06.2005, 6.00 Uhr bis 11.06.2005, 4.00 Uhr gefüllt, wobei ebenfalls Energy-Drinks abgefüllt wurden, die mit Zucker zubereitet werden. Auch auf dieser Linie wurden ca. 10 Tonnen Zucker verbraucht.

Es lässt sich somit mit 100%iger Sicherheit sagen, dass der Drittlandszucker, der am 07.06.2005 angeliefert wurde, bei diesen Abfüllungen aufgebraucht wurde. Wie bereits mehrfach dargelegt, gibt es im Sommer und auch im Juni keine aufgemischten Sirupe, welche über das Wochenende stehengelassen werden, da dies aus bakteriologischen Gründen nicht möglich ist. Die Abfüllung vom 13.06.2005, die den angefochtenen Bescheiden (Berufungsvorentscheidungen) zugrunde liegt, wurde daher mit EU Zucker zubereitet. Dies ergibt sich auch daraus, dass am 13.06.2005 weitere 2 Lieferungen Zucker erfolgten, die im Silo keinen Platz gehabt hätten, wenn nicht der Drittlandszucker bereits zuvor und in der Folge auch der am 09.06.2005 gelieferte EU Zucker aufgebraucht waren.

Da sohin die Ausmischung aus bakteriologischen Gründen erst in der Nacht des 12. erfolgen konnte, ist auszuschließen, dass Drittlandszucker Verwendung gefunden hat."

Abschließend stellt die Beschwerdeführerin die Anträge, der Unabhängige Finanzsenat wolle in Senatsbesetzung die ihrem gesamten Umfang nach bekämpften Bescheide (Berufungsvorentscheidungen) des Zollamtes Salzburg, Zahlstelle Ausfuhrerstattungen, vom 19. Jänner 2010, Zahlen 1, 2, 3, 4 und 5 dahingehend abändern, dass diese ersatzlos aufgehoben und das Verfahren gegen die Beschwerdeführerin eingestellt wird, in eventu die genannten Bescheide dahingehend abzuändern, dass die verhängten Sanktionen ersatzlos aufgehoben werden.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Unbestritten ist, dass die Bf am geprüften Betriebsstandort über nur einen Zuckersilo verfügt, der abwechselnd mit Zucker drittländischen Ursprungs, und zwar mit Ursprung in Serbien und Kroatien, und mit Zucker aus der Europäischen Union befüllt wurde. Der Gemeinschaftsurprung des Zuckers ist im verfahrensgegenständlichen Fall gemäß Artikel 27 Absatz 12 in Verbindung mit Absatz 3 VO (EG) Nr 1260/2001 des Rates vom 19. Juni 2001 Voraussetzung für die Zuerkennung einer Ausfuhrerstattung. Strittig ist, wie weit die Nachweispflicht der Bf geht, dass sie zur Erzeugung des in Rede stehenden Energy-Drinks keinen Zucker mit serbischem oder kroatischem Ursprung eingesetzt hat.

Laut Artikel 16 der Verordnung (EG) Nr 1520/2000 der Kommission vom 13. Juli 2000 findet die Verordnung (EG) Nr 800/1999 Anwendung. Ferner ist nach dieser Bestimmung der Antragsteller bei der Ausfuhr der Waren verpflichtet, entweder die Mengen der Grunderzeugnisse, der Erzeugnisse aus ihrer Verarbeitung bzw der einer dieser beiden Gruppen nach Artikel 1 Absatz 3 gleichgestellten Erzeugnisse anzugeben, die zur Herstellung der Waren im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 tatsächlich verwendet wurden und für die die Gewährung einer Erstattung beantragt werden soll, oder, wenn die Zusammensetzung gemäß Artikel 3 Absatz 2 Unterabsatz 3 festgelegt wurde, darauf hinzuweisen.

Bei Verwendung einer Ware zur Herstellung einer zur Ausfuhr bestimmten Ware muss die Erklärung des Antragstellers die Angabe der tatsächlich zur Herstellung dieser Ware verwendeten Menge der Ware, der Art und Menge jedes Grunderzeugnisses, jedes Erzeugnisses aus seiner Verarbeitung sowie jedes diesen beiden Gruppen nach Artikel 1 Absatz 3 gleichgestellten Erzeugnisses enthalten. Der Antragsteller muss den zuständigen Behörden zur Begründung seiner Angaben alle Auskünfte erteilen und Unterlagen vorlegen, die den Behörden zweckdienlich erscheinen.

Gemäß Absatz 3 leg cit kann dem Antragsteller keine Erstattung gewährt werden, wenn er nicht die in Absatz 1 genannte Erklärung abgibt oder nicht ausreichende Informationen zur Begründung seiner Angaben vorlegt.

Somit hat im konkreten Fall die Bf den Nachweis über die Ursprungseigenschaft des eingesetzten Zuckers zu führen. Dies war der Bf im Zeitpunkt der Betriebsprüfung mangels geeigneter Aufzeichnungen nur in eingeschränktem Maße möglich. Zusammenfassend wird im Prüfbericht festgehalten, „*dass weder Aufzeichnungen bezüglich der Zuckerentnahmen und dessen weiterer Verwendung (Herstellung einer Zuckerlösung oder direkte Ausmischung eines Getränkes) noch Aufzeichnungen betreffend das genaue Produktionsdatum der gegenständlichen Getränke vorliegen*“. Dem Unternehmen war es daher nicht möglich, einen buchhalterischen oder gegebenenfalls anderen Nachweis über die Art des eingesetzten Zuckers zu erbringen. Erschwert wurde die Nachweisführung durch den Umstand, dass aus dem einzigen Silo der Zucker nicht ausschließlich direkt zur unmittelbaren Getränkeerzeugung verwendet wurde, sondern fallweise auch vorab Zuckerlösungen hergestellt und einige Tage gelagert wurden. Die Frage, ob „vereinzelt“ oder „des Öfteren“ vorab (reine) Zuckerlösungen hergestellt werden, ist verfahrensgegenständlich nicht von wesentlicher Bedeutung, weil darüber ohnehin keine genauen Aufzeichnungen existieren. Faktum ist aber, dass dies vorkommt.

Am 31. März 2009 fand eine mündliche Verhandlung zu den beim UFS betreffend der A GmbH & Co KG anhängig gewesenen Beschwerdeverfahren zu ZIn ZRV/0173-Z3K/08 und ZRV/0175-Z3K/08 statt, denen der gleiche Sachverhalt zugrunde lag wie den fünf verfahrensgegenständlichen. Im Rahmen der zeugenschaftlichen Einvernahme erklärte der Produktionsleiter der Bf, Herr B C, er könne den genauen Tag einer Produktion nunmehr anhand des Ablaufdatums der Ware, das gleichzeitig als Chargennummer dient, benennen, wenn man die Jahreszahl um zwei Jahre verringert. Zur verfahrensgegenständlichen Beschwerde legte die Bf im Rahmen des Berufungsverfahrens fünf Lieferscheine (LS0515784, LS0515785, LS0515795, LS0515887, LS0515888) als Nachweis für das Produktionsdatum vor. Aus diesen Lieferscheinen ergibt sich, dass der Großteil der fünf Warenlieferungen am 13. Juni 2005 und ein geringerer Teil am 10. Juni 2005 produziert wurde. Mit der Beschwerdeschrift vom 19. Februar 2010 wurden

zudem zwölf Kopien von Produktionsberichten der Tage vom 10., 11. und 13. Juni 2005 übermittelt.

Mit den vorgelegten Unterlagen, den fünf oben erwähnten Lieferscheinen und den zwölf Produktionsberichten, ist für den erkennenden Senat jedoch der Nachweis nicht erbracht, dass für die Produktionen vom 10. und 13. Juni 2005 ausschließlich Gemeinschaftszucker verwendet wurde. Mangels entsprechender Aufzeichnungen kann im Nachhinein nicht mehr festgestellt werden, ob für die Produktion vom 10. Juni 2005 nicht auch Drittlandszucker aus der Lieferung vom 7. Juni 2005 verwendet wurde, zumal sich vor der Lieferung des Gemeinschaftszuckers vom 9. Juni 2005 noch bis zu 15 Tonnen Drittlandszucker im 40 Tonnen fassenden Zuckertank befunden haben könnten. Und da am 13. Juni 2005 unbestritten eine Lieferung von Drittlandszucker erfolgte, kann kein Nachweis darüber erbracht werden, dass für die am selben Tag stattgefundene Produktion ausschließlich Zucker mit Gemeinschaftsursprung Verwendung fand.

Bei einem kristallinen Aggregatzustand kann eine Vermischung von Waren unterschiedlicher Herkunft in einem Silo ohnehin nie ausgeschlossen werden, erst recht nicht, wenn Zucker über einen konisch geformten Abfluss entnommen wird. Da aber im Ausfuhrerstattungsrecht hinsichtlich der Verwendung von Ursprungswaren nicht das Äquivalenz-, sondern ein striktes Nämlichkeitsprinzip gilt, ist im verfahrensgegenständlichen Fall der Nachweis bezüglich der ausschließlichen Verwendung von Zucker mit Gemeinschaftsursprung nicht erbracht worden. Die Rückforderung der Ausfuhrerstattung erweist sich in den streitgegenständlichen Fällen somit als rechtmäßig, zumal der Zeugenbeweis durch die beiden im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 31. März 2009 einvernommenen Mitarbeiter der Bf, wonach sie immer darauf geachtet hätten, dass bei der Produktion von Erstattungserzeugnissen ausschließlich Gemeinschaftszucker zum Einsatz kommt, widerlegt ist; aufgrund der oben dargelegten Möglichkeit der Vermischung von Zucker unterschiedlichen Ursprungs ist dies in der Praxis unmöglich.

Wie sehr sich die Argumentation der Bf im spekulativen Bereich bewegt – und daher den Anschein erweckt, konstruiert zu sein – zeigt die Behauptung in der Beschwerde, es gebe im Sommer und auch im Juni keine aufgemischten (muss wohl heißen: ausgemischten) Sirupe, welche über das Wochenende stehengelassen werden, da dies aus bakteriologischen Gründen nicht möglich sei. Damit wird der Umstand angesprochen, dass im Betrieb Zucker nicht nur zur sofortigen Produktion ausgelöst wird, sondern auch Zuckervorlösungen produziert und in eigenen Tanks zwischengelagert werden, zu deren Erzeugung und nachfolgendem Einsatz keine Aufzeichnungen existieren.

Die Behauptung, im Sommer und auch im Juni würden keine ausgemischten Sirupe produziert, die über das Wochenende stehengelassen werden, steht in Widerspruch zur zeugenschaftlichen – niederschriftlich festgehaltenen – Einvernahme des Herrn B C im Rahmen der

mündlichen Verhandlung vom 31. März 2009. Auf die Frage, ob eine Zuckerlösung schlecht werden könne, antwortete er: „*Ja, je nach Saison. Im Sommer, bei 5 bis 7 Tagen, wird es kritisch, dann kann es sogar passieren, dass wir sagen, wir machen noch einmal eine Abfuhreheizung.*“ Dieser Aussage ist somit zu entnehmen, dass für die Frage, ob eine Zuckervorlösung produziert wird, ein bevorstehendes Wochenende (in der Dauer von 2 Tagen!) keine Rolle spielt. Und für den Fall, dass eine Zuckervorlösung zu lange gelagert wird, kann man offenbar einem drohenden hygienischen Problem mit einer thermischen Behandlung entgegenwirken. Insgesamt ist aus den Worten des Herrn C der Schluss zulässig, dass auch im Sommer „bakteriologische Gründe“ einer Aufbewahrung einer Zuckervorlösung über das Wochenende nicht entgegenstehen.

Darüber hinaus war im fraglichen Zeitraum die Wetterlage in Österreich ungewöhnlich kühl. Dazu die Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik in ihrem Jahrbuch 2005:

„Nach einem milden Monatsbeginn sanken die Temperaturmittel am 4. oder 5. Juni unter den langjährigen Durchschnitt. Mehr als eine Woche blieb es kalt mit Schnee auf den Bergen und Pässen. Kurz vor der Monatsmitte setzte Erwärmung ein. Danach blieben die Temperaturen bis Ende Juni ununterbrochen übernormal.“

(Quelle: <www.zamg.ac.at/fix/klima/jb2005/index.html> unter „Anhänge zum Jahrbuch“ „Übersicht des Witterungsverlaufes im Berichtsjahr“)

Die oben erwähnte Internetadresse ermöglicht unter der Applikation „tägliche Beobachtungen“ auch eine historische Abfrage von Tagesmitteltemperaturen. In der 23. Kalenderwoche des Jahres 2005 ergeben sich daraus Werte zwischen 11,4° und 15,2° in Linz sowie Werte zwischen 9,2° und 14,3° in Salzburg (Die Betriebsstätte der Bf liegt im oberösterreichisch-salzburgischen Grenzgebiet). Das Faktum, dass die Wetterlage in der 23. Kalenderwoche des Jahres 2005 ungewöhnlich kühl war, wirft auch ein bezeichnendes Licht auf die, rund fünf Jahre nach dem Geschehen aufgestellte Behauptung der Bf, „*aufgrund der bereits hohen Temperaturen im Juni*“ hätte man eine Zuckerlösung nicht über das Wochenende stehen lassen.

Da somit die Produktion von Zuckervorlösungen im Zeitraum vom 7. bis 12. Juni 2005 nicht ausgeschlossen werden kann, und darüber auch keine Aufzeichnungen existieren, sind alle Behauptungen der Bf, wonach bei der Produktion der verfahrensgegenständlichen Getränke-mischungen kein Drittlandszucker aus den Lieferungen vom 7. und 13. Juni 2005 Verwendung gefunden hätte, in den Bereich der Spekulation zu verweisen.

Der Ausführer hat den Gemeinschaftsursprung nicht nur zu erklären, sondern auch nachzuweisen (FG Hamburg 20.01.2005, IV 41/03). Wie das FG Hamburg geht auch der UFS davon aus, dass der Ausführer den Nachweis des Gemeinschaftsursprungs durch alle in Betracht

kommenden Beweismittel erbringen kann. Die vorgelegten Unterlagen waren aus den oben dargelegten Gründen dazu nicht in der Lage. Auf eine neuerliche zeugenschaftliche Einvernahme des Herrn B C konnte der Senat verzichten, weil die Frage, zu welchem Zeitpunkt Produktionsberichte erstellt werden, verfahrensgegenständlich nicht von Relevanz ist. Ebenso wurde das Beweisthema „ob im Rahmen einer bestimmten Produktion Zucker mit Ursprung in der Gemeinschaft oder im Drittland verwendet wurde“ mit Herrn C bereits in der mündlichen Verhandlung vom 31. März 2009 eingehend erörtert. Dabei hat sich herausgestellt, dass Herr C im Nachhinein nicht mehr bezeugen kann, welcher Zucker zu einem bestimmten Zeitpunkt eingesetzt wurde, sondern dazu anhand der vorliegenden Unterlagen (Lieferscheine sowie Produktionsberichte) – wie oben dargelegt – lediglich Vermutungen anstellen kann.

Da die Bf in den verfahrensgegenständlichen fünf Beschwerdefällen nicht in der Lage war, Nachweise über die ausschließliche Verwendung von Zucker mit Gemeinschaftsursprung bei der Produktion der an sich erstattungsfähigen Waren vorzulegen, war der Antrag auf Aufhebung der im Spruch genannten Berufungsverentscheidungen abzuweisen.

Zur Sanktion:

Wird festgestellt, dass ein Ausführer eine höhere als die ihm zustehende Ausfuhrerstattung beantragt hat, so entspricht gem Artikel 51 Absatz 1 Buchstabe a) VO (EG) Nr 800/1999 die für die betreffende Ausfuhr zu zahlende Erstattung der für die tatsächliche Ausfuhr geltenden Erstattung, vermindert um einen Betrag in Höhe des halben Unterschieds zwischen der beantragten Erstattung und der für die tatsächliche Ausfuhr geltenden Erstattung. Da dem Ausführer im Rahmen der fünf korrespondierenden Ausfuhren kein Vorsatz nachgewiesen werden konnte, der Tatbestand der Beantragung einer zu hohen Ausfuhrerstattung im Übrigen aber erfüllt ist und keine Gründe iSd Artikels 51 Absatz 3 VO (EG) Nr 800/1999 für die Abstanznahme von einer Sanktionsvorschreibung vorliegen, erweist sich diese sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach als rechtmäßig.

Somit war insgesamt spruchgemäß zu entscheiden.

Klagenfurt am Wörthersee, am 27. Jänner 2011