



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch ein Mitglied des Finanzstrafsenates 7 in der Finanzstrafsache gegen Herrn PR. wegen Abgaben- und Monopolhehlerei gemäß §§ 37 Abs. 1 und 46 Abs. 1 des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 19. Juni 2002 gegen das Erkenntnis des Hauptzollamtes Wien vom 22. Mai 2002 wie folgt zu Recht erkannt:

**I. Der Berufung wird teilweise Folge gegeben** und der Spruch wie folgt gefasst:

a) Herr PR ist schuldig, vorsätzlich im Zeitraum Mai 1993 bis Jänner 1999 in Wien Sachen, die zugleich Gegenstände des Tabakmonopols sind, nämlich

41.200 Stück Zigaretten der Marke Helikon 100 S,

hinsichtlich welcher von unbekannt gebliebenen Tätern die Finanzvergehen des Schmuggels und des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols begangen wurden, gekauft zu haben

*(Eingangsabgaben an Zoll ATS 19.792, -- an Einfuhrumsatzsteuer ATS 16.494, -- an Tabaksteuer ATS 36.270, -- ; Bemessungsgrundlage gemäß § 44 Abs. 2 FinStrG ATS 64.670, --).*

b) Er hat dadurch die Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgabenhehlerei und der vorsätzlichen Monopolhehlerei in Tateinheit nach §§ 37 Abs. 1 lit. a, 46 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen.

c) Gemäß §§ 21 Abs. 1 und 2, 37 Abs. 2, 46 Abs. 2 lit. b (bis 31. Dezember 1994), 46 Abs. 2 (ab 01. Jänner 1995, idF BGBl. Nr. 681/1994) FinStrG wird über ihn eine

**Geldstrafe** von **EUR 1.000,--** (eintausend Euro) verhängt; gemäß § 20 FinStrG wird die für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe an deren Stelle tretende **Ersatzfreiheitsstrafe** mit **5** (fünf) **Tagen** festgesetzt.

d) Gemäß §§ 37 Abs. 2, 46 Abs. 2 iVm § 17 Abs. 1, Abs. 2 lit. a FinStrG wird auf **Verfall** von **5 Stück Zigaretten** der Marke Helikon 100S erkannt.

e) Gemäß §§ 19 Abs. lit. a FinStrG in Verbindung mit § 17 Abs. 1, Abs. 2 lit. a FinStrG wird für die vom Schuldspruch umfassten 41.195 Stück Zigaretten der Marke Helikon 100S als nicht mehr ergreifbare Tatgegenstände der unter Punkt b) bezeichneten Finanzvergehen im Hinblick auf § 19 Abs. 5 und 6 FinStrG auf teilweisen **Wertersatz** in Höhe von **EUR 1.000,--** (eintausend Euro) erkannt; gemäß § 20 FinStrG wird die für den Fall der Uneinbringlichkeit des Wertersatzes an dessen Stelle tretende **Ersatzfreiheitsstrafe** mit **5 (fünf) Tagen** festgesetzt.

f) Gemäß § 185 FinStrG hat der Beschuldigte die Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von **EUR 100,--** zu ersetzen. Die Höhe der Kosten des Strafvollzuges wird durch gesonderten Bescheid festgesetzt werden.

g) Hingegen wird das **Strafverfahren** gegen PR, dieser habe im **Zeitraum Jänner 1990** bis **einschließlich April 1993** in Wien Zigaretten, nämlich

7.200 Stück Zigaretten der Marke Ronhill Blue und

16.800 Stück Zigaretten der Marke Helikon 100S,

hinsichtlich welcher durch unbekannte Täter die Finanzvergehen des Schmuggels und des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols begangen wurden, angekauft und er habe (auch) hierdurch die Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei begangen, gemäß § 136 FinStrG **eingestellt**.

**II. Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.**

### **Entscheidungsgründe**

Nach der Aktenlage hat das Hauptzollamt Wien als Finanzstraßbehörde I. Instanz mit Erkenntnis vom 22. Mai 2002, ZI: 100/90.347/6/99-Str. II/To, StrLNr. XX, den Berufungswerber (Bw) der Finanzvergehen der vorsätzlichen gewerbsmäßigen Abgaben- und der vorsätzlichen Monopolhehlerei nach §§ 37 Abs. 1 lit. a, 38 Abs. 1 lit. a; 46 Abs. 1 lit. a FinStrG für schuldig erkannt, weil er im Zeitraum Juni 1992 bis Jänner 1999 im Bereiche des Hauptzollamtes Wien vorsätzlich Sachen, die zugleich Gegenstände des Tabakmonopols sind, nämlich 47.800 Stück Zigaretten der Marke Helikon 100S, hinsichtlich welcher von unbekannten Tätern die Finanzvergehen des Schmuggels und des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols begangen wurden, gekauft habe, wobei es ihm darauf

angekommen wäre, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß §§ 37 Abs. 4, 46 Abs. 2 lit b FinStrG iVm. § 21 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von €1.000, -- verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen ausgesprochen.

5 Stück ergriffene Zigaretten der Marke Helikon wurden für verfallen erklärt und für 47.795 Stück Zigaretten der Marke Helikon wurde nach § 19 Abs. 1 FinStrG statt auf Verfall auf einen Wertersatz in der Höhe von € 5.394,61 erkannt und gemäß § 20 FinStrG die für den Uneinbringlichkeitsfall zu gewärtigende Ersatzfreiheitsstrafe mit 11 Tagen festgesetzt.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs.1 lit. a FinStrG pauschal mit €100 bestimmt.

Hinsichtlich des Tatvorwurfes, PR habe zudem im Zeitraum 1990 bis Mai 1992 im Bereich des Hauptzollamtes Wien vorsätzlich 7.200 Stück Zigaretten der Marke Ronhill und 10.200 Stück Zigaretten der Marke Helikon 100S, die zoll- und monopolunredlich nach Österreich verbracht worden sind, angekauft, wurde das Strafverfahren nach §§ 136 iVm 82 Abs. 3 lit. c FinStrG eingestellt.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 19. Juni 2002, wobei im wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

- Die erstinstanzliche Behörde sei zu Unrecht von einer gewerbsmäßigen Begehung ausgegangen.
- Das Hauptzollamt habe Formalvorschriften in bezug auf die Feststellung des Verkaufspreises von Zigaretten der Marke Flirt im fraglichen Deliktszeitraum verletzt.
- Die Finanzstrafbehörde I. Instanz sei auch zu Unrecht von einer vorsätzlichen Tatbegehung ausgegangen. Auch eine fahrlässige Begehung liege auf Grund der Täterpersönlichkeit des Beschuldigten nicht vor.
- Die Behörde I. Rechtsstufe habe die Verjährungsfrist von 5 Jahren übersehen und nicht erkannt, dass die Tathandlungen vor dem 12.2.1994 bereits als verjährt zu behandeln gewesen wären.
- Die Strafbehörde habe nicht geprüft, ob der Strafaufhebungsgrund der Selbstanzeige gemäß § 29 FinStrG zum Tragen kommt.
- Das Hauptzollamt habe die Geldstrafe und Wertersatzstrafe zu hoch und die Wertersatzstrafe auch nicht nachvollziehbar festgesetzt.

Der Beschuldigte stellte den Antrag, das Straferkenntnis aufzuheben und das Finanzstrafverfahren einzustellen

in eventu

die verhängte Geldstrafe auf ein Mindeststrafmaß herabzusetzen, diese bedingt nachzusehen und von der Verhängung einer Werterratzstrafe Abstand zu nehmen.

***Über die Entscheidung wurde erwogen:***

Im Verfahren vor dem unabhängigen Finanzsenat erachtet der Bw nach seinem Vorbringen zunächst in dem Recht verletzt, nicht das Finanzvergehen der gewerbsmäßigen, vorsätzlichen Abgabenhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a iVm § 38 Abs. lit. a FinStrG in Tateinheit mit dem Finanzvergehen der vorsätzlichen Monopolhehlerei nach § 46 Abs. lit. a FinStrG. In Ausführung dieses Berufungspunktes bestreitet der Bw zunächst das Vorliegen des erschwerenden Umstandes der Gewerbsmäßigkeit sowie das Vorliegen des vom Hauptzollamt angenommen Vorsatzes in Bezug auf die Verwirklichung der angenommenen Finanzvergehen. Letztlich wird überhaupt jede Schuld von sich gewiesen.

Der Beschuldigte ist nur teilweise im Recht.

Gemäß § 8 Abs. 1 FinStrG handelt vorsätzlich, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, dass der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.

Dazu ist festzuhalten, dass sich die Feststellungen des bekämpften Bescheides in bezug auf den dort angenommenen Vorsatz bei der Verwirklichung der Finanzvergehen widerspruchsfrei auf die Aktenlage und das abgeführte Beweisverfahren gründen. Demgemäß vermag das Vorbringen des Bw dazu, nämlich nicht vorsätzlich gehandelt zu haben, überhaupt nicht zu überzeugen.

Fakt ist, dass der Bw den Ankauf der ihm angelasteten Zigarettenmengen eingestanden hat. Zudem hat er eingestanden, diese Zigaretten vor und in verschiedenen Geschäften in der Lassallestraße angekauft zu haben. Nun ist angesichts der zugegebenen Mengen und des eingestandenen Zeitraumes davon auszugehen, dass PR kein Gelegenheitsraucher, sondern eher ein starker Raucher war. Schon durch diesen Umstand allein scheitert die gewünschte Fahrlässigkeitsvariante, die von einem Rechtsirrtum des Bw ausgeht; dieser habe durch den Ankauf der Zigaretten im "Fachhandel" nicht gewusst, dass es sich um solche zollunredlicher Herkunft gehandelt hat. Diese Verantwortung stellt sich als Schutzbehauptung dar, entspricht es doch dem allgemeinen Wissenstand eines österreichischen Rauchers, der - wie der Beschuldigte - nicht nur gelegentlich raucht, dass in Österreich der Verkauf von Zigaretten an Endverbraucher legal nur in Tabaktrafiken oder befugten Gaststätten erfolgen kann. Dass PR die ihm angelasteten Zigaretten in derartigen, autorisierten Geschäften käuflich erworben hat,

wird von ihm nicht einmal behauptet. Nach seiner Verantwortung, habe er die Ankäufe zunächst auf der Straße und erst in der Folge in verschiedenen Geschäften in der Umgebung des Wiener Mexikoplatzes getätigt. Schon diese von ihm geschilderten Erwerbsumstände sind für die Lösung der Tat- und Rechtsfrage erheblich, handelt es sich für den unabhängigen Finanzsenat um eine amtsbekannte Tatsache, dass gerade in diesem Raum in Wien in großem Ausmaß Schmuggelzigaretten im Tatzeitraum umgeschlagen wurden. Diese Tatsache erhellt auch aus den Aussagen des Bw selbst, wenn er durchaus glaubwürdig schildert, dass von vielen Leuten, die vor den Geschäften in der Lassalleestraße standen, Zigaretten zum Ankauf angeboten worden sind. Ausländische Staatsangehörige die aus Autobussen ausgestiegen seien, hätten Zigaretten verkauft. Durch diese Wahrnehmungen war dem Beschuldigten aber auch bekannt, dass er durchwegs ausländische, geschmuggelte Zigaretten ankauft. Dass diese Tathandlungen nunmehr in rechtlicher Hinsicht (teilweise) verjährt sind, kann die Beurteilung der inneren Einstellung des Täters zu den noch nicht verjährten Taten nicht verändern. Das Wissen um das begangene Unrecht unterliegt nicht der Verjährung. Für die Beurteilung des Wissenstandes des Täters können daher auch bereits verjährte Tathandlungen herangezogen werden. Demgemäß hat der Beschuldigte auch dann, als er die ausländischen Zigaretten in (nicht autorisierten) Geschäften angekauft hat durchaus auch gewusst, dass es sich um ausländische, geschmuggelte Zigaretten handelt, und es war ihm bewusst, dass er diese Zigaretten ausländischer Herkunft an sich (die rechtliche Zuordnung zu den jeweiligen Delikten des Finanzstrafgesetzes ist unbeachtlich) nicht hätte ankaufen dürfen. Der Täter war sich somit der Rechtswidrigkeit (des Unerlaubten) in seiner Handlungsweise immer bewusst. Im übrigen war es dem Bw nach seiner eigenen Verantwortung (s Einvernahme vom 12. Februar 1992, zweite Seite) bekannt, dass man ". . legal Zigaretten nur in der Trafik erwerben kann."

Die Behörde zweiter Rechtsstufe folgt daher der Finanzstrafbehörde I. Instanz dahingehend, dass der Beschuldigte das (die Finanzvergehen betreffende) Unrecht seiner Taten von Anfang an erwogen und akzeptiert hat bzw. stellt dies auch ausdrücklich fest. Dass die Finanzstrafbehörde beim Beschuldigten von einem "einfachen Menschen" ausging, vermag an der Richtigkeit dieser Feststellungen keine Bedenken zu erwecken. Dem Beschuldigten trifft schon unter dem nachhaltigen Hinweis auf den Umstand, dass er im Deliktszeitraum ein aktiver, regelmäßiger Raucher war, ohne Zweifel der Schuldvorwurf der vorsätzlichen Begehung, zumal diese Menschen am besten über die bestehenden Tabakvorschriften, die legalen Preise und die Schwarzmarktpreise Bescheid wissen und danach auch handeln.

Ein, die Verteidigungsrechte erheblich beeinträchtigender Verfahrensmangel kann daher auch darin nicht erblickt werden, dass im bekämpften Erkenntnis der legale Ankaufpreis der Zigaretten der Marke Flirt Filter im fraglichen Zeitraum nicht wie vom Beschuldigten mit S 17,- sondern mit S 22,-- festgestellt worden ist und nicht ersichtlich sei, auf welchen Zeitraum

(innerhalb des Deliktszeitraumes) sich diese behördliche Feststellung bezieht und darüber hinaus ihm dieses Beweisergebnis auch nicht vorgehalten worden sei. Fest steht nämlich, dass für keinen Zeitpunkt des entscheidungsrelevanten Deliktszeitraums die Preisangaben des Beschuldigten zutreffen. Eine nähere Spezifikation des Zeitraumes in dem der staatlich festgesetzte Verkaufspreis von S 22,-- gegolten hat, erübrigt sich zudem, weil der Bw zu keinem Zeitpunkt ein wirklich in einem Irrtum befindlicher Hehler war. Er kaufte die ausländischen Schmuggelzigaretten trotz Kenntnis um ihre ausländische, schmugglerische Herkunft, weil sie im Vergleich zum österreichischen offiziellen Abgabepreis (Inlandverschleißpreis bzw. Kleinverkaufspreis) wesentlich billiger im Erwerb waren, womit das eigentliche Handlungsmotiv auch gleich klar auf der Hand liegt.

Die Berufung ist aber im Recht, soweit sie dem angefochtenen Erkenntnis hinreichende Konstatierungen zur angelasteten gewerbsmäßigen Tatbegehung der Abgabenhehlerei abspricht. Das Erkenntnis beschränkt sich dazu nämlich auf eine unsubstantiierte Wiedergabe der Beschuldigtenverantwortung, wonach PR, wenn er beruflich in der Gegend des Mexikoplatzes zu tun gehabt habe, dort billige Zigaretten gekauft hätte. Es gibt keine Anhaltspunkte aus dem Aktengeschehen, dass der Bw die Zigaretten anders als zum Eigenverbrauch verwendet hat. Auf Grund dieser Feststellungen fehlt für eine gewerbsmäßige Begehung der Abgabenhehlerei jedes Substrat und war diesbezüglich der Berufung stattzugeben und der Spruch der Entscheidung dahingehend abzuändern.

Dem Einwand, dass die Finanzstrafbehörde I. Instanz die Verjährungsfrist des FinStrG nicht beachtet habe, ist die Teileinstellung von Tathandlungen im bekämpften Erkenntnis entgegenzuhalten. Auch in der Berufungsentscheidung war die Schranke der absoluten Verjährung von Tathandlungen (die zeitliche Einschränkung der Strafbarkeit) von 10 Jahren (§ 31 Abs. 5 FinStrG) zu beachten und mit einer weiteren Teileinstellung wie im Spruch vorzugehen. Hingegen ist der Bw nicht im Recht, wenn er meint, das sämtliche Tathandlungen, die vor dem 12. Febr. 1994 liegen, als verjährt anzusehen sind. Dabei übersieht er nämlich die im § 31 Abs 3 FinStrG normierte Ablaufhemmung, nach der die Verjährung der früheren Taten nicht eintritt, solange nicht auch für die spätere Tat die Verjährungsfrist abgelaufen ist (vgl. Reger/Hacker/ Kneidinger, Das Finanzstrafgesetz – Band 1, Kommentar zu § 31 Rz 14 ff).

Auch liegt keine strafbefreiende Selbstanzeige nach § 29 FinStrG vor. Der Bw hat beim Grenzzollamt Laa/Thaya im Zuge einer finanzstrafrechtlichen Beschuldigteneinvernahme gemäß § 83 Abs 3 FinStrG die Tathandlungen gegenüber einem mit finanzstrafrechtlicher Autorität ausgestatteten Vernehmungsorgan sein Handeln eingestanden. Selbst wenn man zu der Auffassung gelangen möchte, dass auch in diesem Zeitpunkt eine "Selbstanzeige" noch möglich sein kann, fehlt dieser jedoch das Element der Rechtzeitigkeit, weil im gegenständlichen Fall eine gegen den Bw, für diesen auch klar erkennbare

Strafverfolgungshandlung (Beschuldigteneinvernahme) gesetzt war (vgl. § 29 Abs. 3 lit. a FinStrG).

Soweit sich die Berufung gegen die verhängten Strafen (Geldstrafe und Wertersatzstrafe) wendet, kommt ihr nur teilweise Berechtigung zu.

Bei einem Strafraumen von rund 20.000 Euro erweist sich die vom Hauptzollamt Wien als Finanzstrafbehörde I. Instanz verhängte Geldstrafe schon als äußerst niedrig im Vergleich zur gängigen verwaltungsbehördlichen Spruchpraxis bemessen. Auch wenn nunmehr der Strafraumen durch Wegfall der gewerbsmäßigen Begehung und der weitergehenden verjährungsbedingten Teileinstellung der Strafraumen "nur mehr" rund 15.000 Euro beträgt (der Strafraumen errechnet sich aus: Summe der Strafbestimmenden Wertbeträge x 2 + Bemessungsgrundlage x 1) ist die Geldstrafe von 1.000 Euro unter Beibehaltung der vom Hauptzollamt im Wesentlichen vollständig und zutreffend angenommenen Strafbemessungsgründen keineswegs überhöht, sondern noch immer sehr moderat bemessen, sodass unter Würdigung aller Fakten zu einer (weiteren) Herabsetzung der Geldstrafe kein Anlass bestand. Die Erstfreiheitsstrafe war hingegen durch den Wegfall der Gewerbsmäßigkeit für den Täter günstiger auszumessen.

Hingegen steht der Wertersatz, der dem Beschuldigten in der Höhe des gemeinen Wertes (dieser entspricht der Bemessungsgrundlage) der spruchgegenständlichen, nicht mehr sichergestellten, weil schon verrauchten Zigaretten auferlegt worden ist, zu dem den Täter treffenden Vorwurf in einem Missverhältnis (§ 19 Abs. 5 FinStrG), welcher Umstand in Ansehung der auffällig im untersten Bereich des gesetzlichen Strafraumens festgesetzten Geldstrafe deutlich wird, sodass ein teilweises Absehen vom Wertersatz gerechtfertigt erscheint. Bei der Ausmessung waren im Grunde des § 19 Abs. 6 FinStrG die weit überwiegenden, gewichtigen Milderungsgründe sowie nunmehr auch der Wegfall der Gewerbsmäßigkeit zu berücksichtigen. Solcherart erscheint die Festsetzung der Wertersatzstrafe in der Höhe der verhängten (äußerst niedrigen) Geldstrafe durchaus auch tat- und tätergerecht, zumal der Beschuldigte auch keinen deliktischen Erlös aus einem Verkauf der Schmuggelware erzielt hat. Damit war in diesem Bereich der Strafberufung durch eine deutliche Herabsetzung der Wertersatzstrafe Rechnung zu tragen. Dies gilt auch für die im Uneinbringlichkeitsfall zu verbüßende Ersatzfreiheitsstrafe.

Eine bedingte Nachsicht der Geld- wie auch der Wertersatzstrafe sieht das Gesetz hingegen im verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahren nicht vor, womit sich eine weitere Auseinandersetzung zu diesem Punkt erübrigt. Ebenso ergibt sich der Pauschalkostenbeitrag zwingend aus dem Gesetz (§ 185 FinStrG).

Nur im aufgezeigten Umfang war der Berufung inhaltlich Folge zu geben, im übrigen aber war sie als unbegründet abzuweisen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 164 FinStrG ein weiteres ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen aber das Recht zu, gegen diesen Bescheid binnen sechs Wochen nach dessen Zustellung Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof und/oder beim Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 169 FinStrG wird zugleich dem Amtsbeauftragten das Recht der Erhebung einer Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof eingeräumt.

### **Zahlungsaufforderung**

Die Geldstrafe, die Wertersatzstrafe und die Kosten des Finanzstrafverfahrens sind gemäß § 171 Abs. 1 und § 185 Abs. 4 FinStrG binnen eines Monats nach Rechtskraft dieser Entscheidung fällig und mittels eines gesondert zugehenden Erlagscheines auf das Postsparkassenkonto des Hauptzollamtes Wien zu entrichten, widrigenfalls Zwangsvollstreckung durchgeführt und bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe bzw. der Wertersatzstrafe die Ersatzfreiheitsstrafe/n vollzogen werden müssten.

Wien, 7. April 2003