



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. Gerald Klec und Reinhold Haring als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw., wegen der Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgaben- und Monopolhehlerei gemäß §§ 37 Abs. 1 lit. a, 38, und 46 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 6. Dezember 2005 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt Wien vom 4. Oktober 2005, Zahl 100/90.791/2004-AFG/Li, nach der am 7. November 2006 in Anwesenheit des Beschuldigten, des Amtsbeauftragten Mag. Reinhard Lackner sowie der Schriftführerin Gerlinde Maurer durchgeführten Verhandlung

zu Recht erkannt:

I. Der Berufung des Beschuldigten wird teilweise Folge gegeben und die angefochtene Entscheidung in ihrem Ausspruch über die Schuld und die Strafe abgeändert:

G. hat am 5. Juli 2004 vorsätzlich eingangsabgabepflichtige Waren, die zugleich Gegenstände des Tabakmonopols sind nämlich 100.000 Stück Zigaretten der Marke Memphis Classic, hinsichtlich der von unbekannt gebliebenen Tätern die Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG bzw. des vorsätzlichen Eingriffs in die Rechte des Tabakmonopols nach § 44 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen worden war, verhandelt (Zoll € 4.032,--, Einfuhrumsatzsteuer € 3.916,40 und Tabaksteuer € 8.550,--, insgesamt € 16.498,40; Bemessungsgrundlage € 15.000,--).

Er hat dadurch die Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei nach den §§ 37 Abs. 1 lit. a und 44 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen.

Gemäß §§ 21, 37 Abs. 2 und 46 Abs. 2 FinStrG wird über ihn eine Geldstrafe von € 10.000,-- (in Worten Euro zehntausend) verhängt.

Gemäß § 20 FinStrG tritt für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen.

Gemäß § 138 FinStrG hat der Beschuldigte den schon im Finanzstrafverfahren V. ausgesprochenen Verfall der Zigaretten gegen sich geltend zu lassen.

Gemäß § 185 FinStrG werden die Kosten des Finanzstrafverfahrens mit € 363,-- festgesetzt.

II. Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Der Spruchsenat beim Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz erkannte am 4. Oktober 2005 den Berufungswerber (Bw.) der Finanzvergehen der vorsätzlichen gewerbsmäßigen Abgaben- und Monopolhehlerei nach den §§ 37, 38 und 46 Abs. 1 FinStrG für schuldig. Er habe am 5. Juli 2004 vorsätzlich eingangsabgabepflichtige Waren, welche zugleich Gegenstände des Tabakmonopols sind, nämlich 100.000 Stück Zigaretten der Marke Memphis Classic drittländischer Herkunft hinsichtlich derer zuvor von unbekannt gebliebenen Tätern das Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen worden war, von V. übernommen, wobei es ihm darauf ankam, durch wiederkehrende Begehung der Abgaben- und Monopolhehlerei sich eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Gemäß § 21, 37 Abs. 2, 38 und 46 Abs. 2 FinStrG verhängte der Spruchsenat über den Bw. eine Geldstrafe von € 15.000,-- und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 30 Tagen.

Gemäß § 38 FinStrG hatte der Bw. den schon im Finanzstrafverfahren gegen Vojislav Jovic ausgesprochenen Verfall der 100.000 Stück Zigaretten auch gegen sich gelten zu lassen.

Gemäß § 185 FinStrG wurden die Kosten des Strafverfahrens und eines allfälligen Strafvollzuges mit € 363,-- festgesetzt.

Dagegen erhob der Bw. das Rechtsmittel der Berufung und führte aus, dass es sich bei der Sache nicht um 500 Stangen sondern nur um 250 Stangen gehandelt habe. Die weiteren 250 Stangen wären eine eigene Vereinbarung zwischen V. und dem Käufer gewesen. Der Name des Käufers sei ihm nicht bekannt, da es sich vermutlich um einen V-Mann gehandelt habe. Er

ersuchte daher um Halbierung der Strafe und wies noch darauf hin, dass Sladjian Milic, der das ganze Geschäft injiziert hatte, nicht belangt worden sei.

In der mündlichen Verhandlung blieb er bei dieser Verantwortung. Er habe zwar den Kontakt zwischen V. und dem Käufer hergestellt und sei bei den Verhandlungen die ganze Zeit dabei gewesen, er habe aber nur 250 Stangen Zigaretten vermittelt.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Gemäß § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich der Abgabehhehlerei schuldig, wer vorsätzlich eine Sache oder Erzeugnisse aus einer Sache, hinsichtlich welcher ein Schmuggel, eine Verzollungsumgehung, eine Verkürzung von Verbrauchsteuer oder Eingangs- oder Ausgangsabgaben begangen wurde, kauft, zum Pfand nimmt oder sonst an sich bringt, verheimlicht oder verhandelt.

Gemäß § 37 Abs. 2 FinStrG wird die Abgabehhehlerei mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des Verkürzungsbetrages an Verbrauchsteuer oder an Eingangs- oder Ausgangsabgaben geahndet, die auf die verhehlten Sachen oder die Sachen, die in den verhehlten Erzeugnissen enthalten sind, entfallen.

Gemäß § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich der Monopolhehlerei schuldig, wer vorsätzlich Monopolgegenstände oder Erzeugnisse aus Monopolgegenständen, hinsichtlich welcher in Monopolrechte eingegriffen wurde, kauft, zum Pfand nimmt oder sonst an sich bringt, verheimlicht oder verhandelt.

Gemäß § 5 Abs. 3 Tabakmonopolgesetz (TabMG) ist der Handel mit Tabakerzeugnissen verboten, soweit er nicht aufgrund einer Bestellung des Tabaktrafikanten oder einer Bewilligung als Großhändler betrieben wird oder nicht gem. Abs. 5 oder § 40 Abs. 1 erlaubt ist.

Gemäß § 5 Abs. 4 TabMG ist Handel im Sinne des Absatz 3 das gewerbsmäßige Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen im Monopolgebiet.

Dem Verfahren liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Ein verdeckter Ermittler der Bundespolizeidirektion Wien nahm Ende Juni 2004 mit dem Bw. Kontakt auf, um über ihn für einen weiteren Abnehmer eine größere Menge geschmuggelter Zigaretten zu bestellen. Der Bw. sagte zu, bis zum 5. Juli 2004 locker 500 Stangen besorgen zu können. Im weiteren ging der Bw. zu dem ihm bekannten V. , von dem er wusste, dass er Zigaretten besorgen konnte. Er bestellte bei ihm "in Kommission" 500 Stangen Zigaretten und brachte, weil V. den Käufer den Käufer kennen lernen und einschätzen wollte, diese beiden

dann in einem Kaffeehaus zusammen. Bei der folgenden Verhandlung über die Menge und den Preis der Zigaretten war er dabei. V. wollte dem Bw. telefonisch Bescheid sagen, wann die Übergabe der Zigaretten stattfinden sollte. Der Bw. sollte pro Stange Zigaretten 50 Cent verdienen, von denen er die wiederum die Hälfte an den verdeckten Ermittler abgeben sollte.

Am Montag den 5. Juli 2004 rief V. beim Bw. an und teilte ihm mit, dass die Zigaretten, und zwar nur 250 Stangen, da seien. Dies teilte der Bw. dem Käufer dem verdeckten Ermittler ebenfalls telefonisch mit. Die Übergabe sollte bei einem Würstelstand in 1230 Wien, Ketzergasse stattfinden. Anwesend waren hier der Bw. der verdeckte Ermittler und V. . Dieser lud dort zunächst 250 Stangen Zigaretten in den PKW des verdeckten Ermittlers ein und wollte die nächsten 250 Stangen erst nach Bezahlung durch den Käufer übergeben. Als dann dieser in der Ketzergasse eintraf, begann V. mit dem Beladen des PKW des Käufers mit den Zigaretten. Der Bw. half dabei nicht mit, er lehnte an seinem eigenen PKW und sah zu. In diesem Moment griff die aus Kriminalbeamten und Beamten der Zollfahndung bestehende Observationsgruppe ein, nahm die Beteiligten fest und beschlagnahmte die Zigaretten.

Diese Feststellungen ergeben sich aus den übereinstimmenden Aussagen des Bw. und des V. und aus dem Einsatzbericht der Bundespolizeidirektion Wien über Observation am 5. Juli 2004.

Das Landesgericht für Strafsachen Wien hat mit seinem rechtskräftigen Urteil vom 14. Juli 2004, Zahhl 124 Hv 53/04d, V. u.a. wegen des Ansiebringens und Verhandeln dieser von unbekannt Personen ins Zollgebiet geschmuggelten Zigaretten der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei und der vorsätzlichen Monopolhehlerei nach den §§ 37 Abs. 1 lit. a, 38, und 46 Abs. 1 lit. a FinStrG für schuldig erkannt.

Daraus und aus dem Preis der Zigaretten, die V. mit einem Preis von € 12,50 pro Stange verkauft hätte ist zu erkennen, dass die Zigaretten keinem Zollverfahren bei der Einfuhr ins Zollgebiet unterzogen worden sind und daher geschmuggelt worden sind. Die Vortat des Schmuggels der Zigaretten ist evident.

Den Feststellungen ist allerdings nicht zu entnehmen, dass der Bw., wie der Spruchsenat im angefochtenen Erkenntnis vermeint, die Zigaretten von V. übernommen hat. Der Bw., dies ergibt sich eindeutig aus dem Erhebungsbericht, hatte nie irgendeine Verfügungsmacht über die Zigaretten.

Sehr wohl erfüllt der Bw. dafür allerdings das weitere im § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG vorgesehene Tatbestandselement des Verhandeln der Zigaretten. Unter Verhandeln ist jede Mitwirkung an der wirtschaftlichen Verwertung zu verstehen, mag auch der Handel nicht zustande kommen (OGH vom 6. April 1976, 13 Os 27/76, EvBl 1977/23).

Er hat dementsprechend den Käufer und den Verkäufer zusammengebracht, war bei den gesamten Verhandlung dabei und gab schließlich die Informationen bezüglich der Übergabe der Zigaretten vom Verkäufer an den Käufer weiter. Der Bw. war die Schnittstelle zwischen Abnehmer und Lieferant, ohne sein Zutun hätte das Geschäft nicht zum Laufen gebracht werden können, wie der Amtsbeauftragte in der mündlichen Berufungsverhandlung auch treffend bemerkte.

Wie der Bw. auch zugibt, war ihm bekannt, dass hier ein Handel mit geschmuggelten Zigaretten ablaufen sollte, er hat sohin vorsätzlich gehandelt.

Es kann daher zunächst festgehalten werden, dass der Bw. vorsätzlich 500 Stangen Zigaretten, hinsichtlich welcher von unbekanntenen Personen das Finanzvergehen des Schmuggels verübt worden war, verhandelt hat und damit das Finanzvergehen der Angabenhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG erfüllt hat.

Auch bei der Beurteilung der Monopolhehlerei ist bezüglich der Vortat des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopoles auf den Spruch des oben zitierten Urteiles des Landesgerichtes für Strafsachen Wien zu verweisen. Die Vortat ist auch bezüglich der verfahrensgegenständlichen Zigaretten in diesem Spruch festgestellt worden und hat für dieses Verfahren bindende Wirkung (z.B. VwGH vom 7. Mai 1990, Zahl 88/15/0044 oder vom 18. August 1994, Zahl 94/16/0013).

Beim Tatbestandsmerkmal des Verhandeln der Monopolgegenstände ist auf die auch hier zutreffende Begründung zur Abgabehehlerei zu verweisen.

Das Wissen um das in Österreich noch geltende staatliche Handels- und Vertriebsmonopol mit Zigaretten als Monopolgegenstände ist für in diesem Staat lebende Bürger wie dem Bw. als gegeben vorauszusetzen. Dazu kommt noch, dass der Bw. am 23. Juni 2004, d.h. nicht einmal zwei Wochen vor dieser Straftat, vom Landesgericht Eisenstadt zur Zahl 28 Hv 56/04p wegen der Finanzvergehen des versuchten gewerbsmäßigen Schmuggels von Zigaretten, des versuchten vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopoles verurteilt worden war und auch daher mit den Bestimmungen des Tabakmonopoles vertraut war.

Der Senat geht daher davon aus, dass der Bw. auch den Tatbestand der vorsätzlichen Monopolhehlerei nach der Bestimmung des § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG erfüllt hat.

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 Abgabenhehlerei mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des Verkürzungsbetrages an Eingangsabgaben geahndet, die auf die verhehlten Sachen entfallen.

Gemäß § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG ist mit Geldstrafe bis zum dreifachen des Betrages nach dem sich sonst die Strafdrohung richtet zu bestrafen, wer einen Schmuggel eine Abgabenhinterziehung oder eine Hinzerrückziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben oder eine Abgabenhehlerei nach § 37 Abs. 1 begeht, wobei es ihm darauf ankommt, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (gewerbsmäßige Begehung).

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.

Zunächst ist zur vom Spruchsenat angenommenen Gewerbsmäßigkeit bei der Abgabenhehlerei zu sagen, dass sich die Einnahmen des Bw. auf 25 Cent pro Stange Zigaretten, das sind € 125,-, belaufen hätte. Dazu kommt, dass schon aus den konkreten Umständen dieses letztlich von einem verdecktem Ermittler initiierten Geschäftes dessen Einmaligkeit abzuleiten ist, weil es darauf angelegt war, Zigarettenhehler aus dem Verkehr zu ziehen und sich Folgegeschäfte erübrigt hätten. Der Senat geht daher nicht von einer gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei aus.

Als Verkürzungsbetrag wird jenes Ausmaß an Abgaben verstanden, das dem Fiskus wirklich entgangen ist, somit jene Zahlengröße, mit der die Abgaben festzusetzen bzw. zu berechnen gewesen wäre (OGH vom 10. März 1993, 13 Os 21/93). Der im § 37 Abs.2 FinStrG zur Berechnung des Strafrahmens normierte Verkürzungsbetrag an Eingangsabgaben setzt sich nach Ansicht des Senates - auch wenn die Vortat des Schmuggels in das Zollgebiet der Europäischen Union nach der sogenannten Osterweiterung ab dem 1. Mai 2004 anzunehmen ist und nicht direkt nach Österreich erfolgt sein kann, womit auch (zunächst) die

Eingangabgabenschuld in einem anderen Mitgliedsstaat entstanden ist – aus den gesamten auf die Zigaretten entfallenden Eingangsabgaben, dem Zoll, der Einfuhrumsatzsteuer und der Tabaksteuer zusammen. Dies deswegen, weil gemäß Artikel 215 Absatz 1 erster und zweiter Gedankenstrich Zollkodex (ZK) die Zollschuld zunächst (erster Gedankenstrich) an dem Ort, an dem der Tatbestand eintritt, der die Zollschuld entstehen lässt, entsteht oder, (zweiter Gedankenstrich) wenn dieser Ort nicht bestimmt werden kann, an dem Ort, an dem die Zollbehörden feststellen, dass die Ware sich in einer Lage befindet, die eine Zollschuld hat entstehen lassen.

Nach Ansicht des Senates kann im gegenständlichen Fall der Ort nach Art. 215 Abs.1 erster Anstrich ZK bestimmt werden, sodass die die Zollschuld nach dem Art. 215 Abs. 1 zweiter Anstrich ZK in Österreich entstanden ist, wo eben festzustellen war, dass für die Zigaretten eine Zollschuld entstanden sein muss. In Verbindung mit der Regelung des § 2 Abs.1 Zollrechts-Durchführungsgesetz, dass das gemeinschaftliche Zollrecht auch für die Erhebung der sonstigen nationalen Eingangsabgaben wie die Einfuhrumsatzsteuer und die Tabaksteuer gilt, ist daher auch die Einfuhrumsatzsteuer und die Tabaksteuer in Österreich entstanden. Die gesamte hier entstandene Eingangabgabenschuld kann also in Österreich vorgeschrieben werden und es kann damit die Höhe dieser der Republik Österreich nicht ordnungsgemäß entrichteten Abgabenschuld als tatsächlicher Verkürzungsbetrag für die Berechnung des Strafrahmens herangezogen werden.

Der Strafrahmen der sich nun 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	€	4.032,00	
EUSt	€	3.916,40	
Tabaksteuer	€	8.550,00	
Summe	€	16.498,40	x 2
	€	32.996,80	
Bemessungsgrundlage nach § 44 Abs. 2 lit. c	€	15.000,00	
Gesamtbetrag und Strafrahmen	€	47.996,80	

Als Schuldform kann direkter Vorsatz konstatiert werden.

Bezüglich der übrigen Strafzumessungsgründe wird auf die angefochtene Entscheidung verwiesen, sodass sich durch die Verringerung des Strafrahmens die nunmehr verhängte Geldstrafe von € 10.000,- und auch die Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen ergibt.

Der Verfall der Zigaretten ist bereits im Urteil gegen V. ausgesprochen worden.

Der Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 7. November 2006