



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Klagenfurt  
Finanzstrafsenat 3

GZ. FSRV/0019-K/07

## **Berufungsentscheidung**

Der Finanzstrafsenat 3 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden HR Dr. Robert Huber, das sonstige hauptberufliche Mitglied OR Mag. Bernhard Lang sowie die Laienbeisitzer Dr. Wilhelm Miklin und Dr. Erich Moser als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen A.B., vertreten durch Dr. Peter Kolb, Rechtsanwalt, 3430 Tulln, Hauptplatz 3/2/20, wegen des Finanzvergehens der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei gemäß §§ 37 Abs.1 lit.a, 38 Abs.1 lit.a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 7. September 2007 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates III beim Zollamt Klagenfurt Villach nach der am 26. Februar 2008 in Anwesenheit des Beschuldigten und der Schriftführerin Melanie Zuschnig durchgeführten Verhandlung

zu Recht erkannt:

- I. Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.
- II. Im 1. Absatz des Spruches des angefochtenen Bescheides werden die Worte „35 Stück“ durch die Worte „85 Stück“ ersetzt.
- III. Der angefochtene Bescheid wird in seinem Ausspruch über die Geldstrafe dahingehend abgeändert, dass die Höhe der Geldstrafe mit € 5.000,00 festgesetzt wird. Für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe wird die Ersatzfreiheitsstrafe mit 25 Tagen festgesetzt.
- IV. Der angefochtene Bescheid wird in seinen Ausspruch über die Wertersatzstrafe dahingehend abgeändert, dass gemäß § 19 Abs.1 lit.a, Abs.3 und Abs.4 FinStrG auf die Strafe des Wertersatzes in Höhe von € 4.000,00 erkannt wird.

V. Im Übrigen wird die Berufung des Beschuldigten als unbegründet abgewiesen.

## **Entscheidungsgründe**

Mit Erkenntnis vom 4. Juli 2007, SN 400/12345, hat das Zollamt Klagenfurt Villach als Finanzstrafbehörde erster Instanz den Berufungswerber (Bw.) der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei nach den §§ 37 Abs.1 lit.a, 38 Abs.1 lit.a FinStrG für schuldig erkannt, weil er im Zeitraum vom Dezember 2002 bis Dezember 2004 in L. und anderen Orten vorsätzlich Sachen hinsichtlich der ein Schmuggel begangen wurde, nämlich 85 Stück nachgeahmte und originale Uhren verschiedener Marken im Gesamtwert von € 25.455,00, die mit Eingangsabgaben in der Höhe von € 5.162,04 belastet und die im Auftrag des gesondert verfolgten x.y. vorschriftswidrig in das Zollgebiet der Europäischen Union verbracht worden waren, gekauft hat, wobei es ihm darauf ankam, sich durch die wiederkehrende Begehung der Abgabenhehlerei eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß §§ 37 Abs.1 lit.a, 38 Abs.1 lit.a FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von € 6.000,00 verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 30 Tagen ausgesprochen.

Gemäß § 19 Abs.1 lit.a und Abs.3 FinStrG wurde statt auf Verfall von 85 Stück nachgeahmter und originaler Uhren verschiedener Marken im Gesamtwert von € 25.455,00 auf die Strafe des Wertersatzes in Höhe von € 4.000,00 erkannt. Für den Fall der Uneinbringlichkeit des Wertersatzes wurde gemäß § 20 Abs.1 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen festgesetzt.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG pauschal mit € 363,00 bestimmt.

Begründend wurde seitens des Spruchsenates ausgeführt, dass der Bw. von x.y. 85 Stück aus Thailand stammende nachgeahmte oder originale Uhren verschiedener Marken im Gesamtwert von € 25.455,00 in Kenntnis des Umstandes, dass diese ohne die dafür vorgeschriebenen Eingangsabgaben in Höhe von € 5.162,04 zu entrichten in das Zollgebiet der Europäischen Union verbracht worden waren, im Postwege aus Deutschland in der Absicht bezogen habe, sich durch die mit dem wiederkehrenden Ankauf und Weiterverkauf der Uhren verbundene Abgabenhehlerei eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, die zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes erforderlich gewesen sei. Der Bw. wurde mit Urteil des Landesgerichtes St. Pölten vom 9. Juni 2004, Zl. 123, dem die Ein- und Ausfuhr gefälschter Uhren verschiedener Marken ohne Zustimmung der Berechtigten während eines zweijährigen

Zeitraums zugrunde lag, wegen des Vergehens der Kennzeichenverletzung nach den §§ 10 Abs.1, 12 Markenschutzgesetz zu einer sechswöchigen, für eine dreijährige Probezeit bedingt nachgesehene Freiheitsstrafe verurteilt. Im Zuge einer im Rahmen des gerichtlichen Strafverfahrens durchgeföhrten Hausdurchsuchung wurden beim Bw. 46 Stück Armbanduhren verschiedener Marken sichergestellt. Das unter der ZI. 400/1234 vom Zollamt Klagenfurt durchgeföhrte in Rechtskraft erwachsene Abgabenverfahren hatte eine Abgabenvorschreibung gegenüber dem Bw. in Höhe von € 5.162,04 zur Folge.

Der Bw. beziehe als Pensionist ein monatliches Einkommen von € 510,00, besitze kein Vermögen und weise eine Sorgepflicht auf. Bei der Strafbemessung wertete der Spruchsenat als mildernd den bisherigen aus finanzstrafrechtlicher Perspektive untadeligen Lebenswandel des Bw. und als erschwerend den langen Tatzeitraum. Die Wertersatzstrafe wurde unter Berücksichtigung der Aspekte der anteilmäßigen Aufteilung auf alle Tatbeteiligten und der Verhältnismäßigkeit in Sinne des § 19 Abs.4 und 5 FinStrG mit € 4.000,00 festgesetzt.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 7. September 2007, wobei im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

Der Bw. sei entgegen seiner Bezeichnung im Strafverfahren als Pensionist derzeit ohne Beschäftigung und beziehe ein Arbeitslosengeld in der Höhe von € 567,30. Ein Pensionierungsverfahren sei zwar anhängig, doch bleibe dessen Ausgang abzuwarten. Weiters wurde vorgebracht, dass der Bw. an einer Vielzahl von Erkrankungen leide und über ein spezielles Berufsbild verfüge, sodass er im Arbeitsprozess keine Berufschance habe. Das vom Bw. lukrierte Entgelt liege weit unter dem Existenzminimum, weshalb die über ihn verhängte Geldstrafe als zu hoch anzusehen und nicht tatschuldangemessen ausgemittelt worden sei. Er sehe sich außerstande die über ihn verhängte Geldstrafe zu bezahlen, zumal er bereits zu einer hohen Geldstrafe verurteilt worden sei. Ebenso sei die Strafe des Wertersatzes in der Höhe von € 4.000,00 zu hoch bemessen, da die gegenständlichen Marken- und nachgeahmten Uhren vernichtet wurden und der Bw. bereits dadurch einen enormen Verlust erlitten habe. Der Bw. beantragte daher, die Geldstrafe und die Strafe des Wertersatzes einkommens- und strafatangemessen herabzusetzen.

Zur mündlichen Verhandlung am 26. Feber 2008 ist der Bw., nicht aber der Amtsbeauftragte des Zollamtes erschienen. Der Bw. führte dabei aus, dass ihm eine Invaliditätspension frühestens ab dem 57. Lebensjahr und somit erst ab Juli 2008 zustehe. Sein monatliches Taggeld betrage rund € 540,00 monatlich und differiere je nach Anzahl der Kalendertage. Derzeit wohne er bei seiner Tochter, die ihn auch unterstütze. Der Bw. führte weiters aus, dass er keinesfalls gewerbsmäßig gehandelt habe, da er überhaupt nur eine Uhr verkauft

habe. Es sei ihm auch nicht bekannt gewesen, woher die Uhren stammen würden, was das Zollamt durch die Einsichtnahme in den auf den Festplatten seines von der Kriminalpolizei beschlagnahmten Computers gespeicherten Mailverkehr mit x.y. leicht hätte feststellen können. Der Bw. wies auch darauf hin, dass er die Abgabenschuld in Raten begleiche, die Firma R. eine Schadenersatzklage von € 1,5 Mio. gegen ihn eingebracht habe und ein Großteil der Uhren – jedenfalls mehr als 46 – mit seiner Zustimmung vernichtet worden wären.

***Zur Entscheidung wurde erwogen:***

Das gegenständliche Rechtsmittel richtete sich ausschließlich gegen die Strafhöhe, weder der strafrechtlich relevante Sachverhalt noch die Verschuldensfrage wurden in Zweifel gezogen. Straferkenntnisse erwachsen in Teilrechtskraft, wenn nicht deren gesamter Umfang angefochten wird. So ist auch eine Teilrechtskraft hinsichtlich des Schulterspruches rechtlich möglich (siehe z.B. VwGH 10.1.1985, 83/16/0179; 21.11.1985, 84/16/0201; 4.9.1992, 91/13/0021; 19.10.1995, 94/16/0123). Erwächst somit der erstinstanzliche Schulterspruch in Teilrechtskraft, steht für die Berufungsbehörde auch bindend fest, dass die im erstinstanzlichen Schulterspruch umschriebene Tat begangen wurde. Der Berufungssenat hat daher bei der Strafbemessung von den festgestellten Verkürzungsbeträgen auszugehen.

Zur Strafbemessung ist auszuführen:

Gemäß § 23 Abs.1 FinStrG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Schuld des Täters.

Gemäß Abs.2 leg. cit. sind bei 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.

Im Rahmen der durchgeführten erstinstanzlichen Strafbemessung wurde als mildernd der bisherige aus finanzstrafrechtlicher Perspektive untadelige Lebenswandel des Bw. und als erschwerend der lange Tatzeitraum gewertet. Eingang in die erstinstanzliche Strafbemessung fanden auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bw., wobei der Spruchsenat von einem monatlichen Pensionseinkommen von € 510,00 und einer Sorgepflicht ausgegangen ist. Nunmehr erklärt der Bw. ein monatliches Einkommen des AMS Wien von € 540,00. Dass der Bw. entgegen seiner Bezeichnung im angefochtenen Erkenntnis als Pensionist derzeit diese Einkünfte als Arbeitslosengeld bezieht, hat insoferne eine Auswirkung, als dem Bw. keine Ausgleichszulage zuteil wird. Seit Ergehen des erstinstanzlichen Erkenntnisses haben sich keine neuen Milderungs- und Erschwerungsgründe

ergeben. Das Einkommen des Bw. ist zwar leicht gestiegen, liegt aber noch immer unter dem Existenzminimum. Die finanzielle Lage des Bf. ist aber aufgrund des noch immer laufenden Pensionierungsverfahrens noch angespannter als zum Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung, da der Bf. im Falle der Gewährung der Invaliditätspension doch mit höheren Zahlungen (Mindestpension, Ausgleichszulage) rechnen kann.

Ausgehend von einem Strafrahmen von € 15.486,12 erachtet der Berufungssenat die verhängte Geldstrafe in Höhe von € 6.000,00 - dies entspricht etwa 38 % des zulässigen Höchstmaßes – zum Zeitpunkt der Verhängung der Strafe durch den Spruchsenat als tat- und schuldangemessen, zumal derartige Finanzvergehen aus generalpräventiven Gründen einer strengen Beurteilung bedürfen und für den Täter nicht ohne wirtschaftlich spürbare Sanktion bleiben sollen. Aufgrund der anhaltenden angespannten persönlichen Verhältnisse und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bw., dessen Pensionierung entgegen der Annahme der angefochtenen Entscheidung nicht absehbar ist, jedenfalls aber nicht vor Juli 2008 erfolgt, erscheint dem Berufungssenat in Würdigung dieser Umstände nunmehr die Verhängung einer Geldstrafe von € 5.000,00 und somit von etwa 32 % des Strafrahmens als tat- und schuldangemessen.

Zur verhängten Wertersatzstrafe ist auszuführen:

Gemäß § 19 Abs.4 FinStrG ist der Wertersatz allen Personen, die als Täter, andere an der Tat Beteiligte oder Hehler vorsätzlich Finanzvergehen hinsichtlich der dem Verfall unterliegenden Gegenstände begangen haben, anteilmäßig aufzuerlegen.

Gemäß Abs.5 leg. cit. ist von einer Auferlegung des Wertersatzes ganz oder teilweise abzusehen, wenn der Wertersatz (Abs.3) oder Wertersatzanteil (Abs.4) zur Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis steht.

Gemäß Abs.6 leg. cit. sind, wenn der Wertersatz aufzuteilen ist (Abs.4) oder vom Wertersatz ganz oder teilweise abzusehen ist (Abs.5), hiefür die Grundsätze der Strafbemessung (§ 23) anzuwenden.

Im Spruch des angefochtenen Erkenntnisses wurde der gemeine Wert der Tatgegenstände mit € 25.455,00 ausgewiesen. Dabei handelt es sich aber lediglich um den Zollwert des verhehlten Schmuggelgutes. Der gemeine Wert nach § 10 Abs.2 Bewertungsgesetz (BewG) wird aber durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsgutes zu erzielen wäre. Der gemeine Wert besteht bei eingeführten Waren somit nicht nur aus dem reinen Sachwert, sondern erhöht sich um die Eingangsabgaben, allfällige sonstige Abgaben, die Transportspesen und die Handelsspanne

(Fellner FinStrG Kommentar § 19 Rz.12; VwGH 10.1.1985, 83/16/0179; 19.2.1987, 85/16/0074; 22.10.1992, 92/16/0087; 25.9.1997, 97/16/0067 und vom 29.11.2001, 2001/16/0296). Im Sinne der eingetretenen Teilrechtskraft ist aber nur der Ausspruch über die Strafzumessung Gegenstand dieses Verfahrens.

Die anteilmäßige Auferlegung des Wertersatzes zwischen den vorsätzlich beteiligten Personen x.y. und dem Bw. gemäß § 19 Abs.4 FinStrG erfolgte zu Recht und war dieser Umstand auch im Spruch durch Hinzufügung des Absatzes 4 von § 19 FinStrG im Spruch zum Ausdruck zu bringen (Punkt IV. dieser Entscheidung). Hingegen vermag der Berufungssenat keine Möglichkeit für die Anwendung des § 19 Abs.5 FinStrG erblicken. Weder liegt ein zu beachtendes Missverhältnis zwischen dem strafbestimmenden Wertbetrag und dem gemeinen Wert der Tatgegenstände vor, noch ist der Wertersatz zur Bedeutung der Tat als unverhältnismäßig oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf, sich unrechtmäßig verhalten zu haben, als im besonderen Maß streng anzusehen. Selbst im Umstand, dass beim Bw. im gerichtlichen Verfahren ein Teil der verfahrensgegenständlichen Uhren beschlagnahmt und mittlerweile mit Zustimmung des Bw. vernichtet wurden, liegt kein derartiges Missverhältnis, da diese aus rein markenschutzrechtlichen Gründen und somit wegen einer anderen Rechtsgutverletzung eingezogen wurden.

Der aufzuerlegende Wertersatz wäre daher nur nach den Grundsätzen der Strafbemessung zwischen x.y. und dem Bw. zu teilen gewesen. Ein teilweises Absehen von der Auferlegung des nach Abs.4 zu verhängenden Wertersatzanteils ist nicht möglich. Da aber gemäß § 161 Abs.3 FinStrG eine Änderung des Erkenntnisses zum Nachteil des Beschuldigten nur bei Anfechtung durch den Amtsbeauftragten möglich ist, verbleibt es bei der vom Spruchsenat verhängten Teilwertersatzstrafe in Höhe von € 4.000,00

Der Spruch des angefochtenen Erkenntnisses war auch insoweit anzuändern als im ersten Absatz die Worte „35 Stück“ durch „85 Stück“ zu ersetzen waren. Dabei handelt es sich um die Berichtigung eines Schreibfehlers, da der Begründung der Entscheidung und dem Ausspruch über die Wertersatzstrafe unstrittig 85 Stück zugrunde liegen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Klagenfurt, am 26. Februar 2008