

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Finanzstrafsenat Wien 5 des Bundesfinanzgerichtes hat in der Finanzstrafsache gegen Herrn F. M., geb., Wien, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Franz Karl Juraczka, Alser Straße 32/15, 1090 Wien, wegen der Finanzvergehen der teils gewerbsmäßigen Abgabenhhehlerei nach §§ 37 Abs. 1 lit. a, 38 des Finanzstrafgesetzes FinStrG und der Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG, teilweise als Tatbeitrag gemäß § 11 FinStrG, über die Beschwerde des Beschuldigten vom 30. Oktober 2014 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt Wien als Organ des Zollamtes Wien als Finanzstraßbehörde vom 2. September 2014, SpS 20, Zl. 1234, in der mündlichen Verhandlung 01. März 2016 in Anwesenheit des Beschuldigten, seines Verteidigers Mag. Franz Karl Juraczka, des Amtsbeauftragten sowie der Schriftführerin folgendes Erkenntnis gefällt:

A. Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben und das Erkenntnis des Spruchsenates vom 2. September 2014, SpS 20, das im Schuldspruch I/A und II (bis auf die Ergänzung und Berichtigung) unverändert bleibt, im weiteren Schuldspruch und Strafausspruch wie folgt abgeändert:

a. Aus Anlass der Beschwerde wird

1. der Spruch II zur Tat am 29.11.2010 im letzten Halbsatz wie folgt geändert:

„...von einer unbekannten Person an sich gebracht und an eine unbekannte weibliche Person namens G. weiterverhandelt.“

2. der Spruch I/A hinsichtlich des Datums wie folgt berichtigt: statt am 2.10.2010 richtig: 2. und 3.12.2010.

b. Über Herrn F. M. wird gemäß §§ 37 Abs. 2, 38 Abs. 1 lit. a (idF. BGBl I Nr. 103/2005) und 46 Abs. 2 FinStrG unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen des §§ 21 und 23 Abs. 3 FinStrG eine Geldstrafe in Höhe von € 6.000,00 festgesetzt.

c. Gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG wird für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von zwölf Tagen festgesetzt.

d. Gemäß § 19 Abs. 4 und 5 FinStrG wird für die aus dem Schuldspruch I/A resultierenden nicht ergriffenen 100 Stangen Zigaretten der Marke Chesterfield Red sowie für die aus dem Schuldspruch II resultierenden nicht ergriffenen 100 Stangen Zigaretten der Marke Chesterfield Blue ein anteiliger Teilwertersatz in der Höhe von € 2.000,00 verhängt.

e. Gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG tritt an die Stelle der Wertersatzstrafe im Falle deren Uneinbringlichkeit eine (weitere) Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von zwei Tagen.

f. Die Strafen waren gemäß § 21 Abs. 3 FinStrG als Zusatzstrafen zum Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen auszusprechen.

g. Die Kosten des Finanz Strafverfahrens werden gemäß § 185 Abs. 1 FinStrG in unveränderter Höhe von € 500,00 festgesetzt. Herr F. M. hat auch die Kosten des allfälligen Vollzuges zu ersetzen, die mit gesondertem Bescheid festgesetzt werden.

h. Das gegen Herrn F. M. beim Zollamt Wien anhängige Finanz Strafverfahren wegen des Verdachts,

I/B/1. im Zeitraum November bis Dezember 2010 in Ungarn durch Überbringung des für den Kauf erforderlichen restlichen Geldbetrages von € 1.000,00 den T. J. und den Z. N. beim Weiterverhandeln von Monopolgegenständen, nämlich 40.000 Stück (200 Stangen) Zigaretten drittländischer Herkunft, hinsichtlich welcher zuvor von unbekannten Tätern das Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen wurde, unterstützt zu haben und

I/B/2. am 18.11.2010 in Wien die wirtschaftliche Verwertung von Schmuggelzigaretten durch T. J. unterstützt zu haben, indem er für T. J. den Kontakt zu K. L. herstellte, sodass K. L. in 2 Angriffen am 7. und am 16.12.2010 insgesamt 43.200 Stück (216 Stangen) Zigaretten der Marke West Red, hinsichtlich welcher zuvor von unbekannten Tätern das Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen wurde, von J. bzw dessen Fahrer N. an sich nahm,

wird gemäß §§ 136, 157, 82 Abs. 3 lit. a bzw. c FinStrG eingestellt.

i. Darüber hinaus wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

B. Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof wird nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zur Rechtsfrage, ob es sich bei der Weitergabe einer Telefonnummer eines möglichen Zigaretten schmugglers (bzw. Abgaben- und Monopolhehlers) an einen Organisator von Zigaretten schmuggel (bzw. Abgaben- und Monopolhehlerei) um eine straflose Vorbereitungshandlung handelt, für zulässig erklärt.

## **Entscheidungsgründe**

Mit Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt Wien als Finanz Strafbehörde vom 2. September 2014, SpS 20, Zl. 1234, wurde F. M., geb. am 1966 in Kroatien, österreichischer Staatsangehöriger, Pensionist, wohnhaft in Wien (in weiterer Folge: Beschuldigter) für schuldig erkannt, er habe

I/A am 2.10.2010 in Wien, sohin im Bereich des Zollamtes Wien, Monopolgegenstände, nämlich 20.000 Stück (100 Stangen) ukrainische Zigaretten der Marke Chesterfield Red, hinsichtlich welcher zuvor von unbekannten Tätern das Finanzvergehen des Schmuggels

nach § 35 Abs 1 lit a FinStrG und das Finanzvergehen des vorsätzlichen Eingriffs in Monopolrechte nach § 44 Abs 1 FinStrG begangen wurden, an eine unbekannte weibliche Person namens "G." weiterverhandelt;

I/B Unterstützungshandlungen begangen, indem er

1. im Zeitraum November bis Dezember 2010 in Ungarn durch Überbringung des für den Kauf erforderlichen restlichen Geldbetrages von € 1.000,-- den T. J. und den Z. N. beim Weiterverhandeln von Monopolgegenständen, nämlich 40.000 Stück (200 Stangen) Zigaretten drittländischer Herkunft, hinsichtlich welcher zuvor von unbekannten Tätern das Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs 1 lit a FinStrG begangen wurde, unterstützt hat und

2. am 18.11.2010 in Wien die wirtschaftliche Verwertung von Schmuggelzigaretten durch T. J. unterstützt hat, indem er für J. den Kontakt zu K. L. herstellte, sodass L. in 2 Angriffen am 7. und am 16.12.2010 insgesamt 43.200 Stück (216 Stangen) Zigaretten der Marke West Red, hinsichtlich welcher zuvor von unbekannten Tätern das Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs 1 lit a FinStrG begangen wurde, von J. bzw dessen Fahrer N. an sich nahm;

II. am 29.11.2010 in Wien, sohin im Bereich des Zollamtes Wien, Monopolgegenstände, nämlich 20.000 Stück (100 Stangen) ukrainische Zigaretten der Marke Chesterfield Blue, hinsichtlich welcher zuvor von unbekannten Tätern das Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs 1 lit a FinStrG und das Finanzvergehen des vorsätzlichen Eingriffs in Monopolrechte nach § 44 Abs 1 FinStrG begangen wurden, in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung derartiger Straftaten eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, von H. C. an sich gebracht und an eine unbekannte weibliche Person namens "G." weiterverhandelt.

Er habe hiedurch

zu I. die Finanzvergehen des Beitrags zur vorsätzlichen Abgabenhehlerei nach §§ 11, 37 Abs. 1 lit. a FinStrG und des Beitrages zum vorsätzlichen Eingriff in Monopolrechte nach §§ 11, 44 Abs. 1 FinStrG

zu II. die Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei nach §§ 37 Abs. 1 lit a, 38 FinStrG und der Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit a FinStrG begangen und wird hierfür gemäß § 37 Abs. 2, 38 Abs. 1, 44 Abs. 2, 46 Abs. 2 FinStrG unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen des § 23 Abs. 3 FinStrG mit einer Geldstrafe in der Höhe von € 20.000,00 bestraft.

Gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG tritt an die Stelle der Geldstrafe, im Falle deren Uneinbringlichkeit, eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 40 Tagen.

Gemäß § 19 FinStrG wird auf die Strafe des Wertersatzes erkannt in der Höhe von € 5.000,00.

Gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG tritt an die Stelle der Wertersatzstrafe, im Falle deren Uneinbringlichkeit, eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 5 Tagen.

Gemäß § 17 FinStrG wird erkannt auf Verfall der am 16.12.2010 sichergestellten 108 Stangen Zigaretten der Marke "West Red".

Gemäß § 185 FinStrG hat der Bestrafte die Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von € 500,00 und des allfälligen Vollzuges zu ersetzen.

Als Begründung wurde ausgeführt, dass "durch das abgeführte Finanzstrafverfahren, insbesondere die Erhebungsergebnisse (Zeugenaussagen, TÜs, Sicherstellungen, etc) folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt wurde:

Der 48jährige Beschuldigte ist österreichischer Staatsbürger, verheiratet, Pensionist, für ein Kind sorgepflichtig und bezieht € 1.003,00 monatlich. Er ist finanzstrafrechtlich gerichtlich vorbestraft.

Aufgrund eines am 21.09.2010 beim Landeskriminalamt Burgenland eingelangten Hinweises ordnete die Staatsanwaltschaft Wien die Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung und die Überwachung von Nachrichten hinsichtlich des Wertkartentelefons eines UT an, welcher verdächtig war, im Bereich Wien<sup>2</sup> Schmuggelzigaretten zu verhandeln. Mittels umfangreicher Ermittlungen konnten schließlich mehrere Personen ausgeforscht werden, welche im internationalen Zigaretten Schmuggel operierten.

1. Der Beschuldigte delinquierte einerseits in Verbindung mit T. J., ohne daraus einen unmittelbaren finanziellen Vorteil für sich zu ziehen, weil er subjektiven sozialen Verpflichtungen gegenüber dem J. in dieser kriminellen Weise nachkam.

1.A. Am 02.12.2010 bot der Beschuldigte an einem nicht mehr feststellbaren Ort einer weiblichen UT mit dem Rufnamen G. 100 Stangen CHESTERHELD CLASSIC RED zum Kauf an (TÜ Tel-1 Nr. 156), schloss dieses verbotene Geschäft mit G. (ebd.), organisierte die Lieferung durch J. (TÜ 157, 161, 165, 167, 168, 169, 170) und vereinbarte den Zahlungsmodus (G. möge dem J. den Kaufpreis bei Übergabe bezahlen: TÜ 171).

1./B./1./ Als der Bote des J., Z. N., im Zeitraum von November bis Dezember 2010 in Ungarn, zu wenig Geld bei sich hatte, um Schmuggelzigaretten für die Verbringung nach Wien anzukaufen, überbrachte der Beschuldigte dem N. in Ungarn im Auftrag des J. einen Geldbetrag iHv € 1.000,00 (Beschuldigtenvernehmung des N. vom 29.12.2010, S. 4) für die Verbringung von 200 Stangen Schmuggelzigaretten nach Österreich.

1./B./2./ Der Beschuldigte stellte am 18.11.2010 in Wien für T. J. zwecks Weiterverhandlung von Schmuggelzigaretten den Kontakt zu K. "K1" L. her (TÜ Tel-2 Nr. 464, 465 und 466, Übergabe von L. Telefonnummer mit SMS Nr. 467 vom 18.11.2010, 20:15:53 Uhr), welcher am 07.12.2010 in Wien<sup>19</sup> (Menge: TÜ 1296; Adresse: TÜ 1340) und am 16.12.2010 in Wien 2., A-Straße (Amtshandlung mit vorläufiger Beschlagnahme, ha. Niederschrift vom 16.12.2010) infolge der Vermittlung des Beschuldigten in zwei gleich großen Tranchen insgesamt 216 Stangen Zigaretten der Marke WEST RED von J. bzw. N. übernommen hat.

II./ Andererseits delinquierte der Beschuldigte abseits seiner Beziehungen zu J. in gewerbsmäßiger Art, indem er am 29.11.2010 in Wien von einer weiblichen UT mit dem Rufnamen G. eine Bestellung von 100 Stangen Schmuggelzigaretten der Marke CHESTERHELD BLUE (TÜ Tel-1-46) entgegen nahm. Der Beschuldigte bestellte diese Zigaretten seinerseits bei H. C. (TÜ 57), von welchem er diese Zigaretten in Wien im Bereich der GmbH in Wien10 (TÜ 60, 62) gegen 16:45 Uhr (TÜ 63, 64) an sich brachte. Gegen 18:20 Uhr (angekündigt in TÜ 71) übergab er die Zigaretten an einem unbekannten als "LOCH" bezeichneten Ort an G..

Gegen 18:50 Uhr beglich der Beschuldigte seine Schuld bei C. in der Tiefgarage der L in Wien15 (Vereinbarung von Zeit und Ort in TÜ 73, Rückfrage TÜ 76) im Bereich des Stellplatzes Nr. 123 (SMS SRecord ID 27646492 von 18:46:38 Uhr, Benutzerdaten: "123" samt Standortpeilung).

Bei allen Handlungen wusste er, dass es sich um Schmuggelzigaretten handelte, nahm die Begehung der genannten Finanzvergehen billigend in Kauf und handelte zu II/ darüberhinaus in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Zu I/ richtete sich sein Vorsatz darauf, die Finanzvergehen von J. und N. zu unterstützen, wobei er ebenso wusste, dass es sich um Schmuggelzigaretten handelt, und er die Begehung der Finanzvergehen billigend in Kauf nahm.

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich im Wesentlichen auf die Ergebnisse der Erhebungen des Zollamtes Wien. Aus den Ergebnissen der Telefonüberwachung (bereits oben zitiert) ließ sich der festgestellte Sachverhalt ableiten. Die geradezu groteske Verantwortung des Beschuldigten, er habe über Mappen oder Blumen geredet, nie über Zigaretten, Preise, Farben, Stückzahlen, war als reine Schutzbehauptung zu werten und wurde auch durch die Zeugen L., N. und J. widerlegt. Die Feststellungen zur subjektiven Tatseite waren aus dem objektiv festgestellten Sachverhalt, der Vorstrafe, dem professionellen modus operandi und der eher tristen persönlichen Situation des M. abzuleiten.

Dazu hat der Spruchsenat erwogen:

Nach § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich der Abgabenhehlerei schuldig, wer vorsätzlich eine Sache, hinsichtlich welcher ein Schmuggel begangen wurde, an sich bringt.

Nach § 38 Abs. 1 FinStrG handelt gewerbsmäßig, wenn es ihm darauf ankommt, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Nach § 44 Abs. 1 FinStrG ist zu bestrafen, wer zu seinem oder eines anderen Vorteil vorsätzlich die in den Vorschriften über das Tabakmonopol enthaltenen Ge- oder Verbote hinsichtlich des Handels mit Monopolgegenständen verletzt.

Nach § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich der Monopolhehlerei schuldig, wer vorsätzlich Monopolgegenstände, hinsichtlich welcher in Monopolrechte eingegriffen wurde, an sich bringt.

Nach § 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.

Nach § 11 FinStrG begeht nicht nur der unmittelbare Täter das Finanzvergehen, sondern auch jeder, der sonst zu seiner Ausführung beiträgt.

Das Verhalten des Beschuldigten erfüllt die vom Gesetz vorgegebenen Tatbilder in objektiver und subjektiver Hinsicht.

Es war daher mit einem Schuldspruch vorzugehen.

Nach der Bestimmung des § 37 Abs. 2 FinStrG wird die Abgabenhehlerei mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des auf die verhehlte Sache entfallenden Eingangsabgabenbetrages (hier: € 19.449,28 zu II und € 3.694,24 zu II/) geahndet.

Nach der Bestimmung des § 44 Abs. 2 FinStrG wird das Finanzvergehen mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen der Bemessungsgrundlage geahndet, die sich nach dem Kleinverkaufspreis der Monopolgegenstände errechnet (hier: € 22.310,00).

(ergänzt: Nach der Bestimmung des § 46 Abs. 2 FinStrG wird die Monopolhehlerei mit einer Geldstrafe bis zum einfachen der Bemessungsgrundlage geahndet, die sich nach dem Kleinverkaufspreis der Monopolgegenstände errechnet.)

Gesamtstrafrahmen daher € 72.291,28 (2 x 19.449,28 + 3 x 3.694,24 + 1 x 22.310,00).

Nach § 23 FinStrG bemisst sich die Strafe nach der Schuld des Täters und sind die Erschwerungs- und Milderungsgründe sowie die persönlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen.

Als mildernd war die teilweise Sicherstellung, als erschwerend die finanzstrafrechtliche Vorstrafe und das Zusammentreffen von Finanzvergehen (§ 44 und § 46, weil diese nicht bereits die Strafdrohung bestimmten) zu werten.

Die verhängte Strafe, bei deren Ausmessung, wie im Spruche dargetan, auf die Bestimmungen des § 23 Abs. 3 FinStrG Bedacht genommen wurde, erachtete der Spruchsenat dem gesetzten Verschulden angemessen.

Hinsichtlich der nicht mehr auffindbaren Zigaretten war gemäß § 19 FinStrG auf eine Wertersatzstrafe zu erkennen, weil im Zeitpunkt der Entscheidung feststand, dass ein Verfall unvollziehbar wäre, wobei gemäß Abs. 5 leg. cit. auch Verhältnismäßigkeitserwägungen berücksichtigt wurden.

Gemäß § 17 Abs. 4 FinStrG war zwingend der Verfall der sichergestellten Waren auszusprechen.

Den Strafzumessungserwägungen entspricht die an Stelle der Geldstrafe und der Wertersatzstrafe im Falle deren Uneinbringlichkeit tretende Ersatzfreiheitsstrafe.

Die Kostenentscheidung beruht auf der bezogenen Gesetzesstelle."

In der fristgerechten als Berufung bezeichneten Beschwerde vom 30. Oktober 2014 wird das Erkenntnis seinem ganzen Umfang nach angefochten und zwar aus den Beschwerdegründen der unrichtigen und unvollständigen rechtlichen Beurteilung, der unrichtigen Beweiswürdigung und der Mangelhaftigkeit des Verfahrens bestritten.

Zu den Beschwerdegründen im Einzelnen:

1. Unrichtige und unvollständige rechtliche Beurteilung und unrichtige Beweiswürdigung:

Entgegen der Auffassung des Spruchsenats erscheint die rechtliche Beurteilung der Behörde im Straferkenntnis unvollständig. In der Begründung räumt der Spruchsenat dem Beschuldigten unter Pkt. 1.1 ein, im Rahmen der zur Last gelegten Beitragstaten ohne eigenen Vorteil, d. h. ohne sich Einnahmen zu verschaffen, nur aus subjektiv sozialen Verpflichtungen heraus, agiert zu haben.

Unter dem Pkt. I./A./ unterstellt der Spruchsenat dem Beschuldigten einen strafbaren Tatbeitrag zu einer Lieferung und somit Verhehlung von 100 Stangen Chesterfield Classic Red geleistet zu haben, indem der Beschuldigte durch mehrere Telefongespräche die Lieferung organisiert hat. Der Spruchsenat begründet dies mit den vorliegenden TÜ-Protokollen Nr. 156, 157, 161, 165, 167, 168, 169, 170 und 171. Unwidersprochen ist durch die erwähnten Beweise der Nachweis erbracht, dass der Beschuldigte besagte Telefonate führte, um eine Übergabe von "2 Kartons" an eine bis dato unbekannte Dame zu organisieren. Trotz bereits laufender und intensiver Telefonüberwachungen sowie der Arbeit der ermittelnden Polizeibeamten, endet das Ermittlungsergebnis beim Telefonprotokoll TÜ 171. Weder die vorliegenden Telefonprotokolle bzw. Personenüberwachungen (siehe Einvernahme des N. vom 16. 12. 2010), noch die Einvernahmen der beteiligten Personen oder sonstige Ermittlungsergebnisse, klären die Vorgänge nach dem Telefongespräch zum TÜ-Protokoll 171. Es bleibt gänzlich ungeklärt und stellt eine bloße Annahme des Spruchsenats dar, dass es zu einer tatsächlich erfolgten oder versuchten Übergabe von 100 Stangen Chesterfield Classic Red aufgrund der Telefonate des Beschuldigten gekommen ist. Der mutmaßliche Haupttäter T. J. verneint laufend jedwede Beteiligung des Beschuldigten an allen von ihm tatsächlich ausgeführten illegalen Zigarettengeschäften, und sohin auch die gegenständliche Tatausführung, zu der der Beschuldigte nach Ansicht des Spruchsenats einen Beitrag leistete. Wie der Spruchsenat auf die erfolgte Durchführung der Haupttat schließt, bleibt vollständig unerörtert und unbegründet. Entgegen der unrichtigen Behauptung des Spruchsenats in seiner Begründung, hat der Beschuldigte keinen Beitrag zu diesem Angriff leisten können, da mangels erfolgter Tatausführung des T. J., der ihm vorgeworfene Beitrag zur Haupttat bei einem nicht strafbaren versuchten Beitrag geblieben ist.

Zum Pkt. I./B./1./ vermeint der Spruchsenat entgegen der Aktenlage, dass der Beschuldigte dem Z. N. einen Geldbetrag von € 1.000,00, im Auftrag von T. J. überbracht habe, mit dem Wissen, dass es für den Ankauf von Zigaretten verwendet würde, die infolge illegal von Ungarn nach Österreich eingeführt worden. In den Einvernahmen sagen alle Beteiligten übereinstimmend aus, dass der Beschuldigte nicht wusste, wofür

er Z. N. den genannten Geldbetrag geben sollte. Der Spruchsenat nimmt in seiner Begründung Bezug auf die Einvernahme des Z. N. (Einvernahme vom 29. Dez. 2010, Seite 4) und vermeint dieser Aussage entnehmen zu können, dass der Beschuldigte das Geld für die Verbringung von 200 Stangen Schmuggelzigaretten nach Österreich überbracht hatte. Zum einen sagt Z. N. in der vorbezeichneten Einvernahme, dass der Beschuldigte das Geld übergeben hat und dann wieder gefahren ist, zum anderen, dass er den Beschuldigten nie über Zigaretten hat sprechen hören und sonst zum Beschuldigten nichts angeben kann.

Auszug aus der Einvernahme des N. vom 29.12.2012:

.... F. hat mir die € 1. 000,00 übergeben und ist dann wieder nach Wien gefahren .... F. ist einmal zur Wohnung des T. gekommen, sonst kann ich zu F. nichts angeben. Vor mir haben T. und F. nicht über diese Zigaretten gesprochen. Meiner Meinung nach sind sie Freunde."

Wie der Spruchsenat mit dieser Aussage eine Beteiligung des Beschuldigten konstruieren kann, ist jedenfalls nicht nachvollziehbar. Es fehlt nicht nur an Wissentlichkeit, sondern allem voran am Vorsatz des Beschuldigten, dem Z. N. € 1.000,00 zu borgen, um diesem dadurch einen illegales Verbringen von Zigaretten nach Österreich zu ermöglichen. Auch hier kann der Spruchsenat anhand der Aktenlage sowie der Ermittlungsergebnisse bloße Mutmaßungen treffen, die keinesfalls reichen dürfen, um dem Beschuldigten eine strafbare Beteiligung anzulasten. Zudem bleibt der Spruchsenat jede Begründung schuldig, weshalb der Beschuldigte einen Tatvorsatz auf die Verbringung von 200 Stangen Zigaretten gehabt haben soll, wenn er doch nur von einem Geldbedarf von € 1.000.00 wusste, die er ihm borgen sollte. Hatte der Beschuldigte, entgegen der Aktenlage, bei Geldübergabe vom Vorhaben des Z. N. gewusst, dass dieser das geborgte Geld in Schmuggelzigaretten zu investieren plant, so hätte er jedenfalls unmöglich den Vorsatz im Ausmaß der ihm angelasteten 200 Stangen Zigaretten haben können. Dies wurde aber vom Spruchsenat in seiner Begründung gänzlich unberücksichtigt gelassen.

Wenn wie unter Pkt. I./B./2./ dem Beschuldigten durch mutmaßliche Weitergabe einer Telefonnummer eine strafbare Handlung unterstellt wird, so überspannt die Tatsache, dass dies später zu allfälligen Straftaten geführt habe, bei weitem einen Beitrag zum strafbaren Tatbestand der vorgeworfenen verletzten Norm.

Zu Pkt. II./ vermeint der Spruchsenat der Beschuldigte hatte als unmittelbarer Täter selbst einen Angriff unternommen, indem er 100 Stangen Schmuggelzigaretten der Marke Chesterfield Blue von einem H. C. im Wissen übernahm, dass es sich dabei um illegal nach Österreich eingeführte Zigaretten handelte, und diese dann an eine gewisse Frau G. an unbekanntem Ort übergab. Dies begründet der Spruchsenat vor allem damit, dass die Übergabe im Telefonprotokoll Tü-71 angekündigt wurde. Ob es infolge dieses Telefonats zu einer Übergabe gekommen ist oder nicht, kann auch der Spruchsenat in seiner Begründung nicht nachvollziehbar darlegen. Da H. C. vom Tatvorwurf unter II. rechtskräftig freigesprochen wurde, kann die vom Spruchsenat angeführte Begründung



keinesfalls reichen. Der bereits vom gegenständlichen Tatvorwurf freigesprochene H. C. wird vom Spruchsenat unzulässiger Weise verwendet als belastende Basis einer Verurteilung des Beschuldigten zu dienen.

Beweis: Zeuge H. C.

In seinen Begründungen zu den einzelnen Tatvorwürfen stellt der Spruchsenat kein einziges Mal darauf ab, dass der Beschuldigte durch die ihm vorgeworfenen Straftaten einen Vorteil erzielt hatte oder zumindest zu erzielen im Sinn hatte. Dem gesamten Finanzstrafakt ist kein einziger Hinweis entnehmbar, der darauf abstellen ließe, dass der Beschuldigte aus finanziellem Interesse handelte. Trotzdem stellt der Spruchsenat abschließend und zusammenfassend in seiner Begründung fest, dass der Beschuldigte den ihm vorgeworfenen Angriff unter Pkt II./ in der Absicht begangen hat, sich durch wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Die eigene Feststellung des Spruchsenats, dass zumindest die vorgeworfenen Beteiligungstaten ohne jedwedes finanzielles Interesse erfolgten (Erkenntnis, in der Begründung unter Pkt. I.), lässt sich mit dem Vorwurf der Gewerbsmäßigkeit bei einem einzigen Angriff als unmittelbarer Tater nicht schlüssig nachvollziehen, und stellt diese tatsachenferne Begründung des Spruchsenats, dass der Beschuldigte sich auf derart kriminelle Handlungen einlässt, um sich eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen einen unauflösbaren Widerspruch mit den vorerwähnten eigenen Feststellungen dar. Hätte der Beschuldigte aus finanziellem Interesse agiert, dann wäre das zweifelsfrei bei den umfassenden polizeilichen Erhebungen festgestellt worden

Im Übrigen gibt T. J. zur Person F. betreffend der Telefonüberwachungen an, dass dies nicht der Mann vom vorgelegten Bild C sei, also es sich bei der tatusführenden Person nicht um den Beschuldigten handelt, sondern um einen F., der Bosnier oder Kroat ist und einen Audi A6 fährt. Diese Aussage ist bisher unwiderlegt und gibt es bis dato weder Beweise noch Aussagen oder andere Belege, dass der Beschuldigte die Person F. der verfahrensgegenständlichen Telefonüberwachungen war bzw. ist. Wodurch der Spruchsenat zum Schluss kommt, dass der Beschuldigte diese Person sein soll, bleibt er ebenfalls zu begründen gänzlich schuldig. Die Unschlüssigkeiten der bisherigen Erhebungsergebnisse zeigen sich auch darin, dass T. J. am 2. September 2014 neuerlich zur Sache einvernommen wurde und seine bisherige Verantwortung sowie die Aussagen zum Beschuldigten unverändert aufrecht erhält.

## 2. Mangelhaftigkeit des Verfahrens:

Aus der bisherigen Aktenlage sind die Tatvorwürfe keinesfalls ausreichend zu bedienen und hätten der Beschuldigte sowie Bezug habende Beteiligte weiter und genauer zum Tathergang befragt werden müssen. Die gegenwärtige Beweislage kann keinesfalls für dieses, für den Beschuldigten negatives Erkenntnis ausreichen. Mit der für ein Strafverfahren erforderlichen Sicherheit kann eine Verurteilung des Beschuldigten zu den inkriminierten Fakten nicht erfolgen.

Beweise: Zeuge T. J., Zeuge K. L., Zeuge H. C., Einvernahme des Beschuldigten

Aus all diesen Gründen stellt der Beschuldigte die nachstehenden Beschwerdeanträge an das Bundesfinanzgericht:

Das Bundesfinanzgericht möge der Beschwerde Folge geben, eine Beschwerdeverhandlung anberaumen und

1. in der Sache selbst entscheiden, das angefochtene Straferkenntnis abändern und den Beschuldigten freisprechen

in eventu

2. das angefochtene Straferkenntnis aufheben und dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach allfälliger Verfahrensergänzung - wie aufgezeigt - auftragen,

in eventu

3. das angefochtene Straferkenntnis im Sinne der Beschwerde wegen Strafe abändern und die Strafe schuldangemessen herabsetzen."

In der mündlichen Verhandlung wurden im Wesentlichen die bereits in der Beschwerde vorgebrachten Argumente wiederholt.

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

#### **Rechtslage:**

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

*§ 46 Abs. 1 lit. a FinStrG: Der Monopolhehlerei macht sich 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.*

*§ 11 FinStrG: Nicht nur der unmittelbare Täter begeht das Finanzvergehen, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, es auszuführen, oder der sonst zu seiner Ausführung beiträgt.*

*Gemäß § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG idF BGBl I Nr. 103/2005 ist mit Geldstrafe bis zum Dreifachen des Betrages, nach dem sich sonst die Strafdrohung richtet, zu bestrafen, wer, ohne den Tatbestand des § 38a oder des § 39 zu erfüllen, einen Schmuggel, eine Abgabenhinterziehung oder eine Hinterziehung 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).*

*Daneben ist nach Maßgabe des § 15 auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, bei einem strafbestimmenden Wertbetrag von mehr als 500 000 Euro auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren zu erkennen. Außerdem sind die Bestimmungen der §§ 33, 35 und 37 über den Verfall anzuwenden; der Verfall umfasst auch die Beförderungsmittel im Sinne des § 17 Abs. 2 lit. c Z 3.*

*§ 38 Abs. 2 FinStrG: Die Strafdrohung gilt nur für diejenigen Beteiligten, deren Vorsatz die gewerbsmäßige Begehung umfasst.*

*§ 170 Abs. 1 FinStrG: Die Behörde, welche die Entscheidung erlassen hat, kann bis zum Eintritt der Verjährung der Strafbarkeit in der Entscheidung unterlaufene Schreib- und Rechenfehler oder andere offenbar auf einem ähnlichen Versehen beruhende tatsächliche Unrichtigkeiten berichtigen.*

### **Objektive Tatseite:**

Ausgangsbasis für den objektiven Tatbestand bzw. die Berechnung der Abgaben ist das Berechnungsblatt zum zwischenzeitig zu Faktum II ergangenen Abgabenbescheid des Zollamtes Wien vom 18. Oktober 2011, Zl. 100000/90.378/165/2010-AFA/Ho. Dass bei diesem Täterkreis ukrainische Zigaretten, somit Drittlandswaren, verwendet wurden, ergibt sich schon aus den am 16. Dezember 2010 beschlagnahmten Zigaretten sowie der Aussage des Beschuldigten in den Telefonüberwachungsprotokollen vom 29. November 2010, wo er selbst von "zwei blauen Mädchen aus Ukraina" spricht.

Der darin angegebene Inlandsverschleißpreis ist Bemessungsgrundlage der Strafbemessung für vorsätzliche Monopolhehlerei (§ 46 Abs. 1 FinStrG) und begrifflich mit dem die Grundlage für den Wertersatz darstellenden gemeinen Wert (dem inländischen Detailverkaufspreis) identisch und solcherart Bemessungsgrundlage für die Wertersatzstrafe (OGH 10.7.2006, 13 Os 119/06h).

Es besteht bei eigenständiger Beurteilung der strafbestimmenden Wertbeträge keine Veranlassung, im Finanzstrafverfahren von anderen Werten auszugehen.

Nach den vom Zollamt Wien im Abgabenbescheid getroffenen Feststellungen handelt es bei den tatgegenständlichen Zigaretten um einfuhrabgabenpflichtige Waren, wobei der Beschuldigte dies schon allein aufgrund des unverhältnismäßig geringen Kaufpreises von € 17,50 je Stange wusste bzw. vernünftigerweise hätte wissen müssen. Es besteht für das Bundesfinanzgericht keine Veranlassung, von diesen objektiven Feststellungen im Abgabenverfahren abzugehen.

Dem in der mündlichen Verhandlung getätigten Einwand des Beschuldigten, er könne sich nach sechs Jahren nicht mehr an die Gespräche erinnern, ist zu erwidern, dass T. J. in der Beschuldigtenvernehmung am 16. Dezember 2010 bestätigt hat, dass es sich bei den Gesprächen um Geschäfte mit Zigaretten handelte.

### **Zum Spruchpunkt I/A des angefochtenen Erkenntnis,**

wonach der Beschuldigte am 2.10.2010 in Wien, sohin im Bereich des Zollamtes Wien, Monopolgegenstände, nämlich 20.000 Stück (100 Stangen) ukrainische Zigaretten der Marke Chesterfield Red, hinsichtlich welcher zuvor von unbekannten Tätern das Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit a FinStrG und das Finanzvergehen des vorsätzlichen Eingriffs in Monopolrechte nach § 44 Abs. 1 FinStrG begangen wurden, an eine unbekannte weibliche Person namens "G." weiterverhandelt hat:

Zunächst ist festzuhalten, dass das Datum von 2.10.2010 auf 2.12.2010 zu berichtigen war, da einerseits laut Bescheid über die Einleitung des Finanzstrafverfahrens vom 10. Dezember 2013 sowie der Stellungnahme des Amtsbeauftragten an den Spruchsenat vom 17. Dezember 2013 das richtige Tatdatum der 2. Dezember 2010 gewesen ist und es sich offensichtlich um die unrichtige Übernahme des Tatdatums durch den Spruchsenat gehandelt hat.

Den entsprechenden Telefonüberwachungsprotokollen (TÜ) ist auszugsweise Folgendes zu entnehmen:

TÜ 156 vom 2. Dezember 2010, 19:23 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und einer Abnehmerin:

Frau: Bringe eins und eins. Beschuldigter: Das sind Originale, die hat selten wer. Blaue habe ich keine....Ich kann dir heute nur Rote besorgen, egal wie viele du willst. Wie viele von den Roten brauchst du? Frau: Gib mir dann "Zwei" (Anmerkung; gemeint sind Kartons). Beschuldigter: Zwei, gut, dann zwei. Ich rufe den gleich an (gemeint ist T. J.).

TÜ 157 vom 2. Dezember 2010, 19:28 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und T. J.:

Beschuldigter: Ich muss der Frau Bescheid sagen, du müsstest morgen dieser Frau geben, sie zahlt nicht mehr als 17,50. T. J.: Ich rufe dich in einer halben Stunde an.

TÜ 161 vom 3. Dezember 2010, 10:14 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und T. J.:

T. J.: Ich habe jetzt Schachteln gefunden. Beschuldigter: nimmt er das? T. J.: Ja. Beschuldigter: Wann erledigst du das? T. J.: Er hat mir gesagt, er ruft mich an, sobald er kommt. Ich habe jetzt Schachteln von den Pampers in einem Geschäft genommen. Ich fahre dort hin und nehme es raus. Beschuldigter: Willst du das draußen machen? T. J.: Dort, wo wir das letzte Mal waren. Beschuldigter: Dort? T. J.: Ja, damit es nicht nass wird. Ich nehme das raus und verpacke es. Er will 4 Schachteln, ich habe ihm gesagt, dass er zu dem Parkplatz kommen soll. Beschuldigter: Meldet er sich nicht? T. J.: Nein, er hat gesagt, dass der seine arbeitet. Beschuldigter: Wenn nicht die Frau nimmt "Zwei Stück" sie zahlt aber nicht mehr als 17,50. .... Treffe dich mit dem K1, wenn nicht dann gibt die "Zwei" der Frau. T. J.: Ja, sobald er mich anruft.

TÜ 165 vom 3. Dezember 2010, 15:15 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und T. J.:

T. J.: ich habe jetzt mit dem L. gesprochen, er hat mir zugesagt, dass er das morgen oder übermorgen erledigen kann. Ich glaube, der hält mich hin. Beschuldigter: Besser ist es, dass du dieser Frau die Zwei bringst.

TÜ 167 vom 3. Dezember 2010, 16:53 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und T. J.:

Der Beschuldigte sagt, dass er die Frau im 10. anrufen wird, um zu fragen, wie viel sie braucht.

TÜ 168 vom 3. Dezember 2010, 16:54 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und einer Abnehmerin:

Der Beschuldigte ruft die Abnehmerin an. Sie braucht "Zwei Rote und Zwei Blaue". Der Beschuldigte hat nur Rote und versucht, der Abnehmerin "Drei" anzubieten. Drei sind ihr jedoch zu viel. Der Beschuldigte fährt mit seiner Familie nach Kroatien und kommt erst wieder am Dienstag zurück. Dann sagt die Frau, dass sie es dann am Dienstag machen werden und der Beschuldigte soll ihr dann "Drei und Drei" geben.

TÜ 169 vom 3. Dezember 2010, 16:56 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und T. J.:

Der Beschuldigte sagt T. J., dass sie (gemeint ist G.) nicht mehr als "Zwei" (Kartons) nehmen will.

TÜ 170 vom 3. Dezember 2010, 16:58 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und T. J.:

Der Beschuldigte ruft T. J. an und gibt ihm die Telefonnummer von seiner Abnehmerin (Tel-3; Anmerkung: das ist auch die Telefonnummer der Abnehmerin aus den oben dargestellten TÜs 156 und 168), sie nimmt "Zwei" (Kartons) und zahlt 17,50. Die Frau heißt G.. Der Beschuldigte ruft sie gleich an und T. J. soll sie dann ein paar Minuten später anrufen und ihr "Zwei" Stück geben.

TÜ 171 vom 3. Dezember 2010, 16:59 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und G.:

Beschuldigter: Er wird dich jetzt anrufen, mache das mit ihm, ich habe ihm gesagt, er soll dir "zwei" geben. G.: Und ihm soll ich auch das Geld geben? Beschuldigter: Ja, gib ihm alles, kein Problem, ich mache das dann mit ihm. G.: In Ordnung.

Dazu ist auch festzuhalten, dass der Beschuldigte selbst in der Beschwerde bestätigt, dass aufgrund der vorliegenden TÜ-Protokolle Nr. 156, 157, 161, 165, 167, 168, 169, 170 und 171 unwidersprochen der Nachweis erbracht wurde, dass der Beschuldigte besagte Telefonate führte, um eine Übergabe von "2 Kartons" (die laut Aussage des Zeugen Baumgartner jeweils 50 Stangen Zigaretten beinhalten) an eine bis dato unbekannte Dame zu organisieren.

Angesichts der Aussage des T. J., der in seiner Beschuldigtenvernehmung am 16. Dezember 2010 zu den Telefonüberwachungsprotokollen befragt bestätigte, dass es bei den Gesprächen um Geschäfte mit Zigaretten ging, ist es erwiesen, dass es sich bei den "Kartons" um Geschäfte über Zigarettenlieferungen handelte.

Auch wenn der Beschuldigte vermeint, dass trotz bereits laufender und intensiver Telefonüberwachungen sowie der Arbeit der ermittelnden Polizeibeamten das Ermittlungsergebnis beim Telefonprotokoll TÜ 171 endet und weder die vorliegenden Telefonprotokolle bzw. Personenüberwachungen (siehe Einvernahme des N. vom 16.12.2010) noch die Einvernahmen der beteiligten Personen oder sonstige

Ermittlungsergebnisse die Vorgänge nach dem Telefongespräch zum TÜ-Protokoll 171 klären, und es gänzlich ungeklärt bleibt und eine bloße Annahme des Spruchsenates darstellt, dass es zu einer tatsächlich erfolgten oder versuchten Übergabe von 100 Stangen Chesterfield Classic Red aufgrund der Telefonate des Beschuldigten gekommen ist, ist zu erwidern, dass gerade die Tatsache, dass kein weiteres Telefongespräch erforderlich war, um die allenfalls dann noch nicht erfolgte Übergabe der zwei Kartons mit Schmuggelzigaretten zu urgieren, zeigt, dass die vom Beschuldigten vorgenommenen Telefonate zum Verhandeln der Zigaretten offensichtlich von Erfolg gekrönt waren. Die Abnehmerin - eine Frau namens G. - war nicht gezwungen, die Übergabe der Zigaretten nochmals telefonisch zu urgieren.

Es widerspricht jeglicher Lebenserfahrung, dass das vom Beschuldigten verhandelte Geschäft nicht so wie telefonisch vereinbart über die Bühne gegangen ist, es sich somit entgegen der Ansicht des Beschuldigten keinesfalls nur um einen nicht strafbaren versuchten Beitrag handelt.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte unter Spruchpunkt I/A nicht als Beitragstäter bestraft wurde, sondern als unmittelbarer Täter. Der Beschuldigte übersieht dabei, dass das Finanzvergehen der Abgaben- bzw. Monopolhehlerei auch der begeht, der eingangsabgabepflichtige geschmuggelte Zigaretten verhandelt (bzw. beim Verhandeln eines anderen mitwirkt).

Bei der Abgaben und Monopolhehlerei handelt es sich um Delikte, die durch verschiedene, rechtlich aber gleichwertige Verfügungen über eine Sache, hinsichtlich welcher eine der in § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG bzw. § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG aufgezählten strafbaren Vortaten begangen wurden, verwirklicht werden können (vgl. VwGH 21.3.2002, 2002/16/0060).

Die Tätigkeit des Hehlers erstreckt sich ua. darauf, dass der Gegenstand, hinsichtlich dessen Abgaben oder Zoll verkürzt wurden, nach der demonstrativen Aufzählung auch verhandelt wird.

Gerade die oben in den Telefonüberwachungsprotokollen dargestellten Telefonate des Beschuldigten stellen ein typisches Verhandeln dar, wurde doch sowohl die Menge der Zigaretten als auch deren Preis vereinbart und sämtlichen Beteiligten mitgeteilt.

Die unmittelbare Handlung des Verhandlers verlangt nicht, dass er die Waren persönlich an sich gebracht oder gesehen hat oder der Preis unmittelbar an ihn bezahlt wurde.

Im Übrigen kann die Kenntnis vom Tabakmonopol beim Beschuldigten angesichts der Aussagen des T. J. (siehe unten) als bekannt vorausgesetzt werden. Dies um so mehr, als es dem Beschuldigten aufgrund des niedrigen Preises im Vergleich zum inländischen Verschleißpreis klar sein musste, dass dies keine legal in Verkehr gebrachte Zigaretten sein konnten.

Es steht für den erkennenden Senat daher zweifelsfrei fest, dass der Beschuldigte gewusst hat, dass es sich um geschmuggelte Zigaretten gehandelt hat, somit die

Tatbestände der Abgaben- bzw. Monopolhehlerei durch das telefonische Verhandeln sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht gegeben sind.

Angesichts der Tatsache, dass sowohl im Einleitungsbescheid als auch in der Stellungnahme an den Spruchsenat korrekter Weise als Tatdatum der 2. Dezember 2010 angegeben war, war der Spruch insoweit auf 2. Dezember 2010 beginnend bis 3. Dezember 2010 zu berichtigen.

### **zu Spruchpunkt I/B des angefochtenen Erkenntnisses ( Tatbeitrag):**

Aus dem in § 11 FinStrG verankerten Einheitstäterbegriff folgt, dass der unmittelbare Täter (1. Fall), Bestimmungstäter (2. Fall) und Beitragstäter (3. Fall) selbständig (unabhängig von der Strafbarkeit der anderen Beteiligten) für eigenes Unrecht und eigene Schuld haften, wobei ein wertender Unterschied zwischen den drei Beteiligungsformen nicht gemacht werden kann (Hinweis Fellner, Finanzstrafgesetz, Anm. 2 zu § 11; VwGH 28.11.2002, 99/13/0038).

Beitragstäter ist auch, wer sonst zur Ausführung einer strafbaren Handlung eines anderen beiträgt, indem er dessen Tatbildverwirklichung ermöglicht, erleichtert, absichert oder sonstwie fördert. Der Tatbeitrag kann durch physische oder psychische (intellektuelle) Unterstützung, somit durch Tat oder durch Rat geleistet werden (Fellner, Finanzstrafgesetz, Randziffer 13 zu § 11 und § 12; VwGH 30.03.1998, 97/16/0307).

Der sonstige Beitrag zur Tat iSd § 11 FinStrG muß zu dieser in ihrer individuellen Erscheinungsform in einer kausalen Beziehung stehen; jede, auch die geringste Hilfe, welche die Tat fördert und bis zur Vollendung wirksam bleibt, ist ein ausreichender Tatbeitrag (vgl. VwGH 23.9.1982, 81/15/0076, 0078, 0079; VwGH 18.12.1997, 97/16/0083).

Es sind auch alle jene Personen als "Beteiligte" und damit als Täter anzusehen, die zur Ausführung der Tat beigetragen haben (sogenannte Beitragstäter; Hinweis Leukauf-Steininger, Randzahl 44 ff; VwGH 15.5.1997, 95/15/0184).

Zu Faktum I/B 1:

Dem Beschuldigten wurde angelastet, € 1.000,00 in Ungarn an Z. N. zum Ankauf von Zigaretten übergeben und dadurch zum Zigarettenankauf beigetragen zu haben.

In einem Telefonat zwischen T. J. und Z. N. ist zwar über Zigarettenankauf gesprochen worden und dass dafür der Beschuldigte € 1.000,00 übergeben sollte. Es ist jedoch im gesamten Verfahren von keinem Zeugen bestätigt worden, dass der Beschuldigte gewusst hat, wofür diese € 1.000,00 nach der Übergabe verwendet werden sollten.

Dazu hat T. J. anlässlich seiner Beschuldigtenvernehmung am 16. Dezember 2010 (Seite 6) ausgesagt, dass *"ihm bekannt war, dass F. auch mit Schmuggelzigaretten arbeitet. Somit habe er, als er nun nach Wien kam und mit diesem Geschäft wieder anfing, auch F.*

*kontaktiert. Den K. L. kenne er von F. F. hat mir die Telefonnummer von L. gegeben. So kam ich zu diesem in Kontakt."*

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die jeweils erste Aussage einer Partei in einem Verfahren der Wahrheit am nächsten kommt (vgl. VwGH 25.11.1992, 91/13/0030). Erste unvorbereitete Aussagen kommen der Wahrheit näher als im Zuge eines Verfahrens geänderte Verteidigungslinien (vgl. VwGH 28.06.2012, 2010/16/0286; Tannert, FinStrG34, E 71 zu § 98).

Nach § 98 Abs. 3 FinStrG hat die Finanzstraßbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Verfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache erwiesen ist oder nicht; bleiben Zweifel bestehen, so darf die Tatsache nicht zum Nachteil des Beschuldigten oder der Nebenbeteiligten als erwiesen angenommen werden (VwGH 22.12.2005, 2002/15/0044).

Nur wenn nach Durchführung der Beweise trotz eingehender Beweiswürdigung Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten verbleiben, hat nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" die Einstellung des Verfahrens zu erfolgen (VwGH 3.7.1996, 95/13/0175; BFG vom 12.05.2015, RV/7300027/2014).

Aufgrund des Akteninhaltes und der vor der Finanzstraßbehörde bzw. vor dem Spruchsenat durchgeführten Zeugenaussagen bestehen erhebliche Zweifel an der Tatsache, ob der Beschuldigte Kenntnis davon hatte, dass der Geldbetrag von € 1.000,00 für den Ankauf von Zigaretten bestimmt war.

Es war daher das Finanzstraßverfahren betreffend Punkt I/B 1. des angefochtenen Erkenntnisses im Zweifel zu Gunsten des Beschuldigten gemäß §§ 136, 157, 82 Abs. 3 lit. a FinStrG einzustellen.

Von der Einvernahme der in diesem Zusammenhang beantragten weiteren Zeugen konnte daher Abstand genommen werden.

Zu Faktum I/B 2: wonach dem Beschuldigten angelastet wurde, am 18.11.2010 in Wien die wirtschaftliche Verwertung von Schmuggelzigaretten durch T. J. dadurch unterstützt zu haben, indem er für T. J. den Kontakt zu K. L. herstellte, sodass K. L. in 2 Angriffen am 7. und am 16.12.2010 insgesamt 43.200 Stück (216 Stangen) Zigaretten der Marke West Red, hinsichtlich welcher zuvor von unbekannten Tätern das Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen wurde, von T. J. bzw dessen Fahrer N. an sich nahm (TÜ 464, 465, 466, 1340):

Auch wenn T. J. in der Vernehmung vor dem Spruchsenat am 2. September 2014 seine Aussage abgeändert hat und mit Zigaretten schmuggel mit dem Beschuldigten nichts zu tun haben wollte und sich nur einmal Geld für Zigaretten in Ungarn von ihm ausgeborgt haben will, bestehen für den Senat angesichts der oben zitierten Judikatur keine Zweifel, dass der Beschuldigte "im Zigaretten schmuggel arbeitet" und die Telefonnummer des K. L. an T. J. – wie von diesem in seiner Vernehmung vom 16. Dezember 2010



dargestellt – im Zusammenhang mit "Schmuggelzigaretten" weitergegeben hat. Wenn ein im Zigarettenschmuggelmilieu agierender Täter (T. J.) von einem Bekannten (dem Beschuldigten), von dem er weiß, dass er auch mit Zigarettenschmuggel zu tun hat, um die Bekanntgabe einer Telefonnummer eines potentiellen Zigarettenschmugglers ersucht, dann entspricht es der Lebenserfahrung, dass sich an der mitgeteilten Telefonnummer auch ein Zigarettenschmuggler meldet.

Die Versuche des Beschuldigten, nur ja nicht mit dem Zigarettenschmuggel-Zigarettenehlermilieu in Verbindung gebracht zu werden, können im Zusammenhang mit der einschlägigen gerichtlichen Bestrafung nur als Schutzbehauptungen betrachtet werden, da gerade T. J. in seiner Aussage vom 16. Dezember 2010 zu den Telefonüberwachungsprotokollen befragt bestätigte, dass es sich dabei um Gespräche über Geschäfte mit Zigaretten handelt.

Angesichts der Formulierung im § 11 FinStrG, wonach jeder, der sonst zur Ausführung eines Finanzvergehens beiträgt, die Tat begeht, hat der Beschuldigte zwar einen logistischen Tatbeitrag zu den Zigarettenschmuggelfahrten des K. L. geleistet, als er den Kontakt zwischen dem Auftraggeber T. J. und dem Fahrer K. L. erst ermöglichte. Allerdings stellt sich die Frage, ob die Unterstützungshandlung laut Spruchpunkt I/B/2 tatsächlich eine Beitragshandlung oder eine straflose Vorbereitungshandlung darstellt.

Straflose Vorbereitungshandlungen sind laut Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes diejenigen Handlungen, die den Tatbestandshandlungen vorausgehend deren Vornahme ermöglichen oder erleichtern sollen, selbst aber noch nicht tatbestandsmäßig sind und somit im konkreten Fall noch nicht den Beginn der Ausführung des Finanzvergehens des Schmuggels oder der Abgabenehlerei enthalten. Vorbereitungshandlungen sind z.B. das Erkunden der Gelegenheit, die Beseitigung von Hindernissen, die Verabredung mit Mittätern, der Einkauf der Schmuggelware im Zolldesland. Der Vorsatz ist bei der Vorbereitungshandlung der gleiche wie beim strafbaren Versuch und beim vollendeten Delikt (VwGH 12.10.1989, 89/16/0130).

Ist eine Handlung des Täters noch durch mehrere zeitliche örtliche und manipulative Etappen von der Tatbildverwirklichung getrennt, liegt eine noch straflose Vorbereitung und nicht schon Versuch vor (OGH 23.4.2009, 12 Os 149/08s; vgl Reger ua, FinStrG I4 § 13 Rz 6a; Twardosz in Tannert/Kotschnigg, FinStrG § 13 RZ 14).

Unter (strafloser) Vorbereitungshandlung sind lediglich solche Tätigkeiten zu verstehen, welche die für die Begehung einer geplanten Straftat erforderlichen Vorbedingungen schaffen, ohne jedoch Handlungen zu sein, die der Ausführung der in Aussicht genommenen Straftat unmittelbar dienen (OGH 20.02.1991, 13 Os 147/90).

Die Vorbereitung eines Delikts ist straflos, wenn sie nicht ausdrücklich unter Strafe gestellt wird, also ein eigenständiges Delikt ist. Da es keine eigene gesetzliche Definition der Vorbereitung gibt, wird die Vorbereitung vom Versuch negativ abgegrenzt. § 13 Abs. 2 FinStrG definiert den Versuch durch ein subjektives Element, den Entschluss, sowie ein objektives Element, nämlich die der „Ausführung unmittelbar vorangehende

Handlung“. Wenn daher entweder noch kein Tatentschluss gefasst wurde oder die Handlung in objektiver Hinsicht noch keinen Versuch darstellt, liegt eine straflose Vorbereitungshandlung vor (vgl. Twardosz in Tannert/Kotschnigg, FinStrG § 13 RZ 13).

Angesichts der Judikatur, wonach die Verabredung mit Mittätern eine straflose Vorbereitungshandlung darstellt (vgl. neuerlich VwGH 12.10.1989, 89/16/0130), erscheint dem Senat die Herstellung des Kontaktes durch Weitergabe der Telefonnummer des K. L. an T. J. durch den Beschuldigten zum Zwecke des "Zigaretenschmuggels" oder der Abgaben- bzw. Monopolhehlerei nur als straflose Vorbereitungshandlung.

Somit war der Beschwerde auch in diesem Punkt stattzugeben und das Finanzstrafverfahren insoweit gemäß §§ 136, 157, 82 Abs. 3 lit. c FinStrG einzustellen.

## **zu Faktum II**

wonach der Beschuldigte am 29.11.2010 in Wien 100 Stangen ukrainische Zigaretten der Marke Chesterfield Blue, hinsichtlich welcher zuvor von unbekannten Tätern das Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG und das Finanzvergehen des vorsätzlichen Eingriffs in Monopolrechte nach § 44 Abs. 1 FinStrG begangen wurden, in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung derartiger Straftaten eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, von H. C. an sich gebracht und an eine unbekannte weibliche Person namens "G." weiterverhandelt haben soll:

Der Beschuldigte weist in seiner Beschwerde darauf hin, dass H. C. von diesem Tatvorwurf rechtskräftig freigesprochen wurde, und daher unzulässigerweise als belastende Basis einer Verurteilung des Beschuldigten verwendet wird.

Dazu ist festzuhalten, dass keine Bindung an ein freisprechendes Urteil eines Strafgerichtes besteht (VwGH 28.02.2008, 2005/16/0091; Tannert, FinStrG, Manz Taschenkommentar 9.Aufl, § 123 RZ 4).

Laut Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt Wien vom 20. Mai 2014, SpS 38/2011, wurde das gegen Herrn H. C. wegen des Verdachts der Abgaben- und Monopolhehlerei von 270 Stangen Zigaretten für einen Zeitraum von 29. November 2010 bis 28. April 2011 gemäß § 136 FinStrG eingestellt. Der gemäß § 141 Abs. 3 FinStrG erstellten verkürzten Ausfertigung war dazu keine Begründung zu entnehmen. Über Nachfrage beim Zollamt stellte sich heraus, dass aufgrund eines Schallgutachtens es sich bei der Stimme laut Telefonüberwachungsprotokoll nicht um die Stimme von H. C. gehandelt haben soll und daher dieser nicht als die Person identifiziert werden konnte, die die Zigaretten am 29. November 2010 an den Beschuldigten weitergegeben hat. Angesichts der Tatsache, dass die Übergabe dieser Zigaretten jedoch an eine weibliche Person namens G. nachgewiesen wurde, ist die Frage, ob der Beschuldigte die Zigaretten von einer anderen, bisher unbekannten Person übernommen hat, ohne Relevanz.

Gegenstand einer Überprüfung nach § 161 Abs. 1 FinStrG ist die Sache, die dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorliegt, nämlich die dem Beschuldigten zur Last

gelegte Tat (vgl. UFS vom 23.01.2007, FSRV/0161-W/06). Das gegen den Beschuldigten anhängige Finanzstrafverfahren muss wegen derselben Sache im Sinn des § 161 Abs. 1 FinStrG eingeleitet gewesen sein, die Gegenstand des Schuldspruches ist. Es ist dem Bundesfinanzgericht verwehrt, dem Beschuldigten eine andere Tat oder ein anderes Verhalten zu unterstellen als die Finanzstrafbehörde und damit die "Sache" dieses Verfahrens auszuwechseln (vgl. VwGH 17.12.2009, 2009/16/0122).

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass "Sache" im Sinne des § 161 FinStrG die Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches der Finanzstrafbehörde gebildet hat, somit die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhaltselementen, unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung, ist.

Dem Beschuldigten wurde im bisherigen Verfahren nicht nur die strafrechtliche Verantwortlichkeit für das Ansichbringen von 100 Stangen ukrainischer geschmuggelter Zigaretten von H. C. in der L vorgeworfen, sondern auch das Weiterverhandeln von 100 Stangen Zigaretten Chesterfield Blue an eine unbekannte weibliche Person namens „G.“. Wie bereits weiter oben ausgeführt stehen bei der Abgaben- und Monopolhehlerei verschiedene, rechtlich gleichwertige Tathandlungen unter Strafdrohung, hier einerseits das Ansichbringen von H. C., der sich zwischenzeitig aufgrund eines Schallgutachtens als unbekannte Person herausgestellt hat, andererseits das Weiterverhandeln der Zigaretten an eine unbekannte weibliche Person namens „G.“.

Den entsprechenden Telefonüberwachungsprotokollen (TÜ) ist auszugsweise Folgendes zu entnehmen:

TÜ 46 vom 29. November 2010, 10:38 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und einer Abnehmerin:

Eine unbekannte Frau ruft den Beschuldigten an und sagt ihm, dass sie 2 Blaue braucht und der Beschuldigte ihr diese bringen soll. Beschuldigter sagt in Ordnung, 2 Blaue gehen.

TÜ 57 vom 29. November 2010, 14:05 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und unbekanntem Mann (Wiener Dialekt): ...

Beschuldigter: ich brauche heute zwei blaue Mädchen aus Ukraina. Mann: zwei blaue, muss ich schauen, ob ich noch hab, aber glaub ich, geht. Beschuldigter: muss ich wissen, wann weißt du Bescheid? Mann: Geht sich sicher aus, in einer Stunde weiß ich's. Beschuldigter: in einer Stunde, wenn weißt du Bescheid, dann rufst du mich an. Mann: ok. Sag ich 80% ja. Beschuldigter: Besser ist 100%ig ja. Mann: ich ruf dich dann zurück. Beschuldigter: ok.

TÜ 60 vom 29. November 2010, 15:58 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und unbekanntem Mann (Wiener Dialekt): ...

Beschuldigter: Was gibt's? Mann: Ja, gibt's noch gibt's noch. Beschuldigter: Ja, wann treff ma? Mann: Na pass auf, ich fahre dann in den 10., ca. halbe Stunden. Beschuldigter: Halbe Stunde wo? Mann: Irgendwo oben, oben. Beschuldigter: wo du willst. Mann: Beim Mercedes vielleicht, ha? Beschuldigter: ja, ja. Mann: In der Nähe, gell? Beschuldigter: ja,

aber halbe Stunde, ja? Mann: Ja, ca halbe Stunde. Beschuldigte: ja, 10 Minuten rufst Du mich vorher an, ich bin in der Nähe, ja? Mann: Ok, gut, gut. ...

TÜ 61 vom 29. November 2010, 15:59 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und einer Abnehmerin:

Beschuldigte sagt der Frau, dass er in einer Stunde bei der Frau sein kann. Die Frau ist jedoch beim Farbe einkaufen, diese braucht sie zum Ausmalen. Die Frau wird den Beschuldigten zwischen 17:00 und 18:00 Uhr anrufen.

TÜ 62 vom 29. November 2010, 16:26 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und unbekanntem Mann (Wiener Dialekt): ...

Beschuldigte: Ja, wie lang bist du im 10.? Mann: ca. 15 Minuten. Beschuldigte: Bist narrisch? Mein Kunde kommt später ...ca. 1 – 1,5 Stunden. Mann: Geh, das gibt's ja net. Beschuldigte: ... Was mach ma? Mann: Ja na nimmst Du derweil? Beschuldigte: wo bist du jetzt? Mann: Na ja ich bin Richtung 10. jetzt. Beschuldigte: aha, aber wo? Unten Zielpunkt? Mann: Unten Zielpunkt.. Na ich komme von anderer Seite. Kann man oben wo treffen, vielleicht bei KIK? Beschuldigte: Na, bei KIK nix, Dann besser Mercedes. Mann: Bei Mercedes, gell. Beschuldigte: Ciao.

TÜ 63 vom 29. November 2010, 16:35 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und unbekanntem Mann (Wiener Dialekt): ...

Beschuldigte: Ja wie lang brauchst Du? Mann: 5 Minuten bin da.

TÜ 64 vom 29. November 2010, 16:39 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und unbekanntem Mann (Wiener Dialekt): ...

Beschuldigte: Wo bist du genau? Mann: ich bin am Parkplatz. Beschuldigte: 20 Sekunden.

TÜ 71 vom 29. November 2010, 18:15 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und einer Abnehmerin:

Frau ruft den Beschuldigten an und sagt, dass sie auf ihn vergessen hat. Der Beschuldigte ist in der Nähe der Abnehmerin und kommt in 2 bis 3 Minuten zu ihr. Die Frau bejaht dies.

TÜ 72 vom 29. November 2010, 18:19 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und einer Abnehmerin:

Beschuldigte sagt, dass er beim Loch ist. Frau sagt, ich komme

TÜ 73 vom 29. November 2010, 18:27 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und unbekanntem Mann (Wiener Dialekt): ...

Beschuldigte: Bist du im 10.? Mann: Schon lang nicht mehr. Beschuldigte: Wo bist du jetzt? Mann: Zu Hause. Beschuldigte: Ich komme bei dir ca. 15 – 20 Minuten, wo kann man treffen? Mann: Ja bei mir in der Nähe, Bei L (L)? Beschuldigte: bei L, 10 – 15 Minuten. Mann: Ja, rufst mich an, wenn du da bist.

TÜ 76 vom 29. November 2010, 18:43 Uhr, zwischen dem Beschuldigten und unbekanntem Mann: ...

Mann: Bist du schon da, ich komme schon. Beschuldigter: Ja sicher, ich warte dich. Mann: du bist der Beste. Beschuldigter: Dritte, dritte, unten, im Dritten weißt eh. Mann: Im Dritten. Beschuldigter: Runter. Mann: runter bist du. Beschuldigter: Ja, im Tunnel in Garage. (Treffen in der L Garage).

Parkplatznummer 123, TÜ 78 mit SMS.

Für den erkennenden Senat steht aufgrund der Telefonüberwachungsprotokolle außer Streit, dass der Beschuldigte von einer nunmehr unbekannten Person die 100 Stangen geschmuggelter Zigaretten der Marke Chesterfield Blue (am 29. November 2010 "zwei blaue Mädchen aus der Ukraine", somit zwei Mal 50 Stangen eingangsabgabepflichtige Zigaretten, die zuvor aus der Ukraine von unbekannten Täters geschmuggelt wurden) an sich gebracht und an diese schon zu Punkt I/A unbekannte Person namens G. weiterverhandelt hat (vgl. TÜ 72, wonach der Beschuldigte beim Loch ist und die Frau dorthin gekommen ist) und damit die Finanzvergehen der Abgaben- und Monopolhehlerei am 29. November 2010 in objektiver und subjektiver Hinsicht verwirklicht hat. Dabei kommt es nicht auf die Beurteilung der bis ins letzte Detail bekannten Vortaten an, sondern auf die Tatsache, dass der Beschuldigte die 100 Stangen Zigaretten in Besitz hatte und diese an G. weiterverhandelt hat.

Der Vollständigkeit halber bleibt festzuhalten, dass es sich dabei um keine Auswechslung der Tat handelt, da diese nun zu bestrafende "Sache" im Sinne des § 161 FinStrG schon Gegenstand des bisherigen Finanzstrafverfahrens war.

Aus den oben dargestellten Telefonüberwachungsprotokollen 73, 76 und 78 sowie der durchgeführten Standortpeilung ergibt sich bei genauerem Hinsehen eindeutig, dass der Beschuldigte am 29. November 2010 sich darüber hinaus in der L-Garage mit einem unbekannten Mann verabredet hat, wobei das Zollamt Wien zunächst - aufgrund vorangegangener Amtshandlungen - davon ausgegangen ist, dass es sich bei dem Mann mit Wiener Dialekt um H. C. gehandelt hat. Zwischenzeitig hat sich aufgrund eines Schallgutachtens herausgestellt, dass es sich bei diesem Mann nicht um H. C. gehandelt hat.

Für das Beschwerdeverfahren hat das insoweit keine Auswirkung, als die dem Beschuldigten vorgeworfene Tathandlung das Verhandeln von 100 Stangen Chesterfield Blue an die Frau namens G. ist und es sich bei dem Treffen in der L-Garage laut Darstellung des Zollamtes bzw. dem angefochtenen Erkenntnis um die Geldübergabe gehandelt hat.

Von der Einvernahme des in diesem Zusammenhang beantragten Zeugen H. C. konnte daher mangels Relevanz Abstand genommen werden, da es sich nunmehr um eine unbekannte Person handelt und eine Ladung nicht möglich ist.

### **Zur Gewerbsmäßigkeit:**

Für die Annahme von "Gewerbsmäßigkeit" der Abgaben- und Monopolhehlerei im Sinne des § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG genügt eine einzige (auch nur versuchte) Tat, sofern darin unter Berücksichtigung ihrer Begleitumstände und Nebenumstände die Zielsetzung des Täters, sich durch ihre wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, klar, augenfällig und unmissverständlich zum Ausdruck kommt und diese im festgestellten Tatsachensubstrat Deckung findet (vgl. OGH 21.2.2002, 15 Os 7/02).

Unter Beachtung der einschlägigen gerichtlichen Bestrafung ist es für den Senat evident, dass es dem Beschuldigten aufgrund seiner geringen monatlichen Pension von ca. € 1.000,00 offenbar darauf ankam, für sich – nebenbei – fortlaufende Einnahmen zu erzielen. Damit ist jedoch eine gewerbsmäßige Tatbegehung im Sinne des § 38 Abs. 1 FinStrG indiziert.

Da dem Beschuldigten eine gewerbsmäßige Abgabenhehlerei nur im Zusammenhang mit dem Faktum II vorgeworfen wurde, ist ein Schuldspruch einer gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei auch für das Faktum I/A - da eine Beschwerde des Amtsbeauftragten nicht eingebracht wurde - gemäß dem Verböserungsverbot des § 161 Abs. 3 FinStrG nicht möglich.

### **Strafbemessung:**

*§ 17 Abs. 1 FinStrG: Auf die Strafe des Verfalls darf nur in den im II. Hauptstück dieses Abschnittes vorgesehenen Fällen erkannt werden.*

*§ 17 Abs. 2 lit. a FinStrG: Dem Verfall unterliegen die Sachen, hinsichtlich derer das Finanzvergehen begangen wurde, samt Umschließungen.*

*§ 19 Abs. 1 lit. a FinStrG: Statt auf Verfall ist auf die Strafe des Wertersatzes zu erkennen, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung feststeht, daß der Verfall unvollziehbar wäre.*

*Die Höhe des Wertersatzes entspricht gemäß § 19 Abs. 3 erster Teilsatz FinStrG dem gemeinen Wert, den die dem Verfall unterliegenden Gegenstände im Zeitpunkt der Begehung des Finanzvergehens hatten.*

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

*§ 19 Abs. 5 FinStrG: Stünde der Wertersatz (Abs. 3) oder der Wertersatzanteil (Abs. 4) zur Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis, so ist von seiner Auferlegung ganz oder teilweise abzusehen.*

*§ 19 Abs. 6 FinStrG: Ist der Wertersatz aufzuteilen (Abs. 4) oder ist vom Wertersatz ganz oder teilweise abzusehen (Abs. 5), so sind hierfür die Grundsätze der Strafbemessung (§ 23) anzuwenden.*

*Gemäß § 23 Abs. 1 FinStrG ist Grundlage für die Strafbemessung die Schuld des Täters.*

*§ 23 Abs. 2 FinStrG: Bei Bemessung der Strafe sind die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist darauf Bedacht zu nehmen, ob die Verkürzung oder der Abgabenausfall endgültig oder nur vorübergehend hätte eintreten sollen. Im Übrigen gelten die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß.*

*§ 23 Abs. 3 FinStrG: Bei der Bemessung der Geldstrafe sind 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 auf die verhehlte Sache entfallenden Verkürzungsbetrages an Verbrauchsteuern oder an Eingangs- oder Ausgangsabgaben geahndet, die auf die verhehlten Sachen oder die Sachen, die in den verhehlten Erzeugnissen enthalten sind, entfallen. Neben der Geldstrafe ist nach Maßgabe des § 15 auf Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu erkennen. Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 zu erkennen.*

*§ 46 Abs. 2 FinStrG: Die Monopolhehlerei wird mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen der Bemessungsgrundlage (§ 44 Abs. 2) geahndet, die sich nach dem Kleinverkaufspreis der Monopolgegenstände errechnet. Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 zu erkennen.*

*§ 21 Abs. 3 FinStrG: Wird jemand, der bereits wegen eines Finanzvergehens bestraft worden ist, wegen eines anderen Finanzvergehens bestraft, für das er nach der Zeit der Begehung schon in dem früheren Verfahren hätte bestraft werden können, so ist eine Zusatzstrafe zu verhängen. Diese darf das Höchstmaß der Strafe nicht übersteigen, die für die nun zu bestrafende Tat angedroht ist. Die Summe der Strafen darf jeweils die Strafen nicht übersteigen, die nach dem Abs. 1 und 2 zulässig und bei gemeinsamer Bestrafung zu verhängen wären.*

Die strafbestimmenden Wertbeträge errechnen sich wie folgt:

100 Stangen Chesterfield Classic Red:

Zoll € 806,40, EUST € 849,04, TS € 2.038,80, gesamt € 3.694,24;

Bemessungsgrundlage gemäß § 44 Abs. 2 FinStrG: € 3.500,00.

100 Stangen Chesterfield Blue:

Zoll € 806,40, EUST € 849,04, TS € 2.038,80, gesamt € 3.694,24;

Bemessungsgrundlage gemäß § 44 Abs. 2 FinStrG: € 3.500,00.

Der Strafrahmen beträgt daher (Faktum I/A:  $€ 3.694,24 \times 2 + € 3.500,00 = € 10.888,48$ ;

Faktum II:  $€ 3.694,24 \times 3 + € 3.500,00 = € 14.582,72$ ) € 25.471,20 für die Geldstrafe sowie € 7.000,00 für den Wertersatz.

Gemäß der Bestimmung des § 23 FinStrG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Schuld des Täters, wobei Erschwerungs- und Milderungsgründe gegeneinander abzuwägen und bei der Bemessung der Geldstrafe auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen sind.

Vom Spruchsenat wurde zu den wirtschaftlichen Verhältnissen ausgeführt, dass der Beschuldigte verheiratet, Pensionist, für ein Kind sorgepflichtig ist und € 1.003,00 monatlich bezieht. Er ist finanzstrafrechtlich gerichtlich vorbestraft.

In der Verhandlung teilte der Beschuldigte mit, dass sich an seiner wirtschaftlichen Lage nichts geändert hat und er Schulden von ca. € 18.000,00 (Kredit) bzw. kein Vermögen hat.

Vom Spruchsenat wurde als mildernd die teilweise Sicherstellung, als erschwerend die finanzstrafrechtliche Vorstrafe und das Zusammentreffen von Finanzvergehen (§ 44 und § 46, weil diese nicht bereits die Strafdrohung bestimmten) zu werten.

Der Spruchsenat hat zwar richtigerweise darauf hingewiesen, dass das Zusammentreffen von Finanzvergehen dann keinen Erschwerungsgrund darstellt, wenn diese bereits die Strafdrohung bestimmen. Auch nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzgerichtes stellt das Zusammentreffen zweier Finanzvergehen dann keinen Erschwerungsgrund dar, wenn dieser Umstand bereits durch die Summierung der einzelnen strafbestimmenden Wertbeträge entsprechend der Bestimmung des § 21 Abs. 2 FinStrG die Höhe der einheitlichen Strafdrohung bestimmt; eine Doppelverwertung strafverschärfender Umstände ist nicht zulässig (vgl. UFS vom 05.10.2004, FSRV/0047-W/04; UFS vom 14.09.2010, FSRV/0161-W/09). Da die strafbestimmenden Wertbeträge gemäß § 37 Abs. 2 FinStrG und die Bemessungsgrundlage gemäß § 46 Abs. 2 FinStrG einen einheitlichen Strafraum bestimmen, hat der Spruchsenat diesen Erschwerungsgrund zu Unrecht der Entscheidung zugrunde gelegt.

Als Folge der Teileinstellung ist zudem der Milderungsgrund der teilweisen Sicherstellung weggefallen.

Weitere Milderungsgründe wurden nicht vorgebracht.

Das Finanzstrafverfahren gegen den Beschuldigten wurde mit der Vernehmung als Beschuldigter am 8. Februar 2011 anhängig, das verfahrensgegenständliche erstinstanzliche Erkenntnis ist erst am 30. Oktober 2014 erlassen worden, sodass im Lichte der EuGH-Judikatur als weiterer Milderungsgrund - wie vom Verteidiger in der mündlichen Verhandlung zurecht eingewendet wurde - die zum Großteil nicht vom Beschuldigten zu vertretende überlange Verfahrensdauer bei der Geldstrafe von € 6.500,00 (das würde 25,52% des Strafraums entsprechen) mit einem Abschlag von € 500,00 zu berücksichtigen ist.

Die Strafen waren gemäß § 21 Abs. 3 FinStrG als Zusatzstrafen zum Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen auszusprechen, da nach dem Zeitpunkt der Tatbegehung diese Finanzvergehen in der Entscheidung mitberücksichtigt werden hätten können. Damit ist der Erschwerungsgrund der einschlägigen Vorstrafe weggefallen.

Aufgrund der festgestellten Strafbemessungsgründe und des Wegfalls einzelner Teilfakten und damit einhergehender Reduzierung des Strafraums war die Geldstrafe wie im Spruch dargestellt zu verringern, wobei sowohl generalpräventive Gründe für andere potentielle Finanzstraftäter in vergleichbaren Situationen in der



Zigaretenschmuggelbranche als auch spezialpräventive Gründe für den leugnenden Beschuldigten einer darüber hinausgehenden Reduzierung entgegenstehen.

Zur Höhe der Strafe des Wertersatzes ist auszuführen, dass gemäß § 19 Abs. 3 FinStrG die Höhe des Wertersatzes dem gemeinen Wert entspricht, den die dem Verfall unterliegenden Gegenstände im Zeitpunkt der Begehung des Finanzvergehens hatten; ist dieser Zeitpunkt nicht feststellbar, so ist der Zeitpunkt der Aufdeckung des Finanzvergehens maßgebend. Soweit der Wert nicht ermittelt werden kann, ist auf Zahlung eines dem vermutlichen Wert entsprechenden Wertersatzes zu erkennen. Werden Rechte dritter Personen im Sinne des § 17 Abs. 5 FinStrG anerkannt, so ist der Wertersatz in der Höhe der anerkannten Forderung auszusprechen; er darf aber nur mit dem Betrag eingefordert werden, der zur Befriedigung der anerkannten Forderung aus dem Verwertungserlös aufgewendet wird.

Hinsichtlich der nicht mehr auffindbaren je 100 Stangen Zigaretten zu den Fakten I/A und II war gemäß § 19 FinStrG auf eine Wertersatzstrafe zu erkennen, weil im Zeitpunkt der Entscheidung feststand, dass ein Verfall unvollziehbar wäre, wobei gemäß Abs. 5 leg. cit. auch Verhältnismäßigkeitserwägungen zu berücksichtigen waren.

In der Stellungnahme des Amtsbeauftragten an den Spruchsenat wurde eine Aufteilung des Wertersatzes auf den Beschuldigten, die unbekannte Frau namens G. und zu Faktum I/A T. J. sowie zu Faktum II eine (nunmehr) unbekannte Person dargestellt, wobei von einem Gesamtwertersatz von € 7.000,00 auszugehen war. Auch wenn dem angefochtenen Erkenntnis dazu keine entsprechende Begründung zu entnehmen ist, ergibt sich rechnerisch, dass der Spruchsenat die Berechnungen des Amtsbeauftragten in seiner Stellungnahme für den Teilwertersatz offensichtlich übernommen hat.

Aus der Bestimmung des § 19 Abs. 4 FinStrG kann kein Verbot abgeleitet werden, einer verurteilten Person auch dann den ganzen Wertersatz aufzuerlegen, wenn neben ihr auch andere Personen an der Tat beteiligt waren, jedoch - etwa weil sie unbekannt sind - nicht vor Gericht gestellt und bestraft werden können (vgl. OGH 23.05.1978 11 Os 64/78).

Einer Erhöhung der Wertersatzanteile beim Beschuldigten (da weitere Beteiligte unbekannt und somit ein entsprechender Wertersatzanteil ihnen gegenüber nicht festgesetzt werden kann) stand mangels einer diesbezüglichen Strafbeschwerde des Amtsbeauftragten das Verböserungsverbot des § 161 Abs. 3 FinStrG entgegen.

Unter Berücksichtigung der oben zur Höhe der Geldstrafe erfolgten Beachtung der Grundsätze für die Strafbemessung nach § 23 FinStrG - die hier gemäß § 19 Abs. 6 FinStrG auch anzuwenden sind - ist nach Ansicht des Senates eine Herabsetzung der Wertersatzstrafe auf € 2.000,00 gerechtfertigt.

Die für die Wertersatzstrafe festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafe war entsprechend auf zwei Tage zu kürzen.

## **Kostenentscheidung:**

Die Verfahrenskosten von € 500,00 gründen sich auf § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG, wonach pauschal ein Kostenersatz im Ausmaß von 10% der verhängten Geldstrafe, maximal aber ein Betrag von € 500,00 festzusetzen ist.

Zudem hat der Beschuldigte die allfälligen Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen, die erforderlichenfalls mit gesondertem Bescheid der Finanzstrafbehörde festzusetzen sein werden.

### **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 BAWAG-P.S.K.-Konto des Zollamtes Wien zu entrichten, widrigenfalls Zwangsvollstreckung durchgeführt und bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe bzw. der Wertersatzstrafe die Ersatzfreiheitsstrafen vollzogen werden müssten.

### **Zur Zulässigkeit der Revision**

Gegen diese Entscheidung war gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision zur Rechtsfrage, ob es sich bei der Weitergabe einer Telefonnummer eines möglichen Zigarettenschmugglers (bzw. Abgaben- und Monopolhehlers) an einen Organisator von Zigarettenschmuggel (bzw. Abgaben- und Monopolhehlerei) um eine straflose Vorbereitungshandlung handelt, für zulässig zu erklären, weil für den Bereich der Abgaben- und Monopolhehlerei gemäß §§ 37 und 46 FinStrG eine genau auf diese Rechtsfrage zutreffende Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes fehlt.

Darüber hinaus ist eine Revision nicht zulässig, da das Erkenntnis nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Wien, am 1. März 2016