



Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat Wien 7 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstraßbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Robert Huber, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrat Dr. Josef Lovranich sowie die Laienbeisitzer Elisabeth Vondrasek und Reinhold Haring als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen ZM, XY, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. Ralf Heinrich Höfler, Türkenstraße 25/11, 1090 Wien, wegen des Finanzvergehens des Schmuggels und des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols gemäß §§ 35 Abs. 1 lit. a, 44 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 24. Juli 2007 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt Wien vom 12. Juni 2007, GZ 100000/90435/2007-AFA/Hd, nach der am 18. April 2008 in Anwesenheit des Beschuldigten, seines Verteidigers, des Amtsbeauftragten Amtsdirektor Horst Hackenschmied sowie der Schriftführerin Angelika Kary durchgeführten Verhandlung

zu Recht erkannt:

I. Der Berufung wird teilweise stattgegeben und der Spruch des angefochtenen Bescheides wie folgt abgeändert:

ZM ist schuldig, er hat im Zeitraum Jänner 2003 bis 25. September 2006 im Bereich des Zollamtes Wien vorsätzlich eingangsabgabepflichtige Waren, nämlich insgesamt 32.400 Stück (162 Stangen) Zigaretten der Marken Marlboro 3 mg, Memphis Classic, Memphis Sky Blue, Memphis White, Memphis und Lucky Strike, von Serbien nach Österreich verbracht und dort diese Waren, die zugleich Gegenstände des Tabakmonopols sind, größtenteils veräußert (Zoll: €

1.306,67, Einfuhrumsatzsteuer: € 1.299,78, Tabaksteuer: € 2.923,69, insgesamt: € 5.530,14; Bemessungsgrundlage gemäß § 44 Abs. 2 lit. c FinStrG: € 5.136,89).

Er hat dadurch die Finanzvergehen des Schmuggels gemäß § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG und des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols gemäß § 44 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen.

Gemäß § 19 Abs. 1, 3, 5 und 6 FinStrG wird der Wertersatz für 29.000 Stück (145 Stangen) Zigaretten mit € 1.400,00 festgesetzt; für den Fall der Uneinbringlichkeit der Wertersatzstrafe tritt gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag.

II. Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis vom 12. Juni 2007, SN 2006/00000-001, erkannte der Spruchsenat beim Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz den Berufungswerber (Bw.) der Finanzvergehen des Schmuggels und des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols nach §§ 35 Abs. 1 lit. a, 44 Abs. 1 lit. a FinStrG schuldig. Er habe im Zeitraum Jänner 2003 bis 25. September 2006 im Bereich des Zollamtes Wien vorsätzlich Sachen, nämlich insgesamt 162 Stangen Zigaretten der Marken Memphis, Marlboro und Lucky Strike in das Zollgebiet der Europäischen Union und in weiterer Folge die Waren, die zugleich Gegenstände des Tabakmonopols seien, unter Verletzung der in den Vorschriften über das Tabakmonopolgesetz hinsichtlich des Handels mit Mopolgegenständen enthaltenen Gebote oder Verbote in das Steuergebiet der Republik Österreich verbracht und großteils verhandelt.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß §§ 35 Abs. 4, 44 Abs. 2 FinStrG eine Geldstrafe in Höhe von € 5.000,00 verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen ausgesprochen.

Gemäß § 17 FinStrG wurden die 17 beschlagnahmten Stangen Zigaretten für verfallen erklärt.

Gemäß § 19 FinStrG wurde dem Bw. hinsichtlich der weiteren 145 Stangen Zigaretten, die bereits weiterverhandelt worden seien, eine Wertersatzstrafe in Höhe von € 4.500,00 auferlegt; für den Fall der Uneinbringlichkeit der Wertersatzstrafe wurde gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen ausgesprochen.

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

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 24. Juli 2007, wobei im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

Die Erstvernehmung des Bw. sei ohne jegliche dolmetschende Unterstützung erfolgt. Abgesehen von der nicht zulässigen Verwertung der Erstverantwortung mangels ausreichender Deutschkenntnisse des Bw. sei dessen Erstverantwortung missverständlich gehalten. Die Behörde habe es nämlich unterlassen, den Bw. zu fragen, "ab wann und welche Menge Zigaretten" er unerlaubt nach Österreich verbracht habe. Es sei lediglich festgehalten worden, dass der Bw. den PKW der Marke Mercedes Ende 2002 erworben habe. Hieraus den Schluss zu ziehen, der Bw. verwende dieses Fahrzeug bereits seit dessen Anschaffung als Schmuggelobjekt, sei nicht zulässig. Dies gelte umso mehr, als der erstreckten Verhandlung vom 26. April 2007 infolge mangelnder Deutschkenntnisse ein Dolmetscher beigezogen worden sei. Aus der Verantwortung vom 25. September 2006 könne jedenfalls nicht auf einen derart langen Tatzeitraum geschlossen werden. Die Erstbehörde habe es unterlassen, die geständige Verantwortung des Bw. entsprechend schuld mindernd zu berücksichtigen. Es werde daher die Abänderung beantragt, der Bw. sei schuldig, im Zeitraum Frühjahr 2005 bis 25. September 2006 insgesamt 60 Stangen Zigaretten in das Zollgebiet der Europäischen Union geschmuggelt zu haben, in eventuelle und jedenfalls, die verhängte Geldstrafe schuld- und tatangemessen herabzusetzen.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Gemäß § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich des Schmuggels schuldig, wer eingangsabgabepflichtige Waren vorsätzlich vorschriftswidrig in das Zollgebiet oder aus einer Freizone oder einem Freilager in einen anderen Teil des Zollgebietes verbringt oder der zollamtlichen Überwachung entzieht.

Gemäß § 44 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols schuldig, wer zu seinem oder eines anderen Vorteil vorsätzlich die in den Vorschriften über das Tabakmonopol enthaltenen Gebote oder Verbote hinsichtlich der Erzeugung, Herstellung, Gewinnung, Bearbeitung, Verwendung, Verpfändung oder Veräußerung von Monopolgegenständen oder des Handels mit Monopolgegenständen verletzt; hievon ausgenommen ist der Handel mit Tabakerzeugnissen, für die Tabaksteuer entrichtet wurde oder die von der Tabaksteuer befreit sind.

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

Es ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Im Zeitraum Jänner 2003 bis 25. September 2006 verbrachte der Bw. insgesamt 32.400 Stück (162 Stangen) Zigaretten der Marken Marlboro 3 mg, Memphis Classic, Memphis Sky Blue, Memphis White, Memphis und Lucky Strike vorschriftswidrig von Serbien nach Österreich und veräußerte dort diese Waren großteils.

Am 20. April 2004 langten beim Hauptzollamt Wien zwei von Organen der Bundespolizeidirektion Wien weitergeleitete anonyme Anzeigen betreffend den illegalen Verkauf von Zigaretten und Schnaps durch den Bw. ein.

Am 25. September 2006 entdeckten Organe der Finanzstrafbehörde erster Instanz anlässlich einer freiwillig gestatteten Nachschau in der Wohnung des Bw. 200 Stück Zigaretten der Marke Marlboro 3 mg und in der Dach- und Motorraumverkleidung des PKWs der Marke Mercedes, Kennzeichen XYZ, des Bw. insgesamt 3.200 Stück Zigaretten der Marken Memphis Classic, Memphis Sky Blue, Memphis White und Lucky Strike.

Der Bw. sagte am 25. September 2006 anlässlich seiner Einvernahme als Verdächtiger durch Organe der Finanzstrafbehörde erster Instanz im Wesentlichen wie folgt aus:

Er lebe seit 1990 in Österreich, arbeite hier und sei der deutschen Sprache mächtig.

Am Wochenende vor der Einvernahme sei er in Serbien gewesen und habe die vorgenannten Zigaretten in einer Trafik um € 5,00 pro Stange gekauft. Dass es verboten sei, Zigaretten nach Österreich zu schmuggeln, sei ihm bekannt, aber das Leben sei sehr teuer. Die Zigaretten habe er hinter der Fahrzeugverkleidung versteckt. Der Beschuldigte fahre zweimal "im Monat" nach Serbien. Er nehme nicht immer Schmuggelzigaretten mit, da er nicht jedesmal Geld hierfür habe. Dies sei nur fünf- bis sechsmal "im Jahr" der Fall. Dann nehme er meist 10 bis 20 Stangen Zigaretten mit. Mehr als 60 bis 80 Stangen "im Jahr" seien es auf keinen Fall. Den vorgenannten PKW habe der Bw. im Dezember 2002 gekauft. Er fahre seit "Anfang 2003" unregelmäßig nach Serbien. Den Großteil der Zigaretten habe er und seine Freundin konsumiert, einige Stangen habe er weiterverkauft.

Der Bw. war somit am 25. September 2006 anlässlich der Einvernahme durch Organe des Hauptzollamtes Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz geständig.

Im Einspruch vom 19. Dezember 2006 gegen die Strafverfügung gemäß § 143 FinStrG der Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 23. November 2006 brachte der Bw. im Wesentlichen wie folgt vor:

Der Bw. habe am 25. September 2006 unwiderlegbar ausgesagt, eine viel geringere Anzahl von Zigaretten geschmuggelt zu haben. Die Annahme der Behörde, die auf der Ansicht fuße,

dass der Bw. bei jeder Fahrt in das Ausland jeweils ca. 50 bis 70 Stangen Zigaretten geschmuggelt habe, sei durch das durchgeführte Verfahren nicht gedeckt

Am 26. April 2007 gab der Bw. in der mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat beim Zollamt Wien an, er bekenne sich teilweise schuldig und arbeite seit 1990 in Österreich. Die Verhandlung wurde zur Beiziehung eines Dolmetschers vertagt. Es sei versucht worden, dem Beschuldigten konkrete Fragen zu stellen, die dieser jedoch aufgrund offener Verständigungsschwierigkeiten nicht konkret beantworten könne.

Am 12. Juni 2007 gab der Bw. in der mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat beim Zollamt Wien an, er bekenne sich teilweise schuldig. Er habe ca. 80 Stangen Zigaretten geschmuggelt. Der Tatzeitraum habe ca. ein Jahr betragen.

Der Bw. sagte am 18. April 2008 in der mündlichen Berufungsverhandlung im Wesentlichen wie folgt aus:

Er spreche schon Deutsch, aber nicht perfekt. Im beruflichen Bereich könne er sich verständigen, in gewissen Bereichen weniger. Das Protokoll über die og. Einvernahme vom 25. September 2006 habe er unterschrieben, weil er der Meinung gewesen sei, dazu verpflichtet zu sein. Er habe nicht "seit Jahren" geschmuggelt. Zumindest könne er sich nicht daran erinnern, ebenso wenig an die og. Einvernahme vom 25. September 2006. Vorbestraft sei er wegen Zigarettschmuggel "vielleicht einmal".

Der Verteidiger führte am 18. April 2008 in der mündlichen Berufungsverhandlung im Wesentlichen wie folgt aus:

Es sei ja gar nicht so, dass der Bw. "überhaupt nicht Deutsch kann". Das wäre nicht lebensnah. Es sei jedoch nicht gut genug für eine "Einvernahme vor einem Senat". Daher könne es auch nicht gut genug für die Einvernahme seitens des Referenten des Zollamtes sein. Es sei daher die gerügte sinnwidrige Formulierung entstanden. Im Zweifel sei mit teilweisem Freispruch vorzugehen. Wenn der Bw. die Aussage verweigert oder "halbwegs gut" formuliert hätte, hätte man ihm überhaupt nichts nachweisen können, außer die bei der freiwilligen Nachschau vorgefundenen Zigaretten. Der Bw. hätte auch niemandem gestatten müssen, nachzuschauen. Er habe ein überschießendes Geständnis abgelegt.

Der Bw. hat am 25. September 2006 ausgesagt, er sei der deutschen Sprache mächtig und er hat das Einvernahmeprotokoll unterschrieben. Die og. Behauptung des Bw., er sei der Meinung gewesen, zur Unterschrift verpflichtet zu sein, ist lebensfremd. Der Bw. hat am 25. September 2006 gestanden, fünf- bis sechsmal "im Jahr" Zigaretten von Serbien nach Österreich zu schmuggeln und dabei meist 10 bis 20 Stangen Zigaretten mitzunehmen. Mehr

als 60 bis 80 Stangen "im Jahr" seien es auf keinen Fall. Den vorgenannten PKW habe der Beschuldigte im Dezember 2002 gekauft. Er fahre seit "Anfang 2003" unregelmäßig nach Serbien. Die nunmehrige Verantwortung des Bw. ist nicht glaubwürdig, da der Bw. auch außerhalb des in der Berufungsschrift angegebenen Zeitraumes beim Schmuggel von Zigaretten betreten wurde. Der Senat verweist diesbezüglich auf das og. Erkenntnis des Spruchsenates. Bei der Würdigung der geänderten Verantwortung des Bw. ist auch seine Aussage in der mündlichen Berufungsverhandlung vom 18. April 2008, wonach er sich bereits 30 Jahre in Österreich aufhalte, von Bedeutung.

Zur og. Aussage des Bw. vom 25. September 2006 ist abschließend zu bemerken, dass Angaben bei der ersten Vernehmung erfahrungsgemäß der Wahrheit am nächsten kommen (vgl. VwGH 9.10.1991, 90/13/0279).

Der Senat erachtet es daher als erwiesen, dass der Bw. im Zeitraum Jänner 2003 bis 25. September 2006 die im Spruch der Berufungsentscheidung genannten 162 Stangen Zigaretten vorschriftswidrig von Serbien nach Österreich verbracht, dort größtenteils veräußert und somit den objektiven Tatbestand des Finanzvergehens des Schmuggels gemäß § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG und des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols gemäß § 44 Abs. 1 lit. a FinStrG verwirklicht hat.

Zur subjektiven Tatseite ist auszuführen, dass der Bw. wusste, dass die og. Zigaretten beim Zollamt zu gestellen gewesen wären und die vorschriftswidrige Verbringung auch einen Eingriff in die Rechte des Tabakmonopols bedeuten würde. Dies geht insbesondere aus seinem Geständnis vom 25. September 2006 hervor. Weiters ist auf die am 25. September 2006 hervorgekommenen Umstände der Tatbegehung und auf die im og. Erkenntnis des Spruchsenates angeführten Vorstrafen hinzuweisen.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass der Bw. im Zeitraum Jänner 2003 bis 25. September 2006 die og. 162 Stangen Zigaretten vorsätzlich vorschriftswidrig von Serbien nach Österreich verbracht, dort größtenteils veräußert und somit das Finanzvergehen des Schmuggels gemäß § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG und des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols gemäß § 44 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen hat.

Zum Verfall wird ausgeführt:

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

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

Dies trifft auf die og. 3.400 Stück (17 Stangen) Zigaretten, die am 25. September 2006 beschlagnahmt wurden, zu.

Zur Strafbemessung wird ausgeführt:

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

Gemäß § 23 Abs. 2 FinStrG 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 § 23 Abs. 3 FinStrG sind bei Bemessung der Geldstrafe auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen.

Gemäß § 35 Abs. 4 FinStrG wird der Schmuggel mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des auf die Waren entfallenden Abgabenbetrages geahndet.

Gemäß § 44 Abs. 2 FinStrG wird der vorsätzliche Eingriff in Monopolrechte mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen der Bemessungsgrundlage geahndet.

Die Bemessungsgrundlage ist bei vorsätzlichen Eingriffen in das Tabakmonopol für Monopolgegenstände, für die ein Kleinverkaufspreis festgelegt ist, mit diesem, für andere Monopolgegenstände nach dem Kleinverkaufspreis der nach Beschaffenheit und Qualität am nächsten kommenden Monopolgegenstände und, wenn ein solcher Vergleich nicht möglich ist, nach dem gemeinen Wert zu errechnen (§ 44 Abs. 2 lit. c FinStrG).

Hängen gemäß § 21 Abs. 2 FinStrG die zusammenhängenden Strafdrohungen von Wertbeträgen ab, so ist für die einheitliche Geldstrafe die Summe dieser Strafdrohungen maßgebend.

Der Strafraumen, der sich aus der Anwendung der §§ 21 Abs. 2, 35 Abs. 4 und 44 Abs. 2 FinStrG ergibt, lässt sich wie folgt berechnen:

Zoll	€	1.306,67	
Einfuhrumsatzsteuer	€	1.299,78	
Tabaksteuer	€	2.923,69	
Summe	€	5.530,14	mal 2
	€	11.060,28	
Bemessungsgrundlage nach § 44 Abs. 2 lit. c FinStrG	€	5.136,89	
Gesamtbetrag	€	16.197,17	

Der Strafraumen lässt sich daher mit € 16.197,17 begrenzen.

Als Schuldform kann direkter Vorsatz festgestellt werden. Der Bw. hat die Finanzvergehen (mehrmals) begangen, um daraus einen wirtschaftlichen Vorteil zu erlangen.

Als mildernd nahm der Spruchsenat zu Recht das teilweise Geständnis, als erschwerend zu Recht den langen Deliktszeitraum, die acht einschlägigen Vorstrafen und die Tatbegehung, obwohl der Bw. in diesem Zeitraum mehrfach bestraft worden und er somit seine Schmuggeltätigkeit völlig unbeeindruckt von der Bestrafung fortgesetzt habe, an.

Bei Beurteilung der derzeitigen persönlichen Verhältnisse des Bw. und seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit war von einem monatlichen Nettoeinkommen von € 1.200,00 bis € 1.300,00 und dem Fehlen von Sorgepflichten auszugehen. Es haben sich somit im Vergleich zu den Feststellungen des Spruchsenates keine Änderungen ergeben.

Eine Herabsetzung der Höhe der Geldstrafe, die ohnehin nur bei etwa 31 % des Strafrahmens liegt, kann hier nach Ansicht des Senates vor allem bei Beachtung der erschwerenden Umstände und auch aus general- und spezialpräventiven Überlegungen nicht ins Auge gefasst werden.

Zur Bemessung des Wertersatzes wird ausgeführt:

Gemäß § 19 Abs. 1 lit. a FinStrG ist statt auf Verfall 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 Satz FinStrG dem gemeinen Wert, den die dem Verfall unterliegenden Gegenstände im Zeitpunkt der Begehung des Finanzvergehens hatten.

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 gemäß § 19 Abs. 5 FinStrG von seiner Auferlegung ganz oder teilweise abzusehen.

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

Der Spruchsenat hat festgestellt, dass bei einem Strafrahmen von bis zu € 16.822,00 die verhängte Geldstrafe von € 5.000,00 schuld- und tatangemessen ist. Wenn im Rahmen der Strafzumessung ein Strafmaß im unteren Bereich des zur Verfügung stehenden Strafrahmens angemessen war, so hätte konsequenterweise dieser Umstand auch im Rahmen der Abwägung zwischen dem Wertersatzbetrag und dem den Bw. treffenden Vorwurf berücksichtigt werden müssen (vgl. VwGH 9.8.2001, 98/16/0291). Der Senat setzt die Wertersatzstrafe daher gemäß § 19 Abs. 5 und 6 FinStrG mit ca. 31 % des gemeinen Wertes (€ 4.557,00) der og. 145 Stangen Zigaretten, das heißt mit € 1.400,00, fest.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 18. April 2008