



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Finanzstrafsenat 5

GZ. FSRV/0102-W/06

Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat 5 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstraßbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Robert Huber, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrat Dr. MMag. Roland Schönauer sowie die Laienbeisitzer KR Otto Trunner und Dkfm. Reiner Fialik als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen D., Kauffrau, geb. x., whft. y., vertreten durch Rechtsanwalt J., z., wegen der Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgabenhhehlerei gemäß § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG, begangen unter dem erschwerenden Umstand der Gewerbsmäßigkeit nach § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG und der vorsätzlichen Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG über die Berufung der Beschuldigten vom 19. Juli 2006 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates als Organ des Zollamtes Wien, dieses vertreten durch Amtsdirektor Erich Lindmaier, vom 23. Mai 2006, Zl. 90.028/2006-AFG/Li, nach der am 18. Oktober 2007 in Anwesenheit der Beschuldigten und ihres Verteidigers J. , des Amtsbeauftragten Erich Lindmaier sowie der Schriftführerin Diana Engelmaier durchgeführten mündlichen Verhandlung gemäß § 161 Abs. 1 FinStrG

zu Recht erkannt:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Das angefochtene Straferkenntnis wird gemäß § 161 Abs. 1 FinStrG in seinem Spruch betreffend D. aufgehoben und das Finanzstrafverfahren gegen sie gemäß § 136 FinStrG **eingestellt.**

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis vom 23. Mai 2006, Zl. 90.028/2006-AFG/Li, SN. 100/2006/00024-001, hat der Spruchsenat beim Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz D. (Berufungswerberin, im Folgenden: Bw.) nach §§ 37 Abs. 1 lit. a, 38 und 46 Abs. 1 lit. a FinStrG für schuldig erkannt, dass sie am 9.1.2006 im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit K. und R. vorsätzlich eingangsabgabepflichtige Waren, welche zugleich Gegenstände des Tabakmonopols sind, nämlich 72.200 Stück Zigaretten der Marke Lucky Strike, 30.380 Stück Zigaretten der Marke Chesterfield, 24.980 Stück Zigaretten der Marke Memphis Light, 6.800 Stück Zigaretten der Marke HB, 1.400 Stück Zigaretten der Marke Gauloises Blue, 3.980 Stück Zigaretten der Marke Marlboro, 24.860 Stück Zigaretten der Marke Memphis Classic, 6.000 Stück Zigaretten der Marke Memphis Blue, 3.000 Stück Zigaretten der Marke Milde Sorte, 4.400 Stück Zigaretten der Marke Raquel Slims, somit insgesamt 178.000 Stück = 890 Stangen Zigaretten, hinsichtlich welcher zuvor von unbekannten Tätern das Finanzvergehen des Schmuggels und des vorsätzlichen Eingriffs in die Rechte des Tabakmonopols nach §§ 35 Abs. 1 lit. a und 44 Abs. 1 lit. a FinStrG, begangen worden war, an sich gebracht hat, wobei es ihr darauf ankam, sich eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Aus diesem Grund wurde über sie gemäß §§ 37 Abs. 2 und 23 Abs. 3 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von 38.000,- € verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 76 Tagen verhängt. Die Vorhaft vom 9.1.2006, 10.20 bis 22.05 Uhr wurde gemäß § 23 Abs. 5 FinStrG angerechnet.

Gemäß § 17 FinStrG wurde auf Verfall der ergriffenen 178.000 Stück Zigaretten und gemäß § 38 iVm § 17 Abs. 2 lit. c Z. 3 FinStrG auf Verfall des beschlagnahmten PKW Mitsubishi, behördliches Kennzeichen xx der Fa. F., Geschäftsführerin D., erkannt.

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

Begründend wurde ausgeführt, dass aufgrund der Erhebungsergebnisse der Polizeiinspektion Praterstern und des Zollamtes Wien im Zusammenhalt mit der weitgehend geständigen Verantwortung des K erwiesen sei, dass sie zusammen mit den beiden oben angeführten Personen in der Zeit vor dem 9.1.2006 116.380 Stück Zigaretten diverser Marken, größtenteils rumänischer Herkunft, an sich gebracht und im Kellerabteil Nr.14 des Hauses P. Nr. N. gelagert hatte und am 9.1.2006 die drei Personen weitere 61.620 Stück solcher Zigaretten an sich gebracht hatten, wobei sich K des oben angeführten Fahrzeuges für den Transport der Zigaretten zu diesem Haus bediente und die 3 Personen diese Zigaretten wiederum im Kellerabteil 14, vor dem sie zum Teil schon deponiert waren, einlagern wollten. Dabei wurden sie von Polizeiorganen, die den Vorgang observierten, betreten. K hatte den Beamten

gegenüber angegeben, dass das Abteil Nr. 14 als Lager diene und konnte ihnen auch den Schlüssel dazu zeigen. Seine später leugnende Verantwortung, er habe lediglich einen Unbekannten dabei beobachtet, als er Zigaretten hier einlagerte, wurde vom Spruchsenat als unglaubliche Schutzbehauptung verworfen und die Mittäterschaft der drei einander nahestehenden Personen als erwiesen angesehen. Es wurde dabei aus dem objektiven Sachverhalt die subjektive Tatseite abgeleitet und die leugnende Verantwortung der Bw. durch die Wahrnehmungen der Polizisten und die zunächst getätigten Aussagen des R als widerlegt angesehen, zumal gegen sie bereits 4 einschlägige Vorstrafen vorliegen. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung der damals von Dr. M. rechtsfreundlich vertretenen Beschuldigten vom 19. Juli 2006, wobei im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

Die erstinstanzliche Behörde habe ihre Verantwortung inhaltlich überhaupt nicht geprüft, keiner der Beamten habe einen Tatbeitrag ihrerseits ansehen können und ihre Verantwortung, nur zur Müllentsorgung im Nachbarhaus gewesen zu sein, sei einfach nicht geglaubt worden. Die für sie entlastenden Aussagen der beiden Mitbeschuldigten habe man nicht entsprechend gewürdigt. Ein Verfahrensmangel liege darin, dass die Behörde I. Instanz eine Einvernahme der einschreitenden Beamten unterlassen habe. Aus den Beweisergebnissen sei auch nicht zu ersehen, dass sie sich durch strafbare Handlungen eine fortlaufende Einnahme verschaffen wollte. Auch der Umstand, dass sie ihrem Schwager das Auto geborgt habe, lasse nicht den Schluss zu, dass sie mit den Zigaretten etwas zu tun habe, sie borge ihm das Auto öfters für Einkaufsfahrten zu Supermärkten. Ihre Verurteilung beruhe lediglich auf Vermutungen. Da sie von der Schmuggelfahrt nichts wusste, könne sie auch den Verfall des PKW Mitsubishi und den der F. , deren Geschäftsführerin sie ist, dadurch entstehenden Nachteil nicht akzeptieren. Daher wurde beantragt, das Verfahren gegen sie einzustellen, in eventu die Strafe wesentlich herabzusetzen.

Seitens des Unabhängigen Finanzsenats wurden noch zusätzliche Erhebungen durchgeführt: Am 27.9.2007 wurde der Polizist Kr. abgesondert als Zeuge vernommen. Aus seiner Aussage ging hervor, dass durch die Polizei schon seit längerer Zeit in dem betreffenden Bereich observiert worden war und am 9.1.2006 eingeschritten wurde, wobei er selbst erst später zur Amtshandlung stieß. Eine der angehaltenen Personen hatte einen Schlüssel, der zu einem Kellerabteil – die Nummer war ihm nicht mehr rememberlich - passte, das er den Beamten von sich aus zeigte und mit dem man die vordere Tür öffnen konnte. Vor diesem Kellerabteil waren schon 2 Taschen abgestellt und er hatte subjektiv den Eindruck, dass die Taschen mit Inhalt Zigaretten in dieses Kellerabteil gebracht werden sollten. Bezüglich der beteiligten Frau konnte er keine Aussagen machen, da sie bei seinem Eintreffen bereits weggebracht wurde.

In den Tagen vorher hatte er an den Observationen nicht teilgenommen, die drei involvierten Personen seien aber bezüglich Zigarettenverkäufen amtsbekannt. Am 9.1.2006 sei die Polizei schließlich wegen dringendem Tatverdacht eingeschritten, weil wiederum Taschen angeliefert wurden, in denen üblicherweise Zigaretten enthalten sind.

Am 28.9.2007 wurde der Polizist B. als Zeuge einvernommen. Er war ebenfalls erst im etwas später hinzugekommen und war mit tätlichem Widerstand der beteiligten Frau konfrontiert, konnte aber über die Zuordnung der Zigaretten konkret an die 3 beteiligten Personen keine Angaben machen. In dem betreffenden Gebiet werde viel illegaler Zigarettenhandel betrieben, wobei sich dieser Handel häufig so abspiele, dass nach einem Anbahnungsgespräch eine gewisse Stückzahl an Zigarettenstangen aus einem der Häuser geholt wird und Fahrzeuglenkern ins Auto oder Fußgängern übergeben werden.

Die Berufungsverhandlung in Anwesenheit der Bw. und von K. und ihrer Verteidiger vom 18.10.2007 brachte folgende Ergebnisse:

K blieb dabei, bezüglich der angelieferten Zigaretten lediglich für einen Lohn von 200,- € einen Hilfsdienst für einen ihm nur von anderen Zigarettenübergaben vage bekannten Mann - er soll den Vornamen A. haben - geleistet zu haben, der die Zigaretten unbedingt beim Mexikoplatz verstecken wollte. Er, K, habe sich dazu von D das Firmenauto ausgeborgt, die aber mit diesen Zigaretten nichts zu tun habe. Lediglich R habe ihm beim Ausladen geholfen, Frau D habe keine Zigarettentaschen getragen, denn sie könnte wegen ihrer Rückenschmerzen solche Taschen – jede der 6 Taschen hatte 50 Stangen Inhalt und ca. 20 kg Gewicht – nicht tragen. Er habe den beiden Personen auch nicht gesagt, was sich in den Taschen befindet. Der Unbekannte hatte nicht nur zu ihm Vertrauen wegen der Überlassung einer großen Zigarettenmenge, sondern tat dies auch gegenüber anderen Personen. In den Keller konnte der Unbekannte leicht gelangen, weil der Kellerzugang ein kaputtes Schloss hat und die Haustüre auch mit dem Postschlüssel geöffnet werden könne, welchen er von der Hausverwaltung bekommen hatte. Er, K, habe R keine genaue Stelle, sondern nur den hellen Teil des Kellers genannt, wo er die Taschen deponieren sollte, schließlich habe dieser dann die Taschen in Panik abgestellt und wollte davonlaufen. Die Zigaretten in Abteil 14 haben die Polizisten selbst gefunden, er selbst habe ihnen keinen Hinweis auf Schmuggelzigaretten in diesem Abteil gegeben. Mit dem Ungarn war kein bestimmtes Kellerabteil vereinbart, er wäre später gekommen, hätte die Zigaretten abgeholt und ihm das Entgelt gegeben. Wenn man ihm vorhalte, dass er laut Auskunft der Hausverwaltung den Kellerabgang gewissermaßen bewacht habe, so habe das darin seine Erklärung, dass sonst Drogensüchtige, Obdachlose, Betrunkene dort hinunter kämen, und die Kinder des Hauses sollen mit solchen Personen nicht in Berührung kommen. Schließlich überreichte der Verteidiger der D., J, eine

eidesstattliche Erklärung des K. vom 30.1.2007, in der er erklärte, dass er im Auftrag eines ihm nicht näher bekannten Ungarn illegale Zigaretten transportiert bzw. aufbewahrt hat, um sich wegen seiner Arbeitslosigkeit Geld dazu zu verdienen. Seine Schwägerin D habe sich am 9.1.2006 nur zufällig in seiner Nähe aufgehalten, wisse von den Verabredungen mit dem Ungarn nichts und habe ihm auch das Auto ohne Wissen um sein Vorhaben kurzfristig geborgt.

Die eidesstattliche Erklärung des K wurde zum Akt genommen.

Frau D beteuerte weiterhin, sie sei damals nur von der Müllentsorgung zurückgekommen und als sie von Polizisten aufgehalten wurde, seien gerade zwei der Taschen in ihrer Nähe im Gang gestanden. Sie hätte eine solche Tasche, deren Inhalt sie nicht kannte, wegen Problemen mit dem Handgelenk, wegen denen sie in ärztlicher Behandlung war, auch gar nicht tragen können. Möglicherweise hätten die Polizisten den Müllsack für eine Zigarettentasche gehalten. Der PKW Mitsubishi stehe im Eigentum der F. und sei heute kein Leasing-Fahrzeug mehr.

Der Zeuge RI Bg. führte aus, dass er zunächst über Funk erfuhr, dass der einschlägig bekannte K mit dem Auto vorgefahren sei und Taschen ausgeladen wurden, die vermutlich Schmuggelgut enthielten. Bei seinem Eintreffen habe er D beim Abgang zum Keller stehend gesehen und neben ihr eine Tasche. Im Keller war bereits R, neben dem ebenfalls eine Tasche stand. Während D in der Zeit vor dem 9.1.2006 nicht aufgefallen war, kannte man K bereits als jemanden, der oftmals kurz ins Haus geht und gleich wieder herauskommt, wobei beim Zigarettenhandel sich die „Arbeitsweise“ eingespielt hatte, dass Autofahrer kurz stehenblieben, das Geld herausreichen und die Zigaretten an sich nehmen.

Der Zeuge Sch. war von Anfang an in einem Observationsauto vor Ort. Er führte aus, dass beim Eintreffen des K R aus Tür Nr. 19 zum Auto hinzutrat, beide Personen nahmen je 2 Taschen auf und trugen sie zum Haus, wo D im Eingang stand und die Taschen übernahm. Der Zeuge forderte Unterstützung an und lief ins Haus. Die herbeikommende Unterstützung kümmerte sich um K und D, er selbst eilte dem R in den Keller nach, wo er bereits zwei Taschen nächst einer Kellertür abgestellt hatte. Die Taschen waren verschlossen, man konnte aber an ihrer Form erkennen, dass sie Zigaretten enthielten. Während K im Zusammenhang mit dem Zigarettenhandel auch schon vor dem 9.1.2006 auffällig gewesen war, ist das bei D nicht der Fall gewesen. Mit einem Müllsack habe er sie beim Vorgang am 9.1. 2006 nicht gesehen, ob sie direkt beim Mitsubishi gestanden sei, sei ihm nicht mehr erinnerlich, die geschilderten Ereignisse seien sehr rasch, ca.innerhalb einer halben Minute, abgelaufen. Der Zeuge H. war erst aufgrund der Unterstützungsanforderung kurze Zeit später hinzugekommen und war mit der Festnahme der heftig Widerstand leistenden Frau D befasst,

sodass er über die Zuordnung der Zigaretten keine Wahrnehmungen gemacht hatte. Auch der Zeuge Ra. war erst später hinzugekommen und half bei der Zählung der aus dem Keller heraufgetragenen in Schachteln und Taschen verwahrten Zigaretten.

In den abschließenden Ausführungen wies der Rechtsvertreter von Frau D auf die Ausführungen von Dr. M. in der Berufungsschrift und weiters darauf hin, dass aufgrund der damaligen Beobachtungsverhältnisse und des raschen Ablaufs des Geschehens, wie es vom Zeugen Sch geschildert worden war, zumindest eine Unsicherheit bezüglich ihres genauen Tatbeitrags bestehe und ihre Version, nur zur Müllentsorgung ins Nachbarhaus gegangen zu sein, durch das Beweisverfahren nicht widerlegt sei. Man könne allenfalls nur von einer Nebenrolle und einem untergeordneten Tatbeitrag sprechen, zumal sie nichts von der Tatmenge für sich erhalten und auch das Fahrzeug als familiäre Geste zur Verfügung gestellt hat.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Dem Finanzstrafverfahren liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Am 9.1.2006 wurde im Rahmen einer polizeilichen Schwerpunktaktion betreffend illegalen Zigarettenhandel im Bereich xxx beobachtet, dass K. als Lenker des PKW der Marke Mitsubishi mit dem behördlichen Kennz. xx vor dem Haus Nr. N. vorfuhr und sich dort einparkte. Es kam R. hinzu, öffnete die rechte Tür und entnahm eine große, offensichtlich vollgefüllte Kunststofftasche. K stieg aus dem Fahrzeug und öffnete den Kofferraum, in dem ebenfalls mehrere solche Taschen wahrgenommen werden konnten. Nun trat auch D. hinzu und K entnahm die Taschen dem Kofferraum. Er und D nahmen je 2 der Taschen auf und gingen damit ins Haus Nr.N. . Wegen des Verdachtes der Anlieferung von Zigaretten schritten die Polizeibeamten GrInsp. Sch und RevInsp. Bg ein, in Nacheile konnten K und D beim Abgang zum Keller angehalten werden, R befand sich bereits im Keller. In den Taschen wurde eine große Menge Zigaretten wahrgenommen, sodass K und D wegen Betretung auf frischer Tat eines Finanzvergehens um 10.20 Uhr gemäß § 85 Abs.3 FinStrG festgenommen wurden. Ebenfalls wurde R festgenommen, der aus der Richtung des Kellerabteils Nr.14 kam, vor dem bereits zwei der ausgeladenen Taschen standen, beide ebenfalls mit Inhalt Zigaretten. Die insgesamt in den Taschen vorgefundenen 61.620 Stk. (= 308 Stangen) Zigaretten wurden gemäß § 89 Abs.2 FinStrG beschlagnahmt. Die sich heftig wehrende D musste durch Körperkraft an der Flucht gehindert werden. Die 3 Personen stehen in einem Naheverhältnis, es ist R der Sohn des Lebensgefährten von D , K ein langjähriger Bekannter von D und er kennt auch den R seit längerer Zeit. K wurde zum Lager befragt, in das diese Zigaretten gebracht werden sollten. Er wies darauf hin, dass das Kellerabteil Nr. 14 der Lagerort sei, dass

es sich aber bei den heute angelieferten Zigaretten nicht um seine Ware handelte, sondern dass er nur den Transport durchgeführt habe. Er übergab dem Polizeiorgan einen im Belüftungsloch oberhalb des Kellerabteils abgelegten Schlüssel für das Vorhängeschloss, mit dem die Holztür gesichert war. Unmittelbar dahinter befand sich eine Metalltür, in der ein Schlüssel steckte. In dem Kellerabteil befanden sich in Kisten, Kartons und Plastiktaschen weitere 116.380 Stück (= 582 Stangen) Zigaretten, die ebenfalls beschlagnahmt wurden. Auch das oben angeführte Fahrzeug wurde beschlagnahmt.

Die Festgenommenen und die beschlagnahmten, insgesamt 178.000 Stück Zigaretten sowie das Fahrzeug wurden Organen der Finanzstrafbehörde I. Instanz übergeben. Eine genaue Sichtung der Zigaretten zeigte, dass es sich um solche aus Drittländern bzw. in Drittländer für den „Duty-Free“-Verkauf exportierte Zigaretten handelt.

In der niederschriftlichen Einvernahme durch Organe der Finanzstrafbehörde I. Instanz führte K aus, dass er die heute transportierten Zigaretten morgens beim P. von einer unbekannten männlichen Person, für die er eine Beschreibung abgab, für einen Lohn von 200,- € zum Transport und zur Einlagerung übernommen hatte. Er sicherte dem Mann zu, sie im Haus P. Nr. N. in seinem Kellerabteil Nr. 16 für ein bis zwei Tage zu lagern. Danach borgte er sich von D, der alleinigen Geschäftsführerin der im Haus P. Nr. NN. etablierten Firma F, den PKW Mitsubishi für den Zigarettentransport aus. Auf den Vorhalt der Aussage von Frau D gab er zu, auch schon in den zwei vorangegangenen Tagen den PKW benützt zu haben, wie er ihn überhaupt regelmäßig benütze, da Frau D keinen Führerschein besitze. Das Kennzeichen des Fahrzeugs, aus dem der Unbekannte die Zigaretten in den Mitsubishi um lud, wisse er nicht. Mit den Zigaretten fuhr er nun zum P. Nr. N. und wollte sie ins Kellerabteil Nr. 16 und 17 einlagern. Den zufällig angetroffenen R bat er, ihm beim Einlagern zu helfen. Auf den Vorhalt, dass auch Fr. D von Polizeiorganen dabei beobachtet worden war, wie sie 2 Taschen von ihm entgegennahm und ins Haus Nr. N. trug, erklärte K, sich zu erinnern, dass sie bereits im Hauseingang des Hauses Nr. N. war und dass sie keine Taschen getragen habe. Bezüglich des Kellerabteils Nr. 14, auf das er samt Schlüsselersteck die Polizeibeamten aufmerksam gemacht hatte, führte er aus, vor ca. einem Monat einen Mann, von dem er eine Beschreibung abgab, beobachtet zu haben, wie er einen länglichen Karton in das Kellerabteil brachte, von dem er nur vermuten konnte, dass er Zigaretten enthielt. Er habe mit den in diesem Kellerabteil vorgefundenen Zigaretten jedenfalls nichts zu tun. Die heute angelieferten Zigaretten wollte er ins Kellerabteil Nr. 16/17 einlagern. Frau D habe mit den gelagerten bzw. angelieferten Zigaretten nichts zu tun.

Die Verwahrungshaft über K wurde um 21.30 Uhr aufgehoben.

D. führte in der niederschriftlichen Einvernahme zunächst ihr Bekanntschaftsverhältnis zu

ihren Landsleuten K und R aus. Bei dem gegenständlichen Vorgang habe sie nach Putzarbeiten im Geschäftslokal dieses versperrt und Müll in das Nebengebäude Nr. N. getragen. Nachdem sie den Müll entsorgt hatte und auf dem Rückweg war, stand K. mit 2 Plastiktragtaschen und ein ihr unbekannter Mann im Stiegenhaus, der sie aufforderte, zu warten. Nach kurzer Zeit schritten uniformierte Polizisten ein und sie wurde ins Wachzimmer gebracht. Auch auf den Vorhalt, beobachtet worden zu sein, als sie 2 Taschen aus dem von K eingeparkten Fahrzeug an sich nahm und in das Haus Nr. N. trug, blieb sie bei dieser Version. Das Firmenauto der F. verborge sie des Öfteren an K, da nur er einen Führerschein habe. Sie wisse, dass er früher einmal mit Schmuggelzigaretten betreten wurde, dass er sich weiterhin damit betätige, sei ihr nicht bekannt. Die bei ihr aufgefundenen Zettel mit handschriftlichen Rechnungen hätten mit Zigaretten nichts zu tun.

Die Verwahrungshaft über die Bw. wurde um 22.05 Uhr aufgehoben.

R gab in seiner niederschriftlichen Einvernahme an, den Fahrer des Mitsubishi schon länger unter dem Namen „S“ zu kennen und er sehe ihn bei den Spaziergängen auf dem P. fast täglich, beim Einparken des Mitsubishi am 9.1.2006 sei er zufällig gerade vorbeigegangen und S habe ihn um Hilfe gebeten. Zu diesem Zeitpunkt sei auch eine Frau, nämlich die Lebensgefährtin seines Vaters, beim Fahrzeug anwesend gewesen. Zuerst nahm er, R, 2 Taschen auf und trug sie in den Keller, die beiden anderen Personen blieben noch beim Fahrzeug. Im Keller haben ihn dann Polizeiorgane mit den Zigaretten angehalten. Es habe zu diesem Vorgang keine Absprache mit K gegeben und er habe zum ersten Mal bei einem solchen Vorgang geholfen.

Die Verwahrungshaft über R wurde um 21.50 Uhr aufgehoben.

Aufgrund des Sachverhalts leitete das Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde I. Instanz gegen die 3 Personen am 9.1.2006 jeweils ein Finanzstrafverfahren ein, wobei der Bw. im Einleitungsbescheid zur Last gelegt wurde, in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken mit K und R die o.a. insgesamt 890 Stangen Zigaretten deliktischer Herkunft an sich gebracht und hiermit ein Finanzvergehen nach §§ 37 Abs. 1 lit. a und 46 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen zu haben.

In den weiteren Erhebungen wurde bei der Hausverwaltung des Hauses Nr. N. bezüglich der Zuordnung der Kellerabteile nachgefragt. Die Kellerabteile werden in die Mietverträge nicht mitaufgenommen, weil Mieter die Kellerabteile kurzfristig freier Wohnungen als Müllplatz und zum Abstellen nicht mehr gebrauchter Geräte benutzen und die Hausverwaltung diese Abteile bei Mitvermietung auf ihre Kosten räumen müsste. Die Mieterin von Wohnung Nr. 14 verfügt über kein Kellerabteil. Frau G. von der Hausverwaltung gab die Auskunft, dass die Gegensprechanlage bzw. das Schloss an der Eingangstür ständig beschädigt sind, offenbar

wolle jemand, dass das Objekt permanent zugänglich sei. Weiters sei ihr bei mehreren Besuchen des Objekts aufgefallen, dass der Mann der Mieterin von Wohnung Nr. 16-17, YY., ständig vor dem Objekt aufhältig war und Bedienstete von beauftragten Reinigungs- oder Reparaturfirmen, die sich in den Keller begeben wollten, von K aufgehalten und befragt wurden, warum sie in den Keller gehen wollten. Auch im Mietvertrag von YY. ist kein Kellerabteil miterfasst.

Eine Besichtigung des Kellers durch Organe der Finanzstrafbehörde ergab, dass zum Kellerabteil Nr. 14 eine vom Kellergang aus nicht sichtbare Stromleitung verlegt ist und sich im ca. 20 cm breiten Zwischenraum zwischen Holz- und Metalltür eine Steckdose befindet, wo die Beleuchtung für das Kellerabteil, in dem eine mobile Handlampe lag, eingesteckt werden kann.

In der wegen des strafbestimmenden Abgabebetrag in Höhe von 31.880,- € gemäß § 58 Abs. 1 lit. a FinStrG in der Zuständigkeit des Spruchsenats durchzuführenden mündlichen Verhandlung blieben die 3 Beschuldigten am 23.5.2006 bei ihren bisherigen Verantwortungen. In finanzstrafrechtlicher Hinsicht sind folgende, auszugsweise angeführten Bestimmungen relevant:

Gemäß § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG begeht das Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgabenhhehlerei, wer vorsätzlich eine Sache oder ein Erzeugnis 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 handelt; ...

Gemäß § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG ist jemand mit Geldstrafe bis zum Dreifachen des Betrages, nach dem sich sonst die Strafdrohung richtet, zu bestrafen, wenn es ihm darauf ankommt, sich durch wiederkehrende Begehung der Abgabenhhehlerei nach § 37 Abs. 1 eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (gewerbsmäßige Begehung).

Daneben ist nach Maßgabe des § 15 auf Freiheitsstrafe bis zu 3 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.

Gemäß § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich der Monopolhehlerei schuldig, wer vorsätzlich Monopolgegenstände (§ 17 Abs. 4) oder Erzeugnisse aus Monopolgegenständen, hinsichtlich welcher in Monopolrechte eingegriffen wurde, kauft, zum Pfand nimmt oder sonst an sich bringt, verheimlicht oder handelt.

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

Gemäß lit. c Z. 3 unterliegen die zur Begehung des Finanzvergehens benützten

Beförderungsmittel u.a. dann dem Verfall, wenn das betreffende Finanzvergehen wegen der Beschaffenheit der beförderten Sachen ohne Benützung von Beförderungsmitteln nicht hätte begangen werden können.

Gemäß Abs. 3 leg.cit. sind Beförderungsmittel für verfallen zu erklären, wenn sie zur Zeit der Entscheidung im Eigentum oder Miteigentum des Täters oder eines anderen an der Tat Beteiligten stehen. Weisen andere Personen ihr Eigentum an den Gegenständen nach, so ist auf Verfall nur dann zu erkennen, wenn diesen Personen vorzuwerfen ist, dass sie lit. a) zumindest in auffallender Sorglosigkeit dazu beigetragen haben, dass mit diesen Gegenständen das Finanzvergehen begangen wurde, ... Hierbei genügt es, wenn der Vorwurf zwar nicht den Eigentümer des Gegenstandes, aber eine Person trifft, die für den Eigentümer über den Gegenstand verfügen kann.

Gemäß § 19 Abs. 1 lit. b FinStrG ist auf die Strafe des Wertersatzes zu erkennen, wenn auf Verfall nur deshalb nicht erkannt wird, weil das Eigentumsrecht einer anderen Person berücksichtigt wird.

Gemäß § 136 FinStrG ist ein Strafverfahren einzustellen, wenn einer der in § 82 Abs. 3 lit. b bis e genannten Gründe vorliegt oder wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann

Der Berufungssenat als Finanzstrafbehörde II. Instanz hat erwogen:

Betreffend D. ist unstrittig, dass sie am 9.1.2006 an der Adresse P. Nr. N. bei der durch K durchgeführten Anlieferung von 308 Stangen Zigaretten anwesend war bzw. auch von mehreren Zeugen gesehen wurde und dadurch in Verdacht geriet, mit den angelieferten bzw. den schon im Kellerabteil Nr.14 gelagerten 582 Stangen Zigaretten zu tun zu haben.

Zur objektiven Tatseite ist zu sagen, dass die Zigaretten illegaler Herkunft sind, da es sich zum größeren Teil um solche handelt, die aus österreichischer Produktion stammend zum Duty Free-Verkauf in Rumänien bestimmt waren bzw. bei manchen (Sorten „Chesterfield“ und „Raquel Slims“) kyrillische Aufschriften ihre drittländische Herkunft offensichtlich machen. Von einer zollredlichen Einbringung ins Zollgebiet der EU ist schon aufgrund der großen Menge nicht auszugehen, sondern vielmehr die Vortat des Schmuggels durch unbekannte Täter anzunehmen. Bei den Sorten „HB“ und „Lucky Strike“ handelt es sich um Fälschungsprodukte mit unbekanntem Herstellungsort, sodass man bei ihnen von der Vortat des Schmuggels nicht mit Sicherheit ausgehen kann, es ist aber aufgrund der illegalen Produktion eine tabaksteuerliche Behandlung auszuschließen bzw. wurde eine solche nicht behauptet und daher bei ihnen von der Vortat der Verkürzung von Verbrauchsteuern auszugehen. Bei allen Zigaretten ist aufgrund ihrer illegalen Herstellung bzw. Weitergabe als Vortat des § 46 FinStrG der Eingriff in die Monopolrechte nach § 44 Abs. 1 lit. a FinStrG gegeben. Im Rahmen der §§

37 und 46 FinStrG ist schon das bloße „An-sich-bringen“ solcher Waren ein objektiv strafbarer Tatbestand.

Zu diesen äußeren Merkmalen muss nun als subjektive Tatseite eine entsprechende Einstellung des vorsätzlichen Straftäters hinzukommen in dem Sinn, dass er wissentlich und willentlich, zumindest in der Form des bedingten Vorsatzes im Sinn von § 8 Abs. 1 FinStrG, das gesetzlich umschriebene Tatbild verwirklicht. Im vorliegenden Fall reichen die Verfahrensergebnisse für eine Bestrafung der Bw. nicht aus. Zum Einen ist bezüglich der schon im Kellerabteil Nr.14 des Hauses Nr. N. gelagerten 582 Stangen Zigaretten eine Beteiligung der Bw. jedenfalls nicht zu ersehen. Bezüglich der am 9.1.2006 angelieferten 308 Stangen Zigaretten lässt sich ein marginaler Tatbeitrag der Bw. darin ersehen, dass sie zwei der Taschen kurz in der Hand hatte. Glaubhaft bzw. mit den Verfahrensergebnissen auch nicht widerlegbar ist das Faktum, dass sie in den Tatplan nicht eingeweiht war bzw. keine Kenntnis vom Inhalt der verschlossenen Taschen hatte. Daher war das Finanzstrafverfahren gegen sie spruchgemäß einzustellen.

Bezüglich des Ausspruchs der Strafe des Verfalls der Zigaretten wird festgehalten, dass dieser zwar gegenüber der Bw. D nicht mehr, aber in der gleichzeitig gegen K. ergangenen Berufungsentscheidung vom 18.10.2007 weiterhin besteht und gemäß oben angeführten Bestimmungen zwingend ist. Die Konstellation, dass ein unbeteiligter Eigentümer den Verfallsausspruch gegen sich gelten lassen muss (§ 17 Abs. 4 FinStrG), besteht im vorliegenden Fall für D ohnehin nicht, da die Bw. keinerlei Rechte an den Zigaretten geltend gemacht hat.

Anders gestaltet sich diese Frage beim Fahrzeug Mitsubishi xx. Der diesbezügliche Verfall ist gegenüber der Bw. aufgrund der Verfahrenseinstellung aufgehoben, gegenüber K ist er wegen des Schuldspruchs der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei rechtlich möglich. Da das Eigentumsrecht der F. anzuerkennen und keine auffallende Sorglosigkeit (§ 17 Abs. 3 FinStrG) im Bereich des Eigentümers vorzuwerfen war, war der Verfallsausspruch auch in der Berufungsentscheidung gegen K gemäß § 17 iVm § 19 Abs. 1 lit. b FinStrG aufzuheben. Somit hat die F. – aus finanzstrafrechtlicher Sicht – wieder einen Herausgabeanspruch auf das Fahrzeug.

Wien, am 18. Oktober 2007