



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Finanzstrafsenat 7

GZ. FSRV/0020-W/05

## Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat 7 als Organ des unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Mag. Leopold Lenitz, das sonstige hauptberufliche Mitglied HR Dr. Josef Lovranich sowie die Laienbeisitzer Dagmar Deutsch und Reinhold Haring als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw., wegen der Finanzvergehen der Bestimmung zum Schmuggel und zum vorsätzlichen Verstoß gegen die Bestimmungen des Tabakmonopoles gemäß §§ 11, 35 Abs. 1 lit. a, und 44 Abs. 1 lit. b, teilweise in der Form des Versuches nach § 13 des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung der Beschuldigten vom 16. Februar 2005 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt Wien vom 15. Dezember 2004, Zahl 90.027/99-AFA/Hd(EJ), nach der am 17. November 2005 in Anwesenheit der Beschuldigten und des Amtsbeauftragten Mag. Reinhard Lackner sowie der Schriftührerin Gerlinde Zehetmayer durchgeföhrten Verhandlung

zu Recht erkannt:

1.) Der Berufung wird teilweise stattgegeben und das angefochtene Erkenntnis in seinem die Beschuldigte betreffenden Spruch aufgehoben und in der Sache entschieden:

Bw. , ist schuldig S. dazu bestimmt zu haben, im Zeitraum von Anfang 1997 bis zum 6. Jänner 1999 vorsätzlich eingangsabgabepflichtige Waren, die zugleich Monopolgegenstände sind, nämlich 3.400 Stück Marlboro Lights, 1.200 Stück Marlboro Classic und 400 Stück Memphis Classic der zollamtlichen Überwachung zu entziehen oder vorschriftswidrig ins Zollgebiet zu verbringen und diese vorsätzlich einem monopolrechtlichen Einfuhrverbot zuwider einzuführen oder dies bezüglich 800 Stück Marlboro Lights und 200 Stück Marlboro Classic zu versuchen.

Sie hat dadurch das Finanzvergehen des Schmuggels in Tateinheit mit dem vorsätzlichen Eingriff in die Rechte des Tabakmonopoles als Bestimmungstäterin nach den §§ 11, 35 Abs. 1 lit. a und 44 Abs. 1 lit. b bzw. 13, 44 Abs. 1 lit. b FinStrG begangen.

Gemäß §§ 35 Abs. 4, 44 Abs. 2 FinStrG wird die Geldstrafe in der Höhe von € 250,-- und die für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe mit 1 Tag festgesetzt.

Gemäß § 19 FinStrG wird der anteilige Wertersatz für die bereits weitergegebenen Zigaretten in der Höhe von € 230,--, und die für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe mit 1 Tag festgesetzt.

2.) Gemäß § 185 FinStrG werden die Kosten des Finanzstrafverfahrens mit € 25,-- festgesetzt.

3.) Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

## **Entscheidungsgründe**

Der Spruchsenat beim Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz erkannte die Berufungswerberin (Bw.) mit seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2004, Zahl 90.027/99-AFA/Hd(Ej) als Bestimmungstäterin der Finanzvergehen des Schmuggels in Tateinheit mit dem vorsätzlichen Eingriff in die Rechte des Tabakmonopols nach den §§ 11, 35 Abs. 1 lit. a und 44 Abs. 1 lit. b FinStrG für schuldig. Sie habe S. dazu bestimmt, im Zeitraum Anfang 1997 bis 6. Jänner 1999 vorsätzlich eingangsabgabepflichtige Waren, die zugleich Monopolgegenstände sind, nämlich 400 Stück Zigaretten der Marke Marlboro, 5.200 Stück Zigaretten der Marke Marlboro Lights und 1.400 Stück Zigaretten der Marke Memphis Classic, zusammen 7.000 Stück (= 35 Stangen) der zollamtlichen Überwachung zu entziehen und diese vorsätzlich einem monopolrechtlichen Einfuhrverbot zuwider einzuführen.

Gemäß §§ 35 Abs. 4 und 44 Abs. 2 FinStrG setzte der Spruchsenat eine Geldstrafe in der Höhe von € 600,--, Ersatzfreiheitsstrafe zwei Tage fest.

Gemäß § 19 FinStrG verhängte der Spruchsenat eine Wertersatzstrafe für die bereits weitergegebenen Zigaretten in der Höhe von € 400,--, Ersatzfreiheitsstrafe ein Tag fest.

Schließlich wurden die Kosten des Strafverfahrens gegenüber der Bw. mit € 60,-- festgesetzt.

Dagegen richtet sich die Berufung der Bw., worin sie ausführt, dass bei der Hausdurchsuchung bei ihr am 7. Jänner 1999 keine Zigaretten vorgefunden werden konnten.

Es habe sich dabei um eine Einschränkung ihrer persönlichen Freiheit und ihrer Wohnfreiheit gehandelt. Sie habe bereits am 7. Jänner 1999 zu Protokoll gegeben, dass sie keine Zigaretten übernommen habe und beantrage eine Überprüfung und Aufhebung der Geldstrafe von € 3.210,--. Sie sei in Österreich bereits 13 Jahre verheiratet, führe ein anständiges Leben und befasse sich weder mit Schmuggel noch mit anderen gesetzwidrigen Geschäften.

### **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. b FinStrG macht sich des vorsätzlichen Eingriffes in Monopolrechte schuldig, wer zu seinem oder eines anderen Vorteil vorsätzlich Monopolgegenstände einem monopolrechtlichen Einfuhrverbot zuwider einführt.

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

Bestimmen ist dabei ein vorsätzliches Veranlassen der Tatbegehung durch Erwecken des Tatentschlusses (OGH vom 18. Dezember 1975, Zahl 13 Os 76/75, LSK 1976/73).

Bestimmungstäter ist nur, wer vorsätzlich durch Befehlen, Anraten Unterricht, Zusicherung oder Zuwendung eines Vorteiles, durch Bitten, Lob oder Tadel, durch Drohung oder Bestechung einen anderen, nämlich den Täter, bestimmt, ein Finanzvergehen auszuführen.

Es ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Am 6. Jänner 1999 stellte sich Frau S. aus der Slowakei kommend beim Zollposten Kittsee zur Eingangsabfertigung. Sie gab keine spontane Zollanmeldung ab und wurde vom Zollbeamten nach mitgeführten Waren, insbesondere nach Zigaretten und Alkoholiker, befragt. Diese Frage verneinte sie. Bei der folgenden Fahrzeugrevision entdeckte der Beamte, dass Frau S. Zigaretten am Körper versteckt bei sich trug. Insgesamt gab sie dann 14 Stangen Zigaretten heraus (5 Stangen Marlboro Classic, 5 Stangen Marlboro Lights und 4 Stangen Memphis Lights). Anlässlich ihrer ersten Vernehmung, deren Protokolle sie allerdings nicht unterfertigte, gab sie an, dass sie die in der Slowakei von ihr angekauften Zigaretten zu ihrer - damals in

Hainburg lebenden - Schwester, der Bw., gebracht hätte. Bei der unter der Anwesenheit einer Dolmetscherin fortgeföhrten Vernehmung bestätigte sie diese Aussagen.

Weiters konnten bei S. ein Taschenkalender des Jahres 1997 mit handschriftlichen Aufzeichnungen vorgefunden werden. Verschiedenen Vornamen, nämlich Herbert, Andrea, Carin, Robert, M und Harry, wurden in mehreren Fällen Zigarettenstangen verschiedener Marken zugeordnet. Die Abkürzungen "Mem" stand offensichtlich für die Marke Memphis, "MI" für die Marke Marlboro Lights und "Mc" für die Marke Marlboro Classic. Dem Vornamen M waren bei sechs Aufzeichnungen insgesamt 13 Stangen Marlboro Lights, 5 Stangen Marlboro Classic und 2 Stangen Memphis Classic zugeschrieben. Den Zigaretten waren regelmäßig auch handschriftlich Geldbeträge zugeordnet, sodass davon auszugehen ist, dass S. die Zigaretten in Österreich nicht unentgeltlich weitergegeben hat. Diese Eintragungen wären ansonsten ja sinnlos gewesen. Zusätzlich war nach S. auf dem Kalenderblatt des 18. Februar die Bestellung von 3 Stangen Marlboro Light und 1 Stange Marlboro Classic und 1 Stange Memphis Classic für die Bw. verzeichnet, die Bestellung, die der Einreise am 6. Jänner 1999 zugrunde lag. Die bestellte Stange Zigaretten der Marke Memphis Classic war nach Angabe der Frau Sona Skarupova in der Slowakei nicht erhältlich gewesen, sodass von der Aufgriffsmenge der Bw. 4 Stangen Marlboro Light und 1 Stange Marlboro Classic zugeordnet wurden.

Zu diesen Zigaretten sagte S. in ihrer Vernehmung am 6. Jänner 1999 aus, dass ihre Schwester sie einige Tage vorher gebeten hatte, diese Zigaretten mitzubringen. Die Stange Memphis Classic sei, wie bereits gesagt, nicht erhältlich gewesen.

Aus dieser Aussage ist für den Senat klar ersichtlich, dass die Eintragungen im Kalender jeweils die bestellten Zigarettenmengen darstellten und weiters, dass diese Zigaretten auf Grund und wegen der Bestellung ins Zollgebiet verbracht worden sind. Die Angaben der Frau S. und auch der Bw., dass die Aufzeichnungen im Kalender nur zum Spaß oder "nur so" erfolgt seien, sind als völlig unglaublich einzustufen. Es gibt keinen vernünftigen Grund, dass die Aufzeichnung vom 18. Februar eine Bestellung von Zigaretten sein sollte, alle anderen Aufzeichnungen derselben Art das aber nicht sein sollten.

In ihrer Berufung gegen das Erkenntnis des Spruchsenates gibt Frau S. dies auch zu. Sie schreibt, dass sie gelegentlich aus Gefälligkeit Zigaretten mitgenommen habe, jedoch eindeutig nicht in dieser Menge.

Der Senat ist im Gegensatz zum angefochtenen Erkenntnis allerdings der Ansicht, dass in diesem Verfahren nur die Eintragungen im Kalender zu berücksichtigen sind, die eindeutig der Bw. zugeordnet werden können. Nicht zuzuordnen sind ihr aus diesem Grund die Eintragungen von Zigarettenstangen, die zwar jeweils bei ihrem Namen stehen, aber

durchgestrichen worden sind. Es ist für den Senat nicht mit der nötigen Sicherheit geklärt und damit auch festzustellen, dass diese bestellten Mengen auch tatsächlich der Bw. zugekommen sind. Das Durchstreichen kann ja auch heißen, dass die jeweilige Bestellung nicht ausgeführt worden ist.

In der Summe ergeben sich aus den insgesamt 6 Eintragungen folgende Zigarettenmengen:  
13 Stangen Marlboro Lights, 5 Stangen Marlboro Classic und 2 Stangen Memphis Classic.

Aus dem Aufgriff vom 6. Jänner 1999 werden der Bw. 4 Stangen Marlboro Lights und 1 Stange Marlboro Classic zugeordnet sodass insgesamt eine Menge von 17 Stangen Marlboro Lights, 6 Stangen Marlboro Classic und 2 Stangen Memphis Classic errechnet werden können.

Frau S. hat mit Verlassen des Amtsplatzes des jeweiligen Grenzzollamtes bzw. der Zollstelle des jeweiligen Grenzzollamtes bei insgesamt 6 Einreisen (abgesehen bei der Einreise am 6. Jänner 1999) die Zigaretten der zollamtlichen Überwachung entzogen und – eine Einfuhrbewilligung für die Zigaretten wurde an ausländische Reisende nie ausgestellt und ist daher auch in den gegenständlichen Fällen auszuschließen – einem Einfuhrverbot zuwider ins Zollgebiet verbracht. Es war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum gemäß dem damals geltenden § 2 Abs. 1 Tabakmonopolgesetz die Überführung von Zigaretten als Monopolgegenstände in den zollrechtlich freien Verkehr zu gewerblichen Zwecken, also zur entgeltlichen Weitergabe, grundsätzlich verboten.

Das Wissen darüber, dass die Reisefreigrenze von 200 Stück Zigaretten je Reisenden pro Reise nicht bei einer entgeltlichen Weitergabe der Zigaretten zum Tragen kommt und ein Einbringen von Zigaretten ohne Zollbehandlung nicht zulässig ist bzw. auch über das damalige Einfuhr- und Handelsmonopol der Republik Österreich mit Zigaretten als Monopolgegenstände ist als allgemein bekannt vorauszusetzen und war daher sowohl Frau S. als auch der Bw. bekannt

Bezüglich der Einreise am 6. Jänner 1999 bei der die Zigaretten von Frau S. an ihrem Körper versteckt waren und dies noch bei der Zollstelle entdeckt worden ist, ist davon auszugehen, dass die Zigaretten nicht gestellt worden sind und daher vorschriftswidrig ins Zollgebiet verbracht worden sind. Es ist damit von S. der Tatbestand des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a erster Fall erfüllt worden. Das Monopoldelikt ist dabei nicht vollendet worden, sodass von einem Versuch gem. § 13 FinStrG auszugehen ist

Der Senat ist der Überzeugung, dass das jeweilige Bestellen der Zigaretten durch die Bw. bei ihrer Schwester den Anstoß zunächst zum Ankauf der Zigaretten in der Slowakei und dann zur

jeweiligen Tatausführung des Schmuggelns der Zigaretten bzw. des vorsätzlichen Verstoßes gegen das Tabakmonopol gegeben hat.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Bw. ihre Schwester S. dazu bestimmt hat, bei insgesamt 7 Fahrten insgesamt 25 Stangen Zigaretten nach Österreich zu schmuggeln und vorsätzlich einem Einfuhrverbot zuwider nach Österreich einzuführen. Sie hat dadurch bezüglich dieser Zigaretten die Finanzvergehen nach den §§ 11, 35 Abs. 1 lit. a erster und letzter Fall und 44 Abs. 1 lit. b FinStrG, letzteres teilweise in der Form des Versuches nach § 13 FinStrG, begangen.

Zur Strafbemessung wird ausgeführt:

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

Gemäß Abs. 2 leg.cit. sind bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Im Übrigen gelten die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß

Gemäß Abs. 3 lig.cit. 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 Ware 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 gem. lit. c zu berechnen bei vorsätzlichen Eingriffen in das Tabakmonopol für Monopolgegenstände, für die ein Kleinverkaufspreis festgesetzt ist, nach 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.

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

Der Strafrahmen, der sich aus der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 21 Abs. 1, 35 Abs. 4 und 44 Abs. 2 FinStrG ergibt, lässt sich wie folgt berechnen:

Zoll	ATS	3.265,00	
------	-----	----------	--

EUSt	ATS	2.608,00	
Tabaksteuer	ATS	5.359,00	
Summe	ATS	11.232,00	x 2
	ATS	22.464,00	
Bemessungsgrundlage nach § 44 Abs. 2 lit. c	ATS	9.840,00	
Gesamtbetrag	ATS	32.304,00	
entspricht	€	2.347,00	

Als Schuldform kann Vorsatz, zumindest in der Form des bedingten Vorsatzes, angenommen werden.

Als mildernd war die finanzstrafrechtliche Unbescholtenseitheit der Bw., der Umstand, dass sie die Tat schon vor längerer Zeit begangen hat und sich seither wohlverhalten hat und zusätzlich auch die mittlerweile lange Verfahrensdauer im Sinne des § 34 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen. Als erschwerend war kein Umstand festzustellen..

Bei der wirtschaftlichen Situation der Bw. ist ab Dezember 2005 von einem monatlichen Nettoverdienst von € 800.-, vorher nach ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung lediglich von einer wohl geringeren finanziellen Unterstützung durch ihre zukünftige Chefin auszugehen.

Verbunden mit der erheblichen Reduzierung der der Bw. zugeordneten geschmuggelten Zigaretten war daher die Geldstrafe in der Höhe von € 250.-, Ersatzfreiheitsstrafe 1 Tag, festzusetzen.

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.

Gem. Abs. 3 leg.cit. entspricht die Höhe des Wertersatzes dem gemeinen Wert, den die dem Verfall unterliegenden Gegenstände im Zeitpunkt der Begehung des Finanzvergehens hatten.

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

Beim Wertersatz war vom gemeinen Wert in der Höhe des Kleinverkaufspreises von Zigaretten derselben Marken auszugehen, sohin von einem Gesamtbetrag von ATS 7.920.-, das

entspricht € 575.-. Der anteilige Wertersatz wurde für sie mit 40%, das sind € 230.- , Ersatzfreiheitsstrafe 1 Tag, festgelegt. Angesichts der wiederholten Begehungen bleib für auch eine nur teilweise Nachsicht der Verhängung des Wertersatzes kein Raum.

Zuletzt ist zu dem in der Berufung erhobenen Vorwurf einer rechtswidrigen Hausdurchsuchung anzumerken, dass es sich dabei nach der auch von der Bw. unterzeichneten Niederschrift vom 7. Jänner 1999 um eine von ihr selbst gestattete freiwillige Nachschau gehandelt hat.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 17. November 2005