



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Salzburg  
Finanzstrafsenat 5

GZ. FSRV/0014-S/09

## Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat 5 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden HR Dr. Andreas Hartl, das sonstige hauptberufliche Mitglied HR Dr. Doris Schitter sowie die Laienbeisitzer Mag. Wilfried Bischofer und Dr. Edgar Atzmanstorfer als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen VS, geb. 1, S, vertreten durch Dr. Leopold Hirsch, Rechtsanwalt, 5020 Salzburg, Nonntaler Hauptstrasse 1a, wegen der Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei gemäß § 37 Abs. 1 lit. a iVm. § 38 Abs.1 lit. a und der vorsätzlichen Monopolhehlerei gemäß § 46 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Leopold Hirsch, eingelangt am 27. Mai 2009, sowie über die Berufung des Amtsbeauftragten Mag. Gerald Petritsch vom 6. Mai 2009, gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt Salzburg als Organ des Zollamtes Salzburg, als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 9. März 2009, SpS , StrNr. 600000/2008/00000-001 nach der am 24. November 2009 in Anwesenheit des Beschuldigten, seines Verteidigers, sowie des Amtsbeauftragten Mag. Gerald Petritsch und der Schriftführerin Ulrike Kranzinger durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

Der Berufung des Beschuldigten und der Berufung des Amtsbeauftragten wird teilweise Folge gegeben und der angefochtene Bescheid in seinem Ausspruch über die Geldstrafe und die Ersatzfreiheitsstrafe wie folgt abgeändert:

Gem. §§ 37 Abs. 2, 38 Abs. 1 lit. a, 46 Abs. 2 iVm. § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG wird über ihn eine Geldstrafe in der Höhe von € 11.000,00 verhängt.

Gem. § 20 FinStrG wird für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe von 31 Tagen ausgesprochen.

Gemäß § 37 Abs. 2 letzter Satz und § 46 Abs. 2 FinStrG wird auf Verfall von 304 Stangen (60.800 Stück) Zigaretten der Marken Memphis blue, Memphis blue lights, Memphis classic, Marlboro light und Marlboro erkannt.

Gem. § 19 Abs. 1 lit. a FinStrG wird betreffend 46 Stangen Zigaretten der Marken Memphis und Marlboro statt auf Verfall auf anteiligen Wertersatz von € 1.700,00 erkannt

Gem. § 20 FinStrG wird für den Fall der Uneinbringlichkeit des Wertersatzes eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen ausgesprochen.

Gem. § 185 FinStrG sind die Kosten des Strafverfahrens in Höhe von € 110,-- sowie die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen. Die Höhe der Kosten des Strafvollzuges wird durch gesonderten Bescheid festgesetzt werden.

Im übrigen werden die Berufungen als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Erkenntnis vom 9. März 2009, StrNr. 600000/2008/00000-001, hat das Zollamt Salzburg als Finanzstrafbehörde erster Instanz den Bw. der Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a iVm. § 38 Abs.1 lit. a und der vorsätzlichen Monopolhehlerei gemäß § 46 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) für schuldig erkannt, weil er im August 2008 in Salzburg vorsätzlich 350 Stangen unverzollte Zigaretten (70.000 Stück) der Marken Marlboro und Memphis mit einem Zollwert von € 5.600,-- einer Eingangsabgabenbelastung von € 13.872,56 (Zoll € 3.225,60, Tabaksteuer € 7.401,54, EUST € 3.245,42) und einem Kleinverkaufspreis von € 12.868,00, hinsichtlich welcher von unbekannten Tätern das Finanzvergehen des Schmuggels begangen worden war, gekauft, an sich gebracht und teilweise verhandelt hat, sowie vorsätzlich Monopolgegenstände, hinsichtlich welcher in Monopolrechte eingegriffen wurde, gekauft, an sich gebracht, teilweise verhandelt hat, wobei es ihm betreffend der Abgabenhhehlerei darauf ankam, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß § 37 Abs. 2, 38 Abs. 1 iVm. § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von € 16.000,00 verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 40 Tagen ausgesprochen. Gemäß § 37 Abs. 2 letzter Satz und § 46 Abs. 2 FinStrG wurde auf Verfall von 304 Stangen (60.800 Stück) Zigaretten Memphis blue, Memphis blue lights, Memphis classic, Marlboro light und Marlboro erkannt.

Gem. § 19 Abs. 1 lit. a FinStrG wurde betreffend 46 Stangen Zigaretten Memphis und Marlboro statt auf Verfall auf anteiligen Wertersatz von € 1.700,00 erkannt. Gemäß § 20 FinStrG wurde für den Fall der Uneinbringlichkeit des Wertersatzes die an dessen Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe mit 5 Tagen festgesetzt.

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

In seiner Begründung führte der Spruchsenat aus, dass der vollinhaltlich geständige Beschuldigte von Beginn an vor hatte, sich mit dem Verkauf von billigen Zigaretten, die er von einem Bekannten beziehen konnte, sein Einkommen als Hilfsarbeiter etwas aufzubessern und sich damit eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Ihm sei auch bekannt gewesen, dass die Zigaretten aus dem Kosovo kommen und daher vorher bereits von unbekannten Personen unter Umgehung des Zolles und unter Verletzung des Tabakmonopolrechtes nach Österreich geschmuggelt worden waren.

Bei der Strafbemessung nahm der Erstsena einen Gesamtstrafrahmen iHv. € 54.485,68 an. Als Milderungsgründe wertete der Senat das Geständnis und die bisherige finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit; Erschwerungsgründe wurden nicht festgestellt. Weiters wurde auf Verfall der beschlagnahmten 304 Stangen Zigaretten sowie auf Wertersatz iHv. € 1.700,00 für 46 Stangen Zigaretten, die er bereits weiterverkauft hatte, erkannt.

Gegen dieses Erkenntnis richten sich die fristgerechten Berufungen des Beschuldigten, betreffend Höhe der Geldstrafe und des Wertersatzes, und des Amtsbeauftragten, betreffend Höhe der Geld-, Wertersatz- und Ersatzfreiheitsstrafe, wobei in der Berufung des Beschuldigten im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

Die verhängte Geldstrafe iHv. € 16.000,00 sei im Verhältnis zur Maximalstrafe iHv. € 54.485,68 unter Berücksichtigung der Milderungsgründe zu hoch angesetzt. Als strafmildernd seien das vollinhaltliche Geständnis sowie die bisherige Unbescholtenheit gewertet worden. Unverständlicherweise sei außer Acht gelassen worden, dass durch die Sicherstellung eine teilweise Schadensgutmachung erfolgt sei. Da ein Großteil der Zigaretten

vom Zollamt beschlagnahmt worden sei, habe der Berufungswerber durch den Verkauf der Zigaretten auch keinerlei Einnahmen erzielt. Die verhängte Geldstrafe sei daher als existenzgefährdend zu bezeichnen. Auch der geltend gemachte anteilige Wertersatz iHv. € 1.700,00 sei ebenfalls als überhöht anzusehen.

In der Berufung des Amtsbeauftragten wird ausgeführt, dass die verhängten Strafen, insbesondere die verhängten Ersatzfreiheitsstrafen, als zu niedrig angesetzt anzusehen seien.

In der Gegenäußerung zur Strafberufung des Amtsbeauftragten führte der Beschuldigte aus, dass er aus der Tat keinen Vorteil gehabt habe, da der Großteil der Zigaretten vom Zollamt beschlagnahmt worden sei. Die Sicherstellung dieser Zigaretten hätte als teilweise Schadensgutmachung anerkannt werden müssen. Da es sich bei der Tat des Beschuldigten um ein typisches durchschnittliches Finanzstraftdelikt gehandelt habe, sei es daher weder aus spezial- noch aus generalpräventiven Erwägungen notwendig, eine noch höhere als die bereits ausgesprochene drakonische Geldstrafe zu verhängen.

In der mündlichen Verhandlung führte der Beschuldigte aus, dass ein vollständiges Geständnis vorliege, unabhängig vom Zeitpunkt, wann dieses abgegeben worden sei, das als strafmildernd zu berücksichtigen sei. Darüber hinaus reduziere sich sein Fehlverhalten lediglich auf 46 Stangen Zigaretten, die er von insgesamt 350 Stangen tatsächlich verkauft habe. Zu berücksichtigen sei auch die schlechte finanzielle Situation von ihm und seiner Familie und die Tatsache, dass kein Umstand als erschwerend ins Gewicht falle und inzwischen eine teilweise Schadenswiedergutmachung erfolgt sei. Auf Grund des vom Beschuldigten gezeigten Wohlverhaltens seien auch keine general- oder spezialpräventiven Gründe bei der Strafbemessung zu berücksichtigen. Im Hinblick auf das Vorliegen von ausschließlichen Milderungsgründen könne man die Mindeststrafe verhängen.

Der Amtsbeauftragte erklärte, dass das vorliegende Geständnis zu hinterfragen sei, weil der Beschuldigte nur immer jenen Tatvorwurf zugestanden habe, der ihm nachgewiesen werden konnte. Selbst unmittelbar vor der Hausdurchsuchung habe er abgestritten, Zigaretten zu Hause gelagert zu haben, was sich letztendlich als unrichtig herausgestellt habe. Auch sei die Schadensgutmachung nicht in vollem Umfange zu berücksichtigen, weil sich bis dato eine solche nur in der Höhe von € 4.706,00 von insgesamt € 14.031,00 ergeben habe.

### ***Zur Entscheidung wurde erwogen:***

Der Beschuldigte ist als Hilfsarbeiter bei der Fa. X, tätig und bislang finanzstrafrechtlich unbescholten. Er ist verheiratet und hat keine Sorgepflichten. Monatlich bringt er ca. €

1.200,00 ins Verdienen. Seine finanziellen Aufwendungen belaufen sich auf € 300,00 monatlich an das Zollamt, € 630,00 monatliche Miete für die Wohnung in der E., in der er gemeinsam mit seiner Gattin wohnt und ca. € 1.300,00 Kreditrückzahlungen für drei Wohnungen in der V.. Eine Wohnung (W 23) befindet sich im gemeinsamen Eigentum mit seiner Gattin; die beiden anderen Wohnungen (W 33 und W 17) und eine Garage (zu W 17) hat er für seine Töchter N. (Kaufvertrag vom 4.5.2007) und R. (Kaufvertrag vom 1.8.2008) gekauft, wobei zu seinen Gunsten ein Belastungs- und Veräußerungsverbot angemerkt ist.

Der Beschuldigte ist geständig, im August 2008 insgesamt 350 Stangen geschmuggelte Zigaretten von einem Bekannten zum Weiterverkauf übernommen zu haben. Ihm war aufgrund des geringen Preises der Zigaretten klar, dass diese nicht versteuert sein konnten.

Mit Erkenntnis des Spruchsenates vom 9. März 2009 wurde er der gewerbsmäßigen Angabenhehlerei nach 37 Abs. 1 lit. a iVm. § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG sowie der vorsätzlichen Monopolhehlerei § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG schuldig erkannt.

Wie schon in der Berufungsschrift haben der Beschuldigte und der Amtsbeauftragte in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungssenat angegeben, dass sich die Berufungen ausschließlich gegen die Strafbemessung richten. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist daher die Höhe der verhängten Geld-, Wertersatz- bzw. Ersatzfreiheitsstrafen.

Hinsichtlich des Ausspruches der Schuld ist somit (Teil-)Rechtskraft eingetreten:

Erwächst der Schuldspruch der Finanzstraßbehörde erster Instanz mangels Bekämpfung in (Teil-)Rechtskraft, so ist er nicht mehr Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens; die Rechtsmittelbehörde ist vielmehr an diesen Schuldspruch gebunden.

Gemäß § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich der Abgabenhehlerei 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 handelt;

(2) Die Abgabenhehlerei wird mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des 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.

(4) Auf die Geldstrafen nach Abs. 2 und 3 ist § 35 Abs. 4 zweiter Satz anzuwenden.

(5) Die Abgabenhhehlerei ist auch dann strafbar, wenn die Person, die den Schmuggel, die Verzollungsumgehung oder die Verkürzung von Verbrauchsteuern oder von Eingangs- oder Ausgangsabgaben begangen hat, nicht bestraft werden kann.

Gem. § 38 (1) FinStrG ist mit Geldstrafe bis zum Dreifachen des Betrages, nach dem sich sonst die Strafdrohung richtet, zu bestrafen,

a) wer einen Schmuggel, eine Abgabenhinterziehung oder eine Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben oder eine Abgabenhhehlerei 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 und bei einem strafbestimmenden Wertbetrag von mehr als drei Millionen Euro auf Freiheitsstrafe bis zu sieben 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.

(2) Die Strafdrohung gilt nur für diejenigen Beteiligten, deren Vorsatz die im Abs. 1 bezeichneten erschwerenden Umstände umfasst.

Gem. § 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 verhandelt,

Abs.2: Die Monopolhehlerei wird mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen der Bemessungsgrundlage (§ 44 Abs. 2) geahndet. Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 zu erkennen.

Abs. 4: Die Monopolhehlerei ist ohne Rücksicht darauf strafbar, ob der Eingriff in Monopolrechte geahndet werden kann.

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

Gemäß § 23 Abs. 2 und 3 FinStrG sind bei der Ausmessung der Strafe die Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen und zusätzlich die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen.

Gemäß § 23 Abs. 4 FinStrG ist bei Finanzvergehen, deren Strafdrohung sich nach einem Wertbetrag richtet, die Bemessung der Geldstrafe mit einem ein Zehntel des Höchstmaßes der angedrohten Geldstrafe unterschreitenden Betrages nur zulässig, wenn besondere Gründe vorliegen.

Der vom Gesetzgeber im gegenständlichen Fall gem. § 37 Abs. 2, 38 Abs. lit. a und 46 Abs. 2 FinStrG iVm. § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG angedrohte Strafraumen, innerhalb dessen nach den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 bis 3 leg. cit. die tatsächliche Geldstrafe auszumessen ist, beträgt auf Grund der Bestimmungen des § 38 Abs. 1 FinStrG das Dreifache der Strafraumens des § 37 Abs. 1, sodass die höchstzulässige Gesamtgeldstrafe im vorliegenden Fall € 41.617,68 (= 13.872,56 x 3) beträgt.

Gemäß § 46 Abs. 2 FinStrG wird die Monopolhehlerei mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen der Bemessungsgrundlage (§ 44 Abs. 2) 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). Der Kleinverkaufspreis der verfahrensgegenständlichen Zigaretten beträgt € 12.868,00.

Hat jemand durch eine Tat oder durch mehrere selbständige Taten mehrere Finanzvergehen derselben oder verschiedener Art begangen und wird über diese Finanzvergehen gleichzeitig erkannt, so ist auf eine einzige Geldstrafe zu erkennen (§ 21 Abs. 1 FinStrG).

Die Berechnung der strafbestimmenden Wertbeträge ergibt folgenden Strafraumen:

#### **strafbestimmende Wertbeträge**

Eingangsabgaben für Zigaretten	€ 13.872,56	Abgabenhehlerei § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG
§ 38 Abs. 1 lit. a (13.872,56 x 3)	€ 41.617,68	
Kleinverkaufspreis Zigaretten	€ 12.868,00	Monopoleingriff § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG
	€ 54.485,68	gesamt

Die im bekämpften Erkenntnis verhängte Geldstrafe beträgt sohin 29,36 % des möglichen Strafraumens.

Bei der Strafzumessung nahm der Spruchsenat als mildernd das Geständnis und die bisherige finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit, als erschwerend keinen Umstand an.

Der Berufungssenat hat bei der Bemessung der Geld- und Wertersatzstrafe als mildernd die finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit, das Geständnis des Beschuldigten und die teilweise Schadensgutmachung, als erschwerend keinen Umstand gewertet.

Auch der generalpräventive Aspekt des Strafzweckes ist im gegenständlichen Fall von Bedeutung. So erfordert die nicht mehr nur durchschnittliche Dimension des Fehlverhaltens eine angemessene Bestrafung, um andere, potentielle Täter in der Situation des Beschuldigten von derartigen Finanzvergehen abzuhalten. Insbesondere ist offenkundig, dass im Bereich des Zigarettenschmuggels auf Grund der offeneren Grenzen erschwerte Erfassung und damit eine geringeren Überprüfungsmöglichkeit durch die Zollverwaltung erfahrungsgemäß ein größeres Gefahrenpotential für Finanzvergehen dieser Art gegeben ist. In Anbetracht der angespannten finanziellen Lage des Beschuldigten erscheint aber die vom Erstenat verhängte Geldstrafe von € 16.000,00 dennoch als zu hoch bemessen, zumal der Beschuldigte mittlerweile auch einen Teil des Schadens iHv. € 4.546,92 zurückgezahlt hat und derzeit den noch aushaftenden Rückstand mittels Ratenzahlung bezahlt. Insoweit war daher der Berufung des Beschuldigten Folge zu geben und die Geldstrafe mit € 11.000,00 (20% des Strafrahmens) festzusetzen, die Ersatzfreiheitsstrafe im Sinne der Strafberufung des Amtsbeauftragten jedoch nur in einem geringeren Ausmaß zu reduzieren. Eine weitere Reduktion der Geldstrafe erscheint jedoch insbesondere im Hinblick auf general- und spezialpräventive Überlegungen nicht vertretbar.

Gem. § 17 FinStrG war zwingend auf Verfall der sichergestellten Zigaretten zu erkennen. Der Einwand des Beschuldigten, der Verfall der Zigaretten sei ein Teil der Schadensgutmachung, geht ins Leere, da es sich beim Verfall um eine Nebenstrafe handelt, die zwingend im Falle der Bestrafung wegen Abgabenhehlerei nach § 37 Abs. 1 FinStrG auszusprechen ist.

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.



Umstände, wonach der Wertersatz (Abs. 3) oder der Wertersatzanteil (Abs. 4) zur Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis stünden, haben sich nicht ergeben.

Bei der Berechnung der Höhe des Wertersatzes sind die Grundsätze der Strafbemessung (§ 23 FinStrG) anzuwenden.

Der Spruchsenat hat für die bereits verkauften 46 Stangen Zigaretten eine Wertersatzstrafe iHv. € 1.700,00 (=13,21 % vom Kleinverkaufspreis) sowie im Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe iHv. 5 Tagen festgesetzt. Da bei der Festsetzung der Höhe der Wertersatzstrafe sowie der Ersatzfreiheitsstrafe die Grundsätze der Strafzumessung anzuwenden sind, wird den Erwägungsgründen der Strafbemessung bereits erstinstanzlich ausreichend Rechnung getragen, sodass sowohl die Berufung des Beschuldigten als auch die Berufung des Amtsbeauftragten in diesem Punkt abzuweisen waren.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 185 FinStrG.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Salzburg, am 24. November 2009