



Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat 4 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. Gottfried Warter und Mag. Pharm. Dr. Friedemann Bachleitner-Hofmann als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen G.P., S., wegen des Finanzvergehens der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 1 iVm. § 11 3. Alternative sowie der versuchten Abgabenhinterziehung gemäß § 13, 33 Abs. 1 iVm. § 11 3. Alternative des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 25. Juli 2006 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt Salzburg als Organ des Zollamtes Salzburg, vertreten durch Mag. Gerald Petritsch, als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 7. April 2004, SpS , StrNr. 600/2000/00000-001 nach der am 24. November 2009 in Abwesenheit des unentschuldigt ferngebliebenen Beschuldigten, in Anwesenheit des Amtsbeauftragten Mag. Gerald Petritsch sowie der Schriftführerin Ulrike Kranzinger durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die im Übrigen auch in ihrem Strafausmaß unverändert bleibende erstinstanzliche Entscheidung wird in ihrem Strafausspruch lediglich dahingehend abgeändert bzw. präzisiert, dass die darin über G.P. gemäß §§ 33 Abs.5 FinStrG iVm. § 11 Abs. 3 MinStG iVm § 21 Abs.1 bis 3 FinStrG verhängte Geldstrafe mit € 3.000,00 als Zusatzstrafe zum Erkenntnis des

Spruchsenates des Finanzamtes Salzburg-Stadt als Finanzstrafbehörde 1. Instanz vom 27. April 2004, StrLNr. 114/02 festgesetzt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der (Zusatz-)Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen ausgesprochen wird.

Gemäß § 19 Abs.1 FinStrG wird für 44.000 l Heizöl statt auf Verfall auf die Strafe des (anteiligen) Wertersatzes iHv. € 3.000,00 erkannt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der (anteiligen) Wertersatzstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen ausgesprochen.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis vom 7. April 2004, StrNr. 600/2000/00000-001, hat das Zollamt Salzburg als Finanzstrafbehörde erster Instanz den Bw. der Finanzvergehen nach §§ 11 3. Alternative, 13 iVm. 33 Abs. 1 FinStrG für schuldig erkannt, weil er in der Zeit von Mai bis Juli 2000 als Pächter der X. in Salzburg, Y., durch Lieferung von 44.000 Liter steuerbegünstigtem Gasöl (Heizöl) an die Fa. R. Transporte GmbH vorsätzlich dazu beigetragen hat, dass

1) 32.300 Liter dieses Gasöles über Auftrag des Fuhrparkleiters der Fa. R. von den bei der dieser Firma tätigen LKW-Fahrern in die Treibstofftanks der firmeneigenen LKW eingefüllt wurden, wodurch dieses Gasöl verbotswidrig verwendet und eine Abgabenverkürzung von € 6.879,79 bewirkt wurde und

2) versucht wurde, 11.700 Liter steuerbegünstigtes Gasöl, welches sich noch im Betriebstank der Fa. R. befand, jedoch zum Betanken der firmeneigenen LKW bestimmt war, verbotswidrig zu verwenden und eine Abgabenhinterziehung von € 2.499,80 herbeizuführen.

Aus diesem Grund wurde über ihn zu 1) gemäß § 11 3. Alternative iVm. § 33 Abs. 1 und 5 und zu 2) gemäß §§ 11 3. Alternative, 13 iVm. § 33 Abs. 1 und 5 und § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von € 3.000,00 verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen ausgesprochen.

Gem. §§ 19 Abs. 1, 4 und 5 iVm. 33 Abs. 6 FinStrG wurde auf anteiligen Wertersatz iHv. € 3.000,00 erkannt; für den Fall der Uneinbringlichkeit der Wertersatzstrafe wurde gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen festgesetzt.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG pauschal mit € 300,00 bestimmt.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beschuldigte nicht bestreitet, den auf dem Gelände der Fa. R., Z., befindlichen, auf einer LKW-Brücke unter einer Plane versteckten Tank gekannt und auch teilweise selbst befüllt zu haben. In seinem Einspruch habe er die bisherige Verantwortung, dass er von der tatsächlichen Verwendung des Heizöles zum Betrieb der Fahrzeuge der Fa. R. gewusst habe, dahingehend abgeändert, dass er immer davon ausgegangen sei, dass das Heizöl ordnungsgemäß verwendet worden sei.

Der Erstsensat nahm es als erwiesen an, dass der Beschuldigte wusste, dass diese 22 Lieferungen von insgesamt 44.000 Litern Heizöl an eine Transportfirma nicht zum Heizen sondern für die Betankung der Firmenfahrzeuge verwendet wurden.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 25. Juli 2006, wobei im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

Er selbst habe nie auch nur eine einzige Lieferung Heizöl an die Firma R. durchgeführt. Das Heizöl sei von firmeneigenen LKWs der Fa. R. abgeholt worden. Bis zum 27. Juli 2000 sei ihm auch nicht bekannt gewesen, dass die Fa. R. über eine eigene Firmentankstelle verfügte, in der das abgeholte Heizöl gelagert werde und zum Betanken der Firmen-LKW verwendet werde. Er könne sich nicht vorstellen, dass die Fa. R. ihre Firmenfahrzeuge mit Heizöl betankt habe, da im selben Zeitraum die Firmenfahrzeuge Dieseltreibstoff auf Monatsrechnung an seiner Tankstelle bezogen haben. Seine Angaben anlässlich der ersten Einvernahme habe er nur „aus Gefälligkeit“ gegenüber A. gemacht, der ihm zu diesem Zeitpunkt einen beträchtlichen Betrag aus Lieferscheinbetankungen geschuldet habe und sich durch diese Aussage eine mildere Bestrafung erhofft hatte.

Zur mündlichen Verhandlung am 24. November 2009 ist der Beschuldigte unentschuldigt nicht erschienen. Die Zustellung der Ladung zur mündlichen Verhandlung ist durch Hinterlegung am 10.11.2009 ausgewiesen.

Gem. § 126 FinStrG wurde in Abwesenheit des Beschuldigten verhandelt.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt ist als erwiesen anzusehen.

Aufgrund einer anonymen Anzeige, wonach die Firmenfahrzeuge der Fa. R. anstelle von Kraftstoff mit Heizöl betankt werden, führte das Zollamt Salzburg eine Kontrolle durch und stellte fest, dass sich in dem auf dem Betriebsgelände auf einer LKW Brücke unter einer Plane

versteckten Tank, der zum Befüllen der Firmenfahrzeuge verwendet wird, 11.700 l Heizöl befanden.

Die Ermittlungen ergaben, dass J. A., Fuhrparkleiter der (mittlerweile in Konkurs gegangenen) Fa. R., Z., im Zeitraum Mai bis Juli 2000 insgesamt 44.000 l Heizöl von seinem Bekannten G.P., Pächter der X. in B., Y., zum Betrieb seines Fuhrparks bezogen hat.

Das Heizöl wurde teilweise von J. A. mit einem mittels Probekennzeichen auf die Fa. R., aber nicht für den Transport mit Heizöl zugelassenen LKW bei der vom Beschuldigten gepachteten Tankstelle in der C. abgeholt und in den am Firmengelände auf einer LKW-Brücke unter einer Plane versteckten Tank eingefüllt.

Bereits anlässlich seiner ersten Einvernahme durch Beamte des Zollamtes Salzburg am 27. Juli 2000 gab der Beschuldigte an, dass er von den wirtschaftlichen Problemen seines Bekannten gewusst und daher vermute habe, dass er das von ihm gelieferte Heizöl zum Betanken seiner Fahrzeuge verwenden werde. Er sei jedoch davon ausgegangen, dass er das Heizöl lediglich in die Tanks der ausländischen LKWs gebe und das habe ihn nicht weiter interessiert.

Der Beschuldigte wusste um die finanziellen Probleme der Firma R., wo sein Bekannter J. A. als Fuhrparkleiter tätig und für das Betanken der LKW's zuständig war. Da J. A. (gemeinsam mit seiner Lebensgefährtin) dieses Transportunternehmen betrieb und daher die vom Beschuldigten gelieferten Mengen an Heizöl nach allgemeiner Erfahrung (in den Monaten Mai bis Juli !!!) nicht für Heizzwecke verwenden konnte, wusste er von der tatsächlichen Verwendung des Heizöls zum Betrieb der Fahrzeuge. Zumal der Bw. anlässlich seiner Vernehmung am 27. 7. 2000 eingeräumt hat, Anfang Mai selbst fünf bis sechs mal Heizöl im Ausmaß von jeweils 2.000 Liter an die Fa. R. zugestellt und dort in den unter einer Plane versteckten (!) Betriebstank eingefüllt zu haben. Fallweise habe er sogar ohne ausdrückliche Bestellung, in eigener Initiative, wenn er geglaubt habe, dass nachzutanken sei, Heizölmengen im Ausmaß von jeweils 2.000 Liter an die Fa. R. geliefert. Durch die vorangegangenen Gespräche mit J. A., sowie die Umstände der Tanklagerung und Treibstoffhaltung war dem Bw. nach Auftragsart und Liefermengen ohne jeden Zweifel klar, dass das Heizöl nur für den illegalen Betrieb von Kraftfahrzeugen bestimmt sein konnte (was er nach eigener Aussage ohnehin vermutete).

Im übrigen hat J. A. glaubhaft ausgeführt, dass der Beschuldigte selbständig die Betankung des am Firmengelände der Fa. R. unter einer Plane verhüllten Tanks übernommen hatte, weil dies mit ihm auch so vereinbart gewesen sei. Dazu habe er den Bw. beauftragt, in Zukunft „Heizöl statt Diesel“ zu liefern und in den Tank zu füllen. Der Beschuldigte wusste daher auch

aus diesem Grund, dass dies kein „normaler“ Tank für die Aufbewahrung von Heizöl für Heizzwecke war, sondern dass das Heizöl zum illegalen Betrieb der Fahrzeuge verwendet wird.

Rechtlich ist der Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

Gemäß § 11 Abs.1 MinStG macht sich, wer gekennzeichnetes Gasöl verbotswidrig verwendet (§ 9 Abs.6) oder behandelt (§ 9 Abs.9) oder wer Mineralöl der im § 3 Abs.1 Z.3 und Z.4 bezeichneten Art verbotswidrig verwendet (§ 9 Abs.10), wenn er vorsätzlich handelt, einer Abgabenhinterziehung und, wenn er fahrlässig handelt, einer fahrlässigen Abgabenverkürzung schuldig. Der Verkürzungsbetrag ist der Unterschiedsbetrag zwischen der nicht ermäßigten und der nach § 3 Abs.1 Z.5 ermäßigten Mineralölsteuer für die verbotswidrig verwendeten oder behandelten Mineralölmengen, im Falle der verbotswidrigen Verwendung nach § 9 Abs.10 jedoch der gesamte Nachversteuerungsbetrag.

Gemäß § 11 Abs.3 MinStG sind Abgabenhinterziehungen, fahrlässige Abgabenverkürzungen und Finanzordnungswidrigkeiten im Sinne der in den Abs.1 und 2 bezeichneten Art Finanzvergehen im Sinne des Finanzstrafgesetzes, BGBl. Nr. 129/1958, und nach diesem zu ahnden. Eine Geldstrafe hat jedoch im Falle einer Abgabenhinterziehung mindestens € 2.000,00 und im Falle einer fahrlässigen Abgabenverkürzung mindestens € 500,00 zu betragen. § 25 des Finanzstrafgesetzes ist auf Abgabenhinterziehungen der im Abs.1 bezeichneten Art nicht anzuwenden.

Gemäß § 9 Abs. 6 MinStG ist die Verwendung von gekennzeichnetem Gasöl zu einem anderen Zweck als zum Verheizen oder zum Antrieb von Anlagen der im § 8 bezeichneten Art, auch wenn diese nicht mit den nach § 8 Abs. 2 erforderlichen Messeinrichtungen ausgestattet sind, verboten.

Gemäß § 9 Abs. 8 MinStG darf gekennzeichnetes Gasöl, ausgenommen in den Fällen des Abs. 6, nicht in einen Behälter eingefüllt werden, der mit einem Motor in Verbindung steht. Solches Mineralöl, das sich in einem Behälter befindet, der mit dem Motor eines Fahrzeuges verbunden ist, gilt als verbotswidrig verwendet.

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.

Unstrittig steht fest, dass der Bw. dem Fuhrparkleiter der Fa. R. 44.000 l Heizöl in Form von 22 Lieferungen Heizöl verkauft und einen Teil dieser Menge selbst in den am Betriebsgelände der Fa. R. abgestellten Tank eingefüllt hat.

J. A. und der Beschuldigte waren seit mehr als 20 Jahren miteinander bekannt, sodass der Beschuldigte auch um die wirtschaftlichen Schwierigkeiten seines Bekannten, die ihm durch das mutwillige Befüllen des Tanks mit Wasser entstanden waren, kannte. Dass A. die beim Beschuldigten bezogenen Mengen an Heizöl nicht zum Verheizen verwenden konnte wusste er schon deshalb, da A. bis Mai 2007 stets nur eine geringe Menge Heizöl zum Betrieb der Heizkanone und des Dampfstrahlers verwendet hatte (NS A. 27.7.2000). Im übrigen hat A. mit dem Beschuldigten zu Beginn der Malversationen sich darüber unterhalten, ob Fahrzeuge anstelle von Diesel auch mit Heizöl betankt werden können. Der Bezug von 44.000 l Heizöl innerhalb von 3 Monaten im Spätfrühling bzw. Sommer lässt auch beim Beschuldigten keinen anderen Schluss zu, als dass A. damit die LKWs im Betrieb des Transportunternehmens, dessen Fuhrparkleiter er war, betankte.

Durch das Einfüllen von Heizöl in Tanks, die mit dem Motor eines Fahrzeuges verbunden sind, wird das Heizöl verbotswidrig verwendet. Der objektive Tatbestand des § 11 Abs.1 MinStG ist daher unzweifelhaft erfüllt.

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

Der Beschuldigte hat durch den Verkauf des Heizöls an J. A., von dem er wusste, dass er das Heizöl zum Betrieb seines Fuhrparks verwendete, dazu beigetragen, dass dieses verbotswidrig verwendet wurde und dadurch das Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung gem. § 11 Abs. 1 zu § 33 Abs. 1 FinStrG in der Tatbegehungsform der Beitragstäterschaft verwirklicht.

Gem. § 13 Abs. 1 FinStrG gelten die Strafdrohungen für vorsätzliche Finanzvergehen nicht nur für die vollendete Tat, sondern auch für den Versuch und für jede Beteiligung an einem Versuch.

Die Tat ist gem. Abs. 2 leg. cit. versucht, sobald der Täter seinen Entschluss, sie auszuführen oder einen anderen dazu zu bestimmen (§ 11), durch eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung betätigt.

Hinsichtlich der Menge von 11.700 l ist die Tat beim Versuch geblieben, da sich diese Menge noch in dem am Firmengelände abgestellten Tank befunden hat.

Das Berufungsvorbringen ist demnach nicht geeignet, den Vorwurf des vorsätzlichen Handelns zu widerlegen. Vielmehr bestehen nach Ansicht der Berufungsbehörde keine Zweifel, dass der Bw. die Verwirklichung des Tatbildes der Abgabenhinterziehung zumindest ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden hat. Der Schuldspruch der Vorinstanz entspricht somit in objektiver wie in subjektiver Hinsicht der Rechtslage.

Zur Geldstrafe war auszuführen:

Gem. § 33 Abs. 5 FinStrG wird die Abgabenhinterziehung mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des Verkürzungsbetrages geahndet, sodass im konkreten Fall die Höchststrafe € 18.759,18 betragen würde.

Gemäß § 21 Abs.3 FinStrG ist jedoch dann, wenn jemand, der bereits wegen Finanzvergehen bestraft worden ist (hier: mittels Erkenntnis des Spruchsenates des Finanzamtes Salzburg-Stadt vom 27. April 2004 zu Strl.Nr. 114/02), wegen anderer Finanzvergehen (der nunmehr spruchgegenständlichen) zu bestrafen ist, für die er (wie hier) nach der Zeit ihrer Begehung schon in dem früheren Verfahren hätte bestraft werden können, eine Zusatzstrafe zu verhängen. Dabei darf diese einerseits das Höchstmaß der Strafe nicht übersteigen, die für die nun zu bestrafenden Taten angedroht ist (hier: € 18.759,18) andererseits darf auch die Summe beider Geldstrafen die Strafe nicht übersteigen, die nach § 21 Abs.1 und 2 FinStrG zulässig ist und bei gemeinsamer Bestrafung zu verhängen wäre (€ 18.759,18 + € 22.323,70 = € 41.082,88).

Nach ständiger Rechtsprechung ist bei der Ausmessung der Zusatzstrafe zunächst jene Geldstrafe zu ermitteln, die bei gemeinsamer Aburteilung aller Taten zu verhängen gewesen wäre. Von diesem Betrag ist sodann die in dem gemäß § 21 Abs.3 FinStrG zu beachtenden Vorerkenntnis verhängte Strafe abzuziehen, der verbleibende Rest ergibt die zu verhängende zusätzliche Geldstrafe.

Wäre nunmehr also über sämtliche Finanzvergehen des Beschuldigten zu den StrNrn. 2000/00000-001 und 114/02 gemeinsam abgesprochen worden, wäre von einem maximalen Strafraumen bis zu € 41.082,88 auszugehen gewesen.

Bei der Strafbemessung war mildernd die finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit, der Umstand, dass es teilweise beim Versuch geblieben ist sowie der Umstand, dass die Taten schon lange zurückliegen, erschwerend war dagegen kein Umstand zu berücksichtigen.

Berücksichtigt man die finanzielle Situation des Beschuldigten und den Umstand, dass durch den Zeitablauf seit den Tatbegehungen durch den Beschuldigten (seit seiner letzten Tat sind

bereits 7 Jahre vergangen) der Strafverfolgungsanspruch der Republik Österreich wesentlich abgeschwächt worden ist, konnte mit einer (Zusatz-)Geldstrafe iHv. € 3.000,00 das Auslangen gefunden werden.

Betrifft die Abgabenhinterziehung eine Verbrauchsteuer, so ist gem. Abs. 6 leg. cit. nach Maßgabe des § 17 auf Verfall zu erkennen. Der Verfall umfasst auch die Rohstoffe, Hilfsstoffe, Halbfabrikate, Geräte und Vorrichtungen.

Die zwingende Verhängung einer Wertersatzstrafe für 44.000 Liter gekennzeichnetes Gasöl ergibt sich aus § 33 Abs.6 FinStrG und der Tatsache, dass gemäß § 19 Abs.1 FinStrG statt auf Verfall auf die Strafe des Wertersatzes zu erkennen ist, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung feststeht, dass der Verfall unvollziehbar wäre.

Aufgrund der Tatsache, dass 32.300 l Heizöl in der Folge bereits verbraucht worden sind, eine Menge von 11.300 l Heizöl, welches sich bei Einschreiten der Zollbeamten noch im Tank befunden hatte, mit anderen Stoffen vermengt war, war für die gesamte Menge auf Wertersatz zu erkennen.

Hinsichtlich der Aufteilung des Wertersatzes (2/3 J. A., 1/3 der Beschuldigte) erfolgte diese unter Bedachtnahme darauf, dass A. den größeren Nutzen an den Finanzvergehen hatte, da er sich durch die Verwendung des Heizöles an Stelle von Diesel einen unberechtigten Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Frächtern erwirtschaftete.

Unter Bedachtnahme auf die obangeführten Milderungs- und Erschwerungsgründe erscheint die vom Ersten Senat verhängte Wertersatzstrafe iHv. € 3.000,00 als tat- und schuldangemessen

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 185 FinStrG.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Salzburg, am 24. November 2009