



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Finanzstrafsenat Wien 7

GZ. FSRV/0055-W/09

## Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat Wien 7 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Robert Huber, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrat Dr. Josef Lovranich sowie die Laienbeisitzer Reinhold Haring und Mag. Christian Schmall als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen A., wegen der Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei gemäß §§ 37 Abs. 1 lit. a und 44 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 6. Dezember 2005 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt X. als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 4. Oktober 2005, a., im fortgesetzten Verfahren nach Aufhebung der Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates vom 7. November 2006, GZ. b. im Strafausspruch durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 5. März 2009, Zl. c. wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes nach der am 23. Juni 2009 in Anwesenheit des Beschuldigten, des Amtsbeauftragten B. durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

I. Festgestellt wird, dass die Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates vom 7. November 2006, GZ. b. , hinsichtlich des Schulterspruches in Rechtskraft erwachsen ist.

II. Der Berufung wird hinsichtlich des Strafausspruches teilweise Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird in ihrem Ausspruch über die Strafe wie folgt abgeändert:

Gemäß §§ 21, 37 Abs. 2 und 46 Abs. 2 FinStrG wird über A eine Geldstrafe von € 8.500,00,-- (in Worten Euro achttausendfünfhundert) verhängt.

Gemäß § 20 FinStrG tritt für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe von 17 Tagen.

Gemäß § 138 FinStrG hat der Bw. den schon im Finanzstrafverfahren gegen C. ausgesprochenen Verfall der Zigaretten gegen sich gelten zu lassen.

III. Gemäß § 23 Abs. 5 und 6 wird die Verwahrungshaft des Bw. in der Zeit vom 5. Juli 2004, 18:15 Uhr, bis 6. Juli 2004, 15:15 Uhr, das sind 21 Stunden, auf die Geldstrafe im Ausmaß von € 437,50 angerechnet.

IV. Im Übrigen wird die Berufung hinsichtlich des Strafausspruches als unbegründet abgewiesen.

V. Gemäß § 185 FinStrG werden die Kosten des Finanzstrafverfahrens mit € 363,-- festgesetzt.

## **Entscheidungsgründe**

Ein verdeckter Ermittler der Bundespolizeidirektion X. nahm Ende Juni 2004 mit dem Bw. Kontakt auf, um über ihn für einen weiteren Abnehmer eine größere Menge geschmuggelter Zigaretten zu bestellen. Der Bw. sagte zu, bis zum 5. Juli 2004 „locker 500 Stangen“ besorgen zu können. Im Weiteren ging der Bw. zu dem ihm bekannten C., von dem er wusste, dass er Zigaretten besorgen konnte. Er bestellte bei ihm "in Kommission" 500 Stangen Zigaretten und brachte, weil C. den Käufer den Käufer kennen lernen und einschätzen wollte, diese beiden dann in einem Kaffeehaus zusammen. Bei der folgenden Verhandlung über die Menge und den Preis der Zigaretten war er dabei. C. wollte dem Bw. telefonisch Bescheid sagen, wann die Übergabe der Zigaretten stattfinden sollte. Der Bw. sollte pro Stange Zigaretten 50 Cent verdienen, von denen er die wiederum die Hälfte an den verdeckten Ermittler abgeben sollte.

Am Montag den 5. Juli 2004 rief C. beim Bw. an und teilte ihm mit, dass die Zigaretten, und zwar nur 250 Stangen, da seien. Dies teilte der Bw. dem Käufer dem verdeckten Ermittler ebenfalls telefonisch mit. Die Übergabe sollte bei einem Würstelstand in der Ketzergasse, in Wien, stattfinden. Anwesend waren hier der Bw., der verdeckte Ermittler und C.. Dieser lud dort zunächst 250 Stangen Zigaretten in den PKW des verdeckten Ermittlers ein und wollte die nächsten 250 Stangen erst nach Bezahlung durch den Käufer übergeben. Als dann dieser in der Zgasse eintraf, begann C. mit dem Beladen des PKW des Käufers mit den Zigaretten.

Der Bw. half dabei nicht mit, er lehnte an seinem eigenen PKW und sah zu. In diesem Moment griff die aus Kriminalbeamten und Beamten der Zollfahndung bestehende Observationsgruppe ein, nahm die Beteiligten fest und beschlagnahmte die Zigaretten.

Diese Feststellungen ergeben sich aus den übereinstimmenden Aussagen des Bw. und des C. sowie aus dem Einsatzbericht der Bundespolizeidirektion X. über die Observation am 5. Juli 2004.

Der Bw. befand sich in der Zeit vom 5. Juli 2004, 18:15 Uhr, bis 6. Juli 2004, 15:15 Uhr, in verwaltungsbehördlicher Verwahrung.

Das Landesgericht X hat mit seinem rechtskräftigen Urteil vom 14. Juli 2004, Zahl d., C. u.a. wegen des Ansichbringens und Verhandelns dieser von unbekannten Personen ins Zollgebiet geschmuggelten Zigaretten der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei und der vorsätzlichen Monopolhehlerei nach den §§ 37 Abs. 1 lit. a, 38, und 46 Abs. 1 lit. a FinStrG für schuldig erkannt.

Der Spruchsenat beim Zollamt X. als Finanzstrafbehörde erster Instanz erkannte am 4. Oktober 2005 den Bw. der Finanzvergehen der vorsätzlichen gewerbsmäßigen Abgaben- und Monopolhehlerei nach den §§ 37, 38 und 46 Abs. 1 FinStrG für schuldig. Er habe am 5. Juli 2004 vorsätzlich eingangsabgabepflichtige Waren, welche zugleich Gegenstände des Tabakmonopols sind, nämlich 100.000 Stück Zigaretten der Marke Memphis Classic drittäandischer Herkunft; hinsichtlich derer zuvor von unbekannt gebliebenen Tätern das Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen worden war, von C. übernommen, wobei es ihm darauf angekommen sei, sich durch wiederkehrende Begehung der Abgaben- und Monopolhehlerei eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Gemäß § 21, 37 Abs. 2, 38 und 46 Abs. 2 FinStrG verhängte der Spruchsenat über den Bw. eine Geldstrafe von € 15.000,-- und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 30 Tagen.

Gemäß § 38 FinStrG hatte der Bw. den schon im Finanzstrafverfahren gegen C. ausgesprochenen Verfall der 100.000 Stück Zigaretten auch gegen sich gelten zu lassen.

Gemäß § 185 FinStrG wurden die Kosten des Strafverfahrens und eines allfälligen Strafvollzuges mit € 363,-- festgesetzt.

Dagegen erhob der Bw. das Rechtsmittel der Berufung und führte aus, dass es sich bei der Sache nicht um 500 Stangen sondern nur um 250 Stangen gehandelt habe. Die weiteren 250 Stangen wären eine eigene Vereinbarung zwischen C. und dem Käufer gewesen. Der Name des Käufers sei ihm nicht bekannt, da es sich vermutlich um einen V-Mann gehandelt

habe. Er ersuchte daher um Halbierung der Strafe und wies noch darauf hin, dass D., der das ganze Geschäft initiiert hatte, nicht belangt worden sei.

In der mündlichen Verhandlung vom 7. November 2006 blieb der Bw. bei dieser Verantwortung. Er habe zwar den Kontakt zwischen C. und dem Käufer hergestellt und sei bei den Verhandlungen die ganze Zeit dabei gewesen, er habe aber nur 250 Stangen Zigaretten vermittelt.

Mit der Berufungsentscheidung vom 7. November 2006, GZ. b., gab der Unabhängige Finanzsenat der Berufung teilweise Folge und änderte den Spruch des bekämpften Erkenntnisses des Spruchsenates wie folgt ab:

„A hat am 5. Juli 2004 vorsätzlich eingangsabgabepflichtige Waren, die zugleich Gegenstände des Tabakmonopols sind, nämlich 100.000 Stück Zigaretten der Marke Memphis Classic, hinsichtlich derer von unbekannt gebliebenen Tätern die Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG bzw. des vorsätzlichen Eingriffs in die Rechte des Tabakmonopols nach § 44 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen worden war, verhandelt (Zoll € 4.032,--, Einfuhrumsatzsteuer € 3.916,40 und Tabaksteuer € 8.550,--, insgesamt € 16.498,40; Bemessungsgrundlage € 15.000,--).

Er hat dadurch die Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei nach den §§ 37 Abs. 1 lit. a und 44 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen.

Gemäß §§ 21, 37 Abs. 2 und 46 Abs. 2 FinStrG wird über ihn eine Geldstrafe von € 10.000,-- (in Worten Euro zehntausend) verhängt.

Gemäß § 20 FinStrG tritt für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen.

Gemäß § 138 FinStrG hat der Beschuldigte den schon im Finanzstrafverfahren C. ausgesprochenen Verfall der Zigaretten gegen sich gelten zu lassen.

Gemäß § 185 FinStrG werden die Kosten des Finanzstrafverfahrens mit € 363,-- festgesetzt.“

In den Entscheidungsgründen der Berufungsentscheidung vom 7. November 2006 stellte der Unabhängige Finanzsenat fest, die Zigaretten seien bei der Einfuhr in das Zollgebiet keinem Zollverfahren unterzogen und daher geschmuggelt worden. Den Feststellungen sei zwar nicht zu entnehmen, dass der Bw. die Zigaretten von C. übernommen hat. Er habe keine Verfügungsmacht über die Zigaretten besessen, Allerdings erfülle der Bw. das weitere in § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG vorgesehene Tatbestandsmerkmal des Verhandelns der Zigaretten. Unter Verhandeln sei jede Mitwirkung an der wirtschaftlichen Verwertung zu verstehen, mag auch der Handel nicht zu Stande kommen. Der Bw. habe dementsprechend den Käufer und den Verkäufer zusammen gebracht, sei bei der gesamten Verhandlung anwesend gewesen und habe schließlich die Informationen über die Übergabe der Zigaretten vom Verkäufer an den Käufer weiter gegeben. Der Bw. sei die Schnittstelle zwischen Abnehmer und Lieferant gewesen, ohne sein Zutun hätte das Geschäft nicht zum Laufen gebracht werden können. Der Bw. habe zugegeben, es sei ihm bekannt gewesen, dass ein Handel mit geschmuggelten

Zigaretten habe ablaufen sollen. Der Bw. habe sohin vorsätzlich gehandelt. Bei der Beurteilung der Monopolhehlerei verweise der Berufungssenat auf ein näher zitiertes Urteil des Landesgerichtes X (betreffend C.). Die Vortat des vorsätzlichen Eingriffs in die Rechte des Tabakmonopols sei bezüglich der verfahrensgegenständlichen Zigaretten mit diesem Urteil festgestellt worden und habe bindende Wirkung. Zum Tatbestandsmerkmal des Verhandelns der Monopolgegenstände sei auf die Begründung der Abgabenhehlerei zu verweisen. Das Wissen um das Handels- und Vertriebsmonopol mit Zigaretten als Monopolgegenstände sei beim Bw. als gegeben voraus zu setzen. Dazu komme, dass der Bw. am 23. Juni 2004 (weniger als zwei Wochen vor der nunmehr gegenständlichen Straftat) vom Landesgericht Z. wegen der Finanzvergehen des versuchten gewerbsmäßigen Schmuggels von Zigaretten und des versuchten vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols verurteilt worden sei.

Zur Strafbemessung wurde in der Berufungsentscheidung vom 7. November 2006 ausgeführt, dass bei einem Strafrahmen von € 32.996,80 für die Abgabenhehlerei und von € 15.000,00 für die Monopolhehlerei (gesamt € 47.996,80) und bei einem direkten Vorsatz auf die „übrigen Strafzumessungsgründe“ der bekämpften Entscheidung des Spruchsenates verwiesen werden könne, weshalb sich – durch die Verringerung des Strafrahmens gegenüber dem bekämpften Bescheid des eine Gewerbsmäßigkeit annehmenden Spruchsenates – die Geldstrafe mit € 10.000,00 und die Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Tagen „ergibt“.

Der Bw. erhab gegen diese Berufungsentscheidung Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof. Der Verwaltungsgerichtshof hob in seinem Erkenntnis vom 5. März 2009, Zl. c., die Berufungsentscheidung vom 7. November 2006, GZ. b., in seinem Strafausspruch wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf. Der Schuldausspruch der Berufungsentscheidung vom 7. November 2006 hingegen erwuchs somit in Rechtskraft.

Über die Berufung des Beschuldigten vom 6. Dezember 2005 hatte der Unabhängige Finanzsenat nach Durchführung einer weiteren Berufungsverhandlung in Bezug auf den Strafausspruch neuerlich zu entscheiden.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat in den Erwägungsgründen seines Erkenntnisses, mit welchem die Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates vom 7. November 2006 in ihrem Strafausspruch wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben wurde, u.a. wie folgt ausgeführt:

„Gemäß § 23 Abs. 2 FinStrG 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.“

Die verwaltungsbehördliche und die gerichtliche Verwahrung sowie die verwaltungsbehördliche und die gerichtliche Untersuchungshaft sind gemäß § 23 Abs. 5 FinStrG auf die Strafe anzurechnen, wenn der Täter die Haft

- a) in dem Verfahren wegen des Finanzvergehens, für das er bestraft wird, oder
- b) sonst nach der Begehung dieser Tat wegen des Verdachts eines Finanzvergehens oder, bei Anrechnung durch das Gericht, wegen des Verdachts einer anderen mit Strafe bedrohten Handlung

erlitten hat, jedoch in beiden Fällen nur, soweit die Haft nicht bereits auf eine andere Strafe angerechnet oder der Verhaftete dafür entschädigt worden ist. Wird auf mehrere Strafen erkannt, so hat die Anrechnung zunächst auf diejenigen Strafen zu erfolgen, die nicht bedingt nachgesehen werden, im Übrigen zunächst auf die Freiheitsstrafe, sodann auf die Geldstrafe und schließlich auf den Wertersatz.

Für die Anrechnung der Vorhaft auf die Geldstrafe und den Wertersatz sind nach § 23 Abs. 6 FinStrG die an deren Stelle tretenden Ersatzfreiheitsstrafen maßgebend.

Die Rechtsmittelentscheidung hat nach § 162 Abs. 1 lit. d FinStrG den Spruch zu enthalten. Der Spruch der Rechtsmittelentscheidung hat nach § 162 Abs. 2 leg.cit. die Entscheidung in der Sache und die Entscheidung über die Kosten oder die Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses (Bescheides) unter Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz oder die Aufhebung der Entscheidung wegen Unzuständigkeit der Finanzstrafbehörde erster Instanz zu enthalten. Im Übrigen gelten u.a. für den Spruch die §§ 138 und 139 sowie 140 Abs. 5 sinngemäß.

Nach § 138 Abs. 2 lit. d FinStrG hat der Spruch des Erkenntnisses die Anrechnung einer allfälligen vorläufigen Verwahrung oder Untersuchungshaft (§ 23 Abs. 4) oder einer im Ausland verbüßten Strafe (§ 23 Abs. 6) zu enthalten. ....

Der Beschwerdeführer rügt zu Recht, dass der Spruch des angefochtenen Bescheides (Anmerkung: Berufungsentscheidung vom 7. November 2006) – wie im Übrigen auch der Spruch des Erkenntnisses des Spruchsenates – eine Anrechnung der von ihm in verwaltungsbehördlicher Verwahrung zugebrachten Zeit als Vorhaft nicht enthält.

Den ..... Verwaltungsakten ist ..... zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer nach der ..... Festnahme vom 5. Juli 2004, 18:15 Uhr, bis zum 6. Juli 2004, 15:15 Uhr, (Anmerkung: demnach 21 Stunden) in verwaltungsbehördlicher Verwahrung gehalten wurde ..... .

Die belangte Behörde vernachlässigt dabei, dass § 162 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 iVm § 138 Abs. 2 lit. d FinStrG ausdrücklich anordnen, dass der Spruch eines Erkenntnisses die Anrechnung einer Vorhaft zu enthalten hat. ....

Im Straferkenntnis selbst ist lediglich die Vorhaftanrechnung als solche auszusprechen (vgl. Harbich in Dorazil/Harbich, FinStrG, Anmerkung 6 zu § 23 sowie die bei Dorazil/Harbich, FinStrG, E 68 zu § 23 zitierte Rechtsprechung des OGH).

Indem die belangte Behörde es unterlassen hat, die vom Beschwerdeführer in verwaltungsbehördlicher Verwahrung zugebrachte Zeit als Vorhaft anzurechnen, ohne dass diese Vorhaft auf eine andere Strafe angerechnet worden wäre, hat sie den angefochtenen Bescheid (Anmerkung: die Berufungsentscheidung vom 7. November 2006) in seinem Strafausspruch mit Rechtswidrigkeit belastet .....

Mit der in den Ausführungen über den Strafausspruch erwähnten „Tatprovokation“ durch einen verdeckten Ermittler hat sich die belangte Behörde wie auch die Finanzstrafbehörde erster Instanz bei der Strafbemessung nicht auseinandergesetzt. Das völlige Unterbleiben einer Beurteilung dieses Umstandes, ob ihm strafmildernde Wirkung zugebilligt wird oder nicht, belastet den angefochtenen Bescheid (Anmerkung: die Berufungsentscheidung vom 7. November 2006) ebenfalls mit Rechtswidrigkeit.

Der angefochtene Bescheid (Anmerkung: die Berufungsentscheidung vom 7. November 2006) war daher in seinem Strafausspruch wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42

Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben; im Übrigen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. ....“

Der Berufungssenat hatte daher im fortgesetzten Verfahren über den Strafausspruch - der Schulterspruch erwuchs in Rechtskraft – neuerlich zu entscheiden und dabei dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes zu entsprechen.

Zur Strafbemessung wird zunächst auf die Erwägungsgründe der Berufungsentscheidung vom 7. November 2006, GZ. b., verwiesen, in welcher dazu ausgeführt wurde:

„Gemäß § 37 Abs. 2 FinStrG wird die Abgabenhehlerei mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des Verkürzungsbetrages an Verbrauchsteuer oder an Eingangs- oder Ausgangsabgaben geahndet, die auf die verhehlten Sachen oder die Sachen, die in den verhehlten Erzeugnissen enthalten sind, entfallen.“

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 leg.cit sind bei der Bemessung der Geldstrafe auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen.

Gemäß § 37 Abs. 2 FinStrG wird die Abgabenhehlerei mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des Verkürzungsbetrages an Eingangsabgaben geahndet, die auf die verhehlten Sachen entfallen.

Gemäß § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG ist mit Geldstrafe bis zum Dreifachen des Betrages, nach dem sich sonst die Strafdrohung richtet, zu bestrafen, wer einen Schmuggel einer Abgabenhinterziehung oder eine Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben oder eine Abgabenhehlerei nach § 37 Abs. 1 begeht, wobei es ihm darauf ankommt, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (gewerbsmäßige Begehung).

Gemäß § 46 Abs. 2 FinStrG wird die Monopolhehlerei mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen der Bemessungsgrundlage (§ 44 Abs. 2) geahndet.

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

Zunächst ist zur vom Spruchsenat angenommenen Gewerbsmäßigkeit bei der Abgabenhehlerei zu sagen, dass sich die Einnahmen des Bw. auf 25 Cent pro Stange Zigaretten, das sind € 125,00, belaufen hätte. Dazu kommt, dass schon aus den konkreten Umständen dieses letztlich von einem verdecktem Ermittler initiierten Geschäftes dessen Einmaligkeit abzuleiten ist, weil es darauf angelegt war, Zigarettenhehler aus dem Verkehr zu ziehen und sich Folgegeschäfte erübrigten hätten. Der Senat geht daher nicht von einer gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei aus.

Als Verkürzungsbetrag wird jenes Ausmaß an Abgaben verstanden, das dem Fiskus wirklich entgangen ist, somit jene Zahlengröße, mit der die Abgaben festzusetzen bzw. zu berechnen gewesen wäre (OGH vom 10. März 1993, 13 Os 21/93). Der im § 37 Abs. 2 FinStrG zur Berechnung des Strafrahmens normierte Verkürzungsbetrag an Eingangsabgaben setzt sich nach Ansicht des Senates - auch wenn die Vortat des Schmuggels in das Zollgebiet der Europäischen Union nach der so genannten Osterweiterung ab dem 1. Mai 2004 anzunehmen ist und nicht direkt nach Österreich erfolgt sein kann, womit auch (zunächst) die Eingangabgabenschuld in einem anderen Mitgliedsstaat entstanden ist - aus den gesamten auf die Zigaretten entfallenden Eingangsabgaben, dem Zoll, der Einfuhrumsatzsteuer und der

Tabaksteuer zusammen. Dies deswegen, weil gemäß Artikel 215 Absatz 1 erster und zweiter Gedankenstrich Zollkodex (ZK) die Zollschuld zunächst (erster Gedankenstrich) an dem Ort, an dem der Tatbestand eintritt, der die Zollschuld entstehen lässt, entsteht oder, (zweiter Gedankenstrich) wenn dieser Ort nicht bestimmt werden kann, an dem Ort, an dem die Zollbehörden feststellen, dass die Ware sich in einer Lage befindet, die eine Zollschuld hat entstehen lassen.

Nach Ansicht des Senates kann im gegenständlichen Fall der Ort nach Art. 215 Abs. 1 erster Anstrich ZK bestimmt werden, sodass die Zollschuld nach dem Art. 215 Abs. 1 zweiter Anstrich ZK in Österreich entstanden ist, wo eben festzustellen war, dass für die Zigaretten eine Zollschuld entstanden sein muss. In Verbindung mit der Regelung des § 2 Abs. 1 Zollrechts-Durchführungsgesetz, dass das gemeinschaftliche Zollrecht auch für die Erhebung der sonstigen nationalen Eingangsabgaben wie die Einfuhrumsatzsteuer und die Tabaksteuer gilt, ist daher auch die Einfuhrumsatzsteuer und die Tabaksteuer in Österreich entstanden. Die gesamte hier entstandene Eingangsabgabenschuld kann also in Österreich vorgeschrieben werden und es kann damit die Höhe dieser der Republik Österreich nicht ordnungsgemäß entrichteten Abgabenschuld als tatsächlicher Verkürzungsbetrag für die Berechnung des Strafrahmens herangezogen werden.

Der Strafrahmen der sich nun aus der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 21 Abs. 1, 37 Abs. 2 und 46 Abs. 2 FinStrG ergibt, lässt sich wie folgt berechnen:

Zoll € 4.032,00 plus EUSt € 3.916,40 plus Tabaksteuer € 8.550,00 ergibt in Summe € 16.398,40 mal 2 ergibt € 32.996,80 plus Bemessungsgrundlage nach § 44 Abs. 2 lit. c € 15.000,00 ergibt den Gesamtbetrag als Strafrahmen mit € 47.996,80.

Als Schuldform kann direkter Vorsatz konstatiert werden.

Bezüglich der übrigen Strafzumessungsgründe wird auf die angefochtene Entscheidung verwiesen.....

Der Verfall der Zigaretten ist bereits im Urteil gegen C. ausgesprochen worden. „

Um dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 5.3.2009, Zl. c., zu entsprechen, war der Strafausspruch zu ändern:

Zum einen war die Tatprovokation, nämlich der Umstand, dass die Tat durch einen Organwalter der Bundespolizeidirektion X. provoziert worden war, gem. § 23 Abs. 2 FinStrG als besonderer Milderungsgrund gem. § 34 Abs. 1 StGB angemessen (im Ausmaß einer Strafreduktion in Höhe von € 1.500,00) bei der Strafbemessung in Rechnung zu stellen und damit ein gerechter Ausgleich dafür zu finden, dass der Bw. das – dessen ungeachtet – verpönte Verhalten ohne dessen Einflussnahme nicht gesetzt hätte (OGH, 11.01.2005, 11Os126/04).

Daher waren die Geldstrafe mit € 8.500,00 und die Ersatzfreiheitsstrafe mit 17 Tagen festzusetzen.

Zum anderen war gem. § 23 Abs. 4 FinStrG die Anrechnung der vom Bw. in der Zeit vom 5. Juli 2004, 18:15 Uhr, bis zum 6. Juli 2004, 15:15 Uhr, verbrachte Verwahrungshaft, nämlich 21 Stunden, unter Berücksichtigung der Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe (für je € 500,00 1 Tag, demnach für 21 Stunden im Ausmaß von € 437,50) auf die Geldstrafe auszusprechen.

Aus den dargestellten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden

Wien, am 23. Juni 2009