



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Beschwerde des HX, XY, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas Kiesling, 2100 Korneuburg, Hauptplatz 24/17, vom 12. September 2002 gegen die Berufungsvorentscheidung des Hauptzollamtes Wien vom 9. August 2002, GZ 100/36910/2002-37, betreffend Aussetzung der Vollziehung nach Art. 244 Zollkodex (ZK), entschieden:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 10. Juni 2002, GZ 100/36910/2002-28, wies das Hauptzollamt Wien den Antrag des Beschwerdeführers (Bf.) vom 22. Mai 2002 auf Aussetzung der Vollziehung der Entscheidung des Hauptzollamtes Wien vom 15. April 2002, GZ 100/36910/03/2002, gemäß Art. 244 ZK iVm Art. 245 ZK und § 212a BAO ab.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Berufung vom 12. Juli 2002. Darin wurde im Wesentlichen wie folgt vorgebracht:

Es fehle die Feststellung, worin das Ermittlungsergebnis bestehe bzw. welche Erkenntnisse daraus gezogen worden seien. Die Begründung enthalte keine konkreten Gründe für den entscheidungswesentlichen Ausspruch. Damit sei das Verfahren grob mangelhaft geblieben. Demnach sei auch der Sachverhalt rechtlich unrichtig beurteilt worden und es liege dem Verfahren auch ein sekundärer Verfahrensmangel zugrunde. Die Behörde wäre verpflichtet gewesen, das neue Vorbringen des Bf. in seiner Berufung vom 22. Mai 2002 einer

Überprüfung zu unterziehen und ihn diesbezüglich zu vernehmen. Der Sachverhalt sei daher in rechtlicher Hinsicht unrichtig beurteilt worden und es liege wiederum ein sekundärer Verfahrensmangel vor. Der Behörde sei der Hauptverhandlungstermin vor dem Landesgericht (LG) Korneuburg bekannt gewesen. Der Bf. habe unmittelbar nach der Hauptverhandlung ein ergänzendes Berufungsvorbringen übermittelt. In diesem Vorbringen vom 29. Mai 2002 sei der Behörde mitgeteilt worden, dass die Hauptangeklagten EK und MK ausgesagt hätten, der Bf. sei am 11. Jänner 2002 nicht mit ihnen nach Wien gefahren. Mit diesem Schriftsatz habe der Bf. daher auch die Einvernahme des Zeugen GX zum Beweis für die Richtigkeit der Angaben des Bf. beantragt. Die Behörde wäre daher verpflichtet gewesen, auch im Hinblick auf die Aussagen der og. Hauptangeklagten, das Vorbringen des Bf. in der Berufung vom 22. Mai 2002 unter A) und das ergänzende Berufungsvorbringen vom 29. Mai 2002 zu überprüfen. Das gesamte Verfahren sei daher grob mangelhaft geblieben und der Sachverhalt entsprechend unrichtig rechtlich beurteilt worden. Hätte die Behörde die vom Bf. angebotenen Beweismittel angenommen, wäre sie zum Ergebnis gelangt, dass begründete Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung vorliegen würden. Auch der Einwand der Behörde, es lägen keine Anhaltspunkte für einen unersetzbaren Schaden vor, gehe ins Leere. Den Gerichtsunterlagen sei zu entnehmen, dass der Bf. im damaligen Zeitpunkt einkommens- und vermögenslos gewesen sei. Erst seit kurzer Zeit gehe er wieder einer Beschäftigung nach. Die Bezahlung eines Betrages von € 10.947,19 sei dem Bf. aufgrund seiner derzeitigen Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht möglich. Die Bezahlung dieses Betrages würde für den Bf. zu ernststen Schwierigkeiten wirtschaftlicher und sozialer Art führen, also seine Existenz bedrohen.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 9. August 2002, GZ 100/36910/2002-37, wies das Hauptzollamt Wien die Berufung als unbegründet ab.

Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 12. September 2002. Darin wurde im Wesentlichen wie folgt vorgebracht:

Die Berufungsvorentscheidung enthalte nahezu ausschließlich die Angabe von Gesetzestexten. Es seien keine Feststellungen, worin das Ergebnis der durchgeführten Ermittlungen der Zollbehörden bestehe, vorhanden. Die Angabe, dass die Abgabenvorschreibung vom 15. April 2002 das Ergebnis durchgeführter Ermittlungen der österreichischen Zollbehörden sei, die mittlerweile durch das Urteil des LG Korneuburg vom 28. Mai 2002, GZ XYZ, bestätigt worden seien, stelle lediglich eine Scheinbegründung dar. Es sei nicht festgestellt worden, inwiefern diese durchgeführten Ermittlungen durch das genannte Urteil bestätigt worden seien. Auch die Angabe, dass weder im Hinblick auf die Eingabe, noch unter Bedachtnahme des "derzeitigen" Ermittlungsstandes begründete Zweifel an der Rechtmäßigkeit der

angefochtenen Entscheidung vorliegen würden, sei unschlüssig. Die Abgabenbehörde habe es unterlassen, darzutun, worin der "derzeitige" Ermittlungsstand bestehe bzw. ob dieser vom Ermittlungsstand im Zeitpunkt 15. April 2002 abweiche. Es sei kein Hinweis auf das durchgeführte Ermittlungsergebnis, speziell im Zusammenhang mit den Eingaben des Bf. vom 22. Mai und 29. Mai bzw. 12. Juli 2002 vorhanden. Aufgrund der Berufung vom 22. Mai 2002 bzw. des ergänzenden Berufungsvorbringens vom 29. Mai 2002 habe sich der Sachverhalt in einem entscheidungswesentlichen Punkt geändert. Dies sei jedoch von der Abgabenbehörde noch nicht festgestellt worden. Die Abgabenbehörde wäre auch verpflichtet gewesen, für den Fall, dass sie den abgeänderten Sachverhalt als nicht entscheidungswesentlich erachte, diesbezügliche Feststellungen zu treffen. Es fehle eine Begründung für die Annahme der Beteiligung des Bf. an der Verbringung der Zigaretten ohne Gestellung beim Grenzzollamt. Auch über die Art seiner Beteiligung sei nichts ausgesagt worden. Aufgrund des Fehlens der entscheidungswesentlichen Feststellungen sei der Sachverhalt auch rechtlich unrichtig beurteilt worden, sodass auch ein sekundärer Verfahrensmangel vorliege. Die Abgabenvorschreibung sei unter der Voraussetzung erfolgt, dass der Bf. am 11. Jänner 2002 mit EK und seiner Gattin nach Wien gefahren sei. Das Urteil des LG Korneuburg bzw. das Hauptverhandlungsprotokoll enthalte jedoch die gegenteilige Feststellung. Dies sei der Abgabenbehörde bekannt. Die Abgabenbehörde habe die vom Bf. angebotenen Beweismittel für entbehrlich gehalten, obwohl dies einen entscheidungswesentlichen Punkt der ihm angelasteten Beteiligung betreffe. Hätte die Abgabenbehörde die Beweismittel akzeptiert bzw. überprüft, wäre sie zum Ergebnis gelangt, dass der Bf. tatsächlich mit GX nach Wien gefahren sei. Damit wäre die Abgabenbehörde zum Ergebnis gelangt, dass begründete Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung vorliegen würden. Der Sachverhalt sei jedenfalls unrichtig rechtlich beurteilt worden und es liege ein sekundärer Verfahrensmangel vor. Bezüglich des Vorfalls vom 23. Jänner 2002 verweise der Bf. auf seine fristgerecht erhobene Stellungnahme. Eine Beteiligung des Bf. im Sinne des Art. 203 ZK sei nur dann anzunehmen, wenn er in beiden Fällen gewusst habe und billigerweise hätte wissen müssen, dass er durch den Ankauf der Zigaretten diese der zollamtlichen Überwachung entziehe. Der Bf. verweise auf sein Vorbringen in der og. Stellungnahme. Entscheidungswesentlich sei, ob der Bf. in den Tatzeitpunkten den bedingten Vorsatz zur zollamtlichen Entziehung gehabt habe. Aus dem Hauptverhandlungsprotokoll des LG Korneuburg vom 28. Mai 2002 ergebe sich, dass der Bf. diesen nachweislich nicht gehabt habe. Die strafgerichtliche Verurteilung sei unter anderen Gesichtspunkten erfolgt als im vorliegenden Verfahren und es sei hier jederzeit eine andere Entscheidung zulässig. Im Übrigen sei eine mehrmalige Bestrafung aus dem selben Sachverhalt rechtlich unzulässig. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) habe in seiner Entscheidung vom 17. Juli 1997, Rs C-130/95, festgestellt, dass die

Zollbehörden die Vollziehung einer angefochtenen zollrechtlichen Entscheidung nach Art. 244 Abs. 2 ZK ganz oder teilweise aussetzen würden, wenn auch nur eine der dort genannten Voraussetzungen erfüllt sei. Die Zollbehörde wäre verpflichtet gewesen, zu prüfen, ob und inwieweit diese Voraussetzungen vorliegen würden. Dies sei nachweislich nicht erfolgt und führe zu einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung des Sachverhaltes sowie in weiterer Folge zu einem sekundären Verfahrensmangel.

Der Bf. habe bereits in seiner Berufung vom 12. Juli 2002 bekannt gegeben, dass er im damaligen Zeitpunkt einkommens- und vermögenslos gewesen sei. Der Bf. lege eine Bezugsbestätigung des AMS, XY1, vom 30. August 2002 bei. Dieser sei zu entnehmen, dass er ab Februar 1997 bis Anfang Februar 2002 ständig Arbeitslosengeld bzw. Notstandshilfe erhalten habe. Seit 18. Februar 2002 sei der Bf. bei der Fa. X mit einem monatlichen Nettoeinkommen in Höhe von € 1.286,72 beschäftigt. Der Bf. lege die Gehaltsabrechnung vom 26. August 2002 vor. Die Bezahlung von € 10.947,19 sei aufgrund der Einkommens- und Vermögenssituation des Bf. nicht möglich und würde den Bf. in existenzbedrohende Schwierigkeiten wirtschaftlicher und sozialer Art führen. Bei der Bank Y hafte überdies ein Kreditbetrag von € 16.237,06 aus. Zum Beweis lege der Bf. die Bankbestätigung vom 5. September 2002 vor. Der Bf. sei vom LG Korneuburg zu einer Geldstrafe von € 10.000,00 und zu einer Wertersatzstrafe von € 2.109,00 rechtskräftig verurteilt worden. Seinem monatlichen Nettoeinkommen würden daher Verbindlichkeiten in Gesamthöhe von € 28.346,06 gegenüberstehen. Aufgrund seiner ungünstigen Einkommenssituation erscheine es daher glaubhaft, dass die Beibringung einer Sicherheitsleistung dem Bf. nicht oder gegebenenfalls nur unter Überbeanspruchung seiner finanziellen Verhältnisse möglich sei. Der EuGH habe im og. Urteil unter Punkt 3 anerkannt, dass im Falle von ernsten Schwierigkeiten wirtschaftlicher oder sozialer Art von der Festsetzung einer Sicherheitsleistung Abstand zu nehmen sei.

### ***Über die Beschwerde wurde erwogen:***

Abgesehen von den Fällen nach Art. 244 Absatz 2 sind Entscheidungen der Zollbehörden sofort vollziehbar (Art. 7 ZK).

Gemäß Art. 244 ZK wird durch die Einlegung des Rechtsbehelfs die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung nicht ausgesetzt.

Die Zollbehörden setzen jedoch die Vollziehung der Entscheidung ganz oder teilweise aus, wenn sie begründete Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung haben oder wenn dem Beteiligten ein unersetzbarer Schaden entstehen könnte.

Bewirkt die angefochtene Entscheidung die Erhebung von Einfuhr- oder Ausfuhrabgaben, so wird die Aussetzung der Vollziehung von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht. Diese Sicherheitsleistung braucht jedoch nicht gefordert zu werden, wenn eine derartige Forderung aufgrund der Lage des Schuldners zu ernststen Schwierigkeiten wirtschaftlicher oder sozialer Art führen könnte.

Gemäß Art. 245 ZK werden die Einzelheiten des Rechtsbehelfsverfahrens von den Mitgliedstaaten erlassen.

Gemäß § 212a Abs. 1 BAO ist die Einhebung einer Abgabe, deren Höhe unmittelbar oder mittelbar von der Erledigung einer Berufung abhängt, auf Antrag des Abgabepflichtigen insoweit auszusetzen, als eine Nachforderung unmittelbar oder mittelbar auf einen Bescheid, der von einem Anbringen abweicht, oder auf einen Bescheid, dem kein Anbringen zugrunde liegt, zurückzuführen ist, höchstens jedoch im Ausmaß der sich bei einer dem Begehren des Abgabepflichtigen Rechnung tragenden Berufungserledigung ergebenden Herabsetzung der Abgabenschuld. Dies gilt sinngemäß, wenn mit einer Berufung die Inanspruchnahme für eine Abgabe angefochten wird.

Bei der Aussetzung der Vollziehung nach Art. 244 ZK handelt es sich, wie bei der Aussetzung der Einhebung nach § 212a BAO, um eine begünstigende Bestimmung. Der Abgabepflichtige hat daher aus eigener Überzeugung darzulegen und glaubhaft zu machen, dass die Voraussetzungen dafür vorliegen. Die Voraussetzungen für die Aussetzung der Vollziehung sind nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Entscheidung über den Aussetzungsantrag durch die Behörde erster Instanz zu prüfen, wobei die Aussichten der Berufung anhand des Berufungsvorbringens zu beurteilen sind (vgl. VwGH 26.2.2004, 2003/16/0018).

In der Berufung vom 22. Mai 2002 gegen die og. Entscheidung des Hauptzollamtes Wien vom 15. April 2002, die die Vorschreibung der (gemäß Art. 202 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 zweiter Anstrich ZK geschuldeten) Abgaben und der Abgabenerhöhung (§ 108 Abs. 1 ZollR-DG) in Gesamthöhe von € 10.947,19 zum Gegenstand hat, brachte der Bf. im Wesentlichen wie folgt vor:

Entgegen seiner bisherigen Verantwortung sei der Bf. nicht von EK und seiner Gattin MK, sondern von GX nach Wien gebracht worden. Letzterer habe den Bf. auch nach Kleinhaugsdorf gebracht und dort auf ihn gewartet. Der Bf. sei stets der Meinung gewesen, dass seine Zigaretteneinkäufe für EK am 11. Jänner und 23. Jänner 2002 legal gewesen seien. Erst im Zuge seiner Einvernahme am 24. Jänner 2002 habe der Bf. erfahren, dass EK seit längerer Zeit Zigarettenschmuggel vorgeworfen werde und somit erfahren, dass die Tätigkeit des Bf. strafbar sei. Der Bf. sei deshalb verunsichert gewesen und habe nie gedacht, dass

möglicherweise auch das Warten von GX und die Rückfahrt mit diesem strafbar sei. Der Bf. habe gewusst, dass GX ÖBB-Beamter sei und habe deshalb am 24. Jänner und 15. Februar 2002 angegeben, mit EK und dessen Gattin nach Wien gefahren zu sein. Es liege deshalb keine Beteiligung gemäß Art. 202 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 zweiter Anstrich ZK vor. Die Behörde wäre verpflichtet gewesen, seine Beteiligung darzulegen bzw. anzugeben, weshalb seine Beteiligung eine Einfuhrzollschuld begründe. Der Sachverhalt sei somit unschlüssig. Das Strafverfahren beim LG Korneuburg sei für das Abgabenverfahren präjudiziell, da es den selben Sachverhalt betreffe. Die Behörde wäre deshalb verpflichtet gewesen, den rechtskräftigen Ausgang dieses Strafverfahrens abzuwarten. Es sei richtig, dass der Bf. am 11. Jänner 2002 für EK 335 Stangen Zigaretten im Dutyfreeshop gekauft habe. Für den Ankauf habe der Bf. € 4.500,00 erhalten. Nach dem Einkauf habe der Bf. die Zigaretten an MK übergeben, welche die Zigaretten in ihrem PKW verwahrt habe. Danach seien MK und der Bf. wieder in das Restaurant zurück gegangen, wo EK gewartet habe. Dort hätten sie noch gegessen. MK habe für kurze Zeit das Restaurant verlassen. Nach ihrer Rückkehr hätten sich EK und dessen Gattin sowie der Bf. zu dem PKW begeben, zwecks Rückreise. Der Bf. habe nicht mehr gewusst, ob sich die Zigaretten überhaupt noch in dem PKW befunden hätten, als sie über die Grenze gefahren seien. Es sei auch nicht auszuschließen, dass die Zigaretten von MK während ihrer kurzen Abwesenheit aus dem PKW ausgeladen und in ein anderes Fahrzeug verladen worden seien. Die Behörde habe die glaubwürdigen und durch Observationsberichte bestätigten Aussagen des Bf. unberücksichtigt gelassen. Der Sachverhalt sei unrichtig rechtlich beurteilt worden. Der Verkauf von Zigaretten auch in größeren Mengen sei in einer zollfreien Zone erlaubt. Dies habe der Bf. bis zu seiner Einvernahme am 24. Jänner 2002 angenommen. Der subjektive Tatbestand des Art. 202 Abs. 3 zweiter Anstrich ZK sei daher nicht verwirklicht worden. Der Bf. sei stets davon ausgegangen, dass EK als Eigentümer der Zigaretten diese auch verzollen würde. Gegenteiliges habe der Bf. nicht wissen und auch vernünftigerweise nicht erkennen können. Dem angefochtenen Bescheid sei nicht zu entnehmen, weshalb es zu einer Schätzung gekommen sei. Im Übrigen sei das Berechnungsblatt nicht nachvollziehbar, insbesondere im Hinblick auf den Zollwert bzw. inländischen Verkaufspreis.

Ergänzend brachte der Bf. mit Schreiben vom 29. Mai 2002 im Wesentlichen wie folgt vor:

Am 28. Mai 2002 habe die Hauptverhandlung im LG Korneuburg ua. gegen den Bf. wegen des Vorwurfs des Schmuggels als Beteiligter stattgefunden. Wenngleich der Bf. in diesem Verfahren der Meinung gewesen sei, rechtmäßig gehandelt zu haben, habe er sich in diesem Strafverfahren für schuldig bekannt. Dies aufgrund der objektiven Tatseite. In diesem Strafverfahren hätten EK und MK unabhängig voneinander erklärt, dass sie den Bf. zu keiner Zeit, also auch nicht am 11. Jänner 2002, in ihrem PKW nach Wien mitgenommen hätten. Für

die Richtigkeit seiner Angaben beantrage der Bf. daher auch noch die Einvernahme des Zeugen GX. In seinen beiden Einvernahmen vor dem Hauptzollamt Wien habe der Bf. GX aufgrund dessen Beamtenstellung nicht in dieses Verfahren involvieren wollen. Deshalb habe der Bf. angegeben, am 11. Jänner 2002 mit EK und MK nach Wien gefahren zu sein. Diese Personen seien von ihrer bisherigen, leugnenden Verantwortung abgegangen und hätten ein reumütiges Geständnis abgelegt. Allein deshalb komme deren Aussagen Glaubwürdigkeit zu. Aufgrund dieser Aussagen stehe fest, dass der Bf. am 11. Jänner 2002 nicht mit den vorgenannten beiden Personen über die Grenze gefahren sei und daher keine Beteiligung vorliege bzw. anzunehmen sei.

Für den Senat bestehen aufgrund der Einvernahmen des Bf. vom 24. Jänner und 15. Februar 2002 durch Organe des Hauptzollamtes Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz, der Aussagen des Bf. in der Hauptverhandlung am 28. Mai 2002 und der im rechtskräftigen Urteil des LG Korneuburg vom 28. Mai 2002, GZ XYZ, enthaltenen Ermittlungsergebnisse keine begründeten Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Abgabenbescheides vom 15. April 2002, GZ 100/36910/03/2002.

Der Senat verweist in diesem Zusammenhang auf die in der Hauptsache ergangene Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates vom 12. Jänner 2010, GZ ZRV/0013-Z1W/03.

Der Bf. hat vorgebracht, dass er "im damaligen Zeitpunkt" einkommens- und vermögenslos gewesen sei. Er habe von Februar 1997 bis Anfang Februar 2002 ständig Arbeitslosengeld bzw. Notstandshilfe erhalten. Seit 18. Februar 2002 beziehe er ein monatliches Nettoeinkommen in Höhe von € 1.286,72.

Mit der Entstehung eines unersetzbaren Schadens ist nicht jeglicher, sondern nur ein existenzbedrohender Nachteil gemeint.

Die Gefahr eines unersetzbaren Schadens besteht dann nicht, wenn der Einfuhrabgabenschuldner nicht über Vermögen verfügt, in das vollstreckt werden könnte (Witte, Zollkodex<sup>3</sup>, Art. 244 Rz 33). Angesichts der Vermögenslosigkeit und des relativ geringen Einkommens des Bf. wäre dieser nur beschränkt pfändungsfähig (§§ 27 ff und 53 Abgabenexekutionsordnung).

Ein unersetzbarer Schaden kann daher dem Bf. nicht entstehen.

Die in Art. 244 Abs. 2 ZK normierten Voraussetzungen für eine Aussetzung der Vollziehung liegen folglich nicht vor.

Auf die Sicherheitsleistung ist somit nicht mehr einzugehen.

Aufgrund dieser Ausführungen war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 29. Juli 2010