

Berufungsentscheidung

Der Finanzsenat 5 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden HR Dr. Richard Tannert, das sonstige hauptberufliche Mitglied HR Dr. Doris Schitter sowie die Laienbeisitzer Martina Blaha und Dr. Otmar Sommerrauer als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen G, vertreten durch Dr. Norbert Wilhoff, Rechtsanwalt in D-84518 Garching/Alz, wegen Schmuggel und vorsätzlichem Eingriff in die Rechte des Tabakmonopols gemäß §§ 35 Abs. 1 lit. a, 1. und 3. Fall und 44 Abs. 1 lit. b des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 4. August 2003 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt [Hauptzollamt] Salzburg als Organ des Zollamtes Salzburg vom 17. April 2004, StrNr. 600/2000/00172-001, nach der am 25. Jänner 2005 in Anwesenheit des Beschuldigten, seines Verteidigers, des Amtsbeauftragten Dr. Andreas Angermüller, sowie der Schriftführerin Eleonore Zankl durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

- I.** Der Berufung des Beschuldigten wird **teilweise Folge** gegeben, die bekämpfte Entscheidung des Erstsenates gemäß § 161 Abs. 4 FinStrG aufgehoben und die gegenständliche **Finanzstrafsache** zur neuerlichen Entscheidung an den Spruchsenat **zurückverwiesen**.
- II.** Im Übrigen wird die Berufung des Beschuldigten als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Am 3. November 1995 wurde der Berufungswerber G sowie sein Beifahrer K am Grenzübergang Freilassing bei der Einreise in die Bundesrepublik Deutschland von Beamten der Grenzstation Freilassing kontrolliert. Die Beamten fanden im PKW des G zwei Reisetaschen

und einen Koffer mit insgesamt 18.000 Stück unverzollter und unversteuerter Zigaretten verschiedenster Marken. Weitere 3.500 Stück Zigaretten befanden sich in der Seitenverkleidung. Ein Teil der Zigaretten war mit tschechischen Steuerzeichen gekennzeichnet; auf anderen Packungen war kein Steuerzeichen. Zur Herkunft der Zigaretten befragt, verweigerten sowohl G als auch der Zeuge K die Angaben.

In weiterer Folge gab K am 20. Dezember 2000 vor Beamten des Zollfahndungsamtes München an, er sei gemeinsam mit G in Tschechien gewesen. Zum Ankauf der Zigaretten konnte er jedoch keine Angaben machen.

Mit Bescheid des Hauptzollamtes Salzburg als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 11. Oktober 2000 wurde gegen G das Finanzstrafverfahren wegen des Verdachtes des Schmuggels bzw. der Abgabenhehlerei, in Tateinheit mit dem Finanzvergehen des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopoles eingeleitet.

Mit Strafverfügung vom 5. April 2001 wurde G des Finanzvergehens des Schmuggels gem. § 35 Abs. 1 lit. a, 1. und 3. Fall sowie des vorsätzlichen Eingriffs in die Rechte des Tabakmonopoles gem. § 44 Abs. 1 lit. b FinStrG schuldig erkannt.

Mit Eingabe vom 29. Mai 2001 brachte G gegen die Strafverfügung Einspruch ein sowie in weiterer Folge einen Antrag auf Entscheidung durch den zuständigen Spruchsenat für unselbständige Berufe.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat machte G wiederum keinerlei Angaben zur Herkunft der Zigaretten. Er gab an, dass auf Parkplätzen von Autobahnraststätten sowohl von Ausländern als auch von Inländern Zigaretten zum Kauf angeboten werden. In Deutschland kaufe er seine Zigaretten üblicherweise in Tankstellenshops. Nach Vorlage des Reisepasses stellte sich heraus, dass weder der Zeuge noch G im fraglichen Zeitraum in Tschechien, sondern am 2. November 1995 über den Grenzübergang Sopron nach Ungarn eingereist und am 3. November 1995 wieder nach Österreich ausgereist sind.

Mit Erkenntnis vom 17. April 2004, StrNr. 600/2000/00172-001, hat der Spruchsenat für unselbständige Berufe des Zollamtes Salzburg als Finanzstrafbehörde erster Instanz G nach §§ 35 Abs. 1 lit. a 1. und 3. Fall iVm. 44 Abs. 1 lit. b FinStrG für schuldig erkannt, weil er a) am 3. November 1995 anlässlich der Einreise in das Zollgebiet der Europäischen Union über einen namentlich nicht bekannten österreichisch/ungarischen Grenzübergang (wahrscheinlich

Sopron) insgesamt 18.000 Stück (90 Stangen) eingangsabgabenpflichtige Zigaretten, die zugleich auch Gegenstände des Tabakmonopoles sind, im Zollwert von ATS 16.000,--, worauf Eingangsabgaben von ATS 41.045,-- entfallen, vorsätzlich der zollamtlichen Überwachung entzogen und zu seinem Vorteil oder zum Vorteil eines anderen einem monopolrechtlichen Einführverbot zuwider eingeführt und b) am 3. November 1995 anlässlich der Einreise in das Zollgebiet der Europäischen Union über einen namentlich nicht bekannten österreichisch/ungarischen Grenzübergang (wahrscheinlich Sopron) insgesamt 3.600 Stück (18 Stangen) eingangsabgabenpflichtige Zigaretten, die zugleich auch Gegenstände des Tabakmonopoles sind, im Zollwert von ATS 3.170,--, worauf Eingangsabgaben von ATS 8.122,-- entfallen, vorsätzlich vorschriftswidrig in das Zollgebiet verbracht und zu seinem Vorteil oder zum Vorteil eines anderen einem monopolrechtlichen Einführverbot zuwider eingeführt hat.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß §§ 35 Abs. 4, 44 Abs. 2 iVm. § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von € 1.500,-- verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 8 Tagen ausgesprochen.

Gemäß §§ 35 Abs. 4, 44 Abs. 3 FinStrG iVm. § 17 Abs. 2 lit. a FinStrG wurden die verfahrensgegenständlichen Zigaretten für verfallen erklärt.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG pauschal mit € 150,- bestimmt.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 4. August 2003, wobei im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

Der Spruchsenat sei bei seiner Entscheidung davon ausgegangen, dass die Zigaretten nicht in Österreich erworben worden sind, weil auf Zigaretten, die in Österreich verkauft werden, der Aufdruck "zum Verkauf in Österreich" angebracht sei. Das Argument, die Zigaretten seien in Ungarn erworben worden, weil ein Teil der Packungen tschechische Banderolen trage und er nachweislich nicht in der Tschechei war, sei nicht schlüssig. Der Senat hätte in konsequenter Verfolgung seiner Argumente zum Schluss kommen müssen, der Besch. habe die Zigaretten in der Tschechei erworben, wenn der Aufdruck "zum Verkauf in Österreich bestimmt" fehle. Da er nachweislich nicht in der Tschechei war, könne auch der Erwerb der Zigaretten dort nicht stattgefunden haben. Feststellungen darüber, dass der Erwerb in Ungarn stattgefunden habe, habe der Senat nicht getroffen.

Als Beschuldigter habe er das Recht, über den Ankaufsort zu schweigen. Dies durfte der Spruchsenat aber nicht als Indiz für den Nichterwerb in Österreich werten. Da nicht feststeht, in welchem Land die Zigaretten erworben worden sind, kann ihm auch keine verbotene Einfuhr zur Last gelegt werden. Die bestehenden Zweifel hätten zu seinen Gunsten ausgelegt werden müssen. Es widerspreche auch nicht der Lebenserfahrung, dass die bei ihm vorgefundene Anzahl von Zigaretten auf österreichischen

Autobahnrasplätzen zum Kauf angeboten werde. Darüber hätten aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes konkrete Ermittlungen durchgeführt werden müssen.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungssenat hat der Berufungswerber erstmals Angaben zur Herkunft der Zigaretten gemacht. Er gab an, er sei auf der Toilette der Autobahnrasplätzen Rosenberger bei St. Pölten von einem Ausländer angesprochen worden, ob er am Kauf von Zigaretten Interesse habe. Er sei dann zum Fahrzeug des Mannes gegangen, vermutlich einem Klein-LKW, habe 2.000,-- DM bezahlt und die Zigaretten genommen. Es habe sich um ein günstiges Angebot gehandelt, weshalb er sich zum Kauf entschlossen habe.

§ 37 Abs.1 lit. a FinStrG macht sich der Abgabenhehlerei schuldig, wer vorsätzlich eine Sache, hinsichtlich welcher ein Schmuggel begangen wurde, kauft, zum Pfand nimmt oder sonst an sich bringt, verheimlicht oder verhandelt.

Mit seinem in der Verhandlung vor dem Berufungssenat abgelegten Geständnis hat sich G im Ergebnis offensichtlich des Finanzvergehens der Abgabenhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG in der oben beschriebenen Weise schuldig bekannt.

Da der Spruchsenat aufgrund der bisherigen Ermittlungsergebnisse von einem Schmuggel der verfahrensgegenständlichen Zigaretten durch G ausgegangen ist, ihm also zur Last gelegt hat, die Zigaretten an der ungarischen Grenze vorschriftswidrig nach Österreich verbracht bzw. diese der zollamtlichen Überwachung entzogen zu haben, hat der Spruchsenat seiner Entscheidung einen anderen Sachverhalt zu Grunde gelegt als denjenigen, der nunmehr aufgrund des ergänzenden Beweisverfahren vom Beschuldigten zu verantworten ist.

Es mag zwar vom Sanktionsergebnis her unerheblich sein, ob sich G wegen des Schmuggels von Zigaretten aus Ungarn oder wegen eines Ankaufes geschmuggelter Zigaretten in Österreich zu verantworten hat, nicht jedoch in Hinblick auf die festzustellende jeweils unterschiedliche Faktenlage.

Mangels Identität der Tat ist es dem Berufungssenat aber verwehrt, als solcherart unzuständige Behörde einen derartigen Schuldspruch wegen Abgabenhehlerei zu fällen, da damit unzulässigerweise zu Lasten des Beschuldigten eine Verkürzung des Instanzenzuges eintreten würde. Eine Würdigung dieses strafrelevanten Sachverhaltes und die Fällung eines

diesbezüglichen Erkenntnisses obliegen vielmehr vorerst dem diesbezüglichen Spruchsenat als Organ des Zollamtes Salzburg als Finanzstrafbehörde erster Instanz.

Das Verfahren wegen des Vorwurfs des Schmuggels wäre so gesehen durch die Finanzstrafbehörde zweiter Instanz einzustellen.

Andererseits ist es im Bereich des Möglichen, dass der Beschuldigte im Verfahren vor dem Spruchsenat, um dem Vorwurf der Abgabenhehlerei zu begegnen, in seinen Einlassungen seine nunmehrige Sachverhaltsdarstellung wiederum – allenfalls in Richtung des ursprünglichen Schulterspruches – unter Vorlage bzw. Verweis auf dem Berufungssenat unbekannte Beweismittel – nochmals abändert.

Es erscheint daher nur logisch, eine finanzstrafrechtliche Würdigung der Aktenlage in Hinblick auf beide im Einleitungsbescheid alternativ zum Vorwurf gemachten Taten nicht von verschiedenen Finanzstrafbehörden, sondern gemeinsam durch die Erstbehörde vornehmen zu lassen.

Grundsätzlich hat die Berufungsbehörde in der Sache selbst zu entscheiden.

Gemäß § 161 Abs. 4 FinStrG kann die Finanzstrafbehörde zweiter Instanz aber auch die Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses unter Zurückverweisung der Sache an die Finanzstrafbehörde erster Instanz verfügen, wenn sie entsprechende Ergänzungen der Ermittlungen für erforderlich hält. Die Finanzstrafbehörde erster Instanz ist im weiteren Verfahren an die im Aufhebungsbescheid niedergelegte Rechtsansicht gebunden.

Zu solchen Ermittlungen ist wie im gegenständlichen Fall in einem gemäß § 61 Abs.1 FinStrG gemeinsam zu führenden Verfahren auch die zwingend vom Erstsenat vorzunehmende Beweisaufnahme wegen des Verdachtes der Abgabenhehlerei gegen den Beschuldigten zu zählen, welche offenbar spiegelbildlich zur Entlastung des Beschuldigten hinsichtlich des Verdachtes des Schmuggels zu führen scheint.

Es war daher spruchgemäß keine Sachentscheidung unter anderem wegen des Vorwurfs des Zigarettenmuggels zu treffen, sondern die bekämpfte Entscheidung aufzuheben und an die erste Instanz zurück zu verweisen, welche unter Würdigung des abgelegten Geständnisses (und gegebenenfalls der gestellten Beweisanträge) neuerliche eine Entscheidung zur Klärung der nur alternativ möglichen Sachverhaltsvarianten zu treffen hat.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 164 FinStrG ein weiteres ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht dem Beschuldigten aber das Recht zu, gegen diesen Bescheid binnen sechs Wochen nach dessen Zustellung Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof und/oder beim Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 169 FinStrG wird zugleich dem Amtsbeauftragten das Recht der Erhebung einer Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof eingeräumt.

Salzburg, 25. Jänner 2005

Der Vorsitzende:

HR Dr. Richard Tannert